

DOCUMENTO SOPORTE
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

El presente documento define jurídicamente lo que se entiende por responsabilidad patrimonial del Estado y responsabilidad penal individual en el contexto del derecho internacional y nacional frente a hechos que constituyen crímenes internacionales (CLH, CG y Genocidio)¹. Es importante diferenciar los elementos esenciales de cada tipo de responsabilidad para abordar la discusión sobre el punto 5 del Acuerdo General.

1. El derecho internacional público

El derecho internacional público (DIP) es el ordenamiento jurídico que regula las relaciones y los comportamientos entre Estados y entre éstos y otros sujetos de derecho internacional (Santa Sede, Soberana Orden de Malta, CICR y organizaciones internacionales tales como la ONU y la OTAN). Se puede decir que el DIP es el marco regulatorio de la comunidad internacional. Ahora bien, el sujeto preponderante del DIP es el Estado ya que dicho sistema normativo se basa en el concepto de soberanía². El DIP está compuesto por acuerdos bilaterales o multilaterales entre Estados (tratados internacionales, pactos, convenios, cartas, memorándums, declaraciones conjuntas, intercambios de notas, etc.) por la costumbre internacional, y por los principios generales del derecho, en especial el de la equidad³.

Ahora bien, la costumbre internacional es la base del DIP y fue definida por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su artículo 38 como: "la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho". Esta definición incluye un elemento objetivo, la "práctica general" y un elemento subjetivo, la "aceptación" o lo que se conoce doctrinariamente como *opinio juris*. La costumbre internacional como fuente de DIP es importante, pues es de aplicación universal y todavía juega un papel esencial en los temas de responsabilidad internacional del Estado, por vía de la denominada costumbre imperativa internacional, más conocida como *ius cogens*. Es importante mencionar que si bien el derecho consuetudinario internacional puede ser modificado o modulado por vía de tratado entre dos o más Estados, la costumbre internacional imperativa no puede ser modificada ni vulnerada por medio de tratados internacionales. Esta prohibición quedó cristalizada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969⁴.

Es muy importante mencionar que no existe un consenso general sobre el contenido identificable y cerrado de prácticas que constituyen *ius cogens*. A pesar de lo anterior, sí existe un consenso amplio en la comunidad internacional que establece que la declaración universal de los derechos humanos (1948), la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición del genocidio, la prohibición de crímenes internacionales, la prohibición del racismo y

¹ Ver documento soporte sobre el concepto de crimen de lesa humanidad y el crimen de guerra.

² Según la clásica definición de Jean Bodin, recogida en su obra de 1576 "Los seis libros de la República", soberanía es el "poder absoluto y perpetuo de una República"; y "soberano es quien tiene el poder de decisión, de dar las leyes sin recibirlas de otro, es decir, aquel que no está sujeto a leyes escritas, pero sí a la ley natural". Ver: HIGGINS Rosalyn, "Problems & Process, International Law and how we use it", Clarendon Press, Oxford, 1998.

³ Esta enumeración de fuentes del derecho internacional es consagrada por el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar (i) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes, (ii) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, (iii) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas y (iv) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59".

⁴ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969) art. 53: "Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

el apartheid, el derecho de autodeterminación de los pueblos, la prohibición de la tortura, así como las normas fundamentales del derecho internacional humanitario (DIH), constituyen *ius cogens*⁵. Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado como normas de *ius cogens*: la prohibición absoluta de la tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes⁶, el principio básico de la igualdad y la no-discriminación⁷ y el derecho de acceso a la justicia⁸ que ha denominado, el derecho al derecho.

La violación de normas de DIP genera responsabilidad para el Estado infractor y da derecho al Estado o ciudadanos del Estado para reclamar una reparación con el fin de resarcir el daño. Nótese que la responsabilidad internacional el Estado, por la violación de una norma internacional tiene casi siempre consecuencias patrimoniales y en algunos casos implica obligaciones de hacer. Así mismo, es importante decir que antes de la expedición del Estatuto de Roma, la comisión de crímenes internacionales constituía una clara violación de normas de *ius cogens* (costumbre imperativa internacional), mientras que hoy en día con la existencia de la CPI

⁵ Ver: SUY Erik "The concept of *Ius Cogens* in International Law", 18 Papers and proceedings II conference on International Law, Conference on International Law Lagonissi, Greece, 1966, Ginebra, 1967; DIEZ DE VELASCO Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional Público", 69-70, Tecnos, Madrid, 1999; CANÇADO TRINDADE A.A., "International Law for Humankind towards a new *Jus gentium*", en RcadI, vol. 316, 335, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2006. Las normas de *ius cogens* son importantes porque generan obligaciones frente a todos los sujetos de la comunidad internacional y por ende el alcance de la responsabilidad derivada de la violación de una norma imperativa es más amplio que la que surge de un ilícito internacional común. Ver: TRINDADE, A.A. Cançado "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye (2005), cap. XII, pp. 336-346. Vale la pena mencionar que dado el poco consenso sobre un listado taxativo de normas de *ius cogens*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sido muy activa en declarar e identificar dichas normas. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, o.C. N° 18 relativa a la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. De la misma forma, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caesar c. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de marzo de 2005); Caso Yatama c. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de junio de 2005); Caso de la "Masacre de Mapiripán" c. Colombia (Sentencia del 15 de septiembre de 2005); Caso Servellón García y otros c. Honduras (Sentencia de 21 de septiembre de 2006); Caso Goiburú y otros. c. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2006); Caso Almonacid Arellano et ál. c. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, (Sentencia de 26 de septiembre de 2006); Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 25 de noviembre de 2006). Caso La Cantuta c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 29 de noviembre de 2006); Caso de la Masacre de La Rochela c. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de mayo de 2007); Caso Perozo y otros. c. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009); Caso Ríos et ál. c. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009); Caso Anzualdo Castro c. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2009); Caso Dacosta Cadogan c. Barbados, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de septiembre de 2009); Caso González y otras ("Campo Algodonero") c. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 16 de noviembre de 2009); Caso Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de noviembre de 2009); Caso de la Masacre de las dos Erres c. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de noviembre de 2009). Mientras que la CIJ ha sido más conservadora⁵. Ver: Corte Internacional de Justicia, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), Fallo, I.C.J. Reports 1970, 3; Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia), Fallo, I.C.J. Reports 1974, 457; Ensayos Nucleares (Australia c. Francia), Fallo, I.C.J. Reports 1974, 253; Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América). Fondo del Asunto, Fallo. I.C.J. Reports 1986, 14; Timor oriental (Portugal c. Australia), Fallo, I.C.J. Reports 1995, 90; Actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva solicitud) (República Democrática del Congo c. Rwanda), Competencia y Admisibilidad, Fallo, I.C.J. Reports 2006, 6; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Excepciones Preliminares, Fallo, I.C.J. Reports 1996, 595; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina c. Serbia and Montenegro), Fallo, I.C.J. Reports 2007.

⁶ Ver: CIDH, Caso Cantoral Benavides versus Perú; Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú y Caesar versus Trinidad y Tobago.

⁷ Ver: CIDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; Opinión Consultiva n. 16 sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

⁸ Ver: CIDH Goiburú y Otros versus Paraguay y Votos Razonados en las Sentencias de la Corte en los casos de la Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala (fondo, del 29.04.2004), párrs. 22, 29- 33 y 35 del Voto; y (reparaciones, del 19.11.2004), párrs. 4-7 y 20-27 del Voto; de los Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú (del 08.07.2004), párrs. 37-44 del Voto; de Tibi versus Ecuador (del 07.09.2004), párrs. 30-32 del Voto; de Caesar versus Trinidad y Tobago (del 11.03.2005), párrs. 85-92 del Voto; de Yatama versus Nicaragua (del 23.06.2005).

por vía de tratado, se han prohibido estas conductas de manera universal, textual y convencional. A continuación se explicará la naturaleza jurídica de la responsabilidad del Estado en el contexto del DIP.

2. Responsabilidad internacional del Estado

Se predica responsabilidad internacional del Estado por acción o por omisión cuando éste viola alguna obligación internacional consagrada en el DIP. La obligación internacional violada puede estar consagrada en una costumbre, tratado o cualquier otra fuente del DIP. Desde su primera sesión, en 1949, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU⁹ ha venido estudiando el tema de la responsabilidad internacional del Estado. En el 2001 la CDI terminó los trabajos sobre esta cuestión con la adopción de un proyecto de artículos sobre la "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos"¹⁰ que representan el consenso doctrinario internacional sobre la materia.

Según el proyecto "todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional" y "hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado. Adicionalmente, el proyecto establece que el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito¹¹. Como ya se mencionó, el Estado puede generar responsabilidad internacional por la violación de una obligación internacional derivada de un tratado o de cualquier otra fuente del DIP. Por ejemplo, al violar una norma de un tratado suscrito con otro Estado, el Estado lesionado puede ejercer una reclamación que en la mayoría de las veces es de carácter patrimonial. Adicionalmente, ciudadanos de ese Estado responsable pueden ejercer una reclamación, como es el caso de lo estipulado por la Convención Americana sobre DDHH de 1969 donde los ciudadanos tienen legitimación por vía del tratado para demandar a su Estado ante el sistema interamericano en busca de una declaración de responsabilidad.

⁹ La Comisión de Derecho Internacional, que fue creada el 21 de noviembre de 1947 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución A/RES/174 (II)) tiene como misión favorecer el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Está compuesta por 34 miembros elegidos por la Asamblea General para un mandato de 5 años y se reúne cada año. Los miembros, en su conjunto, representan a los principales sistemas jurídicos mundiales. Se reúnen en calidad de expertos y a título individual, no como representantes de su gobierno. Cubren un gran abanico de temas de derecho internacional que rigen las relaciones entre Estados. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional consiste básicamente en redactar proyectos de artículos sobre cuestiones de derecho internacional, de los cuales algunos son elegidos por la Comisión y otros por la Asamblea General. Cuando la Comisión termina de redactar un proyecto de artículos sobre una cuestión determinada, la Asamblea General convoca generalmente una conferencia de plenipotenciarios que incorpora estos artículos a una convención. Ésta queda después abierta para la firma de los Estados. Los países firmantes se comprometen formalmente a someterse a sus disposiciones. Algunas de estas convenciones forman la base del derecho que rige las relaciones entre naciones.

¹⁰ Ver: <http://www.gidh.org.co/files/RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20POR%20HECHOS%20INTERNACIONALMENTE%20ILICITOS..pdf> ingresado el 25 de junio de 2014.

¹¹ Ver: Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Del Estado Por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001. Artículo 34.- Formas de reparación. La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo. Artículo 35.- Restitución. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: a) No sea materialmente imposible; b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización. Artículo 36.- Indemnización. 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución. 2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado. Artículo 37.- Satisfacción. 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización. 2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. 3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

De acuerdo con la Convención Americana, la responsabilidad internacional de los Estados surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de respetar y garantizar las normas de protección de DDHH consagradas en los artículos 1¹² y 2¹³ del aludido instrumento internacional. La CIDH como órgano jurisdiccional de la Convención Americana ha declarado que el Estado puede ser responsable de forma directa o de forma indirecta por actos de sus agentes. La responsabilidad directa del Estado se configura cuando el hecho violatorio de los DDHH consagrados en la Convención resulta directamente imputable al Estado; mientras que la responsabilidad indirecta¹⁴ del Estado se da por hechos cometidos por terceros particulares¹⁵.

¹² Convención Americana de DDHH, art. 1: "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La interpretación del artículo 1.1 de la Convención Americana fue elaborada por la Corte Interamericana desde sus primeros fallos contenciosos, los denominados casos hondureños. De acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana (Cfr. Corte Idh, 1988, párr. 165 a 167), se puede afirmar que del mencionado artículo surgen dos obligaciones específicas para los Estados: a. La obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, pues el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado, razón por la cual no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. En otras palabras, se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que solo puede penetrar limitadamente. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción, lo cual implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras mediante las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, previniendo, investigando y, si es del caso, juzgando y sancionando toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como procurando el restablecimiento del derecho vulnerado (de ser posible) y reparando los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Ver: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf> ingresado el 5 de junio de 2014.

¹³ Convención Americana de DDHH, art. 2: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". La interpretación del artículo 2 de la Convención Americana también fue elaborada por la Corte Interamericana desde sus primeros fallos contenciosos, estableciendo que las obligaciones internacionales del Estado implican la adopción de medidas en dos vertientes: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Ver: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf> ingresado el 5 de junio de 2014. Ver también: La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en ese mismo sentido en las siguientes sentencias: Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 219; Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 206; Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 165.

¹⁴ Un primer escenario, en el que la Corte Interamericana ha establecido que se configura responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares, se presenta en relación con la tolerancia, complicidad o aquiescencia, por parte de agentes estatales, a particulares que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias y violatorias de derechos humanos. Un segundo escenario en el que la Corte Interamericana ha establecido que se configura responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares, se presenta en relación con la falta de diligencia de éste para prevenir un acto de un particular que viole los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y demás instrumentos internacionales aplicables. Posteriormente, por medio de su jurisprudencia, la CIDH se ha pronunciado en relación con este tipo de responsabilidad internacional del Estado en dos eventos diferentes: i) cuando la violación de derechos humanos perpetrada por un particular no fue prevenida por el Estado a pesar del conocimiento previo de la existencia de un riesgo cierto, inmediato y determinado, y, ii) cuando es perpetrada por entidades privadas a las que el Estado ha delegado la prestación de servicios públicos. Ver: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf> ingresado el 5 de junio de 2014.

¹⁵ En este orden de ideas, la Corte Interamericana ha establecido, desde su primer fallo contencioso en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, que: "(...) es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (Corte Idh, 1988, párrs. 172 y 174).

Se puede decir entonces que toda vulneración por acción u omisión de los DDHH consagrados en la Convención Americana y demás instrumentos internacionales aplicables que lo nutren, por parte de cualquier autoridad pública de un Estado parte, constituye un hecho imputable a este, que compromete su responsabilidad internacional. Vale la pena mencionar que la responsabilidad internacional del Estado puede consolidarse aún en ausencia de intencionalidad e independientemente de que los hechos u omisiones violatorios sean o no resultado de una política estatal.

Desde 1972 el Estado Colombiano hace parte de la Convención Americana sobre DDHH y reconoce la jurisdicción de la CIDH. En diversas ocasiones (25 casos contenciosos) la CIDH ha declarado la responsabilidad internacional del Estado Colombiano por la violación de la Convención Americana¹⁶. Dicha responsabilidad internacional ha implicado para el Estado Colombiano la reparación de las víctimas de forma material o simbólica, la implementación de una serie de medidas de política pública para evitar que los hechos vuelvan a ocurrir y desarrollar de forma diligente la investigación, juzgamiento y sanción penal de los individuos responsables de dichos actos. Si bien la responsabilidad internacional y sus consecuencias recaen exclusivamente sobre la figura del Estado mismo y nunca sobre el individuo o funcionario público que estuvo involucrado en los hechos, en virtud también de obligaciones internacionales y algunas veces por mandato judicial, el Estado debe perseguir nacional e individualmente a los responsables de los hechos¹⁷.

Es muy importante mencionar que si bien el Estado Colombiano es el sujeto de la responsabilidad internacional, esto no obsta para evadir su obligación de responder también internacionalmente por el incumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables individuales de graves violaciones a los DDHH y graves infracciones al DIH. Se debe decir que a partir de la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional de los DDHH ha tenido un crecimiento exponencial. Luego de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, a lo largo del mundo un gran número de Estados han suscrito múltiples tratados en virtud de los cuales se han comprometido a respetar y garantizar los DDHH, y ha surgido además toda una institucionalidad internacional encargada de vigilar el cumplimiento de estos compromisos estatales. En Latinoamérica todo este andamiaje jurídico ha tenido una particular relevancia luego de las lecciones que dejaron los regímenes militares del cono sur y los conflictos armados internos de Centroamérica. El legado de masivas violaciones de los DDHH y al DIH que comparten muchos países de la región ha impulsado a su vez la consolidación de un acervo común de normas protectoras de DDHH. Uno de los elementos destacados de este patrimonio jurídico compartido es la idea de que los Estados tienen el deber de enfrentar esas violaciones masivas de los derechos y que un componente ineludible de este deber es el esclarecimiento de la verdad, la reparación del daño, la atribución de responsabilidades individuales y la imposición de sanciones¹⁸.

¹⁶ Ver entre otras: Masacre de la Rochela. CIDH, Mayo 2007, Masacre de Ituango. CIDH, Julio 2006, Masacre de Pueblo Bello. CIDH, Enero 2006, Masacre de Mapiripán. CIDH, Septiembre 2005 y Masacre de los 19 comerciantes. CIDH, Julio 2004; Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270; Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Solicitud de Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de agosto de 2013. Serie C No. 263; Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

¹⁷ Vale la pena mencionar que un mismo hecho puede generar tanto responsabilidad internacional del Estado por violación de una obligación derivada de un tratado u otra fuente del DIP, como responsabilidad penal individual de carácter internacional (RPDI). La RPDI se genera al violar alguna norma de derecho penal internacional que ha cristalizado *ius cogens*, en particular los crímenes internacionales (CLH, CG y Genocidio). En este sentido, y como se verá más adelante es posible que por el mismo hecho, el Estado sea condenado por su responsabilidad internacional y alguno de sus funcionarios particulares sea llamado a rendir cuentas por su RPDI o por su responsabilidad penal individual de carácter nacional.

¹⁸ Ver: UPRIMNY Rodrigo, Et Al. "Justicia para la Paz", Dejusticia, Bogotá D.C., 2014, Pág. 31. Entre los trabajos de recopilación de estándares normativos de derechos humanos y de reflexión jurídica sobre los desafíos que estos estándares enfrentan en la práctica de judicialización de violaciones de derechos humanos se destacan los trabajos de Federico Andreu-Guzmán.

Es importante anotar que a nivel internacional el deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables individuales de crímenes internacionales “está incluido de manera explícita en los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006. Igualmente, en el ámbito regional, el deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables individuales de crímenes internacionales está reconocido de manera explícita en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”¹⁹. Por ende y de acuerdo con las múltiples fuentes del deber jurídico en cuestión, el Estado colombiano está en la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales, independientemente de su responsabilidad internacional como Estado.

Así las cosas, el Estado Colombiano en virtud del DIP está obligado a reparar a las víctimas de graves violaciones a los DDHH y al DIH y a investigar juzgar y sancionar a los responsables individuales de dichas conductas. Lo anterior quiere decir que si bien el Estado tiene una obligación internacional de asumir la responsabilidad por graves violaciones a los DDHH y al DIH (que se manifiesta en la obligación de reparar), también es cierto que tiene una obligación más específica de investigar, juzgar y sancionar a los individuos responsables de dichos actos. Por ende, se puede decir que la responsabilidad internacional del Estado en el caso de graves violaciones a los DDHH y al DIH tiene dos consecuencias jurídicas, por un lado, la concreción de la obligación de reparar a las víctimas en cabeza del Estado principalmente; y por otro, la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los individuos responsables de dichas conductas. Cualquier incumplimiento, tanto del deber de reparar, como del deber de investigar, juzgar y sancionar a los individuos responsables, devendría en responsabilidad internacional del Estado Colombiano. Ahora bien, como se verá más adelante, el incumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar a los individuos responsables no sólo implicaría responsabilidad internacional del Estado en virtud de la Convención Americana, sino que activaría la jurisdicción de la CPI a la luz de lo establecido en el Estatuto de Roma. Antes de eso, se hará un breve comentario a la responsabilidad patrimonial nacional del Estado.

3. Responsabilidad nacional del Estado

La Constitución en el art. 2 establece que: “Las autoridades de la república está instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Por su parte el art. 90 constitucional establece que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)”. A nivel legal el art. 140 del Código Contencioso Administrativo establece que: “la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado (...)”.

Las anteriores normas sientan las bases constitucionales y legales de lo que comúnmente se denomina la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito nacional. Este tipo de responsabilidad se genera cuando algún agente del estado por acción o por omisión genera un daño antijurídico a un ciudadano. La generación de dicho daño da derecho a reclamar reparación por parte del Estado²⁰. La responsabilidad patrimonial del Estado,

¹⁹ Ibid, Pág. 33.

²⁰ El daño puede ser reparado a título de: (i) Daño emergente: es un tipo de daño material que consiste en la pérdida efectiva -pasada, presente o futura - de un bien económico que se encontraba en el patrimonio de la víctima. En consecuencia, comprende una amplia cantidad de rubros, desde la destrucción total de un objeto, hasta las erogaciones o desembolsos patrimoniales que la víctima realiza o tendrá que realizar producto del hecho dañoso. El daño emergente se encuentra definido en el artículo 1614 del Código Civil de

Colombia, pero también ha sido definido por el Consejo de Estado y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 13168. Álvaro Andres González Briceño, "El daño o perjuicio", en CASTRO, Marcela (Coord.), "Derecho de las Obligaciones", t. II, Vol. II, Bogotá D.C., Ediciones Uniandes-Temis, 2010. "El perjuicio material, en la modalidad de daño emergente es el menoscabo o lesión que afecta los bienes de la víctima o de los perjudicados con los hechos imputados a la administración y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar". Consejo de Estado, Sentencia del 18 de Marzo de 2004, M.P. Ricardo Hoyos. Para la Corte Interamericana, el daño emergente enmarca los pagos y gastos en que han incurrido la víctima o sus familiares durante la investigación de la violación y el destino final de víctimas desaparecidas o ejecutadas. Ver Castillo Páez v. Perú, 1998 Corte I.D.H. (ser. C) No. 43, párr. 77 (27 de noviembre de 1998) (listando traslados, comunicaciones, investigaciones administrativas, visitas a la cárcel, hospitales, e instituciones públicas al igual que gastos médicos incurridos). Ver El Amparo, 1996 Corte I.D.H. (ser. C) No. 28, párr. 17; (ii) Lucro cesante: es un tipo de daño material que hace referencia al lucro, al dinero, a la ganancia y/o a la renta que una víctima deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado. Si una víctima no hubiera sufrido de un daño o perjuicio, se hubiera seguido lucrando sin problemas, lucro que se pierde, que cesa por culpa del daño o del perjuicio. El responsable será quien causó el daño y el perjuicio, y tendrá que indemnizar a la víctima. Al igual que el daño emergente, el lucro cesante se encuentra definido en el artículo 1614 del Código Civil de Colombia, pero también ha sido definido por el Consejo de Estado y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la modalidad de lucro cesante es la ganancia o provecho que el actor dejó de percibir como consecuencia del evento dañoso. En la modalidad de lucro cesante es la ganancia o provecho que el actor dejó de percibir como consecuencia del evento dañoso. Consejo de Estado, Sentencia del 18 de Marzo de 2004, M.P. Ricardo Hoyos. Para la Corte Interamericana, el lucro cesante es la compensación que debe ser acordada por el daño sufrido por la víctima o sus familiares por el tiempo en el que se han visto impedidos de trabajar debido a la violación. Sobre este particular, la Corte ha tomado como puntos de referencia para determinar el monto, la expectativa de vida en el país al momento de los hechos, las circunstancias del caso, el salario mínimo legal y la pérdida de una chance cierta. Ver: Bámaca Velásquez v. Guatemala, 2002 Corte I.D.H. (ser. C) No. 91, párr. 54(a) (22 de febrero de 2002) (otorgando compensación a la esposa de la víctima en la cantidad de dinero correspondientes a los ingresos perdidos mientras buscaba a su esposo lo cual le causó la pérdida de tiempo laboral) Carpio Nicolle v. Guatemala, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 117, párrs 108-109 (22 de noviembre de 2004) (fijando la cantidad de US \$110,000 a la víctima de treinta y un años en comparación a la suma de US \$50,000 a la víctima de cuarenta y cinco años en base a la expectativa de vida en Guatemala). "Instituto de Reeducción del Menor" v. Paraguay, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 112, párr. 289 (reafirmando la necesidad de tratar cada caso a la luz de las circunstancias del mismo). Los "Niños de la Calle" v. Guatemala, 2001 Corte I.D.H. (ser. C) No. 77, párr. 79 (26 de mayo de 2001) (aplicando el salario mínimo del Estado a falta de información específica sobre los ingresos reales de las víctimas). Bulacio v. Argentina, 2003 Corte I.D.H. (ser. C) No. 100, párr. 84 (18 de septiembre de 2003); (iii) Daño inmaterial o daño moral: es una especie de daño que se define como vulneración a intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona, en su parte social y en su parte afectiva. Por ejemplo, la injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado a lo largo de su jurisprudencia ha empleado variedad de descripciones y definiciones del daño moral. Así por ejemplo en 1991 lo definió como el —deterioro en patrimonio moral por el daño ocasionado en los derechos como el de la personalidad, derecho a la vida, cuerpo, salud, etc., de sí mismo o de un familiar. En otra ocasión la Corte Suprema lo describió como la — consecuencia de un dolor psíquico o físico. En ocasiones las definiciones son más descriptivas y se dice que el perjuicio moral es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece. Se puede afirmar que la jurisprudencia ha sido constante desde 1922 en definir el daño moral como el pretium doloris, siguiendo muy de cerca la doctrina y jurisprudencia francesa. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de Julio de 1922, M.P. Tancredo Nannetti, Gaceta Judicial, Tomo Xxix No. 1515. P. 220; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de septiembre de 1991 G.J.T. Ccxii, No. 2451, Págs. 78-88; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de agosto de 2001, Expediente 6492, M.P. Jorge Santos Ballesteros; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de mayo de 1999 Expediente 4978, M.P. Castillo Rúgeles, Jorge Antonio; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de junio de 1941 G.J.T. Li, Nos. 1971-1972 y Consejo de Estado, Sentencia del 31 de Enero de 1989, Expediente 5284, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Abril 13 De 2000, Expediente 11892. La Corte Interamericana entiende que el daño moral o inmaterial "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.". En primer lugar, la Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, e impotencia. Ver Bulacio, 2003 Corte I.D.H. (ser. C) No. 100, párr. 90; Acosta Calderón, 2005 Corte I.D.H. (ser. C) No. 129, párr. 158 (24 de julio de 2005). Ver Blake v. Guatemala, 1999 Corte I.D.H. (ser. C) No. 48, párr. 20(e) (22 de enero de 1999) (considerando el impacto que la desaparición de la víctima tuvo sobre su familia al no saber de su paradero). Loayza Tamayo v. Perú, 1997 Corte I.D.H. (ser. C) No. 33, párr. 57 (17 de septiembre de 1997) (adoptando el razonamiento de Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto a los daños sufridos durante los interrogatorios). Blake, 1999 Corte I.D.H. (ser. C) No. 48,

puede ser contractual o extracontractual. Es contractual aquella responsabilidad que se genera por la violación por parte del Estado de un deber u obligación durante la fase precontractual, contractual o postcontractual del vínculo jurídico establecido con un ciudadano; mientras que la responsabilidad extracontractual se genera por la violación de un deber jurídico por parte del Estado establecido en la Constitución o en la ley.

En éste apartado se abordará la responsabilidad extracontractual del Estado pues es ésta forma de responsabilidad la que se genera en el marco del conflicto armado interno. La jurisprudencia general del Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad extracontractual del Estado basado en las siguientes instituciones jurídicas, que constituyen en sí los títulos bajo los cuales se adjudica responsabilidad patrimonial: (i) la falla probada del servicio²¹ donde debe existir un nexo causal entre la falla del servicio y el perjuicio; (ii) la falla presunta del servicio²² donde también debe existir un nexo causal entre la falla y el perjuicio; (iii) los regímenes de responsabilidad objetiva donde sólo se analiza el hecho y el perjuicio sin evaluar la culpa o negligencia del Estado o sus funcionarios²³; (iv) el daño especial²⁴; (v) el riesgo excepcional²⁵; y recientemente el riesgo conflicto²⁶.

párr. 20(e) (concluyendo que la abstención de las autoridades de investigar los hechos de la desaparición de la víctima generó en su familia sentimientos de frustración e impotencia).

²¹ Es el hecho dañoso causado por la violación del contenido obligacional a cargo del estado, contenido obligacional que se puede derivar de textos específicos como los son las leyes, reglamentos o estatutos que establecen las obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, también de deberes específicos impuestos a los funcionarios y el estado, o de la función genérica que tiene el Estado y se encuentra consagrada en la Constitución Política en el artículo segundo el cual en su segundo párrafo establece “Las autoridades de la república está instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. El Consejo de Estado también la ha definido como aquella que se presenta cuando: “el servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente”. Esta es la noción que inicialmente acogió la corporación, pero que más tarde y con el fin de darle un encuadre más jurídico, modificó para adoptar la de la violación del contenido obligacional, aunque esto no ha sido óbice para que el Consejo siga aplicando la noción “descriptiva” del funcionamiento. Ver: Sentencia del Consejo de Estado de Noviembre 15 de 1995 MP. Jesús María Carrillo.

²² Este es un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, en el cual se sigue aplicando el concepto de falla del servicio pero en cierto modo inverso, puesto que es la entidad demandada quien tiene la mayor carga probatoria. Esto es así como reacción al hecho de que en muchas situaciones se negó la indemnización de los perjuicios causados por el Estado debido a que en el sistema de la falla probada los requerimientos probatorios son muy exigentes y en algunos casos muy difíciles de cumplir generándose así una iniquidad, entonces como respuesta a tal injusticia el Consejo de Estado empieza a arraigar en la jurisprudencia la teoría de la falla presunta.

²³ Estos regímenes están constituidos por aquellos eventos en los cuales el Estado compromete su responsabilidad sin necesidad de que medie el elemento subjetivo es decir la culpa o falla del servicio, ya sea presunta o probada.

²⁴ Se presenta esta clase de responsabilidad, cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados, perjuicios que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los administrados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad.

²⁵ Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Febrero 20 de 1989 Expediente No. 4655 MP. Antonio J. De Irisarri Restrepo.

²⁶ “Esta categoría de riesgo, que podría denominarse riesgo-conflicto, surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades. De esta forma, se considera que los atentados cometidos por la guerrilla contra un “objeto claramente identificable como Estado” en el marco del conflicto interno armado, tales como estaciones de policía, cuarteles militares u oleoductos, pueden ser imputados al Estado a título de riesgo excepcional no porque estos bienes e instalaciones puedan ser considerados peligrosos en sí mismos –como sí ocurre con los objetos que encuadran dentro de la categoría riesgo-peligro (p.e. armas de dotación oficial, químicos o instalaciones eléctricas)–, sino porque la dinámica misma del conflicto armado ha hecho que la cercanía a ellos genere para la población civil el riesgo de sufrir afectaciones en su vida, su integridad personal y su patrimonio en razón a que son blanco de continuos y violentos ataques por parte de la guerrilla que los considera objetivos militares”. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 9 de junio de 2010, exp. 18536.

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial del Estado en contextos de conflicto armado interno ha sido abordada por el Consejo de Estado de la siguiente manera: (i) puede existir responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado en los casos de violaciones a los DDHH/DIH en el contexto de conflicto armado interno, pues el Estado tiene la obligación general de proteger y garantizar los derechos a los ciudadanos. Dicha responsabilidad se puede imputar a título de falla del servicio y por la posición de garante dependiendo de los hechos específicos de cada caso²⁷; (ii) los elementos para declarar la responsabilidad del Estado por omisión en el contexto de conflicto armado son taxativos²⁸; (iii) en los casos donde el daño antijurídico imputable al Estado ha sido constitutivo de una grave violación tanto de DDHH o de DIH, se ha ordenado en algunos casos la reparación con medidas de satisfacción y garantías de no repetición²⁹; (iv) por regla general los daños ocasionados por agentes no estatales no comprometen la responsabilidad patrimonial del Estado en la medida en que no le resultan imputables desde un punto de vista fáctico³⁰; (v) no obstante, los daños derivados de ataques cometidos por agentes no estatales contra bienes públicos o instalaciones del Estado (cuarteles militares o estaciones de policía o redes de transporte de combustible), pueden ser imputados al Estado si ésta ha contribuido causalmente en su producción a través de acciones u omisiones que se relacionan con el incumplimiento de sus funciones³¹; (vi) los títulos de imputación que sirven de base para el análisis de la responsabilidad estatal en eventos de daños ocasionados a civiles en enfrentamientos armados entre la fuerza

²⁷ Dicha consecuencia jurídica se deriva del hecho de que el Estado y sus Agentes se hayan en una situación de protección y garantía de los derechos de los ciudadanos, lo que jurídicamente se conoce en derecho administrativo, como la posición de garante. La posición de garante es la situación en que se halla el Estado o los servidores públicos, en virtud de la cual tienen el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico sancionable que es evitable. El Estado o sus Agentes violan la posición de garante cuando estando obligados específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar, se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo o daño por acción u omisión. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 4 de 2007, expediente No 16.898: "Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho". Asimismo ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de Julio de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de febrero de 2010, Radicación número: 20001-23-31-000-1998-03713-01(18436).

²⁸ Los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión y, por ende, para que se concluya que la Administración desconoció la posición de garante que el ordenamiento jurídico le impuso, son los siguientes: i) la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública; ii) la falta de atención o la atención irregular o inoportuna de dicha obligación por parte de la Administración en el caso concreto y iii) la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de febrero de 2010, Radicación número: 20001-23-31-000-1998-03713-01(18436).

²⁹ En el caso concreto, según se probó, la omisión por parte de la entidad demandada de los deberes jurídicos a su cargo contribuyó en forma efectiva para la consumación de una cadena de hechos que llevaron a la vulneración en forma múltiple, masiva, continua y sistemática de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en perjuicio de las víctimas, lo cual afectó, de manera grave, la dimensión objetiva de tales derechos, razón por la cual en la parte resolutive del fallo se dispondrá la adopción de la siguiente medida: Como garantía de no repetición, se ordenará que la entidad demandada Nación - Ministerio de Defensa envíe copia íntegra y auténtica tanto de la parte resolutive, como del acápite de esta sentencia denominado "La imputación del daño (desplazamiento forzado) al Estado, por omisión en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas a su cargo", mediante una circular conjunta que debe llevar las firmas del titular de la cartera del Ministerio de Defensa, del Comandante General de las Fuerzas Militares, de cada uno de los Comandantes de Fuerza (Ejército - Armada - Fuerza Aérea) y del Director General de la Policía Nacional, para que sea enviada a las diferentes Divisiones, Brigadas, Batallones, Comandos y Estaciones de cada una de las dependencias que integran la Fuerza Pública que operan actualmente en el país, con el propósito de que se instruya acerca de las consecuencias, responsabilidades y sanciones que para el Estado Colombiano representan y/o generan conductas u omisiones como las que dieron lugar a la formulación de la demanda con que se inició el proceso citado en la referencia, para evitar que esa clase de acciones u omisiones vuelvan a repetirse. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de febrero de 2010, Radicación número: 20001-23-31-000-1998-03713-01(18436).

³⁰ Al respecto consultar sentencia el 11 de julio de 1996, exp. 10822, sentencia del 16 de febrero de 1995, exp. 9040, sentencia del 12 de noviembre de 1993, exp. 8233 y sentencia de 25 de mayo de 2011, exp. 15838, 18075, 25212 (acumulados).

³¹ Al respecto consultar sentencia el 11 de julio de 1996, exp. 10822, sentencia del 16 de febrero de 1995, exp. 9040, sentencia del 12 de noviembre de 1993, exp. 8233 y sentencia de 25 de mayo de 2011, exp. 15838, 18075, 25212 (acumulados).

pública y agentes no estatales, han sido, por regla general, el de falla del servicio o el de riesgo excepcional y muy recientemente el riesgo conflicto³².

Así las cosas, es claro que en el contexto del conflicto armado interno el Estado no es la última instancia de imputación en caso de daños perpetrados por agentes no estatales. Sólo en algunos casos puntuales el Consejo de Estado ha considerado que el Estado debe reparar daños causados por actores armados irregulares, en virtud de la figura de falla del servicio o de riesgo excepcional. El Consejo de Estado ha considerado que el concepto de falla del servicio o riesgo excepcional opera como fundamento del deber de reparar en aquellos casos en los que agentes estatales intervienen de forma indirecta en la producción del daño por ineficacia, retardo u omisión en el cumplimiento de las funciones a su cargo, lo cual se ha entendido que ocurre cuando: (i) la falta de cuidado o previsión del Estado facilita la actuación de los agentes no estatales; (ii) la víctima, o la persona contra quien iba dirigido el acto, solicita protección a las autoridades y éstas la retardan, omiten o la prestan de forma ineficiente; (iii) el hecho era previsible, en razón de las especiales condiciones que se vivían en el momento, pero el Estado no realiza ninguna actuación dirigida a evitar o enfrentar eficientemente el ataque; y (iv) la administración omite adoptar medidas para evitar o atender adecuadamente una situación de riesgo objetivamente creada por ella.

Por ejemplo, en los casos de la Unión Patriótica (UP)³³ el Consejo de Estado ha considerado que: (i) tratándose de los daños sufridos por víctimas de hechos violentos cometidos por terceros, el Estado es responsable cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o cuando la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a su protección³⁴; y (ii) que el incumplimiento del deber especial de protección a cargo de las autoridades compromete la responsabilidad patrimonial del Estado. En los casos de la UP y con base en estos criterios, ha indicado que cuando el daño es causado por un agente no estatal, la administración será obligada a reparar si existe prueba de que la víctima o la persona contra la cual estaba dirigido el atentado solicitó protección a las autoridades y que éstas la retardaron, la omitieron o la

³² Al respecto consultar sentencia el 11 de julio de 1996, exp. 10822, sentencia del 16 de febrero de 1995, exp. 9040, sentencia del 12 de noviembre de 1993, exp. 8233 y sentencia de 25 de mayo de 2011, exp. 15838, 18075, 25212 (acumulados).

³³ Por su parte, el Consejo de Estado también ha reconocido, a través de distintas y reiteradas decisiones, que la persecución emprendida contra los miembros de la Unión Patriótica en el país a finales de la década de 1980 y principios de los años 90 es un hecho notorio³³ y, de esta forma, ha declarado la responsabilidad patrimonial de la administración por la muerte violenta de varios miembros de esta organización política, sobre la base de que existe, en todos estos casos, un incumplimiento del deber especial de protección a cargo del Estado. Esta Corporación en diversos pronunciamientos ha señalado que las personas pertenecientes al partido político Unión Patriótica requerían de una protección especial por parte del Estado, puesto que desde la década de los noventa es de público conocimiento la persecución en su contra, que ha llevado a la muerte y desaparición de varios de sus líderes y miembros. Ver: Consejo de Estado, Sentencia de 3 de octubre de 2007, Exp, 15985, sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado: 1º de abril de 2009, exp. 16.836, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 20 de noviembre de 2008, exp. 20.511, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 3 de octubre de 2007, exp. 15.985, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁴ En sentencia de 11 de octubre de 1990, exp: 5737, dijo la Sala: "Cuando se trata de la falla del servicio originada en la omisión por la administración en la prestación de un servicio o en el cumplimiento de una obligación impuesta por la ley o los reglamentos, es necesario que aparezca demostrado no sólo que se pidió concretamente la protección o la vigilancia de la autoridad ante determinado hecho ilícito que puede causar o está causando daño o que las circunstancias que rodeaban el hecho o las personas en él involucradas imponían una especial protección o vigilancia y que tal protección no se prestó". Con fundamento en ese título de imputación se accedió a las pretensiones de los demandantes en sentencias de la Sala Plena de 16 de julio de 1996, exp: 422 y de la Sección de 11 de diciembre de 1990, exp: 5417; 21 de marzo de 1991, exp: 5595; 19 de agosto de 1994, exp: 9276 y 8222; 13 de octubre de 1994, exp: 9557; 2 de febrero de 1995, exp: 9273; 16 de febrero de 1995, exp: 9040; 30 de marzo de 1995, exp: 9459; 27 de julio de 1995, exp: 9266; 15 de agosto de 1995, exp: 10.286; 6 de octubre de 1995, exp: 9587; 14 de marzo de 1996, exp: 11.038; 29 de marzo de 1996, exp: 10.920; y 29 de agosto de 1996, exp: 10.949, 11 de julio de 1996, exp: 10.822, 30 de octubre de 1997, exp: 10.958, entre muchas otras.

prestaron de forma ineficiente³⁵. Por lo tanto, es claro que en contextos de conflicto armado interno no siempre es el Estado la última instancia de imputación ante daños producidos por agentes no estatales. El Consejo de Estado ha declarado que la responsabilidad del Estado en dichas situaciones es netamente excepcional y casuística.

Adicionalmente, vale la pena mencionar que el Consejo de Estado ha considerado que la acción de reparación directa puede ser utilizada por las víctimas del conflicto armado en Colombia para lograr la reparación patrimonial del daño sufrido en caso de violaciones a los DDHH y DIH. Si bien el Consejo de Estado tradicionalmente ha optado por una visión meramente formal del daño y del derecho a la reparación permeada por las lógicas propias del derecho administrativo, desde el 2007 ha venido cambiando su jurisprudencia, pronunciándose sobre el derecho a la reparación integral incluyendo sus diferentes medidas, algunas en lógica de justicia transicional³⁶. Ahora bien, la reparación del daño por vía de la acción de reparación directa se da por vía judicial. Esta modalidad de reparación ordenada por autoridad judicial, está dirigida a reparar caso por caso a las víctimas por cada uno de los daños sufridos, en directa proporción al daño. La reparación judicial en sede del contencioso administrativo se rige por las normas generales de la jurisdicción ordinaria, por las reglas probatorias ordinarias de un proceso judicial, que exigen probar modo, tiempo y lugar del hecho dañoso o por el principio de flexibilidad probatoria cuando se está ante violaciones a los derechos humanos³⁷.

Por otro lado, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales y con la expedición de la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas) el Estado asumió la reparación integral de las víctimas del conflicto armado (ver ficha de Reparación). Esta modalidad de reparación ordenada por autoridad administrativa (Unidad de Víctimas) busca, ofrecer resarcimiento a través de la combinación complementaria e integral de una serie de medidas dirigidas a tipos específicos de violación, así como a diversas categorías de víctimas. Estas acciones pretenden ofrecer combinaciones complementarias de indemnización, restitución, rehabilitación y satisfacción, y no repetición³⁸.

³⁵ Este fue el título de imputación a partir del cual la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a las víctimas de la toma del Palacio de Justicia. Al respecto, véanse, entre otras, las sentencias del 16 de febrero de 1995, exp. 9040, C.P. Juan de Dios Montes; del 27 de junio de 1995, exp. 9266, C.P. Juan de Dios Montes; del 3 de abril de 1995, exp. 9459, C.P. Juan de Dios Montes; y del 29 de marzo de 1996, exp. 10.920, C.P. Jesús María Carrillo.

³⁶ El Consejo de Estado ha fijado el estándar general sobre la acción de reparación directa, al establecer que: "Esta acción, que la contempla nuestro Código Contencioso Administrativo Colombiano en su artículo 86, el cual fue modificado por el art. 16 del Decreto 2304 de 1989 y luego nuevamente por el Art. 31 de la ley 446 de 1998, establece que la persona que acredite interés podrá pedir directamente la reparación de un daño causado por la administración, cuando la causa de la petición sea: 1) Un hecho, 2) Una omisión, 3) Una operación administrativa o 4) La ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o 5) Por cualquier otra causa. Son características importantes de la reparación directa: 1) No existe declaratoria de nulidad sino restablecimiento directo del derecho 2) Procede contra actos, cuando causan un daño especial, a pesar de estar conformes con el ordenamiento jurídico 3) Tiene un término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. (Art. 44 de la ley 446 de 1998). El régimen de responsabilidad del Estado al que obedece tal acción, tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991, que le impone a aquél el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, es decir, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber jurídico de soportar. Se debe tener en consideración que los daños imputables al Estado pueden provenir de una conducta – activa u omisiva - lícita o ilícita y, a tales efectos la jurisprudencia aplica los títulos de imputación de responsabilidad que, de tiempo atrás, ha ido decantando: falla probada del servicio, riesgo excepcional y ocasionalmente daño especial, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación del nexo causal entre el daño y aquella. Ahora bien, de una lectura literal del artículo 90 C.P., es posible entender que el régimen de responsabilidad allí consagrado es un régimen eminentemente patrimonial, en el sentido de que el Estado presta su garantía pecuniaria a los daños que en el ejercicio de su actividad pueda causar a los particulares. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del agosto 16 de 2007, expediente No. 30114, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Sobre las nuevas tendencias, ver: FERREIRA, Felipe, "Avances De La Jurisdicción Contencioso Administrativa Colombiana: Hacia El Reconocimiento De Medidas De Reparación Integral A Favor De Las Víctimas De Violaciones De Derechos Humanos" En: Debate Interamericano, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009. Págs. 21-77.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 12 de mayo de 2009, radicado nº 31150 M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

³⁸ Ver: DE GREIFF, Pablo "Handbook on Reparations", Oxford University Press, Oxford, 2008. Pág. 10.

Como se puede ver el Estado a nivel nacional está obligado constitucional y legalmente a reparar patrimonialmente el daño que genere a sus ciudadanos. Dicho daño es reparado material o simbólicamente en virtud de la responsabilidad patrimonial que en cada caso le sea adjudicada. Es una responsabilidad institucional según la cual la entidad demandada reconoce que generó un daño por acción o por omisión a un ciudadano que en ejercicio de la acción de reparación directa probó debidamente ante la jurisdicción contencioso administrativa. Esta responsabilidad institucional-patrimonial es asumida por la entidad con sus propios recursos y en algunos casos dicha entidad repite patrimonialmente contra el funcionario público responsable de la conducta antijurídica.

Finalmente, el hecho de que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado en sede administrativa no implica bajo ninguna circunstancia el reconocimiento de responsabilidad en sede penal, porque se verá a continuación, la responsabilidad penal es de carácter eminentemente individual, mientras que la responsabilidad patrimonial del Estado es de carácter eminentemente institucional u orgánica. En contextos de conflicto armado interno, el Consejo de Estado ha establecido ciertos parámetros para declarar la responsabilidad del Estado por actos de agentes no estatales donde en todo caso, dichos parámetros indican que la responsabilidad del Estado por actos de agentes no estatales es eminentemente excepcional. Adicionalmente, la declaratoria de responsabilidad del Estado por actos de agentes no estatales, no libera al Estado del cumplimiento de su obligación de investigar, juzgar y sancionar penalmente a los responsables de las conductas que generaron el daño. Como se verá, la responsabilidad penal tiene finalidades y fundamentos diferentes a la responsabilidad patrimonial del Estado.

4. Responsabilidad penal individual

En términos generales el derecho penal es la rama del derecho que establece y regula el castigo de los crímenes o delitos, a través de la imposición de ciertas penas para proteger bienes jurídicos (colectivos o individuales) con el fin de mantener el orden social, la autoridad del Estado y el monopolio legítimo de la fuerza. Algunos doctrinantes distinguen entre el derecho penal objetivo (*ius poenale*), que se refiere a las normas jurídicas penales en sí, y derecho penal subjetivo (*ius puniendi*), que contempla la forma de aplicación de las sanciones a aquellos individuos que cumplen con las hipótesis previstas por el derecho penal objetivo. La responsabilidad penal se concreta entonces en la imposición de una pena a un individuo, que bien puede ser privativa de libertad (como la pena de prisión, detención domiciliaria o la localización permanente) o privativa de otros derechos (como el derecho a portar armas, el derecho a conducir vehículos a motor, el derecho a residir en un lugar determinado, el derecho a participar en política, etc.). La pena, por lo tanto, implica una restricción a los derechos del individuo responsable de la conducta delictiva.

El derecho penal está basado en el concepto de autonomía y libertad y por lo tanto es esencialmente individualista, esto quiere decir que su objeto de regulación principal es el individuo que comete los delitos y cuya consecuencia es la imposición de una pena o sanción que básicamente constituye una restricción a derechos individuales. En este sentido, la responsabilidad penal es siempre individual. Ahora bien, la doctrina contemporánea reconoce 4 funciones básicas de la pena o sanción impuesta sobre un individuo: (i) la función de prevención general positiva, que implica la reafirmación de expectativas colectivas sobre la consecuencia de infringir una norma penal (Jakobs); (ii) la función de prevención general negativa, que implica la amenaza o coerción colectiva para que la sociedad entienda las consecuencias de infringir una norma penal (von Feuerbach); (iii) la función de prevención especial positiva, que implica el condicionamiento interno del sujeto que ha infringido la norma para que no vuelva a realizar tales infracciones por medio de la resocialización; y (iv) la función de prevención especial negativa, que implica la aplicación de la pena para evitar que se vuelva a cometer el delito.

La responsabilidad penal individual puede analizarse a nivel internacional o a nivel nacional. En todo caso la responsabilidad penal es diferente a la responsabilidad patrimonial del Estado por violaciones a obligaciones internacionales o la responsabilidad patrimonial del Estado por violación de obligación nacional. Como ya se mencionó, y sin perjuicio de la responsabilidad internacional o nacional del Estado desde un punto de vista patrimonial, el Estado tiene también la obligación de ejercer su potestad sancionatoria en virtud del deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de crímenes internacionales. Este deber implica ejercitar el derecho penal contra los individuos responsables de dichos crímenes, so pena de generar responsabilidad internacional por el incumplimiento de obligación internacional.

Como ya se mencionó, si bien en el DIP el sujeto principal es el Estado, recientemente viene consolidándose una tendencia según la cual los individuos son también sujetos de derecho internacional. Esto implica que si tratados internacionales o la costumbre internacional dan legitimación a los individuos para exigir sus derechos y para cumplir deberes, estos tienen personalidad jurídica en el plano del DIP. Por ejemplo, en el art. 34 de la Convención Europea de DDHH se introdujo una disposición según la cual los individuos pueden reclamar directamente sus derechos si su Estado viola el tratado. Adicionalmente, en algunos tratados de libre comercio (NAFTA) se da legitimación a los particulares para que demanden a los Estados o participen en los tribunales arbitrales (CIADI).

Sin embargo, donde más se ha notado el rol de los particulares en el DIP es en las normas relativas al derecho penal internacional. Por ejemplo, la Convención contra el genocidio de 1948 establece que: "Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares". Adicionalmente, los procesos llevados a cabo en Núremberg y Tokio luego de la Segunda Guerra Mundial, prepararon el terreno para la concreción de la idea de una jurisdicción penal internacional que velara por los derechos fundamentales del ser humano y por la protección del valor de dignidad universal, con el fin de compensar el déficit de justicia nacional con relación a éste tipo de crímenes internacionalmente reprochables. De esa idea nacieron los Tribunales internacionales de Yugoslavia y Ruanda así como la Corte Penal Internacional.

Luego de la Segunda Guerra Mundial la comunidad internacional, comenzó a crear una conciencia más clara de la necesidad de entablar juicios por violaciones graves a las leyes de guerra³⁹, en los que se consideraba tanto la responsabilidad tradicional de los Estados⁴⁰ como la responsabilidad personal y penal de los individuos. En vista de los atroces crímenes cometidos durante la guerra, las potencias aliadas concertaron rápidamente acuerdos entre sí y, posteriormente, instauraron los Tribunales Internacionales Militares de Nuremberg y Tokio "encargados del juicio y castigo de criminales de guerra por delitos carentes de una ubicación geográfica particular, independientemente de que dichos individuos estén acusados de manera individual, en calidad de miembros de organizaciones o grupos, o en ambas calidades"⁴¹.

Así mismo, estas jurisdicciones especiales tuvieron también en cuenta las nuevas categorías de crímenes contra la humanidad⁴² y de crímenes contra la paz. Por ejemplo, el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg estableció las bases jurídicas para el enjuiciamiento de individuos acusados de los

³⁹ "Violaciones graves a las leyes y costumbres de la guerra" es un concepto más amplio que el de "infracciones graves".

⁴⁰ Sobre la responsabilidad del Estado, ver: BROWNLEE I., "State Responsibility", Oxford, 1983. Sobre los crímenes de Estado, ver: CASSESE A., "International Crimes of State", Berlín, 1989; CASSESE A., "Remarks on the present legal regulation of crimes of States".

⁴¹ El art. 1 del Acuerdo de Londres para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, del 8 de agosto de 1945.

⁴² Ver: SCHWELB, E. "Crimes against humanity", BYIL, 1946, p. 178; BASSIOUNI, M. C. "Crimes Against Humanity in International Criminal Law", Dordrecht, 1992.

siguientes actos: *Delitos contra la paz*⁴³, *Delitos de guerra*⁴⁴ y *Delitos contra la humanidad*⁴⁵. Vale pena mencionar que la jurisdicción de éstos tribunales, cubría a los "dirigentes, los organizadores, los instigadores y los cómplices" que hubieran participado en la preparación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de esos delitos; todos ellos quedaban incluidos en la frase: "serán responsables de todos los actos realizados por cualesquiera personas en ejecución de tal plan".

Esta tradición y patrimonio jurídico universal se cristalizó con el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998. En el Estatuto de Roma se establece lo siguiente: "1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. (...) Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional".

Como se puede ver, actualmente el Estatuto de Roma persigue y castiga individuos que hayan cometido crímenes internacionales (genocidios, crimen de lesa humanidad y crímenes de guerra). Dicha responsabilidad penal no recae sobre la institución, grupo armado irregular o Estado, sino sobre el individuo que sea considerado autor del crimen internacional. Al final del art. 25, el Estatuto establece claramente que la responsabilidad penal individual internacional no afecta la responsabilidad del Estado conforme al DIP, lo que quiere decir que un mismo hecho puede acarrear responsabilidad penal individual y responsabilidad patrimonial del Estado.

5. Conclusiones

Se puede concluir que la una responsabilidad del Estado, tanto a nivel internacional o a nivel nacional, es diferente a la responsabilidad penal individual. Mientras que la responsabilidad internacional del Estado se deriva de la violación de una norma de DIP y la responsabilidad nacional y patrimonial del Estado se deriva del incumplimiento de la Constitución y la ley, la responsabilidad penal individual se deriva del incumplimiento de la ley penal tanto a nivel nacional como internacional.

Por otra parte, la responsabilidad internacional o nacional del Estado es de carácter institucional y tiene como consecuencia la reparación del daño de forma material o simbólica. Si bien ambos tipos de responsabilidad se pueden generar por las violaciones de obligaciones relacionadas con los DDHH y DIH en un contexto de conflicto armado, el Estado también está obligado a investigar, juzgar y sancionar penalmente a los individuos responsables de los hechos. Por ejemplo, la CIDH ha condenado al Estado Colombiano a reparar a víctimas de violaciones a los DDHH y DIH por acción u omisión en el contexto de la confrontación. Dichas condenas recaen sobre el Estado pero nunca sobre los individuos. Sin embargo, la CIDH también ha ordenado al Estado Colombiano a investigar, juzgar y sancionar penalmente a los individuos responsables de los hechos.

⁴³ "planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados".

⁴⁴ "violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. A continuación se da una lista de ellos, en la que se incluyen, inter alia , el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre; el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen el mar; la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares".

⁴⁵ "el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes de la guerra o durante ella, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando sean cometidos al perpetrar un delito sujeto a la jurisdicción del Tribunal o en relación con tal delito, e independientemente de que el acto implique o no una violación del derecho interno del país donde se haya cometido". Una disposición similar (con menos especificaciones) se encuentra en el Estatuto del Tribunal de Tokio, art. 5.

Por otro lado, el Consejo de Estado ha condenado a ciertas entidades del Estado a reparar a víctimas de sus acciones u omisiones en el marco del conflicto armado interno. Es importante decir que el hecho de que a la luz del derecho internacional de los DDHH y del derecho administrativo nacional, el sujeto de imputación sea el Estado, no obsta para que no se persiga, investigue y condene a nivel penal a los individuos que perpetraron dichos crímenes. Es decir, es esencial diferenciar la responsabilidad del Estado de la responsabilidad penal individual que le cabe a los individuos por la comisión de crímenes internacionales. Un ejemplo que esta situación puede ilustrarse con la masacre de Mapiripán. Como ya se reseñó, la CIDH en 2005 condenó al Estado Colombiano por la masacre de Mapiripán y ordenó el pago de indemnizaciones a veinte familias, mientras que la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala de Casación Penal acaba de dejar en firme la condena contra el General Uscátegui⁴⁶. En la sentencia, la CJS confirmó su responsabilidad en los hechos "porque incumplió el deber de protección a la población civil pese a tener la posición de garante institucional que le asigna la Constitución Política a los miembros de la Fuerza Pública". La Corte determinó que Uscátegui, en calidad de comandante de la VII Brigada del Ejército, "tenía mando operacional sobre el Batallón de Infantería Joaquín París, el más cercano al lugar y cuyo comandante, el mayor Hernán Orozco Castro, le informó oportunamente la toma violenta del municipio de Mapiripán por parte del grupo de paramilitares".

Se puede decir finalmente que los dos tipos de responsabilidad son formas distintas y complementarias de satisfacer los derechos de las víctimas en el marco del conflicto armado. Por un lado, la responsabilidad internacional implica la reparación patrimonial del Estado a favor de la víctima y la obligación de poner en funcionamiento el aparato de derecho penal para sancionar a los responsables de los hechos. Por otro lado, a nivel nacional el Estado también tiene la obligación de reparar a la víctima de violaciones a los DDHH y DIH, y de investigar, juzgar y sancionar penalmente a los responsables individuales de los hechos que generaron el daño. En la discusión del punto 5 se deberán tener muy en cuenta dichas diferencias pues el Estado no es siempre el sujeto último en la cadena de imputación por daños derivados del conflicto armado interno y sí tiene la obligación de juzgar y sancionar penalmente a los responsables de crímenes internacionales cometidos tanto por agentes del estado como por agentes no estatales.

⁴⁶ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dejó en firme la condena de 37 años de prisión contra el general (r) Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, como autor por omisión impropia de los homicidios agravados y secuestros simples perpetrados durante la masacre de Mapiripán (Meta), ocurrida entre el 15 y el 20 de julio de 1997.