UNA Revista de Derecho
Vol. 1: 2016

Reseña

EL PODER –Y EL DESEO– DE NOMBRAR PARA CONSTRUIR REALIDADES: EL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LAS FARC

María Susana Peralta Ramón y Santiago Vernaza Civetta

I. ¿Qué han *sido* las FARC?

Las FARC ha sido un actor constante del panorama político y social de nuestro país, sobre todo en los últimos 20 años. Políticamente hablando, ha sido –generalmente, al igual que las otras guerrillas– tratado como un enemigo, como la máxima representación de la ilegalidad. Esta imagen, cierta o no, justificó la búsqueda de su destrucción por vías militares. Ahora, surge la pregunta, ¿cómo manejar esa imagen de enemigo, de opuesto, en el contexto de unas negociaciones de paz? Sería demasiado ambicioso buscar todas las formas en las que el Estado colombiano lo ha hecho. Esta línea jurisprudencial busca analizar el tratamiento jurídico que le ha dado el Consejo de Estado a este grupo armado, teniendo como trasfondo el contexto político que trae una negociación de paz, para después entender dónde está parada la sentencia del 29 de marzo del 2015, que analizaremos más en detalle[1].

Como resultado de nuestra investigación, encontramos que hay dos grandes momentos en el tratamiento o denominación de las FARC como grupo ilegal en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En un primer momento –que va desde el año 1991 hasta el 2011– las FARC es llamado invariablemente un grupo *terrorista*. En el segundo –desde el 2011 hasta el día de hoy– el Consejo de Estado ha usado tanto la jurisprudencia constitucional como el derecho internacional para llamar a las FARC como *actor de conflicto armado no internacional*.

Primer momento: las FARC como grupo terrorista (1994-2011)

Como dijimos, el Consejo de Estado llamaba a las FARC *terroristas* sin mayores elucubraciones al respecto. En el desarrollo de la argumentación

[1] La línea es especial en los términos de Diego López, ya que no organiza todos los casos que involucran a las FARC, sino solo los actos de violencia dirigidos en contra de servidores públicos.

no parece ser un punto controversial ni es, por lo tanto, un punto que se analice. La sentencia fundante de esta sección es la emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 23 de septiembre de 1994[2]. Ante la demanda de unas víctimas de un atentado de las FARC, el Consejo de Estado consideró que, a pesar de la situación de inseguridad generalizada, el Estado tiene la responsabilidad de indemnizar a las víctimas. Esta sentencia, por lo tanto, cobra relevancia por la cantidad de elementos que trae a colación para decidir sobre cómo categorizar las actuaciones (no la esencia) de las FARC. Apela a la igualdad y a la solidaridad como preceptos que apuntan a la obligación de indemnizar a las víctimas de la violencia que existía en el país: la sociedad como un todo, y no solo unos individuos desafortunados, debe sufrir las consecuencias. Y la forma de transferir esas consecuencias al Estado es la indemnización.

Así, el discurso guerrerista y mitificador sobre el grupo insurgente se ve mitigado por la necesidad de trabajar en conjunto hacia una salida armónica de la violencia. El reclamo del accionante es diligentemente escuchado y puesto de presente: la violencia cotidiana no puede comportarse como anestesia, *juntos* debemos hacer algo al respecto. Muchos años después, estos esfuerzos estarían activamente dirigidos a la consecución de la paz, lo que también ha sido una empresa política y cultural del país –de campesinas, de víctimas, de artistas–, y sobre lo que el Consejo de Estado se volvería a pronunciar con ímpetu.

Es importante señalar como relevante el hecho de que el Consejo de Estado llama a las FARC un grupo *terrorista*, sin hacer mención de un conflicto armado interno provocado por tal grupo insurgente. Dicha corporación reconoce un estado de violencia generalizado en el país, pero no habla de un conflicto armado. También es interesante ver que, a pesar de considerar que las FARC es un grupo *terrorista*, condena al Estado por sus acciones. Esto demuestra que en la resolución de los casos relativos a la violencia de las FARC, considerarlos *terroristas* o *actores de un conflicto armado* no tenía la trascendencia jurídica que la Sala –en la sentencia del 2015, analizada más adelante– parece reconocerle.

Segundo momento (2011- ¿?): Las FARC como actor de un conflicto armado interno

La tendencia cambió a partir del 25 de mayo del 2011, cuando, valiéndose de jurisprudencia constitucional[3] e instrumentos internacionales como los

[2] C.P. Julio César Uribe.
[3] Las sentencias que referencia el Consejo de Estado fueron las C-802 de 2002; C-172 de 2004; C-291 de 2007; T-444 de 2008; T-496 de 2008; T-922 de 2008.

Convenios de Ginebra, el Consejo de Estado consideró que la guerrilla de las FARC es un actor de un conflicto armado no internacional. Esta sentencia resuelve la petición de un bachiller que se encontraba en la base militar Las Delicias, prestando su servicio militar obligatorio, cuando ocurrió la toma por parte de las FARC. Omar León Molina Castro fue secuestrado en la toma guerrillera, sufriendo, como consecuencia, perjucios morales y patrimoniales. Demandó a la Nación buscando la reparación de estos daños ante el Tribunal Administrativo de Nariño, que el 21 de junio del 2000 falló en contra de sus pretensiones. El Tribunal consideró que el Estado no podía ser declarado responsable por los hechos de un tercero al margen de la ley, en especial cuando, en su opinión, no había una falla en el servicio prestado por el ejército en el caso bajo estudio.

El 5 de julio del mismo año, la familia de Molina interpuso un recurso de apelación, resuelto favorablemente por el Consejo de Estado el 25 de mayo de 2011[4]. En la sentencia, la Sala afirma que efectivamente el Estado no puede ser declarado responsable por hechos de terceros. Lo que ocurre en este caso, argumenta, es que no fueron los hechos del tercero, sino la ostensible falla en el servicio del Estado, lo que causó el daño. La Sala analiza la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por militares, resaltando tres puntos importantes: i) el deber del Estado cambia según el tipo de soldado que sufra el daño; ii) en ningún caso los militares, por defender la soberanía del país con las armas, renuncian a sus derechos mínimos como la vida; y, iii) la existencia de un conflicto armado interno potencializa el deber de protección del Estado frente a civiles y militares.

Para el análisis del caso concreto, la Sala establece que el Estado tenía un deber de protección especial con Molina, no solo porque este era un auxiliar bachiller, que estaba cumpliendo un deber impuesto por el mismo Estado, sino porque la existencia de un conflicto armado interno, de conformidad con el Convenio de Ginebra –que es parte del bloque de constitucionalidad– incrementa las obligaciones del Estado frente a civiles y combatientes.

Para declarar la existencia de un conflicto armado, la Sala se basa exclusivamente en jurisprudencia constitucional, y lo hace en un pie de página (el número veintitrés, para ser más precisos). Es decir, introduce la consideración de que en Colombia hay un conflicto armado, con el efecto de considerar a las FARC un actor de un conflicto armado, sustentado su posición en jurisprudencia constitucional y más adelante, cuando analiza los efectos que esto tiene, en el derecho internacional humanitario y en la jurisprudencia de tribunales internacionales.

[4] C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

II. Sobre esta sentencia 2015, sentencia reiteradora de la línea

El 30 de agosto del año 1996, la base militar Las Delicias, ubicada en Puerto Leguízamo, Putumayo, fue objeto de un ataque organizado por las FARC desde las 2:00p.m. hasta la madrugada del siguiente día. Las FARC movilizaron a cuatrocientos cincuenta guerrilleros contra los soldados de la base militar. El resultado: veintisiete militares muertos, dieciséis heridos, y sesenta secuestrados; once militantes de las FARC muertos y otros veinticinco heridos. Los militares fueron liberados diez meses después, el 14 de junio de 1997, tras la desmilitarización de la zona del Cartagena del Chairá, Caquetá, facilitada por el entonces presidente Ernesto Samper -a pesar de las críticas proferidas por los líderes de la cúpula militar. El demandante, Gonzalo Orozco, de 23 años, sufrió durante la toma de heridas que le produjeron hipoacusia bilateral de veinte decibeles, una cicatriz dolorosa en la mano y la pérdida de su prótesis dental superior. Tras el combate, fue secuestrado por las FARC y regresado a la libertad diez meses después en las condiciones ya explicadas. Las valoraciones realizadas tras su retorno a la vida civil demostraron que, además, durante su cautiverio había padecido leishmaniasis, que le dejó como secuela una cicatriz en su rostro. En total, Orozco vio reducida su capacidad laboral en un 20.35% tras el ataque y secuestro de su base militar durante su prestación de servicio militar obligatorio.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Nariño negó sus pretensiones bajo el argumento de que el Estado no podía ser considerado responsable de los actos de grupos terroristas, por ser actos de un tercero e imprevisibles. Esto es central, pues implica que el Estado sí puede ser responsable por hechos de un tercero, si estos son previsibles. En otras palabras, consideró que los ataques de las FARC, por ser actuaciones terroristas, configuraban una causal de exoneración de responsabilidad debido a su imprevisibilidad.

El 29 de abril de 2015, el Consejo de Estado, en segunda instancia, procedió a analizar la responsabilidad del Estado con respecto a los perjuicios sufridos por el demandante, concendiendo la indemnización. La sentencia tiene dos argumentos principales. El primero es que este caso tiene los mismos hechos que otro resuelto en 2014 en contra del Estado. En consecuencia, por el derecho a la igualdad, debe ser resuelto en el mismo sentido: en términos de dogmática administrativa, se configura la "cosa juzgada material". La Sala reconoció explícitamente que la sola aplicación de la cosa juzgada material era suficiente para llevar a la declaración de responsabilidad por parte del Estado: la verdadera *ratio decidendi* es esta. Es más, la Sala dijo abiertamente que el segundo argumento que expone es

una "importante aclaración conceptual", e incluso da la solución del caso antes de estudiarlo.

El segundo argumento, aunque prestado de la sentencia del 2011, sigue siendo una bomba: las FARC *no* deben considerarse en grupo terrorista, sino un actor de un conflicto armado no internacional. La razón es que por su tamaño y su capacidad como organización militar no pueden catalogarse como un simple grupo terrorista sino como un verdadero actor de un conflicto armado. Esta decisión, aunque como reconoce la Sala pertenece a la *obiter dicta* y no a la *ratio decidendi,* es el resultado tanto de la mayor atención prestada al Derecho Internacional Humanitario y su jerarquía en el ordenamiento colombiano, como de la intención política que subyace en la sentencia.

Por un lado, la Sala analiza la importancia de aplicar el Derecho Internacional humanitario en un conflicto no internacional a pesar de sus límites –dibujados por la soberanía del Estado–, puesto que dentro de la gran cantidad de beneficios que conlleva está incluida la consecución de la paz. Esto se obtiene gracias a la humanización de la guerra, que "apunta a morigerar la intensidad de las hostilidades, a minimizar sus efectos en la población civil y en sus bienes, a procurar un trato humano para los combatientes (...) de manera que pueda abrirse paso, con menos dificultades, la posibilidad de reconciliación entre los bandos combatientes". Decimos que el argumento es una bomba porque había considerables fuerzas políticas que intentaron evitar que se declarara que en Colombia existe un conflicto armado interno[5].

Así, el Consejo de Estado resalta la necesidad de denominar, y que todos los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa denominen[6], a las

[5] Un ejemplo de esto es el expresidente Álvaro Uribe. (El Espectador, 2011. *Uribe da 10 razones para no hablar de conflicto armado interno.* Disponible en http://www.elespectador.com/noticias/politica/uribe-da-10-razones-no-hablar-de-conflicto-armado-articulo-268116)

[6] "Finalmente, vale la pena señalar que para los jueces de lo contencioso administrativo colombianos, en general y para el Consejo de Estado, en particular, dispensar el tratamiento jurídico y hasta la denominación que en estricto rigor corresponde a las hostilidades propias del conflicto armado interno que se libra en el país, constituye no una simple opción argumentativa o una mera veleidad de estirpe académica, sino una obligación derivada del carácter imperativo que para las autoridades públicas reviste el acatamiento de los contenidos normativos propios del Derecho Internacional Humanitario, los cuales resultan de insoslayable aplicación como consecuencia de la eficacia vinculante de los fundamentos que serán referidos en el acápite siguiente dentro del presente pronunciamiento." (Consejo de Estado, 2015, p. 70).

FARC de tal manera, lo que acarrea ciertas consecuencias concretas y abstractas. Con respecto a lo primero, al considerar que las FARC no son terroristas, concluye que un ataque realizado a una base militar del Estado no puede considerarse un acto terrorista sino un acto de guerra que, por lo tanto, era previsible por parte del Estado. En consecuencia, esta consideración sobre el estatus jurídico de las actuaciones de las FARC lleva a que el Consejo de Estado declare con mayor facilidad la responsabilidad del Estado por los actos de esta guerrilla, pues el nexo causal ya no es el hilo fino y traslúcido que se planteaba al inicio del caso.

Con respecto a lo abstracto, la subsección A de la sección tercera del Consejo de Estado afirma que es importante que un actor de un conflicto armado como las FARC no sea denominado como *terrorista*. Esta medida facilitaría los "posibles" procesos de reconciliación y de paz, que es, en realidad, el fin último del Derecho Internacional Humanitario. Asegura, también, que la denominación de *terrorista* hace que el grupo se vuelva un Otro, por lo que se facilita su identificación como *enemigo,* lo que incrementa desproporcionadamente el costo político de iniciar negociaciones encaminadas a la paz con este grupo armado. Así, el Consejo de Estado asegura que, en aras de alcanzar la paz, los actores de un conflicto armado, aunque en ocasiones pueden cometer actos terroristas, no deben ser llamados *grupos terroristas* por las implicaciones políticas y materiales de esta acción. En palabras de dicha corporación:

> En el anterior orden de ideas, no puede concluirse cosa distinta a que la –indebida– catalogación de un combatiente, de un sujeto que interviene en condición de actor en un conflicto armado no internacional, como terrorista, conduce a desconocer uno de los propósitos más caros al DIH cual es evitar que se produzca una criminalización del adversario o, en términos de Carl Schmitt, su "partisanización", proceder que además de tornar jurídicamente inviable la aplicación del DIH mismo. (p. 54)

Esta decisión, creemos, robustece el pronunciamiento político del Consejo de Estado a favor de la consecución de la paz con las FARC. Además, aumenta su fuerza cuando se recuerda que la decisión del caso en concreto no *necesitaba* del desarrollo conceptual y teórico sobre el Derecho Internacional Humanitario ni sobre el uso de la palabra "terrorista", ya que debido a la existencia de la cosa juzgada material ya se había decidido que sí se iba a conceder la indemnización. La corporación, entonces, ha ido lentamente adhiriéndose a los estatutos del Derecho Internacional Humanitario tanto por la convicción con respecto a la responsabilidad del Estado, como por su intención de hacer parte del debate político vigente en el país. Específicamente, estas sentencias del Consejo de Estado han ido

apuntando a "suavizar" la imagen bélica y enajenante de las FARC, puesto que tales posiciones intensifican la distancia –ya enorme– entre *ellos* y *nosotros,* que en realidad somos los mismos y no merecemos tales divisiones. Esta intención –y esto es positivo– no está implícita: la Sala lo dice directamente.

Como se ve, esta sentencia comparte dos elementos con la del 2015 –elementos, vale decir, que comparte con la mayor parte de sentencias de este momento de la línea. El primero y más evidente es que declara la existencia de un conflicto armado interno, del cual las FARC es un actor, que incrementa el deber de protección que tiene el Estado con sus militares. El segundo, que está un poco más oculto, es que la Sala se vale de otras consideraciones para declarar la responsabilidad del Estado: pareciera como si de no declarar la existencia del conflicto armado, el Estado sería igualmente responsable. Es decir, las consideraciones sobre la naturaleza de las FARC como grupo al margen de la ley son principalmente *obiter*. En la sentencia del 2011, la Sala es reiterativa en que la falla del servicio es ostensible, afirmando incluso que hubo "absoluta negligencia" por parte del Estado. Usa la responsabilidad amplificada del Estado como una forma de rematar su argumentación, pero el centro es la falla en el servicio. En la sentencia del 2015, el punto central en la argumentación es la cosa juzgada material –jerga administrativa para precedente-, siendo las consideraciones sobre el conflicto armado "aclaraciones conceptuales". ¿Qué significa esto? ¿Para qué, y por qué, hay un argumento *obiter* que se repite en las sentencias? Argumento, además, que no es fácil de construir (en la sentencia del 2015, la Corte se toma 67 páginas, de 114 que tiene la sentencia en total, en desarrollarlo). En nuestra opinión, y lo reconoce expresamente el Consejo de Estado, es porque la mayor importancia de este argumento no es jurídica, sino política.