

**RESPONSABILIDAD Y PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO SUFRIDO EN
CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN COLOMBIA**



MARÍA CARMENZA VARGAS AGUIRRE
Código: 3000684

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO MILITAR
BOGOTÁ
2018

**RESPONSABILIDAD Y PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO SUFRIDO EN
CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN COLOMBIA**



MARÍA CARMENZA VARGAS AGUIRRE
Código: 3000684

Directora:
Doctora JANETH CALLEJAS CIFUENTES

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO MILITAR
BOGOTÁ
2018

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|-----------|
| Resumen..... | 1 |
| Introducción | 4 |
| 1. Responsabilidad Extracontractual del Estado antes de 1991 | 8 |
| 1.1. Competencia de la Corte Suprema de Justicia..... | 8 |
| 1.2. Competencia del Consejo de Estado | 12 |
| 2. Responsabilidad Extracontractual del Estado, con fundamento en el daño antijurídico | 16 |
| 3. Títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado a la luz de la Constitución Política de 1991..... | 22 |
| 3.1. Régimen de la falla o falta del servicio..... | 22 |
| 3.2. Régimen objetivo de responsabilidad..... | 28 |
| 3.3. Responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial: | 34 |
| 4. Servicio militar obligatorio en Colombia..... | 40 |
| 4.1. Naturaleza jurídica | 41 |
| 4.2. Marco Normativo..... | 46 |
| 4.2.1. Ley 48 de 3 de marzo de 1993 reglamentada por el Decreto Nacional 2048 de 1993 (Derogados por el artículo 81 de la Ley 1861 de 2017)..... | 46 |
| 4.2.2. Ley 1861 de agosto 4 de 2017 (Diario oficial N° 50.315 de 4 de agosto de 2017) 49 | |

| | |
|---|--------------------------------------|
| 5. Responsabilidad del Estado por el daño antijurídico originado en la prestación del servicio militar obligatorio..... | 51 |
| 5.1. Nociones fundamentales | 51 |
| 5.2. Régimen o títulos de imputación de responsabilidad extracontractual aplicable a quien funge al interior de la Fuerza Pública como conscripto | 60 |
| 5.3. Análisis jurisprudencial por la responsabilidad en conscriptos | 64 |
| 5.4. Recomendaciones institucionales..... | ¡Error! Marcador no definido. |
| Conclusiones..... | 88 |
| Referencias Bibliográficas..... | 95 |

RESPONSABILIDAD Y PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO SUFRIDO EN CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN COLOMBIA

MARÍA CARMENZA VARGAS AGUIRRE¹

Resumen

La existencia del servicio militar obligatorio en Colombia, como institución de la Fuerza Pública, se justifica en los principios y propósitos emanados del Estado Social y Democrático de Derecho, entre ellos, los de defender la independencia nacional, mantener la integridad del territorio, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. En cumplimiento de tal deber constitucional, los conscriptos pueden sufrir daños antijurídicos que deben ser reparados; por ello se hace necesario determinar las fuentes de causación y así fijar o proponer unas recomendaciones institucionales encaminadas a contribuir con la disminución en el escenario de la responsabilidad objetiva por daño especial.

¹ Abogada titulada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Boyacá. Pregrado. Universidad de Boyacá. Especialización en derecho de la comunicación de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Bogotá. Actualmente Maestranda en Derecho Público Militar de la Universidad Militar Nueva Granada en Bogotá. Contacto: mariava01@yahoo.com.ar

Para ello, fue necesario consultar y analizar los fundamentos constitucionales, legales y criterios establecidos por la jurisprudencia, con respecto a la evolución de la institución de la responsabilidad de la administración; siendo necesario examinarla en su contexto general y luego específicamente en el escenario de la responsabilidad emanada de los daños que sufren los conscriptos. El origen generador del daño principalmente, deviene del incumplimiento de las directrices constitucionales, legales y reglamentarias, por parte de las autoridades encargadas de ejecutar y hacer cumplir las políticas castrenses al tenor de las disposiciones normativas; no existe medidas coercitivas eficaces y de aplicación directa respecto de los funcionarios que ostentan la posición de garante.

Palabras clave

Estado Social de Derecho, sistemas de responsabilidad extracontractual del Estado, Fuerza Pública, servicio militar obligatorio, conscriptos daño antijurídico, imputación objetiva, posición de garante, precedente jurisprudencial, daño especial.

Abstract

The existence of compulsory military service in Colombia, as an institution of the Public Force, is justified in the principles and purposes emanating from the Social and Democratic State of Law, among them, those of defending national independence, maintaining the integrity of the territory, ensuring the peaceful coexistence and the validity of a just order. In compliance with such a constitutional duty, conscripts may suffer unlawful damages that must be repaired; Therefore, it is necessary to determine the sources of causation and thus to fix or propose

institutional recommendations aimed at contributing to the reduction in the scenario of strict liability for special damage.

For this, it was necessary to consult and analyze the constitutional, legal and criteria established by the jurisprudence, with respect to the evolution of the institution of the responsibility of the administration; it is necessary to examine it in its general context and then specifically in the scenario of responsibility arising from the damages suffered by the conscripts. The origin causing the damage mainly, comes from the breach of the constitutional, legal and regulatory guidelines, by the authorities in charge of executing and enforcing the military policies according to the normative dispositions; there are no effective coercive measures of direct application with respect to the officials who hold the position of guarantor

Key words

Social State of Law, extracontractual liability systems of the State, Public Force, compulsory military service, conscripts unlawful damage, objective imputation, position of guarantor, precedent jurisprudential, special damage.

Introducción

La institución jurídica de la responsabilidad del Estado colombiano, instrumento a través de la cual, el juez natural, desde vigencia de la Constitución Nacional de Colombia (1886), ha utilizado para restablecer o reparar los daños causados a los administrados, en las distintas controversias que con el transcurrir de los tiempos se han suscitado, bien por la acción u omisión de los estamentos gubernamental; en cumplimiento de los fines estatales; correspondiendo a la casuística la adopción de los criterios que no han sido estáticos en el tiempo, sino que por el contrario obedecen a la realidad viviente de la época en que se resuelve la controversia planteada. En un primer momento la competencia y por varias décadas estuvo en cabeza exclusivamente de la Corte Suprema de Justicia, órgano que acudió a las normas del Código Civil y posteriormente el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, incluso de plena vigencia con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, como se verá en el acápite correspondiente.

Ahora bien, el Estado en el cumplimiento de los propósitos constitucionales puede generar daños, que a la luz del actual instrumento constitucional, deben ser reparados, con base en el concepto de daño antijurídico, regla general en la que se abandona en principio el elemento culpa de anteriores títulos de imputación; en razón a que lo importante aquí, no es buscar un culpable para sancionarlo, sino que la finalidad primera y última es la de reparar a la víctima del daño injustamente sufrido; lo que se traduce en la tesis configurativa de los títulos de orientación objetiva; específicamente los daños que en la prestación del servicio militar obligatorio, se causan a los ciudadanos que fungen como soldados bachilleres, regulares o campesinos, al

interior de cualquiera de las Fuerzas del Ejército Nacional o como auxiliares bachilleres en la Policía Nacional; clasificación que se mantiene en la luz de la Ley 1861 de agosto 4 de 2017, misma que derogo recientemente la Ley 48 de 1993 y cuya institución de naturaleza constitucional se edifica en los principios de igualdad, solidaridad y equidad.

Así las cosas, resulta claro, que no existe régimen de responsabilidad sin daño, el cual se erige como un elemento insustituible, pues es su causa necesaria. Asimismo, el daño para que encuadre en los parámetros de la responsabilidad estatal; debe obligatoriamente ser antijurídico; es decir, que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportarlo, bajo dicha premisa, debe revestir además las características intrínsecas de ser cierto, personal, determinado o determinable.

Con base en lo expuesto, el propósito de éste trabajo académico en primer lugar, es detectar o establecer las fuentes generadoras de los daños antijurídicos sufridos por los conscriptos; en un segundo lugar, determinar cómo se previene o disminuye la causación de éstos; finalmente contribuir con soluciones que permitan materializar los propósitos planteados; mismos que demandan la revisión exhaustiva no sólo de los fundamentos constitucionales, legales, sino principalmente de la jurisprudencia del Consejo de Estado, órgano judicial del cual emanan en la actualidad los criterios de responsabilidad frente a la multiplicidad de acontecimientos generadores de responsabilidad por los daños sufridos por quien ostenta el deber de servir a la patria, obligación que descansa en el precepto constitucional contenido en el artículo 216. Entre los criterios de imputación se encuentra el daño especial -rompimiento de las cargas públicas-; excepcional -ejercicio de actividades catalogadas como peligrosas-, manejo y porte de material de guerra; o inclusive en casos especiales, se ha acudido a las directrices del criterio subjetivo de

la “falla” del “servicio”, en eventos en los que el daño, es el resultado directo de la inobservancia de normas cuya obediencia eran de obligatorio cumplimiento por parte de la administración.

El presente compromiso académico, se aborda desde un enfoque netamente cualitativo y teórico, pues se pretende identificar las causas generadoras de los daños antijurídicos que sufren quienes prestan el servicio militar obligatorio, por tanto es necesario consultar imperiosamente la doctrina y la jurisprudencia como instrumentos jurídicos necesarios, para lograr el propósito y, desde éste, contribuir materialmente con la formulación de soluciones encaminadas a disminuir el daño que puede afectar la vida e integridad de quienes prestan el servicio militar obligatorio, bien como soldados bachilleres, regulares, campesinos o auxiliares bachilleres, en cumplimiento de su servicio militar, al interior de las instituciones militares y de policía respectivamente.

En consecuencia, se aborda la temática en cinco capítulos, los dos primeros, corresponden a nociones, características, criterios y evolución de la responsabilidad del Estado en vigencia de la Constitución Nacional de 1886 y los fundamentos estructurales de la misma institución con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991; en el tercer acápite, lo correspondiente al régimen de responsabilidad objetiva, nociones, fuentes, características, criterios de imputación o modalidades de responsabilidad; en el cuarto capítulo, se presenta los aspectos más relevantes, explicativos y estructurales de la institución del servicio militar obligatorio, entre ellos, naturaleza jurídica y marco normativo; finalizando con el capítulo quinto, sobre el análisis de casuística en la que se colige los criterios que en la actualidad ha adoptado el Consejo de Estado, como autoridad jurisdiccional en cuya

competencia se encuentra la de administrar justicia y por ende la de reparar los daños a los ciudadanos que en cumplimiento del deber constitucional prestan el servicio militar obligatorio, desembocando en señalar los hallazgos de los que se infiere soluciones prácticas en aras de contrarrestar los focos generadores de responsabilidad, que en lo posible deben incluirse para disminuir los daños a los cuales se ven expuestos quienes se enlistan filas.

Finalmente y con el propósito de contribuir con la prevención y disminución del daño antijurídico sufrido por el personal que presta el servicio militar obligatorio, se presenta en el acápite de conclusiones los resultados de la investigación, donde es evidente la omisión en las autoridades que ostentan la posición de garante al interior de la jerarquía de las autoridades de las instituciones castrenses y de policía la falta o total ausencia de políticas de prevención del daño antijurídico; sumado a la inexistencia de instrumentos coercitivos que permitan endilgar responsabilidad a quien corresponde tal calidad, dado que desde los altos mandos es que se espera el ejercer la actividad militar conforme a las previsiones constitucionales, legales y reglamentarias; adoptando todas las medidas necesarias que permitan siempre salvaguardar la vida e integridad de quienes se encuentran incorporados en condición de conscriptos. Políticas que deben prever las garantías en cada una de las etapas, es decir, vinculación, incorporación, permanencia, permisos, licencias, terminación, entre todas aquellas que en sana experiencia de los especialistas y conocedores de la actividad militar adopten en aras de devolver al militar en conscripción al término del servicio militar, en las mismas condiciones o mejores a las que se encontraba al momento en que decidió en cumplimiento de la Constitución y la ley, definir su situación militar, bien porque acudió en forma voluntaria, o por la facultad de compilación de competencia de las instancias castrenses o policiales.

Responsabilidad Extracontractual del Estado antes de 1991

1.1. Competencia de la Corte Suprema de Justicia

La Responsabilidad del Estado, data de finales del siglo XIX, época en la que los asuntos contenciosos en los que se involucraba a la Nación, como sujeto pasivo, eran dirimidos en una primera fase por la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento a la competencia otorgada por la Constitución Nacional (1886) en el artículo 151 que sustenta: “Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos”; controversias que se dirimían con observancia de las disposiciones contenidas en “el derecho privado, a las cuales después substituyó por principios de derecho público, deducidos en lo fundamental, de normas constitucionales” (López, 2007, p. 41).

Sin embargo, no se puede pasar por alto, el referente jurisprudencial e histórico emanado de la Corte Suprema de Justicia, quien materializó la responsabilidad estatal bajo el presupuesto que:

Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes (G.J, 1896, p. 357).

En este sentido, es tomado como un hito jurisprudencial conductor del progreso de la Responsabilidad del Estado como institución, sumado a los fallos que explican el manejo impartido por la Corte Suprema de Justicia. Para ello es importante traer en contexto por su importancia y labor metodológica, el fallo de 30 de junio de 1962, que la corporación relaciona y explica desde las fases y los criterios imputando responsabilidad a la administración, a saber: responsabilidad indirecta; directa, a través de la cual más tarde, sirve de fundamento para desarrollar la tesis por las fallas del servicio y la organicista; finalizando con la responsabilidad por la culpa presunta de quienes se ocupan o ejercen actividades peligrosas.

Así pues, en primer lugar, se presenta la tesis de la responsabilidad indirecta, apoyada en el sustento que la persona jurídica se encuentra en la obligación de elegir a sus agentes y ejercer su vigilancia con cautela, toda vez, que son sus subordinados, lo anterior en el caso de que si incurren a título culpa, en el ejercicio de sus cargos; ésta se traslada sobre la entidad jurídica, de acuerdo a lo descrito en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil; es decir, que ésta surge, no por los actos propios o personales, sino por los ejecutados por otras personas, pero que por estar ligadas en observancia a la ley deben responder. En otras palabras, se responde por los actos que comenten otros, otros que se encuentran ligados con el llamado a responder; ejemplo de ello, es la responsabilidad que se endilga a los padres por los hechos cometidos por sus descendientes. Este régimen tuvo vigencia hasta 1939 según (Corte Suprema de Justicia. Sentencias de 19 de julio de 1916; 17 de junio de 1938, y 12 de mayo de 1939).

Se aclara entonces, que con posterioridad fue necesario acudir a su aplicación de este precedente en la (Corte Suprema de Justicia. Sentencias de 30 de junio de 1941; 10 de noviembre de 1941; 28 de octubre de 1942; 20 de abril de 1944; 4 de julio de 1957 y 2 de febrero de 1959) para resolver algunas contiendas; razón que no resultó suficiente, debido a los sendos casos que demandaban otras variantes.

En segundo lugar, la jurisprudencia avanzada con la creación de la teoría de responsabilidad directa, basada ésta, en la regla general de responsabilidad por el hecho propio, prevista en el artículo 2341 del Código Civil, el análisis obligado demandaba la valoración de la culpa personal de un agente; de ello dependía que la responsabilidad comprometiera o no inmediatamente a la persona jurídica dado que la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos fueran, era responsabilidad del ente moral, en la medida que, tanto el Estado como sus dependientes convergían en una sola. Con posterioridad la casuística se resuelve bajo dos variantes de importancia; la primera relacionada con las personas morales privadas y públicas, que a la postre sirven de estructural de la teoría organicista, en términos de la Corte:

Es claro que existirá la necesidad de valorar la idiosincrasia de las personas morales con el fin de concluir las consecuencias frente al modo en que implican su responsabilidad civil. La persona física se exige con responsabilidad a modo directo, cuando obra personalmente, o cuando actúa expresamente con voluntad en un acto que ejecuta su dependiente o subordinado; ahora bien, la persona moral compromete su responsabilidad a modo directo cuando opera la directiva, gestores o gerentes suyos con especial representación de los mismos para obligarla, solamente en este caso puede señalarse que la persona moral es la

misma que obra. En los otros casos no actúa la misma, sino sus agentes, en el mismo modo que actúan los agentes de una persona física (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 15 de mayo de 1944, M.P. Aníbal Cardoso Gaitán).

Puede afirmarse, entonces, que la teoría organicista, se explica a partir del presupuesto, a través de la cual, toda entidad jurídica privada o pública, tiene agentes que la representan; por tanto, son los órganos que le sirven para su funcionamiento en sí. Son los que la representa, en últimas son los depositarios de la voluntad de la persona moral. En este sentido, es la culpa de estos agentes, la que repercute en esta persona moral; aclarándose que la responsabilidad de la administración es indirecta con respecto a los agentes auxiliares.

Posteriormente, la Corte en 1941 y en los años subsiguientes, acogió la teoría de responsabilidad vista desde la órbita de las personas públicas, basada en la “falla del servicio público” o “culpa de la Administración”, como se enunció en líneas anteriores. El argumento central de esta tesis, se encuentra íntimamente relacionado con la deficiencia o irregularidad en la prestación del servicio, sin que se hiciera necesario, individualizar al autor, ni la circunstancia de que éste fuera funcionario superior o simple auxiliar; lo fundamental de esta teoría radica en el cumplimiento de los fines estatales y efectividad de los derechos de sus asociados, obligaciones radicadas con exclusividad en la administración.

1.2. Competencia del Consejo de Estado

Con la legislación del Decreto 528 de 1964, en el artículo 20, se otorga la competencia funcional a la jurisdicción Contenciosa Administrativa, para conocer los asuntos relacionados con la responsabilidad de la administración, citada literalmente así:

La jurisdicción contenciosa administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, sin excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 73 de la Ley 167 de 1941.

En consecuencia, se está advirtiendo que, previó a la norma en referencia, ésta corporación, resolvió de manera excepcional varios conflictos en los que se debatía la responsabilidad del Estado por trabajos públicos, facultad emanada del Estatuto Contencioso Administrativo; no sin pasar por alto, que a pesar de los mandatos contenidos en los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional de 1886, y el mismo Estatuto Contencioso Administrativo, no por ello, se contaba con un régimen especial de responsabilidad, dado que la regla general de competencia para el momento radicaba en la Corte Suprema Justicia y de manera excepcional la ejercía el Consejo de Estado.

En efecto, por lo analizado, fue hasta hace poco que se estableció “que la responsabilidad del Estado se rigiera por instituciones jurídicas propias y no estuviera más determinada por las reglas de responsabilidad de los particulares” (Henao, 1996, p.729).

La jurisprudencia del Consejo de Estado, al igual que en la última etapa evolutiva de las teorías elaboradas por la Corte Suprema de Justicia y previo a que se expidiera la Constitución Política de 1991, continuó aplicando como régimen general la teoría de la falla del servicio:

Misma que surgió en razón de la tesis del servicio público, como deber básico del Estado. Para con ello demostrar que tal responsabilidad le incumbía netamente a la administración y debía ser asumida de manera eficiente. Por ello no se le permitía al funcionario incurrir en errores o irregularidades que pudieran generar daños a los ciudadanos (Gómez, 2003, p. 44).

Lo importante de esta noción de naturaleza subjetiva, es que la responsabilidad es directa, no exige análisis respecto del agente prestador del servicio; el estudio se realizaba, en torno al servicio público, propiamente dicho, determinándose cualquiera de sus modalidades, a saber, si éste se prestó o no; si se prestó tardíamente o, si se prestó deficientemente. Esta doctrina fue aplicada hasta 1989.

A partir de 1989, surge un periodo intermedio, a través del cual la jurisprudencia desarrolla la teoría de la “falla presunta”, en este interregno y con la expedición de la Constitución Política de 1991, se tipifica la cláusula general en el artículo 90, normativa que edifica la responsabilidad de la administración con base en el daño antijurídico, presuponiéndose que se materializan las tesis de responsabilidad objetiva, que permiten explicar, a través, de la casuística los diferentes títulos de imputación, el daño especial, el riesgo excepcional, las vías de hecho, responsabilidad debido a trabajos públicos, por el error judicial, por expropiación u

ocupación de inmuebles en caso de guerra, la responsabilidad por almacenar mercancías, entre otros; elemento profundizado en el acápite correspondiente.

Realizada la anotación en precedencia, corresponde retomar el régimen del que se venía diciendo que, a éste, es decir, a la falla presunta, se acudía:

En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse éste régimen especial, el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que, aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad.

En este sentido, la ausencia de falla del servicio, demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto. Por ello, en este régimen la falla del servicio sigue existiendo, pero en cierto modo inverso, es decir, en cuanto es a la entidad demandada a la que corresponde proveer al juez de los medios de convicción necesarios para que éste realice una valoración positiva del comportamiento administrativo (Consejo de Estado. Sentencia de 20 de febrero de 1989, M.P. Antonio José de Irisarri Restrepo).

Esta teoría fue la utilizada por el operador judicial, en la solución de controversias en las que se suscitaban acontecimientos que involucraba el ejercicio de armas de fuego o actividades peligrosas; de ello da ejemplo el precedente en donde se enlistan las características propias de esta modalidad de responsabilidad.

2. Responsabilidad Extracontractual del Estado, con fundamento en el daño antijurídico

La Constitución Política de 1991, en el artículo 90, introduce como regla general de la responsabilidad jurídica, el daño antijurídico y la imputación de éste a un órgano del Estado; abandonándose en consecuencia el elemento culpa, de anteriores títulos de imputación:

Determinando claramente la antijuridicidad del daño indemnizable, que marca un punto de evolución en la concepción de imputar, propiciando desde allí, toda una casuística y un desarrollo jurisprudencial imparable, superando todas las fases de responsabilidad por las que atravesó el Estado moderno (Ruíz, 2013, p. 54).

En este nuevo escenario, la doctrina sobre el asunto señala que “la prioridad no consiste en buscar culpables para sancionarlos, sino en comprender y reparar a la víctima del mal injustamente sufrido” (Gil, 2001, p. 14); tendencia que se traduce en las garantías propias del Estado Social de Derecho, en el que lo primordial es la materialización de los derechos que le corresponden a cada uno de sus asociados.

Si bien es cierto, que ni el precepto constitucional ni la legislación informan sobre una definición exacta de lo que debe entenderse por daño antijurídico dado que la realidad jurídica ofrece “un concepto jurídico indeterminado, un criterio vacío que debe ser interpretado conforme al derecho vigente y viviente en el momento correcto” (Pinzón, 2014, p. 60). En consecuencia, éste debe ser objeto de acomodamiento y adecuación sin perder de vista los principios y fines,

según Artículo 2, del Estado Social de Derecho, por parte del operador jurídico. Pilares que, conforme al precedente constitucional, no son otros que los consagrados en la Constitución, “tales como la solidaridad (Art. 1º), la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución” (Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1º de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Con base en las directrices relacionadas en precedencia y con el conocimiento que la definición del daño ha sido preocupación, tanto de doctrinantes, como de los operadores judiciales, comparto la que lo define como:

Toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil - imputación y fundamento del deber de reparar - se encuentran reunidos (Henao, 2007, p. 133).

Ilustración que enmarca una serie de elementos que contribuyen a la explicación de la evolución de la responsabilidad jurídica, la cual no es estática, en la medida que la producción del daño, “al conjugarse con la concepción de Estado Social de Derecho, determinan su interés de manera sustancial por la víctima, con la finalidad de reparar o resarcir los perjuicios causados al mismo o la misma” (Gómez, 2003, p. 37) en cualquiera de los escenarios donde exista actividad estatal. En garantía de los principios relacionados en líneas anteriores, siempre y sin

importar el contexto histórico, la casuística informará sobre la solución y reparación del daño antijurídico, “entendida la antijuridicidad como aquel que la víctima no está en el deber jurídico de soportar porque la normativa no le impone esa carga” (Consejo de Estado, Sentencia de 26 de marzo de 2014. C.P. Enrique Gil Botero).

Aunado a lo anterior, no hay duda que la noción de daño antijurídico no es creación del ordenamiento constitucional colombiano, su génesis deviene de la legislación española, siendo su creador el profesor y doctrinante Español, Eduardo García de Enterría, promotor de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, “en la que se extendió la responsabilidad a todas las administraciones públicas y marcó un viraje en el sistema de responsabilidad extracontractual hasta ahora empezado a cimentarse, que ha llegado en sus aspectos sustanciales hasta la actualidad” (Martín, 1999, p. 1772).

Institución que conforme al texto contenido en el artículo 106 de la Constitución de España (1978) sustenta: “Artículo 196 núm. 2 Constitución Española de 1978 Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, sirvió de referente histórico para que la Asamblea Nacional Constituyente consagrará en el artículo 90 constitucional la noción de daño antijurídico, “siendo éste el motor de la reparación que apareja unas consecuencias jurídicas adversas para quien lo sufre – la víctima- y que el ordenamiento jurídico no ampara ni justifica – hecho lesivo” (Pinzón, 2014, p. 23).

Pero bien vale la pena decir, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, han realizado en las décadas transcurridas, una labor enriquecedora, orientadora e interpretativa a la luz del daño antijurídico como elemento estructural de la responsabilidad estatal, siendo así que no en pocas sentencias lo explica como:

La fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo (Consejo de Estado sentencias de 8 de mayo de 1995 M.P. Juan de Dios Montes Hernández y 6 de junio de 2007 M.P, Ruth Stella Correa Palacio).

No siendo el propósito de este trabajo académico, el cuestionar la noción del daño, pretender definirlo o entrar en controversia, sí la responsabilidad es objetiva o sí con la tipificación de éste desaparece del mundo jurídico, el régimen subjetivo de responsabilidad por falla en el servicio, sí el daño es similar al perjuicio, o son conceptos diferentes pero convergentes, el segundo respecto del primero; son asuntos que para el propósito del tema en desarrollo, se encuentran íntimamente relacionados, pero no amerita centrarnos en un debate jurídico. Lo importante aquí, es que el daño, es el primer presupuesto de la responsabilidad, en cualquiera de los títulos de imputación, es la columna vertebral de la responsabilidad

extracontractual de la Administración, al no estar presente se torna no oficioso estudiar la misma, así exista una falla en el servicio. “La razón de ser de ésta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería, sino que iría enriquecerla sin justa causa” (Henaó, 1998, p. 36 - 37).

Bajo las anteriores apreciaciones, lo que realmente debe tenerse en cuenta, es que “la razón de ser de la responsabilidad patrimonial del Estado, descansa en la efectiva protección de los derechos de los asociados” (Bustamante, 2003, p. 27), sin importar si ésta es subjetiva u objetiva, lo cierto es que en cualquiera de las teorías siempre el daño antijurídico, será el presupuesto estructural, “que en definitiva permitirá alcanzar la tan anhelada justicia material y la paz jurídica” (Pinzón, 2014, p. 27).

Tal y como se ha dicho, el nuevo modelo de responsabilidad, entendida como un modelo que se encuentra:

Entre los instrumentos de protección de los derechos que operan *est post facto*. Su actuación, por lo tanto, no está orientada a conjugar o a prevenir, sino a remediar o a reparar. Ella no busca evitar o detener una violación de un derecho ciudadano en trance de suceder, sino remediar los males causados por una transgresión (Esguerra, 2004, p.316).

En este sentido, la Constitución Política de 1991, no acoge con exclusividad ningún régimen especial, “sino que deja en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como

jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar” (Consejo de Estado. Sentencia de 19 de abril de 2012. M.P. Hernán Andrade Rincón). En virtud de ello, la jurisprudencia es la que informa sobre los distintos títulos de imputación que han permitido resolver la casuística respecto de la Responsabilidad extracontractual del Estado, siempre y cuando se pruebe la existencia de un daño antijurídico y que éste le sea imputable, desde el ámbito fáctico y jurídico a la administración.

3. Títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado a la luz de la Constitución Política de 1991

3.1. Régimen de la falla o falta del servicio

Al relacionarse suscitadamente la evolución de la responsabilidad en el ámbito colombiano, se hizo referencia al principal régimen subjetivo de responsabilidad denominado falla o falta del servicio público, cuyo referente data de 1941. Teoría que sobrevive en el contexto de la responsabilidad fundamentada en el daño antijurídico, pero a diferencia de éste, su origen deviene del derecho francés, sistema que parte del concepto de servicio público:

Como deber básico del Estado, para con ello demostrar que tal responsabilidad le incumbía netamente a la administración y ser asumirla de manera eficiente; por ello no se le permitía al funcionario incurrir en errores o irregularidades que pudieran generar daños a los ciudadanos (Gómez, 2003, p. 44).

Teoría que continua en constante evolución, acorde con los fines y propósitos que debe cumplir el Estado frente a sus administrados; es decir, que en el operador judicial continua la labor minuciosa de examinar el acontecer fáctico, conforme a la totalidad de móviles de causación y determinar con exactitud la existencia de la referida falla del servicio, en la “que

predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado” (Ruíz, 2013, p.1); reiterándose que debe justipreciarse a la luz de los principios constitucionales en un contexto de un Estado real, en la medida que la falla del servicio:

Basada sobre el presupuesto de la falla probada; es decir, que este régimen tradicional debe probarse en todos los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual, como son la falla o falta, el perjuicio y el nexo causal. En consecuencia, debe ser trasladada al afectado la carga de probar la existencia de causalidad entre la falla en la que ha incurrido la administración y el perjuicio sufrido por éste, teniendo como referente en la ponderación del mismo, la realidad misma del país, el desarrollo, la amplitud y la cobertura de los servicios públicos. En otras palabras, la infraestructura de los mismos (Consejo de Estado. Sentencia de 25 de octubre de 1991 M.P. Carlos Betancur Jaramillo).

La jurisprudencia del Consejo de Estado, informa un segundo momento y variación de éste sistema general entre 1989 a 1997, aplicando la teoría de la falla presunta, fundamentada en el principio *iuranovit curia*, bajo:

La consideración de que el Estado para el cumplimiento de sus fines y a través de sus agentes realiza actividades peligrosas que implican riesgos para los administrados y que por ello mismo son más susceptibles de causarles daños. En virtud de la creación de esos riesgos que colocan a los asociados en situación de relativa indefensión y vulnera

la seguridad que el propio Estado debe brindar y garantizar, se atemperaron las directrices iniciales de la tesis, en el sentido de invertir la carga de la prueba en cuanto a la demostración de la falla del servicio (Bustamante. 2003, p. 67)

Es así, que bajo dichos lineamientos, se resolvían controversias judiciales en las que se involucraba en la producción de un daño, riesgos en los que se colocaban a los administrados en una situación especial de indefensión; a manera de ejemplo, aquellos eventos en los que se ejercía actividades que por su naturaleza eran peligrosas, tales como las de mayor recordación conducción de vehículos oficiales, utilización de material de guerra como armas de dotación oficial, manejo de elementos explosivos o inflamables, manipulación en redes de conducción de energía, entre otros. Frente a estas situaciones, no se abandona el elemento subjetivo de la culpa, pilar fundamental de éste, sino que al verificar cualquiera de las actividades en las que se involucra una peligrosidad en el ejercicio de la misma, ésta se presume; presunción que se trasladaba en la pasiva la obligación de desvirtuarla y, en consecuencia, sólo era posible la exoneración siempre y cuando se evidenciara el rompimiento del nexo instrumental; a través de cualquiera de las cláusulas de ausencia de responsabilidad, como el hecho de un tercero, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima, con excepción del caso fortuito, debido a que precisamente:

La concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga la necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo se produjeron dichas circunstancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circunstancias exactas en las que advino al perjuicio causado con la utilización de una de ellas, se debe a la falla del servicio

(Consejo de Estado. Sentencia de 31 de julio de 1989. M.P. Antonio José Irisarri Restrepo).

Posteriormente en 1992, nuestra jurisprudencia y acorde con la vigencia de nuestra Carta Política, y por ende la exigencia e interpretación que recaía en cabeza del operador judicial, se varía la jurisprudencia dejando su la aplicación de ésta modalidad; es decir, de la falla presunta, para los asuntos litigiosos en los que se comprometía la responsabilidad en la administración en asuntos relacionados con los servicios de salud por parte de las instituciones y profesionales del Estado; dado que todas aquellas actividades en las que era inherente la peligrosidad en observancia del daño antijurídico se trasladó al escenario de la responsabilidad objetiva -riesgo excepcional- sin que en su interpretación se pueda concluir efectos abismales entre los existentes con anterioridad a 1991 y los que se coligen en la contemporaneidad. Lo cierto es que el precedente jurisprudencial informa un gran avance en este sentido, dado que define en un sentido más técnico el concepto de la falla presunta. Y dado que esta es una especie dentro del género de la falla del servicio, la cual es semejante al concepto que se ha aplicado con la misma denominación - en los casos de lesiones o muertes con ocasión de las armas de dotación oficial, por vehículos automotores o líneas de conducción de energía-, actividades que intrínsecamente conllevan el elemento de peligrosidad, pero en la praxis conllevan aspectos diferenciadores, que son objeto de valoración en la controversia respectiva.

Así es, que en la responsabilidad por falla del servicio oficial médico, el presupuesto de la falla se presume, - sépase que los otros son el daño y la relación de causalidad - , en el caso del daño producido por una actividad peligrosa, no se tiene en cuenta la falla o conducta irregular de

la administración sino el daño antijurídico -artículo 90 de la Constitución Política-, creándose así más que una presunción de falta, una presunción de responsabilidad cuyo deber intrínseco se traduce en “que la administración pública debe reparar los daños antijurídicos causados por la acción y omisión de las autoridades públicas, sin importar la función o actividad pública que desarrolle” (Gil, 2013, p. 451).

Esta diferencia permite vislumbrar que, en las situaciones de falla presunta, la presunción al permitir prueba en contrario, concede a la parte demandada por daño, el poder probar la diligencia y buen deber en su actuación, en otras palabras, que su actuar estuvo dentro de la órbita del mejor actuar posible, eficiente y sin culpa. Dicho de otra manera, en la falla presunta se colige que la responsabilidad se encuentra cimentada sobre el concepto de falta o falla del servicio, como en la falla del servicio ordinario, con la diferencia que el actor no debe probar la conducta irregular u omisiva de la administración dado que ésta se presume.

Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad por los daños producidos por las actividades o cosas peligrosas, en la cuales la falla probada y la presunta no aparecen, le corresponde a la parte demandada, con el fin de exculparse, demostrar causales de exención de responsabilidad como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero. Y este sentido es claro que no la administración no se puede exonerar por figuras como la debida diligencia y el cuidado. Dicho de otro modo, los mencionados eventos están respaldados por el derecho colombiano en el artículo 90 de la Constitución Política.

El eximirse de la carga de la prueba que trae consigo la falla presunta en cierto modo relativa, dado que al actor le interesa en dichos casos el probar mínimamente los presupuestos que reconocen la acción de la presunción. Así las cosas, en la situación de que algún sujeto indicará que fue lesionado por determinada intervención quirúrgica que no fue adecuada, este ha de probar, que efectivamente recibió el servicio en dicha ocasión y que sufrió un daño, con el fin de una indemnización.

En este sentido, probados los supuestos o antecedentes de hecho que permiten la operancia de la presunción, el actor sacará avante sus pretensiones si la demandada no logra demostrar que actuó con toda la diligencia y el cuidado que la ciencia médica recomendaba para el caso, dentro de las mejores condiciones posibles que el servicio permitía razonablemente. En cambio, en los eventos de responsabilidad por el hecho de las cosas o de las actividades peligrosas al actor sólo le incumbe probar el perjuicio sufrido por la conducta oficial, o sea el daño y la relación causal; quedándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. En otras palabras, no se exonera con la prueba de la diligencia y cuidado (Consejo de Estado. Sentencia de 24 de agosto de 1992. C.P. Carlos Betancur Jaramillo).

Bajo esta perspectiva y en casos en que se tengan que resolver controversias, dicho régimen subjetivo, en cualquiera de sus modalidades y en procura de materializar sus pretensiones, deberá basarse en el régimen general de la falla probada, demostrar en su totalidad los presupuestos que comprometen la responsabilidad de la administración; ahora bien,

tratándose de la falla presunta, en el demandante recae la obligación de probar los demás elementos de la responsabilidad, excepto la falla, valga decir, el daño y nexo causal o instrumental. Téngase presente, que ella se presume, en la medida que en el afectado existe una mayor dificultad de probar la falla del servicio, tal y como se presenta en el escenario que involucra los servicios de salud; siendo el Estado a quien le compete desvirtuar su existencia, a través de cualquiera de los elementos de prueba, inferencia lógica de la aplicación de la carga dinámica de la prueba, que le permitan materializar cualesquiera de los eximentes de responsabilidad.

3.2. Régimen objetivo de responsabilidad

Expuestos los aspectos más relevantes del régimen subjetivo; corresponde en éste aparte referenciar el escenario correspondiente al régimen objetivo de responsabilidad, entendido bajo la perspectiva y orientación del artículo 90 constitucional, como el “deber de reparación estatal y armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho; debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración” (Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1° de agosto de 1996. C.P. Alejandro Martínez Caballero).

Teoría que permite instrumentalizar los derechos afectados al administrado que ha resultado afectado con la actividad o ejercicio de las labores estatales, causándole un daño antijurídico, bien en su vida, integridad, honra o bienes, que no estaba en la obligación de soportarlos; es aquí donde encuentra su génesis los criterios de imputación, de ésta modalidad de

responsabilidad, permitiendo el restablecimiento de la situación, a través de la reparación, que “debe ser integral, es decir, debe ser justa y cobijar el monto real del daño que ha padecido la víctima para dejarla en las condiciones más similares a las que se encontraba antes de la producción del hecho dañoso” (Arenas, 2013, p. 145).

No hay duda que el régimen de naturaleza objetiva, a diferencia del subjetivo, no tiene en cuenta la falla del servicio, dado que lo principal en éste, “es el daño que se ocasiona al administrado y que el Estado debe resarcir, en orden a garantizar la protección de los derechos vulnerados” (Bustamante, 2003, p. 83); por eso, tuvo vigencia inclusive con antelación a la expedición de la Constitución Política de 1991, pero al tipificarse el daño antijurídico como fuente de responsabilidad, tanto la jurisprudencia como la doctrina, han establecido nuevos criterios de imputación, precisando que en la actualidad:

Es factible encontrar que el hecho generador del daño obedece a un mal funcionamiento del servicio, bien por el comportamiento irregular de los agentes públicos o por las imperfecciones que padecen los organismos del Estado en su estructura, organización y funcionamiento. Pero esas imperfecciones del servicio a pesar de ser ciertas no caen en el terreno de la falla porque en razón de las circunstancias especiales que rodean la causación del daño, la reparación de éste se impone como obligación del Estado prescindiendo de todo concepto sobre la ilicitud de la conducta observada por los agentes o servidores públicos o respecto de la actividad de las entidades oficiales (Bustamante, 2003, p. 83).

Como referente adicional, en la construcción y evolución de la teoría de responsabilidad del Estado, debe advertirse que, pese a las discrepancias surgidas en la doctrina, con respecto a la regulación constitucional de ésta institución en la Constitución Política de 1991, en torno a que en el precepto contenido en el artículo 90 sólo se justificaba la existencia de los criterios objetivos, es un debate de vieja data, que ya se ha solucionado, lo cierto es que:

La tendencia hacia una concepción objetiva total y global de la responsabilidad no puede entenderse sino como uno de los caminos exploratorios de la evolución general de la responsabilidad extracontractual – hoy por lo demás en vía de superación o por lo menos objeto de nueva controversia desde los años 60 – en primer lugar, porque la responsabilidad del Estado o de la Administración, con todo y sus particularidades, no es más que una especie de la teoría general, y en segundo lugar, porque el moderno desarrollo de la responsabilidad tiene derivaciones y tendencias cuyo influjo ha de sentirse tarde o temprano en el conjunto de la sociedad como tal y consecuencia en la obligación reparatoria del Estado (Saavedra, 2011, p. 375).

Conforme a lo expuesto, lo importante y común a todos los títulos de imputación vigentes y venideros, conforme a los precedentes judiciales, es que no existe régimen de responsabilidad sin daño, “elemento insustituible, que no se presume ni se remplaza ni cede en ningún evento de análisis de responsabilidad porque es su causa necesaria” (Ruíz, 2013, p.48). Además de su existencia; debe ser antijurídico, es decir, que el afectado no estaba en el deber jurídico de soportarlo ni constitucional ni legalmente; en síntesis, es lo contrario a lo jurídico, “calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber

de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación” (Consejo de Estado. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Hernández Enríquez). Siendo éste el daño que interesa al campo de la responsabilidad en la esfera de competencia del Estado.

Además, de lo anterior, debe ser cierto o determinado y personal, de lo contrario escaparía de la órbita de valoración de la responsabilidad del Estado, labor encomendada al operador judicial quien finalmente es quien determina la existencia o no de la responsabilidad, para lo cual “es necesario que el juez desate el problema de la relación de causalidad jurídica, respondiendo afirmativamente a la pregunta de si el daño es imputable al Estado, si se le puede atribuir jurídicamente” (Bustamante. 2003, p. 53). Para los propósitos de éste trabajo, basta con saber que la Administración Pública, será responsable cuando el daño además de ser antijurídico es:

real, que se refiera a persona o grupo de personas determinadas, que se deba al mal funcionamiento o no funcionamiento del servicio y que se trate de una situación protegida jurídicamente, conforme lo determina el artículo 90 de la Carta Política (Penágos, 1997, p. 108).

Las anteriores características o elementos o como se le quieran llamar, son los elementos que integran la columna vertebral de cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal, a través de los cuales, se resuelven las controversias jurídicas en cualquier contexto histórico de causación, donde el referente sea el daño antijurídico, siempre encontrará solución sin que sea necesario reformar el ordenamiento jurídico interno. Dado que,

con las directrices estructurales, cada casuística tendrá solución al tenor y cumplimiento de los fines estatales, verificación del rompimiento de las cargas públicas, como se explicó en párrafo anterior y garantía de los fundamentos constitucionales de solidaridad (Art. 1º), garantía del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 e igualdad, señalada en el artículo 13 de la Constitución Política porque:

Permite complementar dicho criterio con fidelidad no sólo jurídica sino teleológica - funcional, en la medida en que no es sólo el daño el punto nodal de la responsabilidad, aunque es necesario, sino además el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad perdida, fórmula que exacerba la necesidad de una justa retribución (Penágos,1997, p. 71)

Adicional a lo anterior, es importante advertir desde ya, que la jurisprudencia contencioso administrativo, en el ejercicio de su función judicial, ha utilizado la expresión “Presunción de Responsabilidad” (Consejo de Estado, sentencia de 14 de septiembre de 2000. M.P. Ricardo Hoyos Duque), para referirse al régimen de responsabilidad objetiva; termino no apropiado, tal y como lo sostiene la doctrina al señalar que en éste régimen o modalidad “no se presume absolutamente nada: ni la culpa, porque no interesa y mucho menos, el daño o el nexo causal que siempre han de probarse en toda forma de responsabilidad” (Velásquez, 2009, p. 58). Lo cierto es que, al accionante conforme a las exigencias, debe probar el hecho imputado al Estado, el daño, como se dijo y desde luego la relación de causalidad entre el primero y el segundo, a su vez el extremo pasivo puede exonerarse de la responsabilidad demostrando cualquiera de los eximentes de responsabilidad, culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un

tercero o fuerza mayor; eximentes que rompen la relación instrumental de causalidad. Reiterando que la administración pública “no se exonera demostrando la diligencia, cuidado, oportunidad o eficiencia de la actuación de sus agentes porque la responsabilidad no está organizada en el presupuesto de la culpa, sino del daño” (Bustamante, 2003, p. 84).

Por ello, se tendrá en cuenta el daño como presupuesto de la responsabilidad objetiva, sobre el cual se han generado jurisprudencialmente distintos criterios de imputación jurídica cuya aplicación “pende del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto donde para algunos se emplea el mal funcionamiento del servicio, en otros la antijuridicidad del daño, el riesgo excepcional, la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas” (Bustamante, 2003, p. 53). Principio estructural de la teoría del daño especial, que se profundizará en el acápite siguiente, por su relevancia al ser ésta, la orientadora del operador judicial, en los eventos en que se resuelve las controversias de responsabilidad por los daños que se suscitan en la prestación del servicio militar obligatorio en la Fuerza Pública; además de los enunciados, también se han consolidado criterios por la responsabilidad del daño producido por las cosas o actividades peligrosas que involucra a manera de ejemplo: armas y material bélico de dotación oficial, conducción de energía eléctrica, accidentes de tránsito o en cualquier otra actividad similar; los ocasionados a los reclusos, considera el Consejo de Estado, C.P. Sentencia 27 (2001), no sólo en los centros penitenciarios, sino además en los de asistencia social; los que se generan ante la injusta privación de la libertad, según la Corte Constitucional. Sentencia T - 894 de 25 de octubre de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, endilgada por el almacenaje de mercancías en bodegas oficiales; la que resulta de la ocupación o expropiación de inmuebles en caso de guerra; la proveniente del ejercicio de las funciones legislativa y judicial. Por el incumplimiento en el

pago de recompensas judiciales, considera el Corte Constitucional, sentencia C - 683 de 5 de diciembre de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz, la originada como consecuencia de actos terroristas.

Ahora bien, cualquier otra modalidad de responsabilidad que resulte, y que no comprometa el concepto de culpa o falla, se estará frente al régimen objetivo de responsabilidad, en razón a que es casi imposible presentar una clasificación exacta de los diferentes tipos de responsabilidad, “pues los autores presentan diversos modos o tipos de clasificación” (Penagos. 1997, p.15). en consecuencia, la jurisprudencia contencioso será la que conforme al acontecer fáctico, adoptará los criterios característicos de cada modalidad conforme a las circunstancias particulares del caso concreto y pretendiendo siempre salvaguardar el derecho de la igualdad de todos los sujetos de frente a la constitución y la ley, principio orientador de la actual tendencia objetiva que se traduce en la observancia del mando constitucional señalado en el artículo 90; siendo entonces, “innegable e independiente de cualquier título que se le dé. Todas las actuales formas de responsabilidad del Estado de tipo objetivo tienen los mismos elementos estructurales, por lo que sin temor pueden agruparse bajo una misma especie” (Velásquez, 2009, p.126).

3.3. Responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial:

El daño especial, como fuente de responsabilidad de la administración pública y especie del régimen objetivo, mantiene en plena vigencia los cimientos, parámetros estructurales y criterios establecidos por la jurisprudencia existente con antelación a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991; de hecho, se explica esta modalidad cuando:

El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública (Consejo de Estado. Sentencia de 30 de septiembre de 1949. M.P. Pedro Gómez Parra).

Ahora bien, pese a que el texto constitucional de 1886, no contemplaba el principio de la igualdad de forma taxativa como si ocurre en la vigente “Constitución Política de 1991” donde todas las personas son iguales frente a la ley y el derecho y en consecuencia tienen igual protección; tesis u orientación constante, con el transcurrir de los tiempos, fe de ello, son las decisiones de los operadores judiciales, en las que informan la garantía de los derechos del ser humano y que desde luego ha trascendido en la época actual con mayor fuerza; al adoptarse constitucionalmente, el elemento “daño antijurídico”, como fundamento de todos los regímenes de responsabilidad y sus distintas modalidades de imputación, entre ellas, la teoría del daño especial, traducida, en la garantía de los principios de equidad y solidaridad, cuya fuente se origina en el cumplimiento de los pilares del ser humano, propuestos por el constituyente de 1991, al erigir que:

Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Constitución Política de Colombia, Art. 1º, 1991)

Precepto que permite entender desde luego, la esencia del título de imputación del daño especial, diseñado jurisprudencial y doctrinalmente para aquellos “particulares” que se encuentran “expuestos a soportar una carga más pesada que la del resto de ciudadanos” (Velásquez. 2009, p. 127), presupuesto que exige, realizar una interpretación armonía con el derecho a la igualdad, bajo el entendido que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (Constitución Política de Colombia, 1991)

Confrontado con las cargas públicas que deben tener todos los administrados, cuando dicho pilar fundamental se quebranta, no porque la administración haya actuado irregular, ilegal o deficientemente, sino porque en cumplimiento de los cometidos estatales, causa un daño, debe reparar: “Ley 446 de 1998, artículo 16. Valoración de daños: Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. En este sentido se “debe reparar las consecuencias dañinas en la medida en que ha

creado un perjuicio anormal y especial” (Paillet, 2001, p.212). Vale destacar, entendido el perjuicio “como el menoscabo al patrimonio cuyo resarcimiento o reparación se logra a través de la indemnización” (Ruíz. 2013, p.51). Consecuencia más que lógica resulta, por razones de equidad y justicia, fundamento esencial y justificativo de la importancia de este régimen en el cual, el daño reviste la anormalidad y especialidad como características intrínsecas, entendida la primera como:

La gravedad que excede las molestias e incomodidades que impone la convivencia social. Esta condición es la traducción obligada de la idea de que no hay carga pública sino cuando quien reclama una compensación ha sufrido una suerte más desfavorable que la que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. La anormalidad constituye un estándar que el juez usa con mucha libertad y que remite ampliamente a la intensidad del daño. Ella supone que se ha superado un cierto nivel de gravedad (Saavedra, 2011, p. 433).

En este orden de ideas, la especialidad, pese a no encontrarse una definición exacta de esta caracterización, “se orienta cuando el daño especial es sufrido por una persona o por un grupo de personas” (Saavedra, 2011, p. 434) del conglomerado social, que no están en la obligación legal de soportarlo. Cuando dichos presupuestos convergen producen:

Un daño sin falta o falla de la administración, pero que el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas evidente, deberá demostrar el daño y el por qué lo

produce; pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo (Consejo de Estado. Sentencia 2 de marzo de 1993, M.P. Carlos Betancur Jaramillo).

En correspondencia con lo expuesto, es necesario en la valoración de la causa *petendi* y su efectividad de acuerdo a la teoría del daño especial que, “dos son los factores esenciales que deben siempre coexistir: la plena o absoluta legalidad de la actuación administrativa y el rompimiento de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas” (Bustamante, 2003, p.111). De lo contrario, el operador judicial deberá resolver la controversia planteada utilizando cualquier otro título de imputación que encasille lo solicitado por el afectado o afectados, pero no bajo la modalidad del daño especial.

Con forme a lo expuesto, el juez supremo de lo contencioso administrativo, ha señalado como presupuestos o elementos configurativos de la responsabilidad del Estado, por daño especial los que pasan a relacionarse:

- a) Ejercicio de una actividad legítima de la administración;
- b) La actividad debe conllevar a una consecuencia traducida en el menoscabo del derecho de una persona;
- c) El menoscabo debe ser originado en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y las cargas públicas;

- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recaer sólo sobre alguno o algunos de los Administrados;
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración (Consejo de Estado. Sentencia de 13 de septiembre de 1991. M.P. Daniel Suárez Hernández).

Bajo los anteriores lineamientos, queda expuesto el daño antijurídico, en el contexto de la teoría del daño especial; resaltando que sólo se resolverá la casuística bajo dicha orientación siempre y cuando, se evidencie que el actuar de las autoridades administrativas obedeció al marco de sus competencias constitucionales, legales o reglamentarias; solo así podrá entenderse la responsabilidad bajo la modalidad en referencia.

Conforme a la temática expuesta, son claros los avances que se han gestado en el contexto y aplicabilidad de la teoría del daño especial, pero como lo indica Rodríguez (2010):

Aún hay mucho para trasegar en el campo de la teoría del daño especial, de cara a la realidad que exige el marco normativo interno e internacional, responsabilidad que recae no solo en el juez de lo contencioso administrativo, sino, además, en la comunidad jurídica en general, sean los litigantes o la academia a fin de proponer y reactivar principios y valores constitucionales y supraconstitucionales (p. 567).

No se desconoce que, a través de ésta teoría, se permite materializar los derechos elementales de los asociados que les corresponde conforme a la esencia de la ideología del Estado Social de Derecho; desde luego, al ser la orientación generalizadora, impone la reparación y garantía de un derecho transgredido o afectado de un sujeto que no tenía el deber jurídico de soportarlo; como ocurre en el caso de los daños sufridos por conscriptos, tema de gran preocupación, ante la multiplicidad de condenas en las que se ha responsabilizado al Estado colombiano, bajo el daño especial por los operadores judiciales, sin que en la actualidad se encuentren medidas o instrumentos idóneos para contrarrestar o prevenir el daño antijurídico, por tal concepto, previo a abordar la problemática, es relevante contextualizar sobre la institución del servicio militar obligatorio.

4. Servicio militar obligatorio en Colombia

La prestación del servicio militar se estableció en Colombia, al igual que la Constitución Nacional de Colombia, Título XVI. De La Fuerza Pública. Artículo 165 (1886), preceptuando la obligación que tienen los ciudadanos colombianos de acudir a las armas cuando las necesidades de carácter público lo exigieran, con el fin de defender la independencia nacional y las instituciones patrias: “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias”. Deber que también anuncia la Constitución Política de Colombia (C.N, 1991), en el artículo 216, que dice: “La Fuerza Pública estará integrada en *forma exclusiva* por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas

cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. La Ley establecerá las circunstancias que eximen del servicio militar y las ventajas por la prestación del mismo. Igualmente, en el artículo 217, en donde se dictamina que:

La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Además, del artículo 218, que promulga: “La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”. Artículos en los que se infiere el mandato imperativo de tomarse las armas en la medida que las necesidades de carácter público lo exijan con el fin de defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

4.1. Naturaleza jurídica

La prestación del servicio militar, es un deber constitucional, traducido en aquellas exigencias, que como nacionales de un país, se deben observar en procura de sostener y defender la soberanía, la guardia del orden institucional y el mantenimiento del orden de carácter público. Son deberes intrínsecos en la ciudadanía colombiana, dado que dicha calidad no sólo conlleva la garantía de derechos, sino también la de obligaciones y deberes de tipo social en favor del interés general, encabezado por quienes están unidos por dicho vínculo a materializar el pilar estructural del Estado Social de Derecho, bajo la exigencia de garantizar la materialización del principio de solidaridad; exigencia que en criterio de la jurisprudencia constitucional es aquella que:

Exige, de la persona y de la sociedad en general, su contribución para la realización efectiva de los valores que inspiran el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo). En este cometido, las personas deben cumplir sus deberes y obligaciones en la medida de sus posibilidades. La exigencia de solidaridad social debe respetar la propia naturaleza humana de cada persona. El principio de dignidad humana se reconoce a la persona en su individualidad. Un tratamiento homogéneo, independientemente de la legitimidad de los fines, se revela inconstitucional cuando desconoce condiciones personales relevantes cuya inobservancia impone a sus destinatarios una carga pública mayor a la establecida para otras personas con iguales derechos, libertades y oportunidades (CP art. 13). La simple exposición de una persona con ocasión del cumplimiento de un deber, a un riesgo objetivamente mayor al que están sometidos los restantes sujetos obligados, de suyo equivale a

quebrantar la igualdad en la asunción de las cargas públicas. (Corte Constitucional, sentencia T-250 de 30 de junio de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Por tal motivo, la solidaridad vista desde el deber, es una derivación del carácter social del Estado y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo, vincula a toda persona por el solo hecho de su “pertenencia al conglomerado social consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.” (Andrade, 2012, p.162); precisamente en procura y apoyo del sostenimiento de la organización política y de las garantías de la convivencia social, dentro de la estructura estatal fijada por la norma de normas, como también, el marco de las funciones de los servidores públicos; elementos estos que confluyen en dirección y consecución de los fines estatales en el escenario del bien común de todos los asociados; así es que, en cumplimiento de tales compromisos constitucionales; se fija para su defensa unos cuerpos armados (Fuerza Pública), que como deducción lógica debe estar conformada por los mismos nacionales, en respuesta a garantizar, el cuidado del orden institucional y mantener el orden público.

Acorde con lo anterior, el Estatuto Fundamental contempla en el Capítulo 7 del título VII, lo correspondiente a la Fuerza Pública, institución que hace parte de la rama ejecutiva, conformada por las Fuerzas Militares (Ejército Nacional, Armada y Fuerza Aérea) y la Policía Nacional, quienes, conforme al sentir del operador constitucional, señala que la razón de ser de estos cuerpos es:

La defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La integración de estos cuerpos requiere la participación de los colombianos, obligación de la cual sólo pueden ser eximidos aquellos a quienes la ley designe en forma expresa. (Corte Constitucional, sentencia T- 409 de 8 de junio de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Lo anterior en contraposición también, a que el Estado, como organización política de la sociedad, es una garantía a los administrados que lo conforman, a través de la Constitución una buena gama de derechos y libertades, de forma genérica se consagran en el Título II, capítulos 1° al 4°, pero a su vez, el artículo 95, inciso primero, prevé que el ejercicio de tales derechos conllevan responsabilidades correlativas, entre ellas, las emanadas del artículo 2° inciso 2°, en el que se informa que las autoridades han sido establecidas para "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades _y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". En consecuencia, el Estado al proporcionar beneficios, consecuencia armónica y de por más lógica, es que pueda reclamar a quienes gozan de los mismos, una mínima contribución al interés público colocando límites prudentes al ejercicio de tales libertades.

En tal sentido, es que la jurisprudencia constitucional, encasilla el servicio militar como un deber, sin que de él se pueda inferir como:

La negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el constituyente trampas a la libertad. Los correspondientes deberes constitucionales se orientan en el sentido de proteger los principios de legalidad, el apoyo de las autoridades, el reconocimiento del derecho ajeno y no abuso del propio, la solidaridad social, la convivencia pacífica, la protección de los recursos ecológicos y del ambiente o la financiación del gasto público, que no pueden entenderse como discriminatorios o limitantes de la libertad, sino que resultan materialmente propiciatorios de la misma, al promover las condiciones necesarias para obtener su eficacia real. Son frecuentes en el ordenamiento jurídico, las normas que buscan sancionar a quienes evadan un deber constitucional, y constituyen un instrumento que asegura el cumplimiento del deber; de donde se desprende que, de manera general, no se puede excusar el cumplimiento de un deber para asegurar un derecho (Corte Constitucional, sentencia C – 511 de 16 de noviembre de 1991. M.P. Fabio Morón Díaz).

A partir de la argumentación en precedencia, es que se entiende la naturaleza jurídica de quien se vincula a las filas militares, esperando medie la voluntad de quien está en la obligación u ostenta el deber y servicio para con la patria, habida cuenta que dicha obligatoriedad, se colige también del artículo 95 numeral 3° constitucional, en el cual se consagra el deber de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas, en procura del mantenimiento de la independencia y la integridad nacionales; mismas que se traducen en las exigencias de seguridad, estabilidad y permanencia de las instituciones estatales, funciones inherentes a las finalidades mismas de la Fuerza Pública; razón por la cual, es imperioso que éstas instituciones cuenten con los instrumentos jurídicos

necesarios, para exigir al obligado en un tiempo mínimo la cooperación personal, en aras de evitar o poner en riesgo la soberanía y sostenimiento del mismo orden; máxime cuando implícitamente el deber constitucional, representa privaciones, así como la sujeción al régimen disciplinario, entre otros aspectos, que pueden contribuir a que se eluda dicha prestación, aduciendo razones personales, profesionales y familiares que le resulten favorables.

No obstante, dicho deber de connotaciones constitucionales como se expuso, no podrá hacerse exigible a personas que por diversas circunstancias se encuentran frente a la imposibilidad para hacerlo, siendo la misma Constitución la que otorga facultades al legislador para que regule sobre las casuales de exención en la prestación del servicio militar, las que deben estar en armonía con el mismo instrumento constitucional.

En tal sentido, se afirma que la naturaleza jurídica del servicio militar obligatorio nace en la Carta Política y se reglamenta en el ordenamiento jurídico, cuya finalidad es la de garantizar los cometidos estatales, que, en sentido general, implica situaciones de sujeción, en beneficio del interés colectivo.

4.2. Marco Normativo

4.2.1. Ley 48 de 3 de marzo de 1993 reglamentada por el Decreto Nacional 2048 de 1993 (Derogados por el artículo 81 de la Ley 1861 de 2017).

Normativas en referencia, que, por más de dos décadas, reglamentaron el servicio de reclutamiento y movilización, sin embargo, y si bien es cierto, la nueva reglamentación (Ley 1861 de 2017), mantiene su estructura en similares términos que la Ley 48 de 1993 y su decreto reglamentario, bastará con relacionar de forma general los aspectos más relevantes y que guardan estrecha relación con el tema central de este documento. En primer lugar, el destinatario es todo varón colombiano que debe definir su situación militar al momento de cumplir la mayoría de edad, con las excepciones de ley, obligación que cesaba hasta los 50 años. En segundo lugar, se establecieron cuatro modalidades o categorías para cumplir con dicho mandato constitucional, a saber: soldado bachiller, soldado regular, soldado campesino y auxiliar de policía bachiller. En cuanto al trámite, este se iniciaba con la inscripción, la cual debía realizarse ante el distrito militar respectivo, en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de la mayoría de edad. Dicha inscripción correspondía realizarla en un término máximo de un año. Preceptos emanados, con el anterior, del Congreso de la República, en Diario Oficial N° 40.777 de 4 de marzo 2003.

Realizada la inscripción, al aspirante se le practicaban tres exámenes médicos de aptitud psicofísica, encaminados a identificar la existencia de inhabilidades o incompatibles con ocasión de la prestación del servicio militar, evento en el cual la institución, los declaraba como no aptos, en evento contrario al ser considerados idóneos y hábiles se iniciaba el proceso de incorporación como se cita en los artículos 15 al 18 de la Ley 48 de 1993. En tercer lugar, terminada la etapa anterior, frente a los ciudadanos que se declararon conscriptos aptos, se iniciará un proceso de elección a través del procedimiento de sorteo para el ingreso e incorporación a las filas a prestar el servicio militar en el lugar, la fecha y hora determinados por las autoridades de reclutamiento; asimismo se contemplan un acápite correspondiente las causales de exención en el artículo 27 de

la Ley 48 de 1993, mismas que eran taxativas por el legislador. Entre las que se encuentran la situación de discapacidad física, sensorial, la cual podía ser permanente; asimismo porque se pretendía incorporar a un indígena, en cuyo caso aplicaba dicha exención, en garantía de la preservación de la integridad cultural, social y económica de la comunidad; sumado también a los casos en que el llamado a prestar el servicio militar era hijo único o porque los padres tenían limitaciones para trabajar, o porque eran mayores de 60 años, cuando éstos carecieran de renta, pensión o medios de subsistencia, siendo dependientes económicamente del convocado, contemplado en los artículos 27 y 28 de la Ley 48 de 1993.

Ahora bien, si el inscrito y llamado a comparecer para la incorporación, no lo hacía oportunamente, la ley ordenaba que éste se declarara como remiso citado en el artículo 42 literal e) de la Ley 48 de 1993, circunstancia que conllevaba la declaratoria de tal situación, siendo la consecuencia de tintes económicos, en la medida que era sancionado con el pago de multas, que se fijaban conforme a la normativa, a manera de ejemplo, a razón de 2 salarios por cada año de retardo sin que se excediera los 20 salarios contemplado en el artículo 42 de la Ley 48 de 1993, cuando el inscrito no se presentaba en los términos contemplados en la misma disposición; igualmente la norma en comento, informa sobre el régimen disciplinario aplicable a dichos destinatarios; del que no se hará referencia, en consideración a que lo expuesto es suficiente, para colegir el ingrediente con carácter forzoso, que involucra el deber implícito de la institución del servicio militar obligatorio, mismo que resulta ser el fundamento sobre el cual se edifica la responsabilidad del Estado en competencia de la Fuerza Pública y criterios jurisprudenciales que la sostienen.

4.2.2. Ley 1861 de agosto 4 de 2017 (Diario oficial N° 50.315 de 4 de agosto de 2017)

Estudiado el nuevo referente normativo y confrontado con el anterior, es evidente que se mantiene su estructura en similares términos, a los contenidos en la disposición, relacionada en ítem anterior; los cambios principalmente radican en cuanto a: en primer lugar, se disminuyen los tiempos del servicio militar obligatorio, a dieciocho (18) meses; en el anterior régimen era de veinticuatro (24) meses. En segundo lugar, se aumenta la bonificación que se recibe como contraprestación y a su vez, se disminuye la cuota de compensación militar, previendo la posibilidad de exonerar de la misma en los eventos en que se encuentren frente a alguna situación especial, debidamente acreditada. En tercer lugar, se amplían las causales de exención del servicio, entre ellas, las personas que acrediten la existencia de la unión marital de hecho, siempre y cuando se encuentre debidamente declarada en los términos definidos por la ley y la jurisprudencia; asimismo aquellas personas que acrediten ser víctimas del conflicto armado, para lo cual debe acreditarse su inscripción en el Registro Único de Víctimas (RUV); igualmente los varones, que luego de la inscripción en la respectiva unidad militar, hubieren dejado de poseer el elemento de sexo masculino en el registro civil; también, los que prueben encontrarse incluidos en el programa gubernamental de protección a las víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación; en la norma en comento además prevé en los artículos 77 a 80, las circunstancias de exención respecto de la objeción de conciencia; del mismo modo cobija a las personas en situaciones de desmovilización, siempre y cuando medie con anticipación la acreditación de la Agencia Colombiana para la Reintegración; finalmente y desde luego el padre de familia. Advirtiéndose que si el ciudadano se encuentra en cualquiera de las anteriores situaciones y es su deseo prestar el servicio militar obligatorio, puede hacerlo de forma

voluntaria. Finalmente, se prevén beneficios para aquellos ciudadanos que quieran voluntariamente incorporarse como profesionales al servicio de las distintas fuerzas, por ejemplo, el pago de subsidios e incursionar en el sistema financiero, a través de créditos de estudio, y entre otro, el reconocimiento y pago de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, en eventos de presentarse una calamidad domestica por la muerte de un ser querido.

El esquema referenciado, es quizás, el cambio más estructural de la nueva regulación, desde luego que pueden resultar otros, pero no resulta hacer mayor análisis, cuando el norte de la presente investigación es el determinar las fuentes originarias de los daños que sufren los conscriptos, razón por la cual, se considera que lo expuesto en éste acápite resulta suficiente, para entender lo concerniente a la institución del servicio militar obligatorio.

5. Responsabilidad del Estado por el daño antijurídico originado en la prestación del servicio militar obligatorio.

5.1. Nociones fundamentales

En los primeros capítulos se abordó *grosso modo* la responsabilidad de la administración, evolución jurisprudencial, modalidades y en fin las nociones fundamentales y generales, que justifican la responsabilidad del Estado por los daños que pueden llegar a ocurrir en vigencia de la prestación del servicio militar obligatorio, como deber con la patria y los criterios de imputación en la actualidad; asimismo en el acápite inmediatamente anterior se hizo alusión de la naturaleza jurídica, entre otros aspectos atinentes a la obligatoriedad del servicio militar, para lo cual es necesario referenciar también el servicio voluntario, como vínculo laboral al servicio de la Fuerza Pública, para inferir el por qué en uno y otro caso, la responsabilidad extracontractual difiere, de un lado, frente a las cargas de probanza de los extremos de la *litis* y de otro, respecto del título de imputación; es así como la jurisprudencia ha diferenciado respecto a la forma como se vincula a la institución policial o castrense, al exponer:

Los miembros de la Fuerza Pública cuyo ingreso a la Institución a prestar servicio militar ha ocurrido en forma voluntaria, están en la obligación de asumir los riesgos propios derivados de dicha profesión, de tal suerte que si en cumplimiento de los deberes a los cuales se encuentran obligados, resulta afectado su derecho a la vida o a la integridad personal, deberán asumir las consecuencias derivadas de esa situación, salvo que llegare a demostrarse que lo ocurrido se debió a una falla en la prestación del

servicio imputable a la Administración, porque en este caso será ésta la que asuma la responsabilidad por los daños causados al agente estatal; es decir, habrá lugar a la configuración de una falla en la prestación del servicio cuando se acredite en el proceso que el agente estatal fue sometido a un riesgo superior al que normalmente estaba en la obligación de soportar (Consejo de Estado. Sentencia de 17 de marzo de 2010. C.P. Myriam Guerrero de Escobar)

Desconociéndose los deberes legales de protección de la vida y la integridad física de los miembros de la Fuerza Pública, pero especialmente el cuidado de los soldados que cumplen el deber constitucional en prestar el servicio militar, el cual no es ilimitado, ni supone renunciar a sus derechos, pues el deber de prestar el servicio militar, establece una exigencia que corresponde a los principios de solidaridad y reciprocidad de tipo social, para la preservación de la convivencia, ya que mediante el servicio militar se garantiza el ejercicio de los derechos que han sido reconocidos constitucionalmente, ante lo cual un soldado no es excluido de las garantías reconocidas a nivel constitucional pues los derechos humanos no cambian por tratarse de ser soldados en conscripción, por lo cual al Estado le compete por intermedio de los superiores su protección a través de establecer buenos dispositivos de seguridad, el análisis de la ubicación de las unidades militares, para que no expongan la vida e integridad de sus integrantes y así a través de la inteligencia y contrainteligencia pueda neutralizar los ataques del enemigo.

No hay duda, que el daño antijurídico en argumento, debe examinarse, a la luz de la responsabilidad objetiva del Estado, tendencia que responde a la observancia del mandato constitucional, contenido en el artículo 90, en el que supone la existencia de un hecho y el

perjuicio causado “por él, pero que hace innecesario la indagación sobre la tipificación de la falla del servicio” (Ruíz. 2011, p. 78 -79); sin desconocer que en ocasiones y tras situaciones especiales el juzgador, con base en criterios jurisprudenciales, ha acudido a los otros regímenes de responsabilidad, sea el que se basa en la presunción de culpa o inclusive exigiendo la evidencia configurativa de la culpa de la administración, para solucionar la casuística planteada; como se expondrá en este escenario; más sin embargo, la responsabilidad emanada de los daños generados a quien presta el servicio militar obligatorio, se resuelve normalmente en el ámbito de aplicación y observancia de la imputación objetiva, tendencia moderna empleada especialmente por el derecho penal en los delitos tanto de acción como de omisión; y desde luego, ha sido adoptado por el operador judicial de lo contencioso administrativo, precisamente para fundamentar las tesis de corte objetivo y sus diferentes criterios de imputación, teoría que, “pretende configurar un sistema de imputación despojado del contenido naturalístico propio de las corrientes causalista y finalista, y se edifica sobre la base de consideraciones de carácter social, atendiendo a la normativización de la sociedad” (Meza, 2017, p.147 -148). Explicada a la luz de uno de sus elementos estructurales, como lo es la posición de garante, instrumento que contribuye en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho, en la materialización de los cometidos estatales:

Los fines del Estado son: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia

pacífica y la vigencia de un orden justo. (Constitución Política de Colombia, artículo 2º, 1991).

Se permite así, establecer con mayor facilidad la imputación fáctica, es decir, la asignación del daño antijurídico en cabeza de un sujeto determinado, a quien previamente la ley le ha asignado unas competencias institucionales taxativas que le son impuestas y por ende es el obligado a responder, precisamente por la situación especial en la:

Que un individuo ostenta en el marco de las relaciones sociales, por razón de la cual se le impone un deber de evitación de un resultado lesivo para un bien jurídico, esto es tiene posición de garante aquel sujeto al cual, en virtud de la posición social que ocupa, se le adscribe un deber jurídico que lo obliga a actuar para evitar un resultado específico (Andrade, 2012, p. 75).

En este orden de ideas, la llamada posición de garante se predica del sujeto de derechos que como ciudadano:

Tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre de posición de garante [...] sólo aquellas personas que tienen una especial vinculación con el bien jurídico protegido pueden ser consideradas garantes de la integridad de ese bien jurídico. Así, por ejemplo, la madre del recién nacido tiene especial obligación de alimentarlo para que no muera; el médico tiene

la obligación de atender al accidentado y procurar salvarlo; el que maneja una sustancia explosiva tiene la obligación de evitar que se produzca una explosión o incendio, entre otros. En estos casos, la omisión de la acción esperada no fundamenta un simple delito de omisión pura, si no, en la medida en que el resultado se produzca, una comisión de un resultado por omisión. La razón de ello está en que tanto un precepto legal, como el ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros, imponen a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo (Muñoz, 2010, p.34).

En criterio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, corporación que ha adoptado la institución de la posición de garante como un elemento de tipo normativo para la edificación de la imputación fáctica, y es lo que permite entender los criterios bajo los cuales se endilga responsabilidad al Estado, por los daños antijurídicos padecidos por quien se encontraba en cumplimiento de su deber constitucional de servir a la patria; en consecuencia, la posición de garante es:

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. Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley -en sentido material- atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que, tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe

fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida (Consejo de Estado. Sentencia 4 de octubre de 2007. C.P. Enrique Gil Botero)

Así es como, lo realmente interesante es la evidencia de sí determinada persona cumplió con los deberes, que surgen de su posición de garante (Corte Constitucional. Sentencia SU de 13 de noviembre de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett), precisamente porque se basa en acontecimientos facticos en los que el Estado no interviene de manera directa en la concreción de un daño antijurídico a título de autor o partícipe del hecho dañoso, sino que con ocasión a esa situación especial, se le exige el velar por la vida e integridad de sus administrados, debiendo tomar cierta acción o conducta, que al no hacerlo, falta a su deber objetivo de cuidado, configurándose así, la omisión en la administración, que al materializarse el daño antijurídico, debe asumir las consecuencias de dicha conducta omisiva, desde luego, siempre y cuando se pruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de debida diligencia, cuidado, promoción y procura de los derechos de los administrados fue desconocida; en tal medida que la posición de garante:

Surge no ante la generación de un riesgo con determinada actividad, se origina por el hecho de pertenecer a determinada institución, de ahí su denominación. Al ser parte de un estamento –Estado-, nace una relación de especial protección, que se configura entre los asociados del conglomerado y el funcionario vinculado, este último llamado a encargarse, por razones de solidaridad, de la defensa y auxilio de los primeros, en aras de evitar que en el curso de la vida social sean dañados en su vida, integridad, honra y

bienes (Consejo de Estado. Sentencia de 9 de julio de 2014. C.P. Enrique Gil Botero).

Es bajo la anterior orientación, que debe interpretarse el instrumento jurídico en contexto, con ocasión a la responsabilidad generada por aquellos daños antijurídicos que ocurren en vigencia de la prestación del servicio militar obligatorio, esencialmente porque se reitera el Estado, a través de las instituciones de la Fuerza Pública:

La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo (Constitución Política de Colombia, artículo 216, 1991).

En consecuencia, al sustraer de la comunidad a los conscriptos tiene la obligación de devolverlos a su seno en las mismas condiciones en que se encontraban al momento de su reclutamiento (Bustamante. 2003, p. 93); justamente al ostentar dicha posición de garante, en garantía de las competencias institucionales, propiamente dichas, es que debe ejercer una mayor diligencia en el cuidado y prevención de los peligros que pueden llegar a sufrir los varones que cumplen con su deber constitucional de prestar el servicio militar, interpretado éste a la luz del precedente constitucional, como:

Un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el constituyente trampas a la libertad. Los correspondientes deberes constitucionales se orientan en el sentido de proteger los principios de legalidad, el apoyo de las autoridades, el reconocimiento del derecho ajeno y no abuso del propio, la solidaridad social, la convivencia pacífica, la protección de los recursos ecológicos y del ambiente o la financiación del gasto público, que no pueden entenderse como discriminatorios o limitantes de la libertad, sino que resultan materialmente propiciatorios de la misma, al promover las condiciones necesarias para obtener su eficacia real. Son frecuentes en el ordenamiento jurídico, las normas que buscan sancionar a quienes evadan un deber constitucional, y constituyen un instrumento que asegura el cumplimiento del deber; de donde se desprende que, de manera general, no se puede excusar el cumplimiento de un deber para asegurar un derecho (Corte Constitucional. Sentencia C- 511 de 16 de abril de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz).

En cumplimiento de dichas obligaciones y por razones de equidad, es casi innato que el Estado, a través de la Fuerza Pública, sea el responsable de velar por la seguridad e integridad de los conscriptos llámese regulares, bachilleres o campesinos, tanto en vigencia de la Constitución Nacional de 1886 como en la actual; es incuestionable que frente a éste personal de militares, se exige una obligación de resultado, traducida en la incorporación forzosa a la institución, personas que no aceptan voluntariamente los riesgos inherentes a la actividad militar, a diferencia del militar de profesión, que en un principio se denominó de soldado voluntario, según Ley 131 de 1985, por la cual se dictan normas sobre el servicio militar voluntario; y ante la necesidad de profesionalizar las fuerzas, se unificaron en una sola categoría, recibiendo la denominación de

soldado profesional, según Decreto 1793 de 2000, a través del cual se expide el régimen de carrera y estatuto para soldados profesionales. Personal que es consciente de los riesgos e implicaciones que tiene la vida militar; precisamente es éste el factor diferenciador con la institución jurídica de quien se encuentra en conscripción, debido a que:

El primero es quien en virtud de una imposición constitucional se ve obligado a prestar el servicio militar sin recibir por ello contraprestación o beneficios prestacionales, en tanto que el profesional es aquel que de manera voluntaria establece un vínculo con el Estado de carácter legal y reglamentario bien sea en virtud de un contrato o de un nombramiento con su debida posesión. vínculo con el Estado de carácter legal y reglamentario sea en virtud de un contrato o de un nombramiento con su debida posesión (Consejo de Estado, sentencia de 8 de agosto de 2005. M.P. María Elena Giraldo Gómez) citado por (Ruíz, 2013, p.389).

Por ende, al no ser voluntaria la vinculación de quien presta el servicio militar obligatorio en beneficio de la sociedad y que aunado a ello, las funciones conllevan intrínsecamente labores que revisten peligro, porte y uso de material de guerra y de intendencia (Prendas privativas de uso exclusivo de las Fuerzas Militares), en la Administración se espera un mayor grado de responsabilidad con respecto al deber jurídico de protección de éste personal militar; cuando ello, no se cumple y se generan daños a éstos durante el vínculo jurídico de obligatoriedad; nace correlativamente el deber constitucional de reparar las consecuencias derivadas del daño antijurídico acontecido.

Aunado a lo anterior, los deberes de tipo normativos de protección de la vida e integridad física de los miembros de la Fuerza Pública, especialmente el cuidado de los soldados que cumplen el deber constitucional en prestar el servicio militar, el cual no es ilimitado, ni supone renunciar a sus derechos, pues el deber de prestar el servicio militar, establece una exigencia que corresponde al principio de solidaridad abordada “como un verdadero deber jurídico, principio constitucional, obligación de las autoridades públicas y de los particulares e inspirador del ordenamiento jurídico” (Henaó y Ospina, 2016, p. 121); y de preservación de la convivencia, ya que mediante el servicio militar se garantiza el ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente, ante lo cual un soldado es excluido de las garantías reconocidas constitucionalmente pues los derechos humanos no cambian por tratarse de ser soldados regulares, por lo cual al Estado le compete por intermedio de los superiores su protección a través de establecer buenos dispositivos de seguridad, el análisis de la ubicación de las unidades militares, para que no exponer la vida e integridad de sus integrantes y así a través de la inteligencia y contrainteligencia pueda neutralizar los ataques del enemigo; entre cualquier otras medidas de prevención.

5.2. Régimen o títulos de imputación de responsabilidad extracontractual aplicable a quien funge al interior de la Fuerza Pública como conscripto

Se explicó en su momento, que las autoridades de la Fuerza Pública entendidas como: “el conjunto de agentes de la autoridad, armados y generalmente uniformados que, bajo la dependencia del Poder Público tiene por objeto mantener la soberanía nacional y el orden interno” (Younes, 2016, p. 485), ostentan la posición de garante frente a los varones que, en

cumplimiento de la constitución y la ley, son incorporados a dichas instituciones, bajo cualquiera de las modalidades soldados bachilleres, regulares, campesinos, y auxiliares bachilleres de policía, para que presten el servicio militar obligatorio; a quienes tanto la ley como la jurisprudencia los denomina, durante el lapso de prestación, como conscriptos; recayendo en el ámbito de competencia institucional el deber de proteger los derechos constitucionales de ellos; es así, que si durante su permanencia con la entidad si sufren un daño antijurídico, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, debe ser reparado, en los términos y con observancia del precedente contentivo de los criterios adoptados por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, cuya intención implícita y única es la de amparar al administrado que se encuentra en conscripción a diferencia de los que sirven a la patria de manera voluntaria, como se señaló, en virtud de un vínculo laboral con cualquiera de las fuerzas que conforman la Fuerza Pública, a quienes también la jurisprudencia analiza desde otra perspectiva o régimen de responsabilidad, tal y como el operador jurisdiccional supremo lo ha puntualizado:

El régimen de responsabilidad aplicable a los eventos de daños causados a los soldados que prestan el servicio militar en calidad de conscriptos, es decir, aquellos que son reclutados de manera obligatoria (soldados regulares, bachilleres, campesinos etc.) que se diferencia del régimen jurídico aplicable por los daños causados al personal de la fuerza pública y de los organismos de defensa y seguridad del Estado que ingresan de manera voluntaria (personal de soldados voluntarios y profesionales, suboficiales y oficiales, personal de agentes de la Policía Nacional, detectives del DAS, entre otros).

En efecto, de tiempo atrás ha analizado la responsabilidad respecto de los conscriptos bajo el régimen objetivo del daño especial, determinado, por dos situaciones que deben concurrir: en primer lugar, por el rompimiento del equilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas que se genera al ser incorporados, por mandato constitucional artículo 216 de la Constitución Política en los términos del artículo 3° de la Ley 48 de 1993, y salvo las excepciones consagradas por la Ley, a prestar el servicio militar de manera obligatoria, pese a que no todos los asociados están llamados a soportar tal situación y, en segundo lugar, por las mayores contingencias a las que están sometidos en relación con los demás miembros de la sociedad, por consiguiente, cuando sufren desmedro físico o fallecen por razón del servicio, el Estado asume la obligación de reparar todos los daños antijurídicos que se causen con ocasión del mismo, pues el conscripto sólo está obligado a soportar la restricción relativa de los derechos y libertades que resultan inherentes del ejercicio de la actividad militar. La anterior situación no se genera, en principio, con el segundo grupo, es decir, con el personal de las fuerzas armadas que se vincula de manera voluntaria en virtud de una relación legal y reglamentaria, como sucede, por vía de ejemplo, con el personal de Soldados Voluntarios, Soldados Profesionales, Suboficiales y Oficiales, porque al elegir su oficio consienten su incorporación y asumen los riesgos inherentes al mismo, a su turno, la Entidad estatal brinda la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones (Consejo de Estado. Sentencia de 29 de septiembre de 2009. M.P. Myriam Guerreño de Escobar).

Ahora bien, frente a la incorporación para prestar el servicio militar a la que se ven allegados los conscriptos, es más que claro que la misma es una situación de aceptación forzosa que por mandato de orden legal se les impone a todos las personas de sexo masculino colombianos que no han definido su situación militar en el año anterior al cumplir la mayoría de edad, proceso regulado en la actualidad por la Ley 1861 de 2017; en consecuencia, el reclutamiento de los sujetos que por disposición legal deben prestar el servicio militar obligatorio es un acto de poder del Estado que por sí mismo no compromete su responsabilidad patrimonial como quiera que los ciudadanos están obligados a soportar esa carga, pero si se le impone una serie de obligaciones especiales que se informan en el precedente judicial, así:

La actual Carta Política de 1991 al igual que la anterior de 1886 contemplaron como deber de todas las personas el de someterse al imperio de la Constitución y de las leyes y el de respetar y obedecer a las autoridades (arts. 4 y 6). De tal principio de responsabilidad se desprenden para los gobernados las denominadas cargas y servicios públicos. Y la Carta Fundamental vigente definió la conformación de la Fuerza Pública, su finalidad y regulación especial como cuerpo no deliberante, en los artículos 216 a 227 contenidos en el Capítulo VII del Título VII. Previó que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias y defirió a la ley la determinación de las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas para la prestación del mismo.

Por su parte la Ley 1ª de 1945 consagró el deber del Estado respecto de los soldados conscriptos, señalando en su artículo 56 que “Los individuos de tropa, desde el día de su

incorporación, hasta la fecha del licenciamiento, serán atendidos por cuenta del Estado en todas sus necesidades de vida (...). De acuerdo con lo anterior, la Sala definirá el régimen de responsabilidad bajo el cual analizará el caso. Aunque por regla general el régimen de responsabilidad aplicable a los soldados conscriptos o regulares (Véase artículo 13 ley 48 de 3 de marzo de 1993. Diario Oficial N°. 40.777, de 4 de marzo de 1993, “Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”. La Corte Constitucional declaró exequible dicho artículo, en fallo proferido el 16 de noviembre de 1994 C511-94. En el fallo se hicieron las diferencias entre los soldados que prestan servicio militar obligatorio - bachilleres y no bachilleres y se consideró que dentro del género de los no bachilleres se encontraba la especie “soldados regulares”); es el de daño especial debido al mayor gravamen de carga pública en interés general que deben soportar en comparación con el resto de ciudadanos en otros casos se aplica el régimen de falla y en otras el de riesgo, dependiendo de si el daño tuvo como causa una irregularidad administrativa – porque se exceden los inconvenientes inherentes al servicio – o el ejercicio de actividades peligrosas o la estructura peligrosa de un artefacto afectado al servicio (Consejo de Estado. Sentencia de 27 de noviembre de 2002. M.P. María Elena Giraldo Gómez).

5.3. Análisis jurisprudencial por la responsabilidad en conscriptos

En este acápite, se analizan sentencias que ha proferido el Consejo de Estado en materia de responsabilidad del Estado frente a los conscriptos, y se establece la línea jurisprudencial que sobre éste asunto particular ha venido trazando el alto tribunal, fijando los criterios de

imputación de la responsabilidad en las entidades que conforman la Fuerza Pública y en quienes recaen las obligaciones de cuidado y protección con ocasión de la posición de garante que se tiene respecto de los ciudadanos que cumplen con el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio. Entre ellas, se relacionan:

En marzo de 2000, el Consejo de Estado analizó el caso de un conscripto que murió a causa de un disparo mientras se encontraba cumpliendo funciones de centinela; hecho por el cual se demandó una reparación directa por parte de la Nación (Consejo de Estado. Sentencia 2 de marzo de 2000 C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez).

El problema para analizar este caso fue, identificar si el daño antijurídico se debió a una víctima que no tenía el deber de soportarlo, y de igual forma que el Estado no tenía la potestad de causarlo, y la claridad sobre la forma y las circunstancias en que ocurrieron los hechos, ya que no hubo testigos de los mismos.

La sala en sus consideraciones inicia trayendo a colación la línea argumentativa que en estos eventos se empleaba hasta antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991, siendo de presunción de responsabilidad. Precisamente aclaró que tal presunción, aparte de inexistente, era desafortunada en materia judicial, pues, si bien reunía elementos de lo que se entiende por responsabilidad objetiva, sugería de plano la presunción de todos los elementos que se requieren para configurar la obligación de indemnizar, como lo son el daño, el hecho dañoso y la relación de causalidad existente entre uno y otro, desvirtuando así el deber jurídico de las partes de demostrar la existencia o no de cada uno de estos elementos, en juicio.

El Estado endilgo responsabilidad a la entidad accionada al no configurarse ningún eximente de responsabilidad que direccionara a la desvirtualización del homicidio, quedando demostrado el daño, en la medida en que el soldado se encontraba en actos del servicio. Igualmente se demostró el nexo de causalidad, pues no se sustentó causa extraña o hecho de un tercero, que así lo exonerara de responsabilidad.

Por otro lado, en agosto de 2005, el Consejo de Estado analizó el caso de un conscripto que sufrió unas lesiones en su cuerpo por la pérdida del ojo derecho, estando éste, en el ejercicio activo del servicio militar obligatorio. Hecho por el cual se demandó una reparación directa por parte de la Nación (Consejo de Estado, sentencia 10 de agosto de 2005. M.P. María Elena Giraldo Gómez).

En este caso, el Tribunal debió abordar dos grandes problemas. El primero, fue determinar si la forma en la que ocurrió el hecho dañoso era susceptible de constituir responsabilidad del Estado, toda vez, que fue un soldado regular que por orden de un superior procedió a inspeccionar el área en horas de la noche tropezándose y siendo lastimado con unas ramas en el ojo, consecuencia de tal hecho perdió la vista. Respecto a esta situación, consideró la corporación el Estado si era responsable frente al demandante, pues no demostró en su defensa una eximente de su responsabilidad, como lo hubiera sido el hecho de que el daño se hubiera presentado por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero o que hubiera habido de por medio una fuerza mayor. El segundo problema, fue resolver el pronunciamiento errado del *a-quo* y del demandado al no diferenciar en su intervención la diferencia entre un conscripto a un soldado voluntario, lo cual los llevó a imputar un título de responsabilidad que no correspondía, es decir,

el título de riesgo excepcional. Frente a esta situación, consideró la Sala que este título de responsabilidad, el de riesgo excepcional, no era el aplicable a este caso, dado que el daño no se presentó por la exposición del conscripto a un riesgo especial o excepcional. Como, por ejemplo, el ejercicio de una actividad peligrosa o el uso de un instrumento de esa misma condición, sino que el daño se presentó debido a gravamen particularizado del soldado, al sufrir un daño en su salud cuando prestaba el servicio militar obligatorio y en beneficio de la seguridad y tranquilidad de la comunidad y de la institución que representa, obligación que cumple en función del Estado. Por esta razón, el título jurídico aplicable en este caso fue también el del daño especial, con fundamento en que el Estado debe responder por los daños causados en el evento de que las pruebas sean indicadoras de que los hechos ocurrieron con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio, como en este caso acontece. En conclusión, el conscripto presta su servicio en cumplimiento de un deber-obligación constitucional y no en cumplimiento de una obligación laboral voluntariamente aceptada.

Una vez dilucidados estos dos problemas el Consejo de Estado revocó la sentencia del Tribunal y declaró responsable al Estado de los perjuicios ocasionados al conscripto.

Otro caso se presentó, en julio de 2011, cuando el Consejo de Estado, analizó el caso de un conscripto que sufrió una lesión en su rodilla mientras prestaba servicio militar obligatorio, como consecuencia de una broma que le hicieron sus compañeros. Hecho por el cual se demandó una reparación directa por parte de la Nación (Consejo de Estado, sentencia de siete 7 de julio de 2011. C.P. Gladys Agudelo Ordoñez).

Dos fueron los problemas jurídicos más relevantes que se analizaron en este caso. El primero de ellos, fue el determinar si la forma en la que ocurrió el hecho dañoso era susceptible de constituir responsabilidad del Estado. Frente a esta situación, consideró el alto tribunal que, si bien la lesión sufrida por el soldado no está relacionada directamente con el cumplimiento de su deber, si correspondía al Estado como garante estar al tanto de la salud e integridad del personal el conscripto, por lo que se edificó una responsabilidad en el título de imputación objetiva bajo el título de daño especial. El segundo problema del caso, y el más relevante para la Sala de decisión, era el tiempo en el que se presentó la demanda de reparación directa, pues en términos legales ya había caducado para el demandante la posibilidad de interponerla, al vencerse los dos años que establece la ley para impetrar la acción, desde la ocurrencia del hecho dañoso.

Respecto a este problema, la Sala se pronunció diciendo que, en algunas ocasiones, pueden presentarse eventos para el conocimiento o concreción del daño pues se produce sólo hasta después del acaecimiento de los hechos. Motivo por el cual, en virtud de los principios *pro actione* y *pro damato*, la contabilización del término de caducidad se realiza a partir del momento en que alguno de aquellos tenga ocurrencia. Y observó que en el caso *sub lite*, si bien el daño surgió en una fecha determinada, lo cierto es que se logró observar la magnitud del mismo tiempo después, lo que torna en aceptable y oportuna la demanda. Finalmente, el fallo proferido fue condenatorio en contra del Estado, en el marco del título objetivo de responsabilidad por daño especial.

Por otra parte, otro caso para resaltar, en enero de 2013, el máximo órgano jurisdiccional de lo contencioso administrativo analizó el caso de un conscripto que murió por una herida que le

propinó otro soldado con su arma de dotación al no responder al santo y seña establecido para ese día, hecho por el cual se demandó una reparación directa por parte de la Nación (Consejo de Estado, sentencia 30 de enero de 2013. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz).

El primer problema jurídico que debió resolver el fallador en este caso fue la culpa, o la concurrencia de culpas, en el hecho dañoso. Para luego despejar el título de imputación aplicable. Del análisis de los elementos probatorios concluyó el operador judicial, que el hecho dañoso ocurrió por culpa del soldado que hirió al conscripto. Se estableció entonces, que, pese a que el occiso no respondió al santo y seña, el sujeto activo de la conducta no siguió los lineamientos y procedimientos del reglamento de Servicio de Guarnición establecidos para reaccionar ante la situación de la no contestación del santo y seña. Sumado al hecho de que, según el informe entregado por el Oficial Ayudante del Inspector General de la Fuerza Aérea, se presentó previamente una irregularidad en el procedimiento utilizado para los relevos; esto ocasionó que se alterara el orden de los mismos, consecuentemente el percance que originó la muerte del soldado. No hubo entonces en este caso, ni una concurrencia de culpas, ni una causal de exoneración de responsabilidad por parte del Estado.

Así las cosas, quedó claro para la corporación que el título de imputación aplicable al caso era el *de falla en el servicio*. Ya que el sujeto activo de la conducta se excedió en sus funciones, siendo miembro de la Fuerza Aérea Colombiana, lo que se traduce en la responsabilidad que debe asumir la Administración por los daños que causen sus agentes. Bajo estas consideraciones, el fallo proferido en este caso fue condenatorio en contra del Estado, bajo el título de imputación objetiva de falla en el servicio.

También, en abril de 2013, el Consejo de Estado analizó el caso de un conscripto que sufrió unas lesiones en accidente de tránsito mientras se movilizaba en un vehículo de la unidad militar en la que prestaba servicio militar obligatorio, hecho por el cual se demandó una reparación directa por parte de la Nación (Consejo de Estado, sentencia 3 de abril de 2013. M.P. Mauricio Fajardo Gómez). El primer problema jurídico, en este caso, que debió resolver el fallador fue la culpa en el hecho dañoso. Luego despejó el título de imputación aplicable. Por consiguiente, el análisis del acervo material probatorio aportado en el proceso se evidenció que el daño antijurídico, si era atribuible al Estado, pero con fundamento en un título de responsabilidad objetiva denominado riesgo excepcional y no por una falla en el servicio, toda vez que el supuesto exceso de velocidad y la falta de licencia de conducción del conductor del vehículo no se demostraron en el proceso, como lo consideró el Tribunal de primera instancia. En aras de una mayor comprensión sobre su posición, aclaró la Sala que en cada asunto es menester invocar la existencia de causa extraña por la entidad demandada, resultando necesario examinar los detalles de modo, tiempo y lugar que rodearon la producción del daño, todas vez que es posible que el Estado haya coparticipado causalmente con la generación del mismo, específicamente, al colocar al conscripto en situación de riesgo, o ya sea por una ruptura de igualdad respecto de las cargas públicas o por una falla del servicio.

El fallo proferido en este caso fue condenatorio contra el Estado puesto que el elemento correspondiente del daño antijurídico le resultó atribuible al mismo. Al mismo tiempo se precisó que cuando se trata de lesiones o el homicidio que puedan ser víctimas soldados que presten el servicio militar obligatorio ya sea por una acción de un tercero o por el Estado, no tendrá

exoneración de responsabilidad consistente en hecho de un tercero dado que el Estado debe garantizar la vida e integridad del soldado quien cumple su obligación impuesta constitucionalmente respecto de los daños que pudieren producir, precisamente, terceros particulares o incluso del propio personal oficial.

Por otro lado, En julio de 2013, el Consejo de Estado analizó el caso de un conscripto que murió en medio de una operación militar en la cual se estaban enfrentando con el enemigo, cuando éste se desesperó ante un enjambre de abejas y se sumergió con todo su equipo en un charco, ahogándose, pese al auxilio que le brindó un compañero y un superior (Consejo de Estado, sentencia, 10 de julio de 2013. M.P. Mauricio Fajardo Gómez).

El problema relevante en este caso fue determinar si frente a la causa del hecho dañoso era aplicable algún título de imputación de responsabilidad al Estado. Al considerarse, que en la muerte de este conscripto era aplicable el título de imputación de daño especial, dado que el mismo se presentó durante las actividades propias el servicio militar. En este caso, como lo anota la Sala, el soldado prestaba el servicio obligatorio para el momento de los hechos y se encontraba en operaciones de conservación restablecimiento del orden público, por tanto, al disponer que el señor Patiño Carvajal debía acompañar la misión, el Estado asumió una posición de garante en relación con esa persona, lo cual lo hace responsable del daño cuya indemnización se solicitó a través de la demanda que dio origen al presente proceso.

Lo relevante en esta sentencia, es el hecho de que el Consejo de Estado desestimó el argumento de la entidad demandada, a través del cual pretendía la exoneración de su responsabilidad frente al hecho dañoso invocando para ello la ocurrencia de una causa extraña -

refiriéndose al enjambre de abejas-. Para desestimar este argumento, la corporación consideró que no se puede afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, sea suficiente para que éstos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la Administración Pública.

Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente el daño. En el fallo, se encontró responsable a la entidad demandada por la muerte del conscripto dado que el hecho dañoso tuvo una relación directa con el servicio que éste estaba desplegando.

En septiembre de 2013, el Consejo de Estado analizó el caso de un conscripto que se suicidó mientras se encontraba prestando su servicio militar obligatorio (Consejo de Estado, sentencia 16 de septiembre de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera). El problema jurídico presente en este caso fue determinar la verdadera causa de la muerte del soldado. Y seguidamente estudiar si le asistía responsabilidad al Estado o no por este hecho; lo primero que estableció la corporación, con base en al material probatorio analizado, es que la muerte del soldado obedeció efectivamente a un suicidio. Luego, se ocupó en establecer las razones que llevaron a este soldado a actuar de esa manera y si tal situación se presentó con ocasión, o en relación, con la prestación del servicio. Y en esta labor, no encontró el organismo un nexo causal o una relación directa entre el servicio militar obligatorio que se encontraba prestando el soldado y el suicidio, dado que la relación de éste con sus compañeros fue siempre excelente, además, se

trataba de un soldado disciplinado y con conocimiento sobre el manejo de armas, circunstancias que permitieron inferir que el hecho dependió netamente del conscripto, pues sus compañeros y superiores estuvieron atentos a sus actuaciones, y, sin embargo, el soldado nunca mostró problemas que lo afectaran; por lo tanto, el hecho fue imprevisible e irresistible para la administración.

Como fuente argumentativa para resolver este caso, recordó el fallador en el escrito de la sentencia que, las obligaciones del Estado frente a las personas sometidas a una situación especial de sujeción, como el caso de este soldado, son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se recluta o se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y, 2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no estén limitados por su situación especial.

Por lo tanto, el Consejo de Estado absolvió a la entidad demandada, al considerar que, en esta situación, al igual que en todas aquellas en que se persigue el resarcimiento de daños y perjuicios causados con ocasión del suicidio de un conscripto, es necesario demostrar que tal hecho fue inducido por la entidad en la que éste prestaba servicio militar, o que ésta no lo previó debiendo hacerlo, o que lo previó y no desplegó las acciones necesarias para evitar su acaecimiento, situación que no se demostró en este proceso.

Siguiendo esta línea de casos, en septiembre de 2013, el Consejo de Estado analizó el caso de un conscripto que sufrió unas lesiones en su cuerpo, debido a un accidente en avioneta en

la que era transportado junto con otros compañeros; el viaje consistía en para relevar del servicio a otro grupo de militares. Hecho por el cual el soldado demandaba en ejercicio del medio de control de reparación directa a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional (Consejo de Estado, sentencia 27 de septiembre de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo). Es así como, lo primero que analizó la Corporación, fue la causa de las lesiones. En esta tarea, se refirió en primer término a la fuerza mayor como causa extraña en el hecho, en tanto que fue el argumento de defensa de la demandada, y sobre este aspecto planteó que no todas las circunstancias de peligro pueden considerarse constitutivas de fuerza mayor, pues aquellas que, como en el caso bajo análisis, derivan de la actividad que se está desarrollando se confunden con la misma y no resultan ajenas. En este orden de ideas, para que un evento catalogado como de fuerza mayor pueda exonerar de responsabilidad a la administración, aquel debe ser totalmente ajeno, esto es imprevisible e irresistible en cuanto extraño y por lo mismo no constitutivo de responsabilidad.

Luego de desestimado el argumento de la fuerza mayor como causa extraña del hecho dañoso ocurrido en este caso, se ocupó el alto tribunal en determinar la causa real del mismo. Concluyó que el accidente se produjo en virtud de la realización de un riesgo propio de la actividad de transporte que se estaba llevando a cabo. El punto nodal del caso giraba ahora en torno a la asunción de este riesgo por parte del conscripto demandante. Al respecto, concluyó el fallador que el soldado no tenía por qué asumir el riesgo al que fue expuesto, en cuanto la tripulación de aeronaves no corresponde a los soldados conscriptos vinculados a la prestación del servicio propio de la actividad militar. Por lo analizado el Consejo de Estado resolvió este caso en contra de la nación, por el haber generado éste un daño antijurídico en el conscripto, a título de imputación objetiva de riesgo excepcional.

Para citar otra situación, en enero del año 2014, el Consejo de Estado analizó el caso de un conscripto que murió durante un enfrentamiento entre su unidad militar y un grupo armado ilegal, hecho por el cual se demandaba una reparación directa por parte de la Nación (Consejo de Estado, sentencia de 22 de enero de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Si bien, en este caso, luego de analizado el acervo material probatorio, se condenó a la nación a la reparación demandada, a título de daño especial, lo más relevante fue el análisis respecto de las diferencias existentes entre los tres (3) títulos de imputación que se hacen con respecto a la responsabilidad que los ciudadanos que cumplen el servicio militar, de un lado el régimen de responsabilidad objetiva, bien por riesgo excepcional o daño especial y el subjetivo por falla del servicio.

Por otra parte, en octubre del año 2014, el Consejo de Estado analizó el caso de unos conscriptos que murieron cuando fueron emboscados, junto a su unidad militar, por un grupo ilegal armado, dándole de baja a él y a otros compañeros más (Consejo de Estado, sentencia de 20 de octubre de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). El problema jurídico a analizar en este caso, si era posible endilgar o no responsabilidad a la Nación por los descensos de los soldados conscriptos, bajo los hechos ocurridos y, por tanto, evaluar si el daño era antijurídico e imputable a la Nación; en ésta oportunidad, la corporación consideró la corporación que los conscriptos no tenían por qué asumir este hecho dañoso. Por tanto, cuando se habla de personas que prestan el servicio militar obligatorio se establece que no son quienes para asumir ese riesgo inminente ya que están cumpliendo con un deber que impone la constitución por el hecho de ser nacionales derivado de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas” (Consejo de Estado,2010).

Consideró también el alto Tribunal que, pese a que haya intervenido el hecho de un tercero, este argumento se depura, afirmándose que el Estado pone a quien presta el servicio militar obligatorio en una situación de riesgo; lo que lleva a concluir que la simple constatación de la existencia de una causa extraña, como la del hecho de un tercero, no es suficiente para que los daños no le sean atribuibles, centrándose la atención en que el resultado perjudicial tiene relación mediata con el servicio. En estos términos, al Estado sólo le quedaba acreditar que le resultaba absolutamente imprevisible e irresistible asumir los riesgos a los que estuvieron expuestos estos soldados. Por estas razones, el órgano de cierre de la jurisdicción en cita, emitió fallo condenatorio en contra de la Nación por las muertes de los conscriptos, bajo el título de imputación de falla en el servicio.

En febrero de 2015, el Consejo de Estado analizó el caso de un conscripto que sufrió unas a raíz una caída por un resbalón, mientras patrullaba (Consejo de Estado, sentencia de 26 de febrero de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón). El problema jurídico en este caso fue determinar si el hecho dañoso era de imputable a la Nación, como quiera que se trató de un accidente cometido por el mismo soldado; en su labor de análisis, observó el alto tribunal que, si bien en principio la lesión ocasionada corresponde a responsabilidad del propio soldado, el estado frente a los conscriptos adquiere no sólo la posición de garante, sino que entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

Sobre la presencia de una causa extraña, como principal argumento de defensa de la demandada, planteó que en cada caso concreto era necesario analizar los detalles de tiempo,

modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio; puesto que es posible que, si bien la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad. Por lo tanto, afirmó la sala que cuando se invoque la existencia de una causa extraña que produzca el daño, además de probarse ésta, se debe acreditar también que la actuación del Estado no contribuyó con la producción del daño.

En el fallo, conforme a lo analizado y considerado, se declaró la responsabilidad de la entidad accionada, en la medida que el soldado se encontraba ejerciendo su deber constitucional de servicio militar, y no se estableció en el proceso que el conscripto hubiese actuado de manera errónea o imprudente, por el contrario, los testimonios aseguraron que estaban patrullando cuando cayó por un precipicio con el equipo. Por tanto, no se probó la causa extraña en debida forma por la accionada.

En abril de 2015, el Consejo de Estado, hizo mención relacionando los elementos configurativos de responsabilidad relacionados con los incorporados que deben cumplir con su deber constitucional a una zona de orden público, pero que por la negligencia de sus superiores, son atacados por un grupo armado y causan la muerte alguno o lesiones, la administración entra a responder, ya que en ese momento le correspondía por intermedio de los comandantes y superiores de la Fuerza Pública, emitir las medidas de seguridad para proteger la vida e

integridad personal, de los soldados incorporados, teniendo en cuenta que el Estado tiene el deber de preservarlos de los daños que con ocasión de su situación pueda ocurrirles. Por lo tanto, las autoridades estatales tienen a cargo el deber de tomar las medidas necesarias para evitar cualquier atentado contra la vida o integridad de los soldados en cumplimiento de su servicio militar, el ejemplo más palpable es la decisión del Consejo de Estado en la cual el Consejo de Estado condeno a la Nación a indemnizar por más de \$1.600 millones a los familiares de tres de los soldados víctimas de la acción armada de 600 guerrilleros de las FARC, contra la base militar de las Delicias, ubicada en el municipio de la Tagua-Putumayo, atacada violentamente durante los días 30 y 31 de agosto de 1996, donde perdieron la vida 31 militares, 17 resultaron heridos y 60 fueron secuestrados, entre ellos el conscripto quien en la presente contienda solicitó de la jurisdicción la reparación del daño a él causado y a sus familiares por su secuestro (Consejo de Estado, sentencia de 29 de abril de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón).

El fallo del Consejo de Estado concluyó que se trataba de una unidad militar que no gozaba de condiciones estratégicas de ubicación, debido a la deficiente accesibilidad y la casi nula existencia de vías de escape, además la unidad militar atacada estaba integrada por soldados sin la instrucción, preparación y entrenamiento adecuado, asimismo no portaban un adecuado armamento para reaccionar, por lo cual tales omisiones a juicio del Alto Tribunal llevaron a que se concretaran los desafortunados hechos, disponiendo que debía indagarse penal y disciplinariamente tales omisiones.

Además, en criterio del operador jurídico, no se explica cómo unidades militares cercanas al lugar de los hechos, como las de la Base militar de Tres Esquinas, Puerto Leguízamo y Apiay,

tardaron mucho tiempo en reaccionar al ataque violento de los guerrilleros, por lo cual la compañía del Ejército acantonada en las delicias, debió soportar durante varias horas el combate con soldados que se encontraban deficientemente entrenados y mal armados. Lo que nos indica que faltó planeamiento operacional por parte del Comandante del Comando Unificado del Sur y del Batallón de Selva N° 49, unidades militares de las cuales dependía la compañía que en ese momento se ubicaba en la Base Militar las Delicias.

El Alto Tribunal encontró siete fallas que habrían facilitado el accionar de los guerrilleros: que la base de Las Delicias era una estructura que permitía ventajas frente al enemigo; no se tomaron las medidas de seguridad preventivas; no hubo control y vigilancia sobre la base en las áreas de periferia; hubo omisión de apoyo, y se presentaron deficiencias de carácter operacional y en los recursos defensivos, como las armas que no eran las más adecuadas para lucha contrainsurgente.

En dicha oportunidad se informó que las fallas configuradas, permitieron establecer que los mandos militares omitieron adoptar las medidas para prevenir los lamentables hechos ocurridos el 30 y 31 de agosto de 1998. Quienes a su vez no asignaron el personal militar que estuviera debidamente instruido y entrenado para reaccionar y soportar un ataque guerrillero. Igualmente, los superiores no previeron que la base militar esta estuviera localizada en un lugar estratégico que ofreciera ventaja militar sobre los actores armados que quisieran atacarla, simultáneamente que en caso de que se presentara un ataque el apoyo fuera inmediato.

En julio de 2015, el Consejo de Estado analizó el caso de un conscripto que murió durante una emboscada a su unidad militar, por parte de un grupo armado ilegal, hecho por el cual se

demandaba una reparación directa por parte de la Nación (Consejo de Estado, sentencia 30 de julio de 2015. C.P. Danilo Rojas Betancourt). Teniendo en la cuenta que se trataba de conscriptos, para la sala era claro que había una posición especial de garante por parte de la nación frente a este soldado, máxime cuando lo decidió someterlo a un riesgo excepcionalmente mayor al que ya había sido sometido tras su vinculación al servicio militar obligatorio. Por lo tanto, el Consejo de Estado resolvió este caso en contra de la nación, por el haber generado éste un daño antijurídico en el conscripto, a título de imputación objetiva de riesgo excepcional y falla en el servicio.

En febrero de 2016, el Consejo de Estado, analizó el caso de un conscripto que sufrió unas lesiones en su cuerpo, a raíz unas heridas que le ocasionó un grupo armado ilegal que atacó el puesto de policía en el que él se encontraba prestando su servicio militar obligatorio, hecho por el cual se demandaba una reparación directa por parte de la Nación (Consejo de Estado, sentencia de 25 de febrero de 2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

En este caso el organismo consideró, luego de justipreciado el acervo material probatorio obrante en el proceso, que no era dable imputar al Estado por este hecho una imputación de responsabilidad a título de falla en el servicio, porque no se demuestran errores en los procedimientos y acciones de la unidad policial, ni mucho menos responsabilidad a título de riesgo excepcional puesto que al soldado no se le había sometido a una condición diferente a las propias de su servicio; sin embargo, concluyó el fallador, que el Estado era responsable frente a este conscripto por el simple hecho de habersele causado un daño antijurídico, en función de un deber constitucional. Por lo tanto, se condenó a la accionada imputando la teoría del daño especial.

5.4. Recomendaciones institucionales

Relacionadas las anteriores decisiones judiciales, proferidas en distintas controversias jurídicas por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo; se establece que en su gran mayoría la responsabilidad se encuentra originada por el actuar irregular de sus deberes, es evidente la omisión de los funcionarios públicos con mando en el cumplimiento de las directrices fijadas por la doctrina militar, los reglamentos, directivas, manuales de funciones, entre otros; desaciertos que han generado el pago de cuantiosas demandas a cargo del Estado, precisamente al omitir cumplir con los deberes de garante de los que se hizo referencia en su momento y, que son de imperativo cumplimiento para proteger a quienes prestan el servicio militar obligatorio en cualquiera de las entidades que componen la Fuerza Pública.

Aunado a lo anterior, resulta inadmisibles, que jóvenes inexpertos y sin formación en las tareas de la guerra, sean sacados de sus guarniciones militares, que es donde deben estar, cumpliendo funciones de servicios de guarnición y labores administrativas, no obstante son llevados a operativos militares en los que el conflicto es latente, exponiendo sus vidas; y desde luego quebrantándose los fines constitucionales, legales y reglamentarios, para los propósitos que debe cumplir quien ingresa a cumplir con el deber militar de servir a la patria. No se puede olvidar que quienes van a la guerra, son los uniformados que un día optaron de forma voluntaria decidieron ingresar a las diferentes fuerzas, existiendo de por medio un vínculo laboral.

Además, son muchos los errores, negligencias, descuidos, acciones fuera de contexto, generadoras del daño antijurídico, que desembocan en la afectación en la vida e integridad de los conscriptos, y de otro parte, la existencia de los precedentes jurisprudenciales que día a día son más garantistas de los fundamentos emanados de la Constitución de 1991; es una realidad que se debe afrontar en aras de generar respuestas de solución efectiva direccionada a solucionar lo consignado en la primera hipótesis, es decir, crear políticas públicas que contribuyan con la disminución de las omisiones, incumplimiento de reglamentos, errores, acciones en contravía; mismas que informan las providencias relacionados y en general la de contrarrestar y contribuir con la disminución de los daños respecto de quien presta el servicio militar obligatorio de forma efectiva, en aras de proteger desde luego las finanzas del Estado y así garantizar su sostenibilidad y posibilidad de tener más recursos en pro de materializar los derechos de los ciudadanos, dentro del aporte del estudio de esta institución tenemos:

Implantación de capacitación y entrenamiento en los oficiales y suboficiales que deben para el cumplimiento del deber constitucional ordenar la ejecución de operaciones militares que generan el ejercicio de actividades peligrosas, como el manejo de armas de fuego, designación de incorporados para la prestación de servicios de guarnición (centinela), desplazamiento nocturnos, desembarcos aéreos, toma de dispositivos en zonas alteradas por el orden público para proteger la población civil de los ataques de los grupos armados, procedimientos que se encuentran plasmados en manuales, reglamentos, directivas con el fin de evitar un sin número de daños, accidentes y muertes.

Verificar que todos los conscriptos obtengan la capacitación y entrenamiento, en todas las actividades que se desempeñan, especialmente en el manejo de armas de fuego, teniendo en cuenta que en varios pronunciamientos de responsabilidad en contra del Estado por parte del honorable Consejo de Estado, desembocan en que en los acontecimientos facticos el lesionado no cumplió con las normas del decálogo de seguridad de armas de fuego, pues el incorporado portaba el arma sin seguro; cargo el arma sin que mediara orden del superior; mantuvo la boca de fuego hacia el piso; manipulo el arma de manera descuidada o se dedicó a jugar con ella; sin embargo, con los criterios de naturaleza objetiva; no en pocos casos se puede probar que el daño antijurídico fue originado por impudencia o ineptitud del soldado, ya que por ejemplo los superiores del lesionado o muerto, no tenían el acta archivada por la cual se le capacito en el manejo de las armas; tampoco se previó la ocurrencia de los hechos, teniendo en cuenta que ningún superior paso revista o controló que el subalterno tuviera el arma sin cartucho en la recámara previo a la ocurrencia del hecho; lo que conlleva sin lugar a dudas, a la responsabilidad de la entidad garante de quienes prestan el servicio militar. Razones por las cuales, es necesario aprovechar el conocimiento disponible dentro la fuerza para ponérselo al alcance del bajo banderas, para así poderlo certificarlo en el manejo del arma de dotación; repasar permanentemente a los subalternos las normas y procedimiento que regulan esa actividad peligrosa, con el propósito de obtener la seguridad y la realización de buenas prácticas en el uso y manejo del arma de dotación.

Con respecto a los superiores que en el ejercicio del mando emiten ordenes ilógicas, absurdas, lo que llevan a generar un riesgo superior a los subalternos, como es el caso de no dotar con visores nocturno a los subalternos en los desplazamientos por necesidad del servicio en el crepúsculo, con lo cual lleva a caídas, lesiones de tobillos, activación de campos minados,

caídas de alturas, inclusive ha llevado a que se presente fuego amigo, por falta de coordinaciones entre los superiores; asimismo en la no aplicación del santo y seña, previsto para las actividades nocturnas en caso de una amenaza. Advirtiéndose, que en la mayoría de casos los superiores no aplican la doctrina militar, sino que las ordenes se respaldan en el mero capricho personal, desconociendo lo dispuesto en las escuelas de formación militar; asimismo en los cursos de ascensos, entrenamiento y hasta la misma experiencia en la ejecución de las operaciones, ya que las diferentes fuerzas han emitido manuales de combate irregular, donde se contemplan las materias al respecto, como la de infiltración nocturna, por lo tanto debe velarse por reforzar la capacitación de ejecutantes y comandantes, para que sean certificados en las diferentes materias militares.

Por otra parte, si al dar una orden o mandato el superior y ésta, no es legal, lógica, clara, precisa, concisa, fácil de cumplir, pues deberá estar consciente que ante la ocurrencia de un daño para el subalterno, podrá responder penal y disciplinariamente, quedando expedito el campo para el ejercicio del medio de control de repetición, en caso de que administrativamente sea condenado el Estado, por el daño sufrido por el conscripto, pudiéndose probar que al emitir el mandador el superior incurrió en culpa grave o dolo, teniendo en cuenta que contaba con la capacitación y entrenamiento para el ejercicio de su rol; pero estos medios coercitivos en la mayoría de casos los destinatarios de los medios sancionatorios enunciados, en la gran mayoría de veces se adelantan en contra de quien genero el actuar irregular o dañoso, sin mediar que la orden estuvo mal impartida en ocasiones inclusive contraviniendo la Constitución, la Ley y los Reglamentos.

En cuanto a los accidentes, lesiones o muertes por el emprendimiento de actividades peligrosas, sin tener el entrenamiento, número de horas establecidas para obtener la acreditación, licencias, como es el caso de conducción de vehículos militares, motos, actividades de natación, paracaidismo, pilotaje de aeronaves etc, donde se establece que si había recibido la capacitación pero no había obtenido el título, o estaba adelantando el curso, entrenamiento o capacitación, pruebas que al llegar al Juez contencioso, quien inmediatamente determina que se presentó una falla del servicio; razón por la cual es necesario establecer mecanismos de control, verificación e inspección en el emprendimiento de actividades que generan riesgo, lo que permitiría que esos funcionarios al desarrollar su actividad sean idóneos, lo que permitiría reducir los daños.

Sobre los trastornos mentales que ya en filas puede sufrir el conscripto, que pueden llevar a que se presente suicidios, auto-lesiones, homicidio en cabeza de sus superiores o compañeros de filas, estableciéndose que en ocasiones las entrevistas, valoraciones psicológicas de incorporación, no lograron detectar problemas mentales que padecía el conscripto, por lo tanto se requiere que ya en filas los comandantes a todo nivel dentro de sus prioridades, esté la de identificar los subalternos que presenten signos de alerta, (agresivos, ansiosos, variables, etc), a continuación deberán tomar contacto con el subalterno y de acuerdo a los episodios remitirlo inmediatamente para que sea valorado por un psicólogo militar, quien dispondrá la atención que corresponda o acompañamiento a seguir, para luego determinar si continua en filas. Conjuntamente de manera preventiva será necesario desarrollar programas de psicología militar, para determinar perfiles, que ayuden a la selección de personal.

Con respecto a disminuir los daños, accidentes, lesiones cuando un conscripto por necesidades del servicio es asignado al área de operaciones donde este alterado el orden público, los superiores previamente a salir a cumplir la misión deben verificar que el subalterno haya recibido capacitación y entrenamiento en combate irregular, que tenga el conocimiento adecuado en el manejo de las armas, que la dotación de guerra que porte éste en buen estado de funcionamiento. De la misma manera el superior de la operación debe verificar que las unidades militares estén a TOE, es decir completas. Igualmente el comandante de la operación militar, debe examinar que los comandante de compañía, pelotón y escuadra, se encuentren en buen estado de salud física, mental; que tengan cursos de combate, entrenamiento, reentrenamiento y experiencia para comandar a sus subalternos, para que ya en el área de operaciones puedan aplicar la doctrina militar y conocimiento para evitar que sean sorprendidos por los integrantes de grupos armados, y en caso de tener que reaccionar apliquen las técnicas de guerra irregular, así poder evitar tener heridos o muertes en un combate armado. Al mismo tiempo es necesario que los superiores a cada uno de los niveles, informe a los subalternos sobre el grupo armado que hace presencia en la región, sus tácticas, técnicas, composición, lugares más probables donde se ubique, armamento que utilizan, últimas actividades, etc, todo lo anterior para que el ejecutante de la operación militar al enfrentarse algún riesgo, pueda reaccionar positivamente, limitando los riesgos.

Finalmente, es evidente que en los operadores judiciales existe la responsabilidad de garantizar los derechos de los ciudadanos, está dentro de sus competencias, pero al examinar sendas decisiones, la constante en el régimen de responsabilidad, es el título de imputación por daño especial, resaltándose que en la gran mayoría de casos, los daños son el resultado, como se

expuso, del incumplimiento de las directrices constitucionales, legales y reglamentarias y ello, corresponde al campo de valoración del régimen subjetivo, en razón a que es evidente la configuración de la “falla”; pero al no existir operadores judiciales especializados y conocedores de la doctrina militar; se resuelven las controversias aplicando la tesis generalizada del daño especial, sin advertir las causas reales de configuración del daño, sino que al no lograr probarse en el curso del proceso por la defensa institucional los eximentes de responsabilidad, los que en la práctica, son casi que imposible su demostración; cuando existen criterios objetivos como el que aquí se cuestiona, donde basta probar el daño y el nexo de causalidad entre éste y la entidad a la que se encuentra vinculado obligatoriamente el afectado. Lo cierto es que se demanda la necesidad de crear jueces en lo contencioso administrativo especializados en la materia; se reitera que la casuística moderna informa multiplicidad de controversias resueltas bajo la modalidad del daño especial, cuando la fuente generadora del daño obedece a una verdadera falla del servicio; aspectos que tienen repercusiones jurídicas, al momento de ejercer los instrumentos coercitivos con que cuenta la entidad para recuperar los recursos pagados, no es lo mismo tener un fallo de responsabilidad fundamentado en la falla del servicio, donde es muy fácil determinar los elementos de dolo o culpa grave del funcionario, presupuestos del medio de repetición; que las resultas de un fallo resuelto bajo el régimen objetivo por fallo especial.

Conclusiones

Con la realización del trabajo, se hizo necesario consultar la evolución y criterios adoptados por los operadores judiciales, desde vigencia de la Constitución Nacional de 1886, con respecto a la institución de la responsabilidad del Estado, se concluye que con el transcurrir de los tiempos y dependiendo del contexto histórico la solución de las controversias jurídicas en torno a ésta institución, siempre se evidencia la garantía de los estructurales fundamentales del Estado, pilares que con la expedición de la Constitución Política de 1991, se confirió en los administradores de justicia una vademécum de herramientas instrumentalizadores para garantizar en forma efectiva los bienes afectados a un administrado y al consignar la cláusula general de responsabilidad en el artículo 90, en el que subsisten y justifican la existencia de los dos regímenes objetivo y subjetivo, se amplió ese campo de operador benefactor, garantista, sin que se consultara con la realidad económica, social, sin emitir políticas de concientización en los Administradores estatales sobre las consecuencias de las acciones u omisiones en el cumplimiento de los cometidos estatales, competencia emana del nuevo mandato constitucional; es por ello, que no se puede pretender el exigir a los administradores de justicia, que cercenen un derecho a un administrado, es su deber garantizarlo, pero ello conlleva un aspecto económico que repercute en las finanzas estatales y por ende en menos garantía de los derechos vitales de los ciudadanos, como salud, educación, vivienda, entre otros; que a la postre, serán desde luego nuevas fuentes de responsabilidad; ejemplo de ello, son los daños antijurídicos, que se causan a los administrados que prestan el servicio militar obligatorio, cuyas omisiones, errores y el actuar en contravía del marco normativo por parte de quienes ostentan la posición de garante con

respecto de los conscriptos; son de gran preocupación ante la falta de las políticas públicas clara y efectivas.

En cuanto a los mecanismos que ayudarían a disminuir las altas indemnizaciones que debe cancelar la Nación-Ministerio de Defensa Nacional y alguna de las fuerzas, estaría que al personal inscrito para prestar el servicio militar se le practiquen detalladamente las tres evaluaciones de aptitud psicofísica que se establecen en el artículo 18 de la Ley 1861 de 2017, por parte de oficiales de sanidad con amplia experiencia y conocimiento del código de inhabilidades y no como está sucediendo, pues las zonas de reclutamiento cuentan con profesionales de medicina, odontología y psicología por contrato de OPS, quienes en muchas ocasiones solo laboran de manera transitoria, por lo cual no tiene conocimiento en las enfermedades que establece el código de inhabilidades, para determinar si es apto o no, lo que con lleva a que en ocasiones no puedan detectar en forma oportuna las enfermedades o dolencias que puede padecer un conscripto al momento de presentarse para solucionar su situación militar, pero que al detectarse en la prestación del servicio, de hecho le generan la responsabilidad presuntamente por haberla adquirido en filas.

Es imperioso que en la valoración psicológica participe psicólogos, psiquiátricos, con altos conocimientos en enfermedades mentales, para descubrir los trastornos mentales, conque algunos conscriptos llegan a presentarse, que en muchas ocasiones no se les detecta la enfermedad mental ingresando a filas causado tragedias al portar armas de fuego, llevando a responder al Estado.

A la par, es necesario que los superiores de los incorporados a todos los niveles antes de emitir cualquier orden o mandato para que estos lo desarrollen, tiene que tener claro que la

actividad tenga algún nexo o vínculo con el servicio público, además prevenir los riesgos, amenazas, a que se ven enfrentados, para poder tomar los cursos de acción para evitarlos, teniendo en cuenta que en varias oportunidades es aquí donde se generan los errores que desembocan en las lesiones, accidentes y hasta pérdida de vidas, puesto que no se realizó un planeamiento adecuado generando responsabilidades.

Igualmente es responsabilidad de los superiores a todos los niveles, que los conscriptos una vez se haya culminado la formación militar básica, sean asignados a labores donde tengan la instrucción y entrenamiento adecuado, para evitar que sufran accidentes, lesiones, como es el caso cuando se asignan a soldados en el desarrollo de operaciones militares de acción ofensiva por necesidades del servicio, para la desarticulación de grupos al margen de la Ley, los cuales necesitan conocimiento, experiencia por el peligro y riesgos a que se enfrenta, las cuales en lo posible deben ser desarrolladas por los oficiales, suboficiales y soldados profesionales que optaron de forma voluntaria ingresar a las diferentes fuerzas, existiendo de por medio un vínculo laboral, quienes con su conocimiento y experiencia pueden restringir daños en su vida e integridad.

De igual modo, los encargados de ejercer el mando y control, deben tomar las acciones inmediatas y oportunas, cuando un soldado del Ejército, un infante de Marina en la Armada Nacional, un soldado de Aviación de la Fuerza Aérea, un auxiliar de Policía Nacional o un auxiliar del Cuerpo de Custodia en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, sufre, una lesión, un accidente, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones por falta de planeación, no se puede evacuar al incorporado de la unidad militar, policial, para prestarle la atención médica

oportuna, o por descuido y negligencia y no darle importancia a la solicitudes del incorporado cuando se le presta la atención médica la enfermedad avanzado y las secuelas son funestas.

Entonces, ante la responsabilidad objetiva que se evidencia en los daños que padece un conscripto, es necesario que el Legislador emita políticas públicas que se puedan cumplir, entre ellas ver si se justifica mantener la prestación del servicio militar obligatorio, teniendo en cuenta que el régimen aplicable por los daños sufridos por quienes prestan ese deber constitucional, se ha venido encuadrando por el legislador y la jurisprudencia en un título de imputación objetivo, bien sea el daño especial, o el riesgo excepcional, el cual es totalmente diferente al que se asume en desarrollo de la decisión libre y voluntaria de ingresar a la Fuerza Pública, como es el caso de los soldados profesionales.

En caso de que se siga considerando mantener el servicio militar obligatorio, es necesario emitir planes, programas, normas e instrucciones para la estandarización de los comités de incorporación de las zonas de Reclutamiento, en cuanto al trámite y procedimiento de la evaluación psicofísica, los cuales deben conocer las causales de exención, aplazamiento y las inhabilidades, máxime cuando es autoridad médica que establece el estado de sanidad de los conscriptos, para así evitar incorporar personal inhábil, los cuales una vez incorporados en muchos casos realizan conductas anómalas que atentan contra su integridad y demás soldados, y todo debido a que no se realizaron los exámenes detallados, así luego pueden exigir el pago de elevadas indemnizaciones, asimismo del reconocimiento de pensión, sustentado que la enfermedad la adquirió en cumpliendo el servicio militar. Además, estos comités psicofísicos no pueden perder de vista que la Fuerza pública necesitan hombres con aptitud sicofísica que puedan

prestar su servicio militar sin ninguna clase de limitación, para que se cumpla con la finalidad primordial como es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

En cuanto a los conscriptos incorporados que salen a cumplir con su deber constitucional a una zona de orden público, pero por negligencia de sus superiores, son atacados por un grupo armado y causan la muerte o lesiones, la administración entra a responder, ya que en ese momento le correspondía por intermedio de los comandantes y superiores de la Fuerza Pública, emitir las medidas de seguridad para proteger la vida e integridad personal, de los soldados incorporados, teniendo en cuenta que el Estado tiene el deber de preservarlos de los daños que con ocasión de su situación puedan ocurrirles.

Por lo tanto los comandando de la diferentes unidades militares tienen a cargo el deber de tomar las medidas necesarias para evitar cualquier atentado contra la vida o integridad de los soldados en cumplimiento de su servicio militar, el ejemplo más palpable es la decisión del Consejo de Estado en la cual condeno a la Nación-Ejército Nacional a indemnizar por más de \$1.600 millones a los familiares de tres de los soldados víctimas de la acción armada de 600 guerrilleros de las FARC, contra la base militar de las Delicias, ubicada en la Tagua-Putumayo, atacada violentamente durante los días 30 y 31 de agosto de 1996, donde perdieron la vida 31 militares, 17 resultaron heridos y 60 fueron secuestrados. El fallo del Consejo de Estado concluyó que se trataba de una unidad militar que no gozaba de condiciones estratégicas de ubicación, debido a la deficiente accesibilidad y la casi nula existencia de vías de escape, además la unidad militar atacada estaba integrada por soldados sin la instrucción, preparación y

entrenamiento adecuado, asimismo no portaban un adecuado armamento para reaccionar, por lo cual tales omisiones a juicio del Alto Tribunal llevaron a que se concretaran los desafortunados hechos.

Ante lo cual es necesario que se socialice a todos los oficiales y suboficiales que la institución de la Posición de Garante fue añadida como elemento normativo en la jurisdicción Contenciosa Administrativa, para realizar la imputación en los casos en que la administración debía hacer y no hizo, especialmente cuando la Fuerza Pública, en muchos casos incumple con el deber de protección y cuidado, establecido Constitucional y Legalmente de todos los habitantes del territorio nacional, ante lo cual debe entrar a responder, por tales omisiones, como en el caso que un grupo armado que cometa una masacre, estableciendo que a pesar que el lugar donde ocurrieron los hechos era un sector afectado por alteraciones de orden público, no hubo presencia de Fuerza Pública o de la Policía Nacional, para proteger a la población civil, lo que facilitó el actuar del grupo armado.

Conjuntamente se hace necesario capacitar y adoctrinar a los mandos militares para que cuando los incorporados infrinjan la disciplina militar, no se les apliquen castigos que vayan en contra la integridad física o moral, con el propósito de evitar lesiones o muertes, o que presentándose alteraciones en la disciplina se tomen las medidas correctivas necesarias y oportunas, para prestarle la ayuda jurídica y psicológica al incorporado para prevenir sucesos con los cuales estos quieran suicidarse o causarse lesiones en su vida e integridad, ya que si por el contrario se atenta contra la dignidad del subalterno, puede dar o llevar al incorporado a trastornar su psiquis, tomando decisiones desafortunadas, como la de atentar contra su

integridad o de causarse la muerte alguno de sus compañeros de filas, circunstancias que lejos de poder atribuir de manera exclusiva la responsabilidad en el superior por los daños causados, genera la imputación del mismo a la administración pública por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado (asignarle un castigo degradante y discriminatorio); conjuntamente desconociendo la finalidad de la posición de garante que tenía frente al subalterno.

A su vez es importante que el Ministerio de Defensa establezca una estrategia de prevención de daños que comprometan demandas administrativas y por consiguiente la responsabilidad del Estado, para lo cual deberán emitirse políticas en materia de instrucción, doctrina, operaciones militares, control administrativo y disciplinario, de planeación, responsabilidad en el mando, lo que permitiría identificar las fallas de la Fuerza Pública que genera responsabilidad y tomar las acciones correspondientes.

En este sentido, es forzoso fomentar capacitación superior a los oficiales y suboficiales, que por razón de su grado y cargo desempeñado, orientan el cumplimiento de la función constitucional y legal de la fuerza pública, para que conozcan la extensión de su responsabilidad por acción y omisión en el ejercicio de sus funciones, debiendo así tomar las medidas preventivas, con el propósito de que sus subalternos en el cumplimiento de su deber se abstengan de realizar conductas que vulneren reglamentos, imprudencia, ineptitud, acciones a propio riesgo, el cumplimiento de deberes funcionales, otros, que causen accidentes, lesiones, muertes y daños en general, y que por lo tanto lleven a declarar la responsabilidad del Estado.

Finalmente es necesario que por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional, se adelante gestiones de acercamiento con el Consejo de Estado, para se pueda crear una sala especializada para el estudio de los casos de responsabilidad en contra de la Fuerza Pública, con el único propósito de que se designen señores jueces en primera instancia, magistrados de Tribunal y los de cierre, tengan conocimiento especializado en la doctrina militar y en consecuencia las decisiones judiciales reflejen la garantía plena de los derechos procesales; lo que implica que contrarrestar los criterios objetivos predominantes en la actualidad, exigiéndose la valoración de los acontecidos facticos en que se involucra a los conscriptos con forme a los presupuestos de la sana critica, dado que no por ostentar tal condición se deja de ser persona de que así como le asisten derechos también el cumplimiento de unas obligaciones mínimas pero que precisamente con la tendencia generalizada de aplicación de la tesis objetiva dichos aspectos no son justipreciados en el curso de la casuística .

Referencias Bibliográficas

- Andrade. C. (2012). *La posición de garante en virtud de una comunidad de peligro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p.162.
- Arenas. A. (2013). *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá: Legis, p. 269.
- Bustamante. L. Á. (2003). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer, p. 567.
- Brewer. C.A. (2014) *La protección de los derechos frente al poder de la administración*. Bogotá: Temis, p. 880.
- Esguerra. J. (2004). *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis, p. 484.

- Galvis, G. F. (2014). *Manual de administración pública*. Tercera edición, Bogotá: Ediciones del profesional, p. 439.
- Gil. B. E. (2006). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*. Tercera edición. Bogota: Jurídica Comlibros, p. 293.
- Gil. B.E. (2013) *Tesaurus de responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis, Tomo III, v. 1.
- Gil. E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Sexta edición. Bogotá: Temis, p. 774.
- Henao. J. C. (1998). *El daño análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 346.
- Henao. J. C. (2007). *Le dommage. Analyse a partir de la responsabilité civile extracontractuelle del" État en droit colombien et droit fancais* (tesis doctoral). Universidad de París: p. 133.
- Henao. J, y Ospina. F. (2016). *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 905.
- Jaramillo. J. F. (2016). *Constitución democracia y derechos*. Bogotá: Ediciones Antropos, p. 566.
- López. M. J. (2007). *Responsabilidad del Estado por error judicial*. Segunda edición. Bogotá: Doctrina y Ley, p. 990.
- Meza, H. (2017). *Entre la causalidad y la imputación objetiva*. Segunda edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., p. 391.

- Muñoz. C.F. (1999). *Teoría general del delito*. Segunda edición. Santafé de Bogotá: Temis, p. 187.
- Paillet. M. (2001). *La responsabilidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 345.
- Penágos. G. (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá: Doctrina y ley, p. 350.
- Pinzón. M. E. (2014). *La responsabilidad extracontractual del Estado una teoría normativa*. Bogotá: Doctrina y ley, p. 496.
- Quiche, R. M.F. (2015) *Derecho Constitucional Colombiano*, sexta edición. Bogotá: Temis, p. 809.
- Rodríguez. L. (2014). *La protección de los derechos frente al poder de la Administración: libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Bogotá: Temis, p. 880.
- Rodríguez. L. (2010). *El Derecho Público en Iberoamérica evoluciones y expectativas*. Bogotá: Temis y Universidad de Medellín, II tomos.
- Ruíz. O. W. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes, segunda edición*. Bogotá: Eco Ediciones, p. 558.
- Ruíz. O. W. (2011). *Responsabilidad del Estado legislador*. Bogotá: Universidad Libre, p. 106.
- Saavedra. B. R. (2011). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 748.
- Tamayo. L. A. (2005). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Doctrina y ley, p. 478.
- Velásquez. P. O. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual*, segunda edición. Bogotá: Temis, p. 639.
- Velásquez. P.O. (2009). *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Bogotá: Temis. P.348.

-Younes. D. (2016). *Derecho Constitucional Colombiano*. Décima cuarta edición. Bogotá: Legis, p. 571.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sentencia de fecha 30 de septiembre de 1949. C. P. Pedro Gómez Parra.
- Consejo de Estado, sentencia de 31 de julio de 1989. C.P. Antonio José Irisarri Restrepo.
- Consejo de Estado, sentencia de 31 de julio de 1989. C.P. Jorge Arturo Herrera Velásquez.
- Consejo de Estado, sentencia de 13 de septiembre de 1991. C.P. Daniel Suárez Hernández
- Consejo de Estado, sentencia de 25 de octubre de 1991 C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, sentencia 2 de marzo de 1993. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado, sentencia de 25 de agosto de 1998. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Consejo de Estado, sentencia de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado, sentencia 2 de marzo de 2000 C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado, sentencia de 14 de septiembre de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado, sentencia de 27 de noviembre de 2002. C.P. María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado, sentencia 4 de octubre de 2007. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, sentencia 4 de diciembre de 2007. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, sentencia de 29 de septiembre de 2009. M.P. Myriam Guerreño de Escobar.
- Consejo de Estado, sentencia de 17 de marzo de 2010. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.
- Consejo de Estado, sentencia de 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, sentencia de 9 de julio de 2014. C.P. Enrique Gil Botero
- Consejo de Estado, sentencia 10 de agosto de 2005. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

- Consejo de Estado, sentencia de siete 7 de julio de 2011. C.P. Gladys Agudelo Ordoñez.
- Consejo de Estado, sentencia 30 de enero de 2013. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz.
- Consejo de Estado, sentencia 3 de abril de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, sentencia, 10 de julio de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez
- Consejo de Estado, sentencia 16 de septiembre de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estado, sentencia 27 de septiembre de 2013. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.
- Consejo de Estado, sentencia de 22 de enero de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, sentencia de 20 de octubre de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, sentencia de 26 de febrero de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado, sentencia de 29 de abril de 2015. C.P. Hernán Andrade Rincón
- Consejo de Estado, sentencia 30 de julio de 2015. C.P. Danilo Rojas Betancourt.
- Consejo de Estado, sentencia de 25 de febrero de 2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Corte Constitucional, sentencia T- 409 de 8 de junio de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sentencia T-250 de 30 de junio de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, sentencia C- 511 de 16 de abril de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1º de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, sentencia C-683 de 5 de diciembre de 1996. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia SU - 1184, de 13 de noviembre de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

- Corte Constitucional, sentencia T -894 de 25 de octubre de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.