

**ALTERACIÓN A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA EN LOS MIEMBROS
DEL EJÉRCITO NACIONAL HERIDOS EN COMBATE O EN OPERACIONES
MILITARES**

OSCAR DARIO SAAVEDRA ORDOÑEZ

Código Estudiantil: 3000388

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D. C.

2015

**ALTERACIÓN A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA EN LOS MIEMBROS
DEL EJÉRCITO NACIONAL HERIDOS EN COMBATE O EN OPERACIONES
MILITARES**

OSCAR DARIO SAAVEDRA ORDOÑEZ

**Trabajo de investigación para optar el título de
Magíster en Derecho Administrativo**

**DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADO
DRA. DILIA PAOLA GOMEZ PATIÑO**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D. C.**

2015

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	4
Abstract.....	5
Introducción.....	6
1. Del Daño En Colombia	13
<i>Concepto de Daño.....</i>	<i>13</i>
<i>Clasificación del Daño.....</i>	<i>15</i>
<i>Las Dimensiones del Ser Humano</i>	<i>22</i>
2. Alteración a las Condiciones de Existencia.....	25
Pronunciamiento Legislativo y Jurisprudencial de las Altas Cortes Con Relación a la Alteración a las Condiciones de Existencia.....	25
<i>Casos sobre el Reconocimiento del Daño Moral a la Alteración a las Condiciones de Existencia.....</i>	<i>31</i>
<i>La Complejidad del Militar Perteneciente al Ejército Nacional en Colombia.....</i>	<i>34</i>
<i>Los aportes y perspectivas internacionales.....</i>	<i>36</i>
<i>El enfoque Humanitario.....</i>	<i>40</i>
<i>El Vacío Jurídico Existente.....</i>	<i>42</i>
3. Responsabilidad del Estado Colombiano.....	47
<i>Antecedentes.....</i>	<i>47</i>
<i>Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011) sobre los miembros del Ejército Nacional heridos en combate.....</i>	<i>60</i>
<i>Respuesta a la Pregunta Problema.....</i>	<i>62</i>
Resultados.....	65
Referencias.....	72

Resumen

Este trabajo de investigación, pretende presentar al lector desde una mirada constitucional, normativa y jurisprudencial, el daño moral denominado alteración a las condiciones de la existencia, que en algunas circunstancias la padecen miembros del Ejército Nacional en cumplimiento de una misión constitucional y/o en desarrollo de una operación militar y que como resultado de ésta, afecta su integralidad física y su entorno familiar y social, así como el desarrollo de su diario vivir en su todas sus dimensiones. El objetivo general de la presente investigación, procura analizar el nivel de responsabilidad del Estado para reparar el hecho incontestable en relación a este daño inmaterial, considerando que existen vacíos jurídicos en la legislación que no permite indemnizar la naturaleza de este daño moral. Para lograr este propósito, se indagan y analizan los fundamentos teóricos, conceptos y jurisprudencias sobre los daños materiales, inmateriales o morales y sobre la alteración a las condiciones de la existencia, los cuales permiten determinar si es el Estado responsable de indemnizar los perjuicios del daño llamado alteración a las condiciones de la existencia, para los miembros del Ejército Nacional sobre los que ha recaído este perjuicio, considerando que la reparación de daños debe ser integral, es decir conforme a todas las dimensiones del ser humano.

Palabras claves: Daño Material, Daño Inmaterial o Moral, Daño Fisiológico, Relación de Vida, Alteración a la Condición de Existencia, Reparación Integral, Responsabilidad del Estado, Actos del Servicio, Cumplimiento de Orden de Operación, Constitución Política de Colombia y Jurisprudencias de las Altas Cortes.

Abstract

This research aims to present the reader from a constitutional law and jurisprudence look, alteration called moral damage to the conditions of existence, that in some circumstances the suffering members of the army in compliance with a constitutional mission and / or development of a military operation and as a result of this, it affects their physical integrity and their family and social environment, and the development of their daily lives in their every dimension. The overall objective of this research aims to analyze the level of responsibility of the state to repair the incontrovertible fact regarding this non-pecuniary damage, considering that there are legal loopholes in the legislation that prevents indemnify the nature of this moral damage. To achieve this purpose, investigate and analyze the theoretical foundations, concepts and jurisprudence on materials, immaterial or moral damage and disruption to the conditions of existence, which can determine if the State responsible for compensating the losses from damage called altered the conditions of life for members of the National Army that has gone on this subject, considering that the damages must be comprehensive, that is, according to all human dimensions.

Keywords: Material damage , nonmaterial and moral damages , physiological damage, Relationship Life Altering the condition of existence , Reparation , State responsibility , acts of service , order fulfillment operation , Political Constitution of Colombia and jurisprudence of the high courts .

Introducción

Colombia durante los últimos 50 años, afronta una situación de conflicto armado interno por el enfrentamiento de grupos ilegales contra el Estado, generando con ello consecuencias críticas a nivel político por la inestabilidad institucional y el desgaste del Estado en este enfrentamiento, a nivel económico causando una gran inversión en el gasto militar y a nivel social trae como consecuencia la vulnerabilidad de la población civil en las confrontaciones (que no deja de ser importante), situaciones éstas que afectan el desarrollo del país.

En este contexto, el Estado ha aunado esfuerzos para la lucha permanente contra la violencia y el conflicto, con el fin de garantizar la seguridad nacional; sin embargo, las consecuencias que conlleva esta guerra recaen principalmente en la Fuerza Pública, en cabeza de las Fuerzas Militares y en especial los miembros del Ejército Nacional como principales combatientes, que deben resistir todos los rigores de un conflicto aún en desarrollo.

Como resultado del permanente enfrentamiento entre las instituciones y grupos al margen de la ley, se presenta afectación en la integridad personal conllevando un deterioro a la vida en relación o alteración de las condiciones de existencia, que sufren los héroes de la patria, que han sido heridos en combate al servicio de la nación, y por ende se ven afectadas sus familias en este flagelo, y mayor son las secuelas del núcleo familiar cuando los militares son retirados del servicio y en forma definitiva de las filas del Ejército

Nacional, sin obtener el reconocimiento a la asignación de retiro, muy a pesar que han sufrido daños físicos y morales, en actos del servicio y por razón del mismo.

Estos miembros del Ejército Nacional, quedan en desigualdad de condiciones frente a los ciudadanos del común, ya que en algunos casos debido a su incapacidad física y daño moral quedan en situaciones no aptos para desempeñarse en una actividad laboral dentro de la sociedad; sin embargo, el Ejército Nacional indemniza a estos individuos dependiendo de su incapacidad psicofísica, que en algunas circunstancias no compensan con el daño sufrido. No obstante, con la implementación de la Ley 1448 de 2011, se ha logrado remediar el daño físico y moral que sufren el personal del Ejército en cumplimiento de la tarea constitucional.

Por otra parte, la Constitución Política de 1991, establece que Colombia es un “Estado Social de Derecho” (art.1) que busca garantizar a todos los ciudadanos colombianos la protección de los derechos promulgados en la Carta Magna, considerados estos derechos esenciales para mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro pleno en la sociedad. En efecto, el conflicto armado atenta contra la dignidad humana de los miembros de las Fuerzas Militares, al igual que vulnera derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y el principio constitucional colombiano de protección estatal especial a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en debilidad manifiesta.

Por lo anterior, el investigador considera de vital importancia indagar si existe un vacío legislativo que no permite indemnizar en forma integral e independiente respecto a otros daños, a los militares heridos en combate y sus familias, pues si bien es cierto, que el Ejército Nacional cuenta con un sistema que permite indemnizar la parte anatómica o funcional e inclusive, la salud mental del combatiente, también lo es, que no hay un procedimiento que permita identificar, diagnosticar, tratar y menos indemnizar la naturaleza propia e independiente de este daño llamado “Alteración a las Condiciones de la Existencia” que afecta de una u otra forma, la integración a su entorno familiar y social, así como el desarrollo de su diario vivir en su más íntimas dimensiones.

Por consiguiente, se intenta con este estudio responder la pregunta problema de la presente investigación ¿Es el Estado responsable de indemnizar los perjuicios causados por la alteración a las condiciones de la existencia que sufren los miembros del Ejército Nacional heridos en desarrollo de una operación militar encontrándose en actos del servicio, considerando que la reparación de daños debe ser integral es decir conforme a todas las dimensiones como seres humanos?

En este orden de ideas, se plantea como objetivo general, analizar el nivel de responsabilidad del Estado para reparar el daño inmaterial en relación con la alteración a las condiciones de existencia que sufren los miembros del Ejército Nacional en cumplimiento de una misión constitucional y en desarrollo de una operación militar, considerando que existen vacíos jurídicos en la legislación que no permite indemnizar la naturaleza de este daño moral, y facilitar así la integración de esta población la sociedad y a su núcleo familiar.

Este objetivo general se logra a partir del desarrollo de los siguientes objetivos específicos; (i) identificar los fundamentos teóricos y conceptos jurídicos sobre los daños materiales, inmateriales o morales y sobre la alteración a las condiciones de la existencia, (ii) estudiar la normatividad constitucional y legal, así como diferentes jurisprudencias que reglamentan la reparación de daños morales y la alteración a las condiciones de la existencia y, (iii) analizar los antecedentes sobre la privación de un fundamento jurídico que le permita al Estado cumplir en forma total la responsabilidad de indemnizar la naturaleza propia e independiente del daño llamado alteración a las condiciones de la existencia, como reparación integral.

Los anteriores propósitos, se desarrollan a través del estudio de concepciones, fundamentos teóricos e ideologías de diferentes autores que tratan sobre el tema de investigación, también se analizará las norma constitucional, legal y algunas jurisprudencias de las altas cortes que se han pronunciado sobre la responsabilidad del Estado y la indemnización por daños materiales, morales y en alteración a las condiciones de la existencia a los miembros de la Fuerza Pública, en especial al personal herido en combate del Ejército Nacional.

Con relación al enfoque investigativo y considerando el objeto de estudio de la presente investigación, se aplicó el método Hermenéutica Jurídica, que tiene como fin interpretar y argumentar la norma constitucional y legal, y su desarrollo jurisprudencial, para comprender y precisar el contenido de las leyes, y su correspondiente aplicación en los procesos jurídicos. En este sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia número C-820 de 2006, se pronunció frente al concepto de Hermenéutica, así:

A pesar de que el propio significado de interpretación jurídica ha sido discutido en la doctrina especializada porque, entre otras cosas, inmediatamente remite al debate de si interpretar una norma jurídica implica determinar el alcance de todos los textos legales o sólo los oscuros, lo cierto es que, en su sentido más obvio y elemental, interpretar es explicar, declarar, orientar algo, comprender las circunstancias, aprehender, entender los momentos de la vida social y atribuir un significado a un signo lingüístico. En fin, como lo advierten Gadamer y Husser, la interpretación está directamente ligada con la comprensión y el lenguaje, de tal forma que, al referirnos a la hermenéutica jurídica, la entendemos como la actividad dirigida a encontrar la solución al conflicto o al problema jurídico que se somete a estudio del intérprete. Corte Constitucional de Colombia, Sent. C-820, 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra: Octubre 4 de 2006).

Considerando lo anterior, se busca con este método “Hermenéutica Jurídica” estudiar los principios, derechos y fundamentos señalados en la Constitución Política de 1991, demás leyes y determinados pronunciamientos de la Corte Constitucional como son: C-918 de 2002, C- 914 de 2001, T-441 de 2008, C-291 de 2007, C- 578 de 2002, y C-1076 de 2002 en estas se define el concepto de víctimas y exponen características referente a los alcances de la Ley 1448 de 2001. También se revisaron algunos dictámenes pronunciados por el Consejo de Estado y la Jurisdicción del Tribunal del Contencioso Administrativo.

Este trabajo investigativo se desarrolla en tres capítulos, títulos y subtítulos; a partir de un enfoque constitucional, normativo y jurisprudencial así; en el primer capítulo y a partir de diferentes teorías, se describe conceptualmente los daños y perjuicios materiales,

morales causados a los miembros del Ejército Nacional en el cumplimiento de una operación militar; el segundo capítulo hace referencia al análisis de la legislación y jurisprudencias en relación con la alteración a las condiciones de la existencia; en el tercer capítulo se analiza el alcance de la responsabilidad del Estado en la reparación de daños materiales, inmateriales y en la alteración a las condiciones de la existencia.

El desarrollo de los anteriores apartados, permitirá dar respuesta a la pregunta problema de esta investigación, y se recapitulan a partir de la consulta investigativa y el análisis jurídico de diferentes fuentes de tipo doctrinario, como son teorías de autores que se han dedicado al estudio de los perjuicios morales y materiales, a la responsabilidad del Estado y específicamente al tratado de los miembros de las Fuerzas Armadas como víctimas, entre estos escritores se destaca al Dr. Morales Jairo, Dr. Tamayo Javier, Dr. Henao Juan Carlos y Mejía Jean Carlo & Marín Adriana Lucia.

A su vez, se examinó el repositorio virtual y biblioteca de la Universidad Militar y de otras Universidades, y se encontraron tesis de grado y trabajos de investigación relacionados con el tema de la presente investigación, se enfatizan los siguientes trabajos: “Responsabilidad Extracontractual del Estado: Análisis del Daño Fisiológico o a la Vida de Relación” (Por la Dra. Ana María Rivera Villegas, Pontificia Universidad Javeriana, 2003), “Efectos Múltiples del Daño a la Vida de Relación, tránsito hacia los daños a la Salud en la Responsabilidad Civil y del Estado en Colombia” (Por el Dr. Manuel Felipe Rincón Castaño, Universidad de la Sabana, 2012), “El Daño Antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano” (Por la Dra. Catalina Irisarri Boada, Pontificia Universidad Javeriana, 2002), y “El Precio del Dolor: El Dolor desde el Derecho

Administrativo” (Por el Dr. Gustavo Adolfo García Arango, Universidad de Antioquia, 2007). Estas tesis de grado, se consultaron como herramienta de estudio y soporte bibliográfico para desplegar el tema de esta investigación, como también se consideraron algunos artículos y publicaciones web de vital importancia para el contenido del tema.

Adicionalmente, se resalta que el presente trabajo investigativo es muy significativo como fuente bibliográfica para la Universidad Militar Nueva Granada, sus estudiantes, maestros y demás lectores interesados en averiguar sobre los daños morales, daños materiales o sobre la alteración a las condiciones de existencia en los miembros del Ejército Nacional heridos en operaciones militares, principalmente la investigación esta dirigida a los educandos judiciales, docentes en el área jurídica o para el personal militar de las diferentes fuerzas que despierte interés por el este tema de estudio.

1. Del Daño En Colombia

Concepto de Daño

A partir de la Constitución de 1991, surge en Colombia el daño antijurídico dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado, esto indica que “ya no solo se hable de una responsabilidad del Estado de carácter subjetivo, esto es, de una responsabilidad por falla en la prestación del Servicio o culpa de la administración, figura propia del derecho francés, sino que se permite que el ámbito de responsabilidad administrativa se extienda a que el Estado responda por todos aquellos daños patrimoniales o extra patrimoniales que genere a cualquier ciudadano sin que por este exista una razón jurídica y por ende justificada para tolerar ese daño” (Universidad Nacional Abierta y a Distancia, extraído Octubre 2, 2015, a las 6:55 pm desde http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_2_el_dao_antijurdico_en_la_responsabilidad_del_estado.html).

En el ordenamiento jurídico, la Constitución de 1991 contempla en su artículo 90 que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste” (Constitución Política, 1991, art. 90).

Y el Código Civil Colombiano contempla en su artículo 1494 la Fuente de las Obligaciones, el cual dice que: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las

voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia” (Código Civil, art. 1494); lo que indica como fuente de obligaciones las que nacen a consecuencia de un hecho que ha producido un daño.

Desde esta perspectiva, la doctrina y la jurisprudencia en Colombia han indicado que el daño es el detrimento, menoscabo o dolor que puede afectar a una persona, en su físico, moral o en su patrimonio. Para Escobar (2003), “la expresión “daño” significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un determinado acontecimiento experimenta una persona en sus bienes espirituales o patrimoniales” (p. 166). Así mismo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en fallo del expediente No. 10867 de 2000, manifestó:

(...).El daño, en “ su sentido natural y obvio ”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “..en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc....” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo.” (...) Este punto lo explica así el profesor García de Enterría: “la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. (...). Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto.” Adviértase como, entendido así el daño

antijurídico frente al cual la C.P. impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc.), (...).

A manera de conclusión; para De Cupis, “daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable” (1996, p. 81). Para el tratadista Hinestrosa, “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja” (1967, p. 529). Para Tamayo, “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial” (1986, p. 5). (Citada en Henao, 2007, p. 84).

Clasificación del Daño

La doctrina y la jurisprudencia en Colombia han clasificado el daño en nuestro ordenamiento jurídico; Henao aduce que la división tradicional y preponderante indica que los perjuicios ocasionados por el daño se dividen en materiales e inmateriales o morales, fundamentando a los perjuicios materiales en un detrimento económico y con naturaleza no económica a los perjuicios morales (1991, Op. Cit. p. 136).

Daño Material. Como se mencionó anteriormente, los daños materiales son aquellos que hacen referencia a un detrimento patrimonial propiamente dicho, lo que significa que este daño perjudicó un bien económico del titular del derecho y es viable su valoración. Para Henao, los perjuicios materiales “son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero”, (2007, p. 195).

La doctrina ha subdividido estos perjuicios materiales en Daño Emergente y Lucro Cesante, así quedó estipulado en el artículo 1613 del Código Civil que a renglón seguido señala: “Indemnización de Perjuicios. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento” (Código Civil, art. 1613).

Daño Emergente. Se entiende por Daño Emergente la salida de un bien existente del patrimonio del afectado, al respecto se define como “cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima (...)” (Tamayo, 1990, p. 117). De acuerdo al Código Civil Colombiano se entiende por Daño Emergente, “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento” (Código Civil, art. 1614).

También se resalta que el daño emergente, “son todas las erogaciones o gastos que tuvieron que ser sufragados causa efecto por un hecho determinado que haya causado un daño a la víctima, o sea las sumas de dinero y los bienes y servicios apreciables en el mismo que tuvieron que salir del patrimonio de alguien por causa del perjuicio causado. También lo son la merma patrimonial que sufre un tercero como consecuencia directa del siniestro” Mariño (1999), (citado por la Dra. Rivera, 2003, p. 46).

Este daño “está integrado por todos los gastos en que incurrió la víctima por causa del hecho generados del perjuicio, así si éste último fue la muerte de una persona, los gastos

serian, el servicio de ambulancia, la sala de velación, servicios funerarios y gastos de hospitalización requeridos por el perjudicado. La legitimización para reclamar la indemnización por este concepto esta en cabeza de la persona natural o jurídica que sufrago los gastos” (Rivera, 2003, p. 47).

Lucro Cesante. El Código Civil en el artículo 1614 define el daño Lucro Cesante como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento” (Código Civil, art. 1614). “(...) Por su parte, el lucro cesante aparece cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima” (Tamayo, 1990, p. 117). Este daño se conceptualiza como la falta de ingreso monetario al patrimonio del afectado o víctima.

Mariño (1999), dice que el lucro cesante está establecido así:

(...) Todas las sumas de dinero que para la fecha del hecho generador del daño no habían ingresado al patrimonio de la persona, pero que se esperaban recaudar, ya que las devengaba periódica u ocasionalmente con el empleo o con la actividad económica a la que se dedicaban la víctima, acorde a sus estudios, capacitación, experiencia, etc.; o si por el contrario estaba en una improductividad transitoria (infante), vienen los ingresos que hubiera podido percibir una vez alcanzada la mayoría de edad o capacidad productiva (p. 1).

Por otro lado, Rivera explica que se presenta lucro cesante cuando un bien económico que conforme al curso normal de los acontecimientos debía ingresar al patrimonio de una persona y no lo hizo a causa del hecho dañoso (2003, p. 50).

Daño Inmaterial o Moral. Los daños inmateriales están compuestos por el Daño Moral y por las Alteraciones a las Condiciones de Existencia, es de anotar que esta última especie de estos daños se conocía como Perjuicio Fisiológico, posteriormente Daño a la vida de Relación para finalmente adoptar la denominación de Alteración a las Condiciones de Existencia.

Daño Moral. Para la Corte Suprema de Justicia, el daño moral es el “deterioro en patrimonio moral por el daño ocasionado en los derechos como el de la personalidad, derecho a la vida, cuerpo, salud, etc., de sí mismo o de un familiar” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, No. 2451, 1991, p.78). También, el daño moral perturba la personalidad del individuo que lastima sus sentimientos íntimos, así lo señala la Corte, que dice “la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 4978, 1999, p.78).

Fernández, define el daño moral en los siguientes términos:

Lo "moral", quien lo duda, es el conjunto de principios que posee toda persona. No constituyen un específico aspecto de su estructura psicosomática. Lo que ocurre es que cuando se agravan estos principios se lesiona la estructura psíquica de la persona. Se

siente una determinada perturbación psicológica, malestar, rabia, indignación, incomodidad. Es decir, se trata de expresiones de carácter psicológico. Lo que se ha dañado es, pues, la estructura psíquica del ser humano a raíz de un agravio a sus principios morales. En otros términos, se han lesionado los sentimientos de la persona. ¿Y que son los sentimientos? Pues, hasta donde alcanzan nuestros conocimientos, ellos constituyen aspecto del psiquismo humano junto a lo intelectual y lo volitivo. A este aspecto de la unidad psicosomática no se le conoce como “moral”. La Moral tiene que ver con el mundo de la subjetividad, mientras que el derecho sólo surge a partir de una interferencia de conductas humanas. Se trata del mundo de la intersubjetividad (2003, P.60).

Según la jurisprudencia, se considera como daño moral aquel que proviene de un hecho ilícito, que afecta o daña a la persona en sus diferentes aspectos íntimos de su dimensión como ser humano y por tal merecen de protección y compensación en virtud que no se pueden reparar, al respecto, Henao expresó que “(...) los perjuicios que no tienen una naturaleza económica en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero. Distinto, como ya se vio, es lo que ocurre con el daño material en donde se puede encontrar un valor de reemplazo, más o menos exacto al perjuicio (1999, p. 195).

Atendiendo el pensamiento de López (1997), “el daño moral proviene de un hecho ilícito, que ofenda no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado. La reparación pecuniaria por el daño moral se ha aceptado por la mayor parte de las legislaciones, no obstante las opiniones de eminente tratadistas que se oponen a que se aprecie en dinero el daño moral” (p.15).

En este mismo sentido, aclara el autor, que:

Hoy el dinero constituye casi el único medio de reparación. Pero si bien es cierto que tiene siempre por objeto procurar al lesionado una satisfacción, su acción no es la misma en todos los casos. Al lado de la Penal, de la cual no se trata aquí por ser del dominio del derecho público, el dinero llena otras dos funciones en el dominio del derecho civil: una función de equivalencia (“verum praetium, rei estimatio, quanti ea res est, id quod interest”) cuando se trata de un perjuicio no patrimonial (p.15).

En otro aparte, el daño moral es “la lesión del patrimonial moral propiamente dicho, o del patrimonio efectivo; de la “parte social del patrimonio moral”, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; de la parte efectiva, en los que hieren los sentimientos de amor en la familia. La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y repercusiones objetivas del daño moral” (López, 1997, p. 21).

Así mismo, manifiesta Martínez que los daños morales son “los que afectan bienes no patrimoniales desde el punto de vista económico. Incluidos todos los que afectan los atributos de la personalidad, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho al buen nombre, el derecho al ejercicio de una profesión u oficio, el derecho a la tranquilidad y a la seguridad” (p. 237)

Es importante resaltar que el Código Civil Colombiano, expone que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro , es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (art. 2341). Lo anterior significa traducido al tema de estudio, que los miembros del ejército nacional en aras de dar cabal cumplimiento a la misión de orden constitucional como lo son las operaciones que tienen como fin preservar la seguridad, paz y tranquilidad en el territorio colombiano, y producto de esta como resultado del enfrentamiento entre un ejército regular y uno irregular se le causare daño físico y daños morales, el Estado está llamado a prestar las garantías de indemnización tanto al militar herido en combate como a su familia, es por ello que el código civil, penal y administrativo, se contempla estos tipos de reparaciones, llámese física o morales con el ánimo de compensar, con el dinero recibido, el dolor que aqueja a estos individuos y sus familia, que prestan un servicio militar a la patria.

En síntesis, según la jurisprudencia, se considera como daño moral aquel que proviene de un hecho ilícito, que afecta o daña a la persona en sus diferentes aspectos íntimos de su dimensión como ser humano y por tal merecen de protección y compensación en virtud que no se pueden reparar, al respecto, Henao expresó que “(...) los perjuicios que no tienen una naturaleza económica en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero. Distinto, como ya se vio, es lo que ocurre con el daño material en donde se puede encontrar un valor de reemplazo, más o menos exacto al perjuicio (1999, p. 195).

Las Dimensiones del Ser Humano

Para abordar este enfoque más complejo, desde el punto de vista de las alteraciones a las condiciones de existencia, es necesario hablar del ser humano y la concepción de todas sus dimensiones, de tal forma que me permitan entender que es lo que afecta este daño y cuál es su repercusión en el desenvolvimiento diario e integral de la persona, en este entendió, y para tratar de analizar los alcances del concepto enlazados al campo jurídico, se aborda el tema desde un punto de vista filosófico.

La concepción de las dimensiones del ser humano, se fundamenta desde un enfoque filosófico a partir de los representantes del siglo XX que tratan sobre la concepción a la alteración a las condiciones de existencia en lo relativo a la estructura del ser humano, y que por consiguiente alteran un proyecto de vida.

En este orden de ideas, Emmanuel Mounier, en cuanto manifiesta que el personalismo es una filosofía, pero no es un sistema, porque siempre está abierto a la penetración en la intimidad y misterio de la persona humana. Martin Heidegger, manifiesta que el ser del hombre se define por su relación con el mundo, relación cuya forma de ser no consiste en un “comercio” entre sujeto y objeto, o en una teoría del conocimiento que también los implique, sino que es propia de la existencia como “ser-en-el-mundo”, y encuentra su fundamento ontológico en el “Cuidado”.

Gabriel Marcel, cuando se refiere a los aspectos de la existencia humana, como el cuerpo y la situación de cada persona, en los que se participa de forma tan completa que el individuo no puede abstraerse de los mismos, y manifiesta que es vital la participación en una comunidad y no el aislamiento del ser humano. Al igual cuando afirma que la familia era una especie de símbolo de una realidad personal mucho más rica y profunda donde el amor recíproco y la mutua donación son la base o fundamento.

Estos pensamientos, así como los diferentes estudios sobre el tema, permiten concluir que el ser humano es un conjunto multidimensional perfectamente integrado y la falta de integración de una de sus dimensiones, puede desencadenar en consecuencias como psíquicas, psicológicas, sociales o en un conjunto de consecuencias que afectan al ser humano en su diario vivir, lo que se agudiza, teniendo en cuenta la afirmación que hace el filósofo Baruch Spinoza “el hombre es un animal social”; se identifican las siguientes dimensiones: corporal, ética, cognitiva, social y personal.

Dimensión Corporal. Se entiende como el soporte donde convergen todas las demás dimensiones, en otras palabras el cuerpo del ser humano, en el cual se forma y desarrolla su personalidad, que es única entre los demás, la conformación de esta dimensión, inicia desde su formación en el cuerpo de la madre y se cultiva atendiendo los diferentes cuidados físicos que requiere el cuerpo (Martínez, 1991, p. 123).

Dimensión Ética. Esta dimensión aborda aspectos cognitivos o de aprendizaje en relación con el área afectiva, de conciencia y comportamiento solidario con los seres

humanos que lo rodean, también podemos decir que es la capacidad de creatividad que tiene la persona respetando y teniendo en cuenta una escala social de principios y valores, estos valores son el resultado de una evaluación interna e íntima del ser inspirada en el ejemplo recibido y que a la postre van a cimentar su proyecto de vida (Martínez, 2009, p. 126).

Así mismo, en esta dimensión se resaltan aquellos aspectos que van más allá del ser físico y que abarca la espiritualidad que ha descubierto cada persona inmersa en ello la fe, que finalmente le puede permitir su misión en la vida.

Dimensión Cognitiva. Hace referencia al conocimiento del ser humano, entendido como la construcción de estructuras y procesos mentales. Martínez, expone algunos aspectos de vital importancia sobre esta dimensión, así: “Los procesos cognitivos, en general, como el pensamiento original creativo y productivo, no son acciones aisladas en las personas, sino que impregnan toda la personalidad; (...)”, “El verdadero proceso cognitivo, la verdadera creatividad, son procesos favorecidos y propiciados por un clima permanente de libertad mental, una atmósfera general, integral y global que estimula, promueve y valora el pensamiento original, divergente y autónomo, la discrepancia razonada, la oposición lógica, la crítica fundada” (2009, p. 124).

Significa entonces, que la dimensión Cognitiva en el ser humano desarrolla la posibilidad de aprehender a partir de conceptos sobre la realidad en los diferentes contextos, formulando teorías e hipótesis sobre su entorno, que le permita la comprensión y su interacción para transformarla de acuerdo a sus posibilidades.

Dimensión Social. La Dimensión Social se refiere a la habilidad que tiene el ser humano para relacionarse con otras personas. Se logra a través de una comunicación que involucre una escucha activa, así como la práctica de actitudes asertivas y empáticas con los demás. El hombre es por naturaleza, un ser social, no solo convive con otras personas, porque la naturaleza lo exige, sino porque el ser humano necesita de la compañía que otros individuos le conceden (Martínez, 2009, p. 127).

2. Alteración a las Condiciones de Existencia

Pronunciamiento Legislativo y Jurisprudencial de las Altas Cortes Con Relación a la Alteración a las Condiciones de Existencia

Este trabajo investigativo está encaminado a indagar por el daño moral a las alteraciones a las condiciones de existencia, la cual se define según la jurisprudencia Colombiana, que a su vez se asemeja a la definición a la jurisprudencia Francesa, como la dificultad que se le presenta al damnificado para realizar ciertas actividades normales o placenteras, como son el caminar, bailar, hacer deporte, entre otras, sin ayuda externa en general (mecánica o personal), actividades las cuales, le deben causar agrado o placer en igualdad de condiciones dentro de la comunidad donde se desenvuelve.

Se considera que fue en Roma donde inicia el camino del perjuicio moral, con el nacimiento de la obligación resarcitoria, que tipificaba delitos con carácter de interés

público y las afectaciones a interés personal o privado, con un acuerdo de tipo indemnizatorio.

En el código Civil de Napoleón de 1804, prevaleció el daño patrimonial y no se reconoce el daño moral con el argumento que “el dolor y las lágrimas no se reparan”. En nuestro país, podemos argumentar que la primera aparición de indemnización por daños morales sufridos, fue en el fallo del caso de Villaveces, el cual aparece en nuestro ordenamiento jurídico en la década de 1920, con la decisión de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual reconoce un nuevo rubro indemnizatorio; el señor León Villaveces demandó a la ciudad de Bogotá para que se le condenara a devolver los restos de su señora esposa, (Emilia Santamaría) los cuales sin autorización habían sido exhumados y depositados en una fosa común. El Tribunal Superior de Distrito Judicial, negó las suplicas de la demanda por considerar que:

Si bien se habían lesionado los sentimientos y afectos del señor Villaveces, éste no había demostrado los perjuicios patrimoniales derivados de esa lesión. La Sala de Casación Civil se pronunció, así: “Tanto puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente. En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el sólo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa, que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1992, p. 220).

Se considera que esta sentencia, que reconoce por primera vez el perjuicio moral, es el fundamento para el estudio, división y clasificación de los daños morales en Colombia. En el año de 1941, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia manifestó que:

(...) no cabe de acuerdo con preceptos de nuestra legislación, hacer apreciación separada de los daños morales, porque la indemnización compensatoria y diferenciables por su origen y su naturaleza, pueden coexistir y dar lugar y base a la reparación separada por cada uno de los daños, el material y el que afecta directamente el patrimonio moral de algunos, de los elementos que legítimamente lo integran (el honor, la reputación, las creencias, el pensamiento), pero siempre que hay base probatorias que sirvan para estructurar independientemente cada uno de estos detrimentos jurídicos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1941, pp. 795-796)

En este mismo año, mediante tres sentencias de la Corte, se clasificó el daño moral objetivo, como aquel que lesiona un interés de carácter extra patrimonial o inmaterial, entendiéndolo como el que no tiene repercusiones en el patrimonio de la víctima, como las lesiones físicas o estéticas. Y un daño moral subjetivo o daño moral propiamente dicho si afecta directamente la psiquis y en daño al patrimonio afectivo de la víctima si el daño se proyecta sobre la vida social de la víctima o su vida de relación y la lesión afecta aspectos sentimentales íntimos de una persona.

El Consejo de Estado mediante expediente No. 7428 manifestó que: “(...) el perjuicio fisiológico se produce cuando se ven limitadas las actividades vitales que generan un goce de los placeres de la vida al individuo (...)” (1993). Refiriéndose a los perjuicios inmateriales, que en esta misma estableció el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, posterior a esto, han habido un sin número de pronunciamientos sobre el tema, unos a favor y otros en contra, pero todos han contribuido al desarrollo del tema de reparación de este perjuicio en forma integral.

A partir del año 2007, en reiteradas jurisprudencias, el Consejo de Estado ha señalado, que el daño fisiológico entendido como daño a la vida de relación, se encuentra inmerso dentro de una categoría que abarca una reparación más amplia que se ha denominado perjuicio de “alteración a las condiciones de existencia”. Igualmente en este mismo pronunciamiento se señaló que: “El órgano máximo de lo Contencioso Administrativo, adoptó esta denominación de “alteración a las condiciones de existencia”, por considerar que se debían indemnizar los daños ocasionados a la integridad física y/o psíquica y cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes que van más allá de lo corporal, como la honra, el buen nombre y el daño al proyecto de vida” (Consejo de Estado, expediente No. 15.6572008, 2008; expediente No. AG 2003-385, 2007; expediente No. 17.744, 2008; Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, expediente No. 200300907 00).

Por su parte, así lo expresa el Consejo de Estado referente a los daños por alteración a las condiciones de existencia:

En esta oportunidad la Sala aprovecha, en aras de la precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomem que hasta ahora se ha venido utilizando – en ocasiones de manera inadecuada o excesiva para acudir al concepto de daño por alteración grave a las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no solo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de libertad y albedrio atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1 de la Constitución Política (Consejo de Estado, Radicación No. 76001-23-31-000-1994-9874-01(14083), 2003; Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, expediente No. 200300907 00).

Así entonces, el Consejo de Estado añade que se ha adoptado esta nueva denominación por considerar que no obedece a un simple cambio de designación, si no es el deseo de evolucionar en un concepto que permita una reparación integral de los perjuicios sufridos, ya que el nuevo concepto recoge los daños causados en la integridad psicofísica del ser humano (daño fisiológico) o las limitaciones que pueda producir con el mundo exterior (daño a la vida de relación) y además todos los cambios bruscos y relevantes en las condiciones de existencia de una persona.

Por otro lado, en el derecho anglosajón, se conoce como ““los of the amenity of life” concepto bajo el cual se indemniza la pérdida o disminución de la capacidad de la víctima para hacer las cosas que normalmente hacia y para disfrutar de la vida en términos generales” (Álvarez & Martínez, 2006, p. 188). Igualmente, Bargagna manifiesta que estos daños abarca las normales y ordinarias actividades del sujeto, ya sean laborales,

domésticas, sexuales, recreativas, sentimentales, de relación social deportivas, entre otras (1986, p. 170).

El doctrinante Gil, enuncia que la naturaleza y estructura de la alteración a las condiciones de existencia son diferentes al daño moral, citando al tratadista Henao que la define como:

Una modificación anormal al curso de la existencia de la persona en sus ocupaciones, hábitos o proyectos, así mismo manifiesta que la enfermedad de un ser próximo cambia la vida de otro, aduce que los daños morales y la alteración a las condiciones de existencia no son sinónimos ni expresan el mismo daño, su objeto de indemnización es diferente, en el daño moral se indemniza el sufrimiento producido por el hecho del daño y en la alteración a las condiciones de existencia se indemniza una modificación perjudicial curso normal de la existencia (Gil, 2006, p.111-112).

En síntesis, podemos decir que el concepto de alteración a las condiciones de existencia, no solamente recoge el daño fisiológico, entendido como estético, sexual, físico y todo aquello que contempla un daño palpable. Además contempla la pérdida o imposibilidad de realizar las actividades que de una u otra forma, le hacían agradable la existencia del ser, le permitían sentir satisfacción y placer haciendo su existencia agradable, y que le han mutilado su proyecto de vida o por lo menos no lo puede realizar en las mismas condiciones, haciendo más gravosa su situación en relación con los demás.

Casos sobre el Reconocimiento del Daño Moral a la Alteración a las Condiciones de Existencia

Es importante considerar la siguiente casuística en particular sobre el tema objeto de estudio, que cita el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera-Subsección A, cuyo radicado es el No. 520012331000199800580 01 (32.014) del Expediente No. 32.014 del 2015 y quien funge como actor el señor Gonzalo Orozco Plazas contra el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, en dicho expediente se falla la indemnización de reparación integral a favor del actor demandante, para lo cual la alta Corte sustentó su fallo en los principios y fundamentos de las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH), al respecto la Corte señaló:

(...) Y por cuanto atañe al ordenamiento jurídico colombiano, el primer párrafo del artículo 93 de la Constitución Política establece que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”; así mismo, el artículo 214 Superior dispone que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Por su parte, la Corte Constitucional, al examinar la exequibilidad del Protocolo II de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (...) (p.71).

Igualmente, el Consejo de Estado expone que los elementos del Derecho Internacional Humanitario (DIH) precedentemente estudiados en el caso concreto, permiten concluir que:

(...) Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretando la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

Por su parte, en relación con los perjuicios morales explica la Corte, que:

(...) En cuanto tiene que ver con los perjuicios morales, es de todos conocido que dicho concepto se corresponde con el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo; tratándose de la reparación del daño moral en caso de lesiones sufridas por la víctima en su integridad física, este rubro del daño busca compensar el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, así como a sus familiares y demás personas allegadas.

En el mismo fallo, dice el Consejo de Estado respecto al daño a la salud, que:

Solicitó el demandante el reconocimiento y pago del equivalente a mil gramos de oro, por concepto de "cambio en las condiciones de existencia" debido a las lesiones y traumatismos psicológicos que afirmó padecer tras la ocurrencia de los hechos que originan este litigio y, adicionalmente, el pago del equivalente a mil gramos de oro, por lo que tiene que ver con los que en la demanda se denominaron "perjuicios fisiológicos".

En cuanto tiene que ver con este rubro del daño inmaterial, la Sección Tercera ha sostenido, en sentencia de unificación anteriormente referida¹⁴⁸, que "En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica (...) la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011 (...) en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado. (...) para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida,..."

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que Colombia siendo un Estado Social de Derecho, busca la aplicación de los principios fundamentales de normas internacionales entre ellas el tratado de Roma, el Derecho Internacional Humanitario, la Corte Penal Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Constitución Política de Colombia artículo 93; que busca proteger al ser humano en toda su integridad física por los perjuicios causados por daños antijurídicos en este caso particular los hombres y mujeres que conforman el Ejército Nacional; que en diversas ocasiones en cumplimiento de la misión constitucional sufren menoscabo en su salud, afectando su desarrollo físico y emocional, que le cohiben cumplir una determinada actividad laboral dentro de la sociedad. Por ello, las altas Cortes se han pronunciado en diversos fallos, con relación a los daños morales, que sufren aquellas personas por haber recibido lesiones que afectan su integridad.

En el caso en mención, se observa que el soldado Gonzalo Orozco Plazas, sufrió como consecuencia del acto del servicio y fallas en el mismo, un daño moral de alteración a

la condición de existencia, para lo cual acudió a lo Contencioso Administrativo en primera instancia negándosele el derecho al reconocimiento y pago de la debida indemnización por el dolor sufrido, tanto él como víctima directa, así como su entorno familiar como víctima indirecta.

Consecuentemente, el soldado a través del instrumento jurídico y haciendo uso del recurso, acudió al Consejo de Estado, institucionalidad que conoce este caso y revoca en todas sus partes el fallo de primera instancia emanado del Tribunal Administrativo de Nariño, y en su lugar, el Consejo de Estado reconoce y ordena a la Nación- Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, el pago de los daños además de materiales, los daños morales de reparación integral causados al militar en mención y su respectiva familia, lo anterior fundamentados en los principios constitucionales y las normas internacionales que hacen parte esencial de los Derechos Humanos reconocidos y de obligatorio cumplimiento en Colombia.

La Complejidad del Militar Perteneciente al Ejército Nacional en Colombia.

Si hay un debate existente sobre la reparación integral al militar combatiente, se centra en la dificultad que tiene la ley para reparar subjetividades e intangibilidades como la moral y todo lo que compete al espíritu de la persona. Comprender la magnitud de la virtud humana ha exigido a su vez que la ley y el derecho en sí mismo replanteen la forma en que conciben y comprenden al sujeto para así mismo entenderlo como una persona de derecho y jurídica.

La nueva concepción del ser humano ha traído necesariamente consigo, como no podía ser de otra manera, una nueva visión del derecho. En primer término, ya no es el derecho que ha sido creado para proteger a un animal racional, sino a un ser que es mucho más que eso: aun ser libertad. De otro lado, el derecho ya no es más considerado exclusivamente como un conjunto de normas –formas vacías por naturaleza-, ni tampoco un plexo de valores ni puramente vida humana social, como se sostenía desde diversas vertientes de la jusfilosofía. El derecho no es ni se reduce a ninguno de estos tres objetos pero, al mismo tiempo, no puede faltar ninguno de ellos cuando nos referimos al concepto unitario de derecho (Fernández, 1994).

El derecho resulta ser la interacción de vida humana social o conductas humanas intersubjetivas, valores y normas jurídicas. Se trata de una dinámica interacción y no de una simple yuxtaposición de vida humana social, valores y normas jurídicas, colocado uno al lado del otro. Se llega a la unidad del concepto derecho mediante la interacción de esos tres objetos. De ahí que podamos sostener a la altura de nuestro tiempo que quedaron atrás, por insuficientes y fragmentarias, las visiones unidimensionales de lo jurídico, las mismas que han sido superadas mediante una teoría tridimensional del derecho. Mediante esta teoría contamos con una visión completa, global y unitaria del derecho (Fernández, 2001).

Pues bien, bajo este panorama es fácil entrar en un debate filosófico tanto de la libertad, como del deber ser del derecho respecto al sujeto que representa la constitución y así mismo la protección de toda su integridad, sin embargo es ahí en donde el Estado colombiano en primera instancia debe empezar a replantear el prisma por el cual

comprende al sujeto como una herramienta de guerra y que en este caso es representando en el militar que presta el servicio a la defensa de la nación.

Si bien es cierto que el militar es un instrumento de guerra que tiene el Estado para legitimar y mantener su monopolio de la violencia, también es cierto que la comprensión de este instrumento no debe limitarse a cosificar la humanidad e integridad del sujeto a disposición de la guerra, sino que la humanización de dicho instrumento es vital para el reconocimiento estatal en la reparación de la vida e integridad de un militar herido en combate.

Los aportes y perspectivas internacionales

Aunque la jurisprudencia colombiana está evolucionando respecto al daño a la persona y la incidencia directa en la alteración a las condiciones de existencia, es necesario mencionar las influencias más relevantes que se tienen en el país respecto a la experiencia de naciones como Perú, Italia y Francia.

El modelo peruano como lo señala Fernández (citado por Álvarez, 2011) del daño a la persona, inicialmente solo considera dos categorías válidas para reconocer la reparación al individuo, así:

La primera, como está dicho, es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano y, la segunda, la que lesiona la libertad fenoménica, es decir, el proyecto de

vida, que es la presencia de la libertad ontológica -en que consiste cada ser humano- en el mundo exterior, en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas. Esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida, en última instancia, a la realización del proyecto de vida, es decir, del propósito que la persona decidió ser y hacer en su vida para otorgarle un sentido valioso y . No podemos olvidar que la vida es una ininterrumpida sucesión de quehaceres -que responden a decisiones de la libertad que somos- mediante los cuales se despliega el temporal proyecto de vida (2004, p.107).

Por su parte el modelo italiano considera tres tipos de daño a la persona:

El daño biológico, el daño moral y el daño existencial. En la doctrina y la jurisprudencia italianas, donde el concepto de daño a la persona empieza a germinar a mediados de la década de los años setenta del siglo XX pero cuya evolución y desarrollo no cesa hasta los días que corren; bajo la noción de daño a la persona se comprenden, en primer término y como primera categoría de daños, todos los daños que inciden o lesionan la estructura psicosomática del ser humano. Estos daños se denominan indistintamente ya sea como daño a la salud o daño biológico, al imperio de las restricciones que emanan del ordenamiento jurídico italiano, que data de los años cuarenta del siglo pasado, y del mandamiento de la Corte Constitucional italiana mediante sentencia N° 184 del año 1986. La denominación de “daño biológico” aparece tanto en la doctrina y la jurisprudencia genovesa así como en el texto de la sentencia de la Corte Constitucional N° 184 de 1986. El término de “daño a la salud” se acuña por la escuela de Pisa (Fernández, 2004, p. 107; citado por Álvarez, 2011).

Ahora bien, el derecho colombiano frente al daño a la persona es mucho más semejante al derecho francés. La jurisprudencia de este último país expone que:

El “prejudice d’agrément”, el cual se entiende como la disminución de los placeres de la vida causados por la imposibilidad o la dificultad de entregarse a ciertas actividades normales o de placer, si se quiere rutinarias como caminar, bailar, desplazarse con autonomía e independencia de ayudas externas, mecánicas o personales, que hacen la vida agradable, que brindan placer, que ponen en igualdad de condiciones a la persona con sus semejantes. Otras denominaciones que ha tenido en Francia este perjuicio, son “perjuicio de placer” y “daño por alteración de las condiciones de existencia” (Álvarez, 2006, p. 188).

Sin embargo, ¿Cuál es el real alcance que tiene la jurisprudencia colombiana para cubrir el daño total a una persona?, en el caso de la ley se manifiesta que solamente la reparación es fisiológica mas no psicológica ni integral y además parece ser que el término a la hora de la interpretación jurídica se pierde en la ambigüedad y este es uno de los desafíos a los que se enfrenta tanto la jurisprudencia y la ley colombiana como el militar víctima de la guerra, en caso que espere una reparación integral.

A continuación un ejemplo de las modificaciones conceptuales acordes a la ley, así:

Recientemente, la sección tercera del consejo de Estado, ha venido haciendo referencia al llamado perjuicio por “alteración de las condiciones de existencia” (troubles dans les conditions d’ existence), procedente de la jurisprudencia francesa y que en ella se referiría, según lo define el tratadista René Chapus a “una modificación anormal del

curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, sus hábitos o en sus proyectos”, pero que en realidad en un concepto bastante amplio, al extremo de la ambigüedad, tanto que se lo llega a aproximar tanto al perjuicio moral como al perjuicio material (Consejo de Estado, expediente N°. 250002326000200200409).

A su vez, Álvarez aclara que “el concepto se ha empleado, por una parte, para compensar la modificación anormal y negativa del curso de la existencia que sufrieron los demandantes, como consecuencia, en el primer caso, del desplazamiento forzado de que fueron víctimas, y en el segundo, de la vulneración de su derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, imputable a las entidades demandadas que los indujeron a adquirir viviendas construidas en un terreno inadecuado” (2011, p. 11).

Así mismo, se resalta que:

(...) A mi juicio, la incorporación del concepto de “alteración a las condiciones de existencia” no se justifica, porque en realidad en la hipótesis que se contemplan en los fallos ya están incluidos en el perjuicio a la vida de relación. Además, en un recorrido inverso al de nuestra jurisprudencia administrativa, el juez administrativo francés hace del préjudice d’agrément civil un elemento de las condiciones de existencia, y aunque no comparto esa opinión, hay que recordar que la sentencia de 19 de julio de 2000 consideró improcedente utilizar la expresión francesa por considerarla equívoca, diciendo que podría referirse a cualquier forma de perjuicio y prefirió la expresión italiana ‘a la vida de relación’ (Álvarez, 2011, p. 11).

Pues bien, las anteriores reflexiones y la presentación de la ambigüedad y el debate desarrollado alrededor del alcance del concepto, hacen parte de la parálisis que tiene el Estado por darle una solución o proximidad real a la norma y en especial a la jurisprudencia a la hora de reparar los soldados que se consideran víctimas de las consecuencias de la guerra.

El enfoque Humano

Si bien es cierto que la perspectiva humana para el caso en desarrollo puede distanciarse en gran parte de la resolución del problema de restitución a militares como personas integrales, es válido reflexionar o abordar algunos elementos que pueden ser complementarios a la hora de analizar el accionar estatal en la reparación e indemnización a militares heridos en combate y que necesiten la cobertura pronta del Estado. Por supuesto esto hace parte de la discusión que se sostiene dentro de los problemas y debilidades del Estado quien debe acudir al soporte de sus militares, pues necesariamente los combatientes heridos en la guerra necesariamente abordan un tema humanitario.

El proceso humano en Colombia puede ser lento o débil, en tanto se entiende la dimensión del conflicto armado interno que hoy asume el país. Aun cuando la convención de Ottawa ha buscado humanizar el conflicto a nivel internacional y en donde Colombia participa activamente en la promulgación de desminado en el país; sin embargo, las consecuencias de las minas antipersonas afectan mayoritariamente a los militares en guerra contra los grupos terroristas del país, y aún no es muy fuerte la humanización del militar en

el conflicto colombiano como para recurrir jurídicamente a un reconocimiento integral y abordar de manera más enfática la alteración de las condiciones de existencia en los militares víctimas de las secuelas de la guerra y los instrumentos utilizados por los grupos al margen de la ley, quienes dejan mutilados a los combatientes.

La humanización aunque no hace parte de una discusión jurídica fuerte en el país, sino más bien tiende a una profunda reflexión filosófica y si se quiere ontológica del militar como persona, si aporta algunas reflexiones al debate y que puede ser conclusivas, como por ejemplo entender que las reparaciones personales a miembros del Ejército Nacional de Colombia que tengan afectación de su vida en relación, necesitan un estímulo mucho más relevante que la reparación monetaria, sino intervención de un Estado que puede saciar las demandas que requiere la alteración a las condiciones de existe, y eso implica mucho más que asistencialismo institucional.

En una entrevista con el Coronel (R) Guillermo Leal Abadía, Jefe de Misión en la Coordinación Regional para América del Sur en la Oficina de Acción Humanitaria contra Minas del Departamento de Seguridad Pública de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y con la intención de abordar una perspectiva distinta que permitiera al propósito del trabajo sobre la responsabilidad estatal en la alteración de condiciones de existencia, se le preguntó puntualmente al oficial en una entrevista personal, desde el enfoque humanitario sobre dicha responsabilidad reconoce que:

En primer lugar es claro entender que hay un vacío de la ley en cuanto a los que son considerados víctimas es que la misma no cubre dos cosas puntuales, a saber: 1) El

daño ocular, y 2) el daño auditivo. La ley tampoco cubre la asistencia al padre de una víctima es decir, no dormida, no comida, etc. lo que infiere algunos descuidos básicos. Partiendo de esta base la indemnización primaria no es completamente cubierta y si lo que es cuantificable no se cumple, es difícil entonces cuantificar la restauración integral de un soldado. Ahora, aún está en discusión si un soldado es víctima (Leal, 2014).

Es claro entonces, a este punto las tensiones jurídicas y conceptuales que envuelven el caso y así mismo la necesidad de un enfoque humano en la legislación colombiana para el reconocimiento integral del combatiente colombiano.

Es por todo esto que la perspectiva actual sobre la persona como víctima hace referencia al daño de la persona como una categoría mucho más compleja que involucra necesariamente todas las dimensiones humanas.

El Vacío Jurídicos Existente

Después de una exhaustiva revisión, consulta y análisis de la normatividad y jurisprudencia de las altas cortes, que regulen el tema específico de investigación, se puede evidenciar que, como lo indicó el Subdirector de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, el Teniente Coronel Capitolino Salguero Zarabanda mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 2013, al manifestar en respuesta a los siguientes interrogantes que le planteé mediante derecho de petición, así:

(1) Si existe normatividad jurídica que contemple el reconocimiento o pago por indemnización a los integrantes del Ejército Nacional (oficial, suboficial, soldado) heridos en combate o a sus familiares, por el daño inmaterial “Alteración de las Condiciones de Existencias” sin que medie orden de carácter judicial, (2) En caso de existir norma jurídica alguna que permita indemnizar algún miembro del Ejército Nacional herido en combate o a sus familiares, sin que estos hayan recurrido a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, solicito se me facilite el listado de estas normas jurídicas que se hayan utilizado para respaldar el pago de la indemnización; (3) Solicito se me informe, si al igual que para indemnizar un daño físico sufrido por los integrantes del Ejército Nacional (oficial, suboficial, soldado) en combate, ¿Existe una forma de medida que permita a Sanidad Militar o al Ejército Nacional indemnizar de oficio, sin que medie la respectiva orden judicial el daño inmaterial “Alteración de las Condiciones de Existencias” a estos combatientes o a sus familiares?; (4) Se me informe cuando un miembro del Ejército Nacional (oficial, suboficial, soldado) es herido en combate, que tipo de indemnización recibe por parte del Estado a través del Ejército Nacional por los daños sufridos (Saavedra, 2013, p.1-2).

Las respuestas a los anteriores interrogantes, por parte del oficial antes mencionado, se limitó a informarme que el personal de la Fuerza Pública hace parte de un régimen especial conforme lo contempla el artículo 217 de la Constitución Política de 1991, y que este régimen determina los parámetros para ingreso, escalonamiento (en el argot militar significa cambio de especialidad, de combatiente a administrativo) ascensos e indemnizaciones de los riesgos que con ocasión a la profesión surjan.

Así mismo, se dialogó informalmente con más de cincuenta (50) militares heridos en combate del Ejército Nacional, entre oficiales, suboficiales y soldados que se encontraban en proceso de recuperación en las instalaciones del Batallón de Sanidad en la ciudad de Bogotá, D.C., y es preciso mencionar, que este número de heridos no alcanza al diez (10%) de los que habitualmente pasan transitoriamente por este Batallón, pero la totalidad de los heridos con los que se tuvo una aproximación, manifestaron que no han sido reparados por el daño “Alteraciones a las condiciones de Existencia”

En este entendido, y al profundizar en busca de normas que regulen el tema en cuestión, se puede evidenciar que en desarrollo de lo ordenado Constitucionalmente, se establece que la Fuerza Pública se encuentra regulada por unas normas jurídicas respecto a las siguientes materias:

Decreto 1796 del 2000: Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública (...). Este decreto en el artículo 2°, define la capacidad psicofísica, como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones. En el numeral 1°, del artículo 15, estipula que debe valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas. En el artículo 37 contempla el derecho al pago de indemnización para el personal de que trata el presente decreto, que hubiere sufrido una disminución de la capacidad laboral se valorará y definirá de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno

Nacional para el efecto (...) y en el artículo 38 declara, que a los miembros de la Fuerza Pública que se les haya determinado una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, tienen derecho a una pensión mensual de acuerdo al reglamento expedido por el Gobierno nacional, para tal efecto (Decreto 1796 de 2000, art. 2, 15, 37 y art. 38).

Ley 923 de 2004: mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política. Norma que regula los factores pensionales, cuando el militar obtiene el derecho a su asignación de retiro o pensión (Ley 923 de 2004).

Decreto 4433 del 2004: Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En el artículo 20, contempla que a la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, ocurrida por actos del servicio o por causas inherentes al mismo, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho, a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, (...) y el artículo 21, manifiesta que a la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en actividad, con un (1) año o más de haber ingresado al escalafón o de haber sido dado de alta, según el caso, por causas diferentes a las enumeradas en los dos artículos anteriores, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el

Tesoro Público se les pague una pensión mensual (...) (Decreto 4433 del 2004, art. 20 y 21).

Y recientemente, aunque no es una norma jurídica exclusiva de las Fuerzas Militares, y en mi entender fue promulgada teniendo en cuenta las conversaciones de paz que se desarrollan en la mesa de negociaciones de la Habana, se encuentra la **Ley 1448 de 2011**, por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. En el artículo 3, se aprecia que se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, “aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno” (Ley 1448 de 2011, art. 3).

Así mismo, en una aproximación a lo que se investiga, en el artículo 25 de la misma norma, se contempla que las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3o de la presente ley. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante (Ley 1448 de 2011, art. 3, 25).

Al revisar la normatividad que regula la indemnización del daño en el Ejército Nacional, se puede afirmar que estas son las normas que más se aproximan al tema que se desarrolla, y que una vez analizada la normatividad, al igual que las jurisprudencias de las altas Cortes en materia de reparación por daños morales, se puede precisar que se deja al libre albedrío de los señores operadores judiciales para que calculen la magnitud del daño inmaterial sufrido por las personas, sobre quien que recae el daño antijurídico, ya que no existe una norma específica que permita calcular e indemnizar el daño a la “alteración a la condición de existencia”, siendo complejo lograr medir la intensidad del dolor que agobia a las personas por los daños físicos sufridos por el cumplimiento de tareas misionales, menos existe una norma que faculte al Ejército Nacional indemnizar de oficio este daño. Sin embargo, el Consejo de Estado estableció mínimos y máximo de tope para el pago de la indemnización y reparación integral al daño moral, con ello busca equilibrar con la indemnización los daños sufridos a la relación de vida.

3. Responsabilidad del Estado Colombiano

Antecedentes

Se considera que declarar la Responsabilidad del Estado en Colombia es uno de los mayores triunfos del derecho en su evolución.

Antes del artículo 90 de la actual Constitución Política de Colombia, se considera que no existía en el ordenamiento jurídico una estipulación constitucional clara, que

consagrara de manera expresa la responsabilidad estatal. En la constitución de 1886 existían normas que regulaban casos puntuales con características especiales que apoyaban al legislador al conceder algunas garantías, como fueron:

- El artículo 30 de la Constitución Política de 1886, luego de la reforma del Acto Legislativo No. 1 de 1936, sobre indemnización en los casos de expropiación por motivos utilidad pública.

- El artículo 31 de la Constitución Política de 1886, que establecía indemnización en favor de las personas que fueran privadas del ejercicio de una actividad lícita como consecuencia de la creación de un monopolio estatal.

- El artículo 33 de la Constitución Política de 1886, que preveía la indemnización para la expropiación en los casos de guerra para atender el restablecimiento del orden público

- La ley 38 de 1918, que contemplaba la responsabilidad por los daños producidos con la ocupación de inmuebles por motivo de trabajos públicos.

Como no existía norma expresa que regulara la responsabilidad del Estado, fue por intermedio de la interpretación de los jueces, los encargados de crear teorías para construir la responsabilidad estatal en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y en 1964, esta labor se le encomendó al Consejo de Estado.

Como uno de los primeros antecedentes, podemos citar al profesor Henao (1991), sobre un fallo de los Estados Unidos de Colombia, el 7 de Diciembre de 1864 y proferido por la Corte Suprema Federal, con un leve reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, por una demanda presentada por un ciudadano por la ocupación de un inmueble de su propiedad por parte del Ejército para operaciones militares y resultó destruido por un incendio. La Corte Suprema Federal dijo:

Si el parque del Gobierno no hubiera estado en la casa del señor Núñez, en virtud de la expropiación, dicha casa no hubiera sido destruida por el incendio del expresado parque.

Si el hecho del incendio del parque fue fortuito, y por consiguiente, nadie tuvo la culpa, habiendo sido expropiada la casa por las autoridades federales en ocasión muy oportuna para el servicio público, el Gobierno debe responder por dicha propiedad.

Pero es necesario recordar, que pese al pronunciamiento, en el siglo XIX la responsabilidad del Estado en Colombia se supeditaba al reconocimiento legal, por ende los jueces debían cumplir la norma y no existía un principio general de responsabilidad, demostrado con el fallo de la Corte Suprema Federal el 3 de Enero de 1865, aunque el demandante demostró el daño sufrido con ocasión de la Guerra Civil de 1860, se le negó el pago de la indemnización argumentando que: “ni el decreto diez ocho de septiembre de mil ochocientos sesenta (i) uno sobre suministros y empréstitos, ni ninguna otra de las disposiciones que rigen, respecto a pagos de gastos causados en la guerra que comenzó el

ocho de mayo de mil ochocientos sesenta, reconocen la obligación por parte del Gobierno, de pagar daños y perjuicios causados en la mencionada guerra”.

La doctrina por su parte, enuncia un antecedente del año la era republicana, en la cual la responsabilidad del Estado empieza a concebirse realmente mediante la construcción de principios, así: “Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que el Estado como persona jurídica no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resulten de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes”.

De igual forma, en la sentencia del 20 de Octubre de 1898, se crea otro principio de similar:

La responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable” “Siendo el Estado una persona jurídica...no puede desconocerse que los actos del agente comprometen la responsabilidad civil del comitente que obra en nombre de aquel y en ejercicio de la facultad que se le ha dado.

A partir de la Constitución del año de 1886, la Corte Suprema de Justicia tenía como una de sus competencias la de “dirimir los negocios contenciosos en que tenga parte

la Nación”, acorde al Artículo 151, instituyendo la competencia general de la Corte sobre los litigios de responsabilidad estatal.

Es en el desarrollo de esa competencia, que la Corte Suprema de Justicia empieza a construir fundamentos de la responsabilidad estatal, con base en lo establecido en Título XXXIV, artículos 2341 a 2360 del Código Civil. La Corte acudió a la noción de responsabilidad indirecta contemplada en los artículos 2347 del Código Civil que estipula que “toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado...Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”, y el artículo 2349 dice que:

Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes.

Basada en que la persona jurídica está obligada a elegir sus agentes y a vigilarlos, en razón a que son sus subordinados, y si incurren en culpa, en ejercicio de su cargo, la culpa se proyecta sobre la entidad jurídica.

Así se considera que nació esta jurisprudencia y se extendió a toda clase de personas que se vieran inmersos en delitos, en fallo del 30 de junio de 1941, la Sala de Negocios generales imputó responsabilidad a la persona jurídica por no elegir bien o no vigilar cuidadosamente sus empleados, excepcionaba cuando probaran ausencia de culpa, estas características de responsabilidad indirecta de la persona jurídica, se evidenciaron en el fallo Tinjacá (actor Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells), que dijo:

- a) Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral, privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualesquiera que sean la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas;
- b) Se presume la culpa de la persona moral, porque ésta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente;
- c) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa;
- d) Existe, además una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima;
- e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último;
- f) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años, contra el autor, si se trata de infracción penal en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de cuasidelitos; y

g) Le sirven de arraigo a esta doctrina especialmente, 101 citados artículos 2347 del Código Civil que tratan de responsabilidad indirecta por los hechos llamados ajenos (p.87).

Posteriormente, la teoría de la responsabilidad indirecta, es criticada muy duramente por la jurisprudencia, motivo que lleva a pasar a la responsabilidad directa de la persona jurídica y la Corte Suprema de Justicia la fue admitiendo como el mecanismo adecuado para la declaratoria de responsabilidad.

Se dice, que este reconocimiento obedeció, según Henao, a la adopción del artículo 16 de la Constitución Política de 1886: “Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Para declarar la responsabilidad directa, debía tener las siguientes características:

a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa; subsiste por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;

b) Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos 'ajenos' de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales, y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de estos fundadas en dichas obligaciones;

- c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito) hecho de terceros o culpa de la víctima;
- d) Responden del daño solidariamente la persona jurídica y el autor, y aquélla puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima;
- e) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común, en veinte años; contra el agente, en tres años, y
- f) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil fundamento general de la responsabilidad extracontractual” (Consejo de Estado, 1962, p. 87).

La teoría de la responsabilidad directa, tuvo dos vertientes: la tesis organicista y la de las fallas en la organización y funcionamiento de un servicio público. La teoría organicista consistía en que “así como el hombre responde por los daños que causen sus órganos, así también las personas jurídicas deben indemnizar los perjuicios causados por sus órganos; ahora bien, como todos los individuos que sirven a una persona jurídica no pueden ser sus órganos, el problema se desplaza hacia el conocimiento de aquellos cuerpos o personas que puedan considerarse órganos del Estado” (Vidal, 1997), de tal manera que “habrá órganos de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla 'el asiento de la voluntad que la dirige' y en los demás casos de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, más no sus órganos”(Gaceta Judicial, 2010).

La falla del servicio, se fundamentó en dos postulados: a la falla de organización o funcionamiento de un servicio público a cargo del Estado, originado en irregularidades o deficiencias y el segundo, el sujeto agente productor del daño ya no se mira en concreto, sino se observa *in genere* al Estado.

En este periodo se resalta la inclusión de una norma constitucional que de manera indirecta sirvió como fundamento de la responsabilidad del Estado, reflejado en la aplicación del artículo 16 de la Constitución Política de 1886, según lo señaló Hoyos (1984), así:

Es deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados servicios públicos, y si como consecuencia bien de un mal funcionamiento del servicio o de su no funcionamiento, o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados.

Esto perduró hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, que como se mencionó anteriormente, es a través de la Carta Magna específicamente con el artículo 90 que se consagra en forma expresa el daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad del Estado, el cual señala que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)” (Constitución de 1991, art. 90). A partir de la Carta Política, se

habla profusamente de la responsabilidad del Estado, por daño antijurídico. (Henaó, 1996, p. 734).

En Derecho Civil, la responsabilidad se presenta cuando “A raíz de una acción u omisión, se genera un daño a una persona o a su patrimonio, lo que conlleva la obligación a cargo del autor de la acción u omisión, de reparar las consecuencias económicas de ese perjuicio a favor de la víctima, es decir, de quien experimentó esas consecuencias dañosas” (Irisarri, 2000, p.15).

Para Rodríguez, la responsabilidad civil “es la que proviene de un hecho o de una omisión que causa daño a otro. Puede ser contractual, delictual, cuasidelictual o legal (...)” Resalta el mismo autor, que “para que exista responsabilidad es indispensable que se haya causado un daño en la persona o propiedad de otro” (1981, pp.27-28). Así mismo, Rodríguez aclara que:

En derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra. (1981, p.10).

Ahora bien, la responsabilidad civil se clasifica en legal, contractual o extracontractual, dependiendo del principio de donde resulte. La responsabilidad

contractual, es, “la obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato. Para que exista esta clase de responsabilidad es necesario que haya una relación anterior entre el autor del daño y quien lo sufre y que el perjuicio sea causado con ocasión de esa relación” (Irisarri, 2000, p. 17).

Por su parte, Hinestrosa considera que “cuando entre víctima y agresor no existía nexo concreto alguno, cuando entre ambos no mediaba relación específica y su acercamiento se funda exclusivamente en el acto dañino, se tiene responsabilidad abstracta, y en el caso de que el hecho se produzca con ocasión y en desarrollo de un vínculo previo entre las partes, responsabilidad concreta” (1964, p. 330). Es importante aclarar que para el autor, la responsabilidad abstracta y concreta, tiene igual relación a la tradicional división entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Para Martínez la responsabilidad contractual “nace para una persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención” (1988, p. 12).

Con relación a la responsabilidad Extracontractual, “Contrario a lo que sucede en el caso de la responsabilidad contractual, se habla o se está frente a un problema de responsabilidad extracontractual en el evento en que entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aun así exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico

previo entre las partes” (Irisarri, 2000, p. 20). Y Martínez, define la responsabilidad extracontractual como “la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso”, además resalta el autor que “la que nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior (1988, p. 12).

Por otro lado, el análisis del artículo 90 de la Constitución de 1991, afirma que el “daño antijurídico es el verbo rector de toda responsabilidad patrimonial de Estado en Colombia, ya que la administración no está legitimada para producir daño y por su parte el ciudadano no tiene por qué soportar dicho perjuicio. Este se desarrolló como la base o punto cardinal de la responsabilidad Patrimonial del Estado gracias a su consagración constitucional y al progreso jurisprudencial que realizó del mismo el máximo tribunal contencioso, el Honorable Consejo de Estado” (Universidad Nacional Abierta y a Distancia, extraído Octubre 8, 2015, a las 10:20 pm desde http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_2_el_dao_antijurdico_en_la_responsabilidad_del_estado.html).

A su vez, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de marzo de 1980, expone que: “Por responsabilidad de la administración – central o local- ha de entenderse aquella obligación general que a la misma incumbe, fuera del ámbito del ejercicio de sus potestades expropiatorias-que tienen una regulación especial- de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios, que no estando obligados por imperativo legal u otro vinculo jurídico a

soportar, sean consecuencia del quehacer administrativo de aquella” (citada por Tamayo, 2012, p. 36).

El mismo autor (Tamayo, 2012), resalta que la mencionada sentencia (27 de marzo de 1980), señala que: “Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste, venga obligado por una disposición legal o vinculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento” (p. 36).

Por otra parte, la Corte Constitucional Colombiana frente a la responsabilidad patrimonial del Estado manifiesta en Sentencia C-918 de 2002, que el “daño antijurídico como pilar fundamental de la responsabilidad del Estado se encuentra plenamente integrado con los principios rectores del Estado Social de Derecho, desprendiéndose de lo anterior que la mencionada responsabilidad se configure como un mecanismo de salvaguarda de los administrados frente a la actividad estatal, que por lo tanto derive del Estado la obligación jurídica de responder por toda afectación antijurídica que por su acción u omisión origine, traducido lo anterior en un deber de indemnización estatal” (Universidad Nacional Abierta y a Distancia, extraído Octubre 8, 2015, a las 10:55 pm desde http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_2_el_dao_antijuridico_en_la_responsabilidad_del_estado.html).

En suma, para que se presente responsabilidad patrimonial del Estado es preciso que concurren tres características fundamentales, la primera de ser la existencia de un daño

antijurídico transcrito en el perjuicio que padece la persona sin que este obligue a resistirlo, como segunda característica está la causalidad material, que significa que el perjuicio se presente en virtud a una actuación u omisión estatal y como tercera disposición esta que surja una imputación jurídica, que significa que le sea imputado jurídicamente al Estado el origen del daño.

Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011) sobre los miembros del Ejército Nacional heridos en combate

La Ley 1448 de 2011, tiene por objeto “establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales” (art. 1).

La misma norma, describe el concepto de víctima en los siguientes términos: “Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, *ocurridas con ocasión del conflicto armado interno*” (art. 3).

Otro concepto de importancia sobre víctima, es el que señala Mejía & Marín, que dice: “se entiende las personas que individualmente o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder” (2015, p. 23).

Así mismo, señala Mejía & Marín (2015), que en la expresión “víctima” se incluye además, en su caso a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización (p. 22).

En este orden de ideas, se considera trascendental resaltar el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011, que trata del derecho a la reparación integral, considerando que:

Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3 de la misma norma.

La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante (...) (Ley 1448 de 2011, art. 25).

Por su parte, el artículo 69 de la norma en mención establece las medidas de “reparación, que propenden por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica”. Igualmente, se expresa en el artículo 70, que el “Estado colombiano a través del Plan Nacional para la atención y reparación integral a las víctimas, deberá adoptar un programa integral dentro del cual se incluya el retorno de la víctima a su lugar de residencia o la reubicación y la restitución de sus bienes inmuebles” (Ley 1448 de 2011).

Por último, se citan algunas sentencias de la Corte Constitucional que se han pronunciado frente al concepto de víctima y los alcances de la Ley 1448 de 2011. La primera de ellas, es la sentencia C- 914 de 201, que define la “víctima de violencia política” y el alcance de los beneficios de ayuda humanitaria consagrados en la Ley 418 de 1997. Seguidamente, la sentencia T-441 de 2008, relativa a la falta de prestación de ayuda humanitaria a unas víctimas de la violencia bajo la Ley 418 de 1997 debido a las exigencias probatorias de acción social. La Sentencia C-291 de 2007, en la cual la Corte se pronunció sobre la tipificación penal en el ordenamiento interno de distintas violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Otra sentencia del tema de referencia, es la C- 578 de 2002, en la cual la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Por último se menciona la Sentencia C-1076 de 2002, en la cual la Corte se pronunció frente a la consagración de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario, como faltas disciplinarias graves de los servidores públicos.

Respuesta a la Pregunta Problema

Finalmente, y posterior al estudio investigativo se responde la pregunta problema del presente trabajo ¿Es el Estado responsable de indemnizar los perjuicios causados por la alteración a las condiciones de la existencia que sufren los miembros del Ejército Nacional heridos en desarrollo de una operación militar encontrándose en actos del servicio, considerando que la reparación de daños debe ser integral es decir conforme a todas las dimensiones como seres humanos?

La Carta Magna, en su artículo 90 que señala que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Constitución Política de 1991, art. 90).

Lo anterior indica de acuerdo al postulado de Tamayo, que:

La nueva Constitución le corto las alas a la capacidad creadora o pretoriana del Consejo de Estado. En efecto, siguiendo al sistema francés, nuestro Consejo de Estado ha ido elaborando todo un sistema de responsabilidad carente de textos específicos, máxime si, como se sabe, nuestros máximo tribunal de lo contencioso administrativo, pregonan la autonomía de la responsabilidad civil frente a la del Estado.

Sin embargo, el art. 230 de la nueva Constitución expresa que “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos, al imperio de la ley”.

A primera vista, uno podría pensar que, en este caso, la ley que sirve de apoyo a los jueces administrativos es el artículo 90 de la Constitución Política que, en forma expresa, establece la responsabilidad del Estado por daño antijurídico. Sin embargo,

alguien podría alegar que ese texto es tan genérico que es prácticamente imposible utilizarlo como única herramienta normativa. En la medida que la actual jurisprudencia admite varios sistemas de responsabilidad del Estado, no podremos afirmar que el art. 90 es el texto que le sirve de soporte al fallador (2012, p. 76).

Por su parte, el artículo 70 de la Ley 1448 de 2011, estatuye que el Estado colombiano debe establecer un programa especial para la atención y reparación integral a la víctima, en aras de rehabilitar a los miembros del Ejército Nacional que sufren daños antijurídicos y que repercute en la alteración a la condición de existencia por ende daños morales que en algunos casos impiden a estas personas desempeñar actividades laborales dentro de la sociedad.

Es por ello que el Estado, a través del Ministerio de Defensa Nacional y Ejército Nacional, debe darle aplicación permanente a este tipo de programa no solo en la etapa de recuperación sino también en la etapa posterior, es decir que debe haber un seguimiento a la evolución de la recuperación a la alteración a la condición de existencia, con el ánimo de reestablecer en lo posible un individuo que le sea útil a la sociedad.

Por último, se propone en este trabajo investigativo que es deber del Ejército Nacional, estructurar en su interior, y plantear al legislativo, un procedimiento para indemnizar de oficio la Alteración a las Condiciones de la Existencia que sufren los heridos en combate del Ejército Nacional y sus familias, a fin de garantizar una verdadera y pronta reparación integral en todas sus dimensiones como seres humanos, que permita la integración de esta población a su entorno familiar y social, aminorando las dificultades en el desarrollo de su diario vivir.

Resultados

Frente a todo lo anteriormente planteado, se concluye que es un deber del Estado colombiano reparar los daños a todos sus funcionarios, que de una u otra forma se vean afectados como consecuencia del cumplimiento de su función. Así lo ha manifestado la doctrina, la jurisprudencia y la Constitución de 1991, que a través del artículo 90, instituye la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Más aún, en este caso específico que se hace referencia a una actividad de alto riesgo que desempeñan los miembros del Ejército Nacional en actos del servicio y por razón del mismo, estos funcionarios que son los garantes de la seguridad, soberanía del País, independencia e integridad territorial, y los que con base en su sacrificio, honor y deponiendo hasta su propia vida en cumplimiento de misiones constitucionales, sufren menoscabo en la salud afectando su dimensión moral y su buen desempeño en sus actividades laborales.

Se Resalta que Colombia un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto por la dignidad humana y de los derechos fundamentales, entonces se tiene claro que al Estado le compete la reparación integral de estos miembros del Ejército Nacional, que como se mencionó anteriormente son la base fundamental para la existencia de la nación, se considera plenamente que es ineludible indemnizar a estos héroes de la patria y a sus familias, que a diario arriesgan la vida para que los demás colombianos puedan disfrutar de

la libertad que dispone la Constitución Política, por lo que es preciso que el Estado les reconozca sus derechos y les facilite la forma de acceder a ellos, ya que se está atentando contra su dignidad y demás derechos y principios constitucionales, al dejarlos abandonados y no procurar un bienestar en su reincorporación a su familia y la sociedad, cuando sus condiciones de existencia cambian radicalmente para él y su núcleo familiar a consecuencia de la limitación que le dejan sus heridas en combate.

Así mismo, en un Estado Social de Derecho como el colombiano, que tiene como propósito fortalecer los servicios y garantizar los derechos, considerados esenciales para mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro pleno en la sociedad, atenta esta situación contra la dignidad humana, al igual que contra derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y el principio constitucional colombiano de protección estatal especial a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en debilidad manifiesta.

Teniendo en cuenta, que al estado le corresponde la función restaurativa de la responsabilidad por los daños inmateriales, se hace necesario que se repare integralmente al militar que sufre dicha alteración. De igual manera, el Estado debe aplicar permanentemente, el programa de rehabilitación al uniformado del Ejército herido en combate y a su familia, y que sufre daño físico que conlleva la afectación psicológica y la alteración a la condición de existencia, que luego le impide el desarrollo normal de sus actividades cotidianas.

Si bien es cierto, que actualmente el Estado indemniza la parte corporal a los miembros del Ejército Nacional que han sido heridos en combate, tazando valores a las diferentes partes del cuerpo, también lo es, como se mencionó anteriormente que el ser humano no solo se conforma de su parte física, y que por el contrario es un conjunto de dimensiones conformando un solo ser.

Al reparar la parte corporal y no satisfacer las otras dimensiones del ser humano como lo son la ética, cognitiva y la más importante en consideración para el tema que se investiga cómo es la social; no se está reparando en forma integral a estos miembros del Ejército Nacional, solo le esta “pagando” por la pérdida anatómica o funcional de algunos de sus miembros, y haciendo un tratamiento psicológico para que pueda aceptar esta condición, pero con solo esto, que es lo que existe actualmente, se está dejando al lado lo más importante para estos servidores públicos como lo es su dimensión social y emocional, pues no hay un procedimiento que permita identificar, diagnosticar, tratar y menos indemnizar la naturaleza propia e independiente de este daño llamado “Alteración a las Condiciones de la Existencia” que afecta de una u otra forma, la integración a su entorno familiar y social, así como el desarrollo de su diario vivir en su más íntimas dimensiones. Al no reparar integralmente a estos combatientes, ni facilitarles los medios para que reciban estos derechos que de una u otra forma alivien sus dolores físicos y/o emocionales, se desconocen los principios constitucionales, donde el ser humano es el principio fundamental de la sociedad, y el Estado el garante de sus derechos.

Ahora bien, después de hacer la revisión minuciosa de la normatividad que regula al Ejército Nacional en el tema de investigación, se puede concluir que efectivamente el

personal de la Fuerza Pública hace parte de un régimen especial conforme lo contempla el artículo 217 de la Constitución de 1991 y que en desarrollo de lo preceptuado por la Constitución Política, el Gobierno Nacional ha implementado un ordenamiento jurídico para el Ejército Nacional, entre las normas que medianamente tratan el tema de indemnizaciones, se encuentra el Decreto 1796 del 2000, que entre otras, evalúa la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones; la Ley 923 de 2004, que se señala las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política; el Decreto 4433 del 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública; y la Ley 1448 de 2011, con la que se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno que hayan sufrido un daño como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

En ninguna de estas normas, se encuentra regulada específicamente el tema de la Alteración a las Condiciones de Existencia, normas que solo permiten indemnizar a los miembros del Ejército Nacional por la pérdida anatómica o funcional de alguno de sus miembros y el deber de acompañarlo en un proceso psicológico, proceso que en la mayoría de los casos es insuficiente. Paradójicamente con la promulgación de la Ley 1448 de 2011, y se dice paradójicamente porque es una ley que no es exclusiva para las Fuerzas Militares y fue concebida pensando en el proceso de paz que se desarrolla en la Habana, para indemnizar a las víctimas del conflicto armado; esta ley aborda, aunque parcial y muy

someramente el tema de la presente investigación, parcialmente porque no abarca a todos los miembros del Ejército Nacional que han sido heridos en combate, solo a los que han sido víctimas en violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, entonces deja por fuera de su cobertura a gran parte de los miembros que han sido heridos en combate o en desarrollo de operaciones militares y donde no necesariamente se han violadas las normas antes citadas.

Esta ley contempla que la reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, pero no abarca el tema de las Alteraciones a las Condiciones de la Existencia, como tampoco incluye las familias de las víctimas, por lo que se puede concluir que son los mismos derechos que se le han venido indemnizando a los miembros del Ejército Nacional, solo que hoy la ley le hace el reconocimiento de víctimas del conflicto armado.

La Ley 1448 de 2011, ha reconocido a los militares y sus familias su condición de víctima, siendo este un reconocimiento insuficiente a este personal, aunque esta norma jurídica les está permitiendo tener acceso a la reparación dentro de la ley de víctima y tener un acercamiento con el entorno de la actualidad del conflicto que vive Colombia; derecho este que antes era negado por la errónea concepción de que el militar tenía que soportar los daños antijurídicos, llámese físico o morales, por haber elegido una profesión de riesgo. Gracias a la interpretación de la norma, algunos magistrados llegaron a esclarecer que más que el oficio militar para defender los intereses de la patria, son seres humanos que merecen ser tratados en igual condiciones y oportunidades que los demás ciudadanos que no ejercen dicha profesión militar.

Como se puede evidenciar, no existe normatividad actual que reconozca e indemnice en forma integral las Alteraciones a las Condiciones de Existencia que han sufrido los miembros del Ejército Nacional que han sido heridos en combate o en desarrollo de operaciones militares, se puede evidenciar que el Estado está fallando en este tema y que es su obligación remediarlo.

De igual manera, se concluye en este trabajo investigativo, que es irrisorio por no decirlo menos, que sabiendo el Estado colombiano que vive una situación de conflicto armado interno desde hace más de 50 años, y que los integrantes de la Fuerzas Militares y en especial los miembros del Ejército Nacional son los principales combatientes, por ende, deben soportar todos los rigores y consecuencias que conlleva la guerra, y parte de estas consecuencias es la afectación de la vida en relación o Alteración de las Condiciones de Existencia, que sufren los héroes de la Patria que han sido heridos en combate, y sus familias, una vez son retirados en forma definitiva de las filas del Ejército Nacional, que el estado Colombiano no haya implementado una norma jurídica que le permita identificar, prescribir, tratar e indemnizar la naturaleza propia e independiente de este daño llamado “Alteración a las Condiciones de la Existencia” que afecta de una u otra forma, la integración a su entorno familiar y social, así como el desarrollo de su diario vivir. Indemnización que se debería dar sin la odiosa obligación de recurrir ante la vía contenciosa administrativa para dejar en consideración de los jueces de la república, si es procedente o no reconocerles estos derechos, derechos transformados en indemnización económica que hace más llevadera la carga que tienen que soportar como consecuencia de sus afectaciones por sus heridas en el campo de combate.

Así mismo y como conclusión final, y en consideración a que en la actualidad no existe norma jurídica que le permita identificar, diagnosticar, tratar e indemnizar la naturaleza propia e independiente de este daño llamado “Alteración a las Condiciones de la Existencia”, El Ejército Nacional de Colombia, aprovechando el momento histórico, político y coyuntural que vive el país, donde mediante la ley 1448 de 2011, se va a reparar integralmente a los integrantes de grupos al margen de la ley y a la población civil que sean declarados víctimas del conflicto armado, está en mora de estructurar y presentar a consideración del legislativo, por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional, un proyecto de ley que permita identificar, diagnosticar, tratar e indemnizar la naturaleza propia e independiente de este daño llamado “Alteración a las Condiciones de la Existencia”, para garantizar a esta población y a sus familias una verdadera y pronta reparación integral.

O propender para que la reparación integral contemplada en la ley 1448 de 2011 cubra también a los militares, para que el daño moral “alteraciones a las condiciones de existencia” no sea reparado de acuerdo a su régimen prestacional especial y su normatividad vigente

Y de esta forma, se les permita acceder al reconocimiento de sus derechos en forma oficiosa por parte del Estado, y no, que deban recurrir a la justicia para reclamar en mi sentir, un derecho más que justo, pero que desafortunadamente hoy en día, se obliga a contratar profesionales del derecho, en oportunidades inescrupulosos que son finalmente, los beneficiados de esta situación.

Finalmente, dicho lo anterior, es claro que el Estado colombiano está en la obligación de responder por el daño sufrido por los integrantes del Ejército Nacional, así lo contemplan los principios constitucionales basados en la dignidad humana, esta reparación debe ser integral, no parcial como se está concibiendo, en la actualidad no hay norma jurídica que le permita al Ejército Nacional cumplir con este mandamiento, y por eso está en mora de tomar las medidas necesarias para solucionar esta situación, como lo es presentar un proyecto de ley que permita reconocer y reparar en forma integral a sus miembros heridos en combate o en desarrollo de operaciones militares, en cumplimiento de la misión constitucional.

Referencias

- Alessandri, A., (1981). *De La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*. Santiago de Chile. Imprenta Universal.
- Alvarez, A., (2006). *Los Daños Inmateriales: Estado de la Jurisprudencia en Colombia y en el Derecho Comparado*. Bogotá D.C. Insituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado.
- Alvarez, A. & Martinez R., (2006). *Estado actual de la jurisprudencia en relación con los perjuicios inmateriales, en Responsabilidad Civil y del Estado*. Bogotá D.C. Insituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado.
- Bargagma, M., (1986). *Ilieve Critici de Spunti Ricosttruttivi en La Valutazione del Danno alla Salute*. Bogotá D.C. Primera Edición, Cedam, Padova.
- Código Civil Colombiano. (1863). Bogotá. D.C. Editorial Ibañez S.A.
- Constitución Política de Colombia*. (1991). Bogotá. D.C. Editorial Legis S.A.
- Camacho, L., (1999). *Manual Practico de Indemnización de Perjuicios*. Bogotá. D.C., Ediciones Librería del Profesional.
- De Cupis, A. (1996). *El Daño*. Bogotá, D.C. Imprenta Universitaria.
- Fernández, C., (2004). *Deslinde Conceptual entre el Daño a la Persona, Daño al Proyecto de Vida y Daño Moral*. Lima, Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García, G. (2007). *El Precio del Dolor: El Dolor desde el Derecho Administrativo*. Tesis de grado para optar al título de Magister en Derecho. Universidad de Antioquia. Medellín, Antioquia.
- Gil, E., (2006). *Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá. D.C.,
- Henao, J., (1998). *El Daño*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J., (1996). *Presentación General de la Responsabilidad extracontractual del Estado de Colombia, en Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F., (1964). *Conferencias de Derecho Civil Obligaciones*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.
- Irisarri, C. (2000). *El Daño Antijuridico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*. Tesis de grado para optar al título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, D.C.
- López, J., (1997). *Perjuicios Morales*. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.

Martínez, M., (2011). *Dimensiones Básicas de un Desarrollo Humano Integral*. Revista de la Universidad Bolivariana. Volumen 8, No. 23.

Martínez, R. G, (1996). *Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Mejía, J., & Marin, A. (2015). *Miembros de las Fuerzas Armadas Como Víctimas*. Bogotá D.C. Editorial Ibañez.

Rincón, M. (2012). *Efectos Múltiples del Daño a la Vida de Relación, Tránsito Hacia los Daños a la Salud en la Responsabilidad Civil y Del Estado en Colombia*. Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Civil. Facultad de Postgrados, Universidad de la Sabana. Chia, Cundinamarca.

Rivera, A. (2003). *Responsabilidad Extracontractual del Estado: Análisis del Daño Fisiológico o a la Vida de Relación*. Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado. Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, D.C.

Tamayo, J. (1990). *De la Responsabilidad del Civil. Tomo II. De los Perjuicios y su indemnización*. Medellín-Colombia. Biblioteca Jurídica Dike.

Tamayo, J. (2012). *De la Responsabilidad del Estado*. Medellín-Colombia. Biblioteca Jurídica Dike.

Uribe, S. (1990). *La Responsabilidad Por Riesgo*. Revista Ratio Luris No. 1. Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín- Unaula. Medellín-Colombia.

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia número C-280 del 15 de Mayo de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Nilsón Pinilla Pinilla. Bogotá, D.C.

- Sentencia número C-250 del 28 de Marzo de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-715 del 13 de Septiembre de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C.
- Sentencia número T-441 del 8 de Mayo de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo. Bogotá, D.C.

- Sentencia número C-291 del 25 de Abril de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-578 del 30 de Julio de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-918 del 29 de Octubre de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-1076 del 5 de Diciembre de 2002. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C.
- Sentencia número C-914 del 29 de Agosto de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis. Bogotá, D.C.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia:

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de Mayo de 1999,. Expediente número 4978. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Bogotá, D.C.
- Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de Septiembre de 1991. Expediente No. 2451. Bogotá, D.C.
 - Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de Julio de 1922. Expediente número 1515. Magistrado Ponente: Dr. Tancredo Nannetti. Bogotá, D.C.
 - Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de Marzo de 1941. Expediente número. Bogotá, D.C.

Sentencias del Consejo de Estado:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Fallo del 27 de Enero de 2000, Expediente No. 10867. Magistrado Ponente: Dr. Alier E. Hernández. Bogotá, D.C.
- Sentencia del 4 de Junio de 2008. Expediente 15.657. Magistrado Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C.
 - Sentencia del 1 de Diciembre de 2008. Expediente 17.744. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá, D.C.

- Sentencia del 15 de Agosto de 2007.Expediente AG 2003-385. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C.
- Sentencia del 10 de Julio de 2003.Radicación Número 76001-23-31-000-1994-9874-01 (14083). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Rengifo Lozano. Bogotá, D.C.
- Sentencia correspondiente al Expediente Número 250002326000200200409. Bogotá, D.C.
- Sentencia del 30 de Junio de 1962. Bogotá, D.C.
- Sentencia del 6 de Mayo de 1993.Expediente Número 7428.
- Sentencia del 8 de Junio de 1999.Magistrado Ponente: Dr. Manuel Suarez Hernández. Bogotá, D.C.

Información de una página web:

Universidad Nacional Abierta y a Distancia, extraído Octubre 2, 2015, a las 6:55 pm. desde

http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_2_el_dao_antijudico_en_la_responsabilidad_del_estado.html).