

***Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano por los
daños a miembros de la fuerza pública causados por hechos de
grupos insurgentes.***



MARCO ANTONIO ARIAS PERTUZ

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

2015

CONTENIDO

PRESENTACIÓN.

CAPÍTULO 1: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO

1.1 ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

1.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

1.3 TÍTULOS DE IMPUTACIÓN

CAPÍTULO 2: EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y LA ESTRUCTURA DE LA FUERZA PÚBLICA EN COLOMBIA

2.1 MARCO JURIDICO

2.1.1 NORMAS INTERNACIONALES

2.1.2 NORMAS CONSTITUCIONALES

2.1.3 NORMAS LEGALES

2.2 OBLIGACIÓN Y ALCANCE DEL DEBER DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

CAPÍTULO 3: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA CAUSADOS POR TERCEROS.

3.1 ANTECEDENTES

3.1.1 DAÑOS SUFRIDOS POR QUIENES PRESTAN SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO: REGÍMENES OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

3.1.2 DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA PÚBLICA

3.2 DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA CAUSADOS POR TERCEROS.

3.2.1 JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

3.2.2 ANTECEDENTES

- SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO –SECCIÓN TERCERA- DE 1993 POR EMBOSCADA EN EL DEPARTAMENTO DE CAQUETÁ.
- SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO –SECCIÓN TERCERA- DE 2003 POR TOMA A LA ESTACIÓN DE POLICÍA DE PASCA CUNDINAMARCA.

3.2.3 CASO TOMA LAS DELICIAS, SEGÚN LA PRENSA PRIMERA MILLONARIA CONDENA AL ESTADO POR TOMA DE GRUPO INSURGENTE A BASE MILITAR

3.2.3.1 HECHOS.

3.2.3.2 DAÑO ANTIJURÍDICO

3.2.3.3 LA IMPUTACIÓN

- a. IMPUTACIÓN FÁCTICA
- b. IMPUTACIÓN JURÍDICA

3.2.3.3.1 HECHO DE UN TERCERO

3.2.3.4 INDEMNIZACIÓN

3.2.3.5 ACLARACIÓN DE VOTO

3.2.4 ANÁLISIS SENTENCIA TOMA BARBACOAS

3.2.4.1 HECHOS.

3.2.4.2 DAÑO ANTIJURÍDICO

3.2.4.3 PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD

3.2.4.4 INDEMNIZACIÓN

3.2.4.5 ACLARACIÓN Y SALVAMENTO DE VOTO

3.2.5 ANÁLISIS SENTENCIA TOMA BASE GUTIÉRREZ

3.2.5.1 HECHOS.

3.2.5.2 DAÑO ANTIJURÍDICO

3.2.5.3 PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD

3.2.5.4 INDEMNIZACIÓN

4 CONCLUSIONES

5 BIBLIOGRAFIA

PRESENTACIÓN

El 25 de mayo de 2011 el Consejo de Estado condenó al Estado Colombiano al pago de una millonaria indemnización a un soldado regular del Ejército Nacional y a su familia por las lesiones sufridas como consecuencia del ataque perpetrado por miembros de la guerrilla de las FARC contra la Base Militar “Las Delicias”; en la jurisdicción del municipio de la Tagua, Putumayo, donde falleció 1 uniformado y otros 17 resultaron heridos, en tanto que 60 se convirtieron en secuestrados de ese grupo insurgente.

Las reacciones frente al fallo no se hicieron esperar, y tantos miembros del gobierno como muchos de los más influyentes nombres de la política y las fuerzas militares sentaron su voz de protesta contra lo que el Ministro del Interior de la época Dr. Diego Molano, consideró como un “preocupante fallo” no solo por sus implicaciones económicas en el tesoro público sino además la implicación al interior de las filas.

Así mismo, el expresidente Ernesto Samper Pizano, quien fuese mandatario en el momento en que se produjo el ataque señaló en su defensa que *"me aparto del fallo del Consejo de Estado cuando responsabiliza a la Nación por tener la Base de Las Delicias en el lugar que estaba".* *"Por muy preparados que hubieran estado" los 100 militares que se encontraban en la base en el momento de la toma, "era difícil resistir el ataque de entre 600 y 800 guerrilleros (...) no hubo manera de concretar un apoyo aéreo para defender la base porque las condiciones climáticas no lo permitieron"*¹

El 02 de marzo de 2011 el episodio se repitió, y los titulares de los principales medio de comunicación informaban sobre la segunda condena al Estado por una toma guerrillera, esta vez se trataba de la incursión a la base militar de Gutiérrez (Cundinamarca), en junio de 1999 donde 35 soldados y 3 suboficiales murieron.

¹ Artículo web publicado en el periódico EL COLOMBIANO, el 31 de Mayo de 2011 por JUAN CARLOS MONROY GIRALDO

Este trabajo de investigación pretende realizar un estudio jurídico normativo de los fundamentos que permitieron que el Estado Colombiano fuese condenado a indemnizar a un miembro del ejército por los sufridos daños la toma de las FARC a la base Las Delicias, determinando si ciertamente el fallo constituye un gran giro en el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y si las instituciones jurídicas utilizadas para fundamentar la condena tienen dentro de la jurisprudencia de la alta corporación un desarrollo previo. Desde esta perspectiva nos hemos planteado la siguiente pregunta problema

¿Cuál es el fundamento jurídico y factico para imputar al Estado la responsabilidad por los daños a miembros de la fuerza pública causados por hechos de grupos insurgentes?

CAPÍTULO 1

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO

1.1 ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

Es bien sabido que el estudio de cualquier institución o teoría, no puede hacerse sin abordar los orígenes, gestación y antecedentes más inmediatos del mismo. En lo que corresponde, los fenómenos jurídicos son el resultado de complejos procesos históricos, sociales y políticos que se entrelazan para dar como resultado interesantes figuras e instituciones que se integran a los sistemas jurídicos.

Es de ésta forma como para el análisis sobre La responsabilidad del Estado Colombiano por daños sufridos por miembros de la fuerza pública como consecuencia de tomas guerrilleras, debe abordarse preliminarmente lo concerniente a su evolución histórico, su génesis y gestación así como su desarrollo jurisprudencia y doctrinal

De acuerdo con el abordaje que hace el Dr. Juan Carlos Henao en su texto *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencia*² iniciaremos este estudio distinguiendo tres etapas de desarrollo de la **responsabilidad administrativa** en el mundo, la primera de ella puede denominarse primera fase que podemos denominar de **Irresponsabilidad Atenuada**, surge en las últimas décadas del siglo XVIII, después de la revolución Francesa, existió cierto ambiente de inestabilidad en las instituciones político administrativas para poder comprometerlas con la responsabilidad pública que a ellas les corresponde. E. Laferriere plantea que “es propio de la soberanía imponerse a todos sin compensación”, pues existía la idea en el Antiguo Régimen

² HENAO Juan Carlos, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial* Ed: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA ISBN: 9586161501 v. pags. 1

que consagraba que no era propio de los particulares exigir derechos al soberano, en aquél tiempo lo que era el monarca, hoy en día es el Estado-Nación. En la Declaración de 1789 se proclama en su artículo 17 “siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública legalmente constatada lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización”, esto produjo el replanteamiento del dogma de la Irresponsabilidad de la Administración Pública, aunque solo opere en el contexto de los procesos de expropiación. Por otro lado el artículo 13 toca un tema muy importante, el del principio de igualdad ante las cargas públicas, que en el pasado fue considerado de tinte fiscal. El artículo 15 que habla del derecho de la sociedad de pedir cuenta a todo agente público de su administración se interpreta más bien en el terreno de la contabilidad pública. Entonces la Administración no está obligada a responder a todos los actos que impliquen el uso de su “imperium”, en especial en el campo de sus actos unilaterales o de la utilización de sus competencias de policía. El otro inconveniente para aquellos particulares que aspiraban a ser indemnizados por daños de la Administración, era determinar el juez competente para acceder a su demanda. La revolución rechazó considerablemente la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de los actos de la Administración, pero ya restaurados los tribunales ordinarios se tiende a declarar al Estado responsable con fundamento en el código civil, pero el Consejo de Estado volvió a la tesis según la cual la jurisdicción ordinaria es incompetente para declarar al Estado deudor. Pero la posibilidad de indemnización durante el tiempo en cuestión no era del todo improcedente al juez administrativo. La responsabilidad por culpa tiene entonces un carácter residual y concierne algunos raros servicios públicos, ya sea ante el juez ordinario (aduanas, ferrocarriles...), ya sea de modo más excepcional ante el juez administrativo (correos). Pero fuera de una disposición expresa las posibilidades de indemnización eran muy restringidas.

La segunda etapa catalogada como de **Responsabilidad Limitada**, surge ya a partir de 1873, y a la luz de fallos como el de Blanco y el de Pelletier, la perspectiva comienza a invertirse en la medida en que la irresponsabilidad deja

progresivamente espacio a una responsabilidad cuyo régimen se instaura. En el fallo Blanco, por ejemplo, se argumentaba que la responsabilidad del Estado “no es ni general ni absoluta, que tiene sus reglas especiales, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos de los particulares”. Esto demuestra que ya había inclinaciones a favor de la competencia administrativa. El fallo Pelletier prolonga el fallo Blanco al trazar los límites de la responsabilidad personal de los agentes ante la jurisdicción ordinaria y la obligación de reparación que podrá eventualmente serle impuesta a la Administración ante el juez administrativo.

A pesar del avance con estos fallos, la responsabilidad administrativa seguía limitada, pues aun cuando el Estado y las colectividades descentralizadas respondan en principio pecuniariamente de sus actos dañinos ante el juez administrativo, la reticencia en condenarlas a indemnizar a particulares permanecía latente: ciertos servicios permanecen bajo su amparo aun cuando la misma posibilidad teórica de su responsabilidad ha sido admitida, ciertos actos que se consideran a la función gubernamental y que se califican a ese título por la doctrina, como “actos del gobierno”, son excluidos de esa responsabilidad a título del ejercicio de la soberanía de la cual están impregnados.

En esta tercera fase de **Florecimiento de la Responsabilidad**, que comienza un poco antes de la primera Guerra mundial, la responsabilidad administrativa adquiere progresivamente la fisonomía que hoy ostenta., esto debido a que los casos generadores de responsabilidad imputables a la administración crecieron y se quiso proteger a las numerosas víctimas. A partir de 1911 la existencia de una culpa personal de un agente público ya no excluía a la víctima la posibilidad de reclamar reparación ante el juez administrativo a la administración a la cual pertenece el agente. Sin que la noción de falta personal desaparezca, la responsabilidad de la Administración se extendió, primero a las faltas personales cometidas con ocasión del servicio, luego a las cometidas fuera de servicio pero no desprovistas de todo vínculo con él. Hay que señalar, que las hipótesis en las cuales la Administración se tiene como responsable de los daños sufridos por los

administrados, se multiplican al menos por dos razones: la primera, atinente a la marcada utilización de la teoría de la falla del servicio, y la segunda reside en el favor cada vez mayor que este último manifiesta respecto de la responsabilidad sin culpa.

La consolidación histórica del régimen de la responsabilidad administrativa también se deriva de la intervención del legislador, no porque este haya pretendido, justificándose con el Código Civil, fijar el marco y los principios generales de la responsabilidad, sino porque al intervenir de manera puntual la ley en todo caso ha consagrado hipótesis específicas de responsabilidad de las colectividades públicas, confiando, es cierto lo más a menudo al juez ordinario el cuidado de reparar tal o tal daño. La evolución que así se resume produce un enriquecimiento constante de las hipótesis en que la responsabilidad administrativa se encuentra finalmente comprometida. La responsabilidad administrativa remite a una pluralidad de regímenes jurídicos que se derivan de la combinación de tres tipos de parámetros: la competencia contenciosa, el fondo del derecho aplicable, la existencia o inexistencia de reglas legislativas. Complejidad tanto más acusada en cuanto la noción misma de responsabilidad administrativa que tampoco carece de ambigüedades.

El tema de la responsabilidad estatal en Colombia ha sido desarrollado dentro de dos grandes momentos, por un lado la jurisdicción ordinaria de la cual su más alto tribunal es la Corte Suprema de Justicia y por el otro lado, una jurisdicción especializada; la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siendo el Consejo de Estado su mayor exponente. En un primer momento tenemos la jurisprudencia que sobre el tema produjo la Corte Suprema de Justicia, que tuvo la competencia hasta 1964, hasta que comienza el segundo momento en el cual se encuentra la jurisprudencia del Consejo de Estado, a partir del decreto ley 528 de 1964 y otros ordenamientos posteriores, tales como el decreto Ley 01 de 1984, mediante el cual se adoptó el Código Contencioso Administrativo que, con algunas modificaciones, introducidas principalmente mediante el decreto ley 2304 de 1989 y la ley 446 de 1998, es el estatuto general que hoy rige la materia.

Primer momento: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Inicialmente está basada en **regímenes especiales**, en este período, la Corte Suprema de Justicia declaraba la responsabilidad del Estado, siempre y cuando así estuviera establecido en un **texto legal expreso**. El trabajo de la Corte consistía en aplicar o hacer cumplir la ley o decreto que eran los que consagraban explícitamente los casos en que el Estado debía indemnizar a las personas que resultaron perjudicadas por su acción u omisión. Solo se respondía si así lo instituían las normas. Así las cosas, lo importante era la existencia del texto legal que consagraba la responsabilidad del Estado y el derecho a la consecuente indemnización.

Desde 1896 hasta 1941 la Corte Suprema de Justicia a través de sus sentencias empieza a sentar un principio de responsabilidad estatal, independiente de que una norma legal estipule o no la obligación que tiene el estado de indemnizar los daños que cause. Este principio de responsabilidad tiene su fundamento en los artículos 2347 a 2349 del Código Civil, los cuales establecen la **responsabilidad indirecta**, la cual tiene su sostén en los conceptos de culpa in eligendo y culpa in vigilando. Si algo falla, es atribuible a la persona jurídica que escogió mal su personal o no lo vigiló adecuadamente, presunción que puede desvirtuarse demostrando el ente estatal su diligencia y cuidado al momento de elegir y acreditando que se vigiló adecuadamente a sus agentes.

Luego se empieza a aplicar la noción de **Responsabilidad directa**, pero esto no impide que al tiempo se emplee también la tesis de la responsabilidad indirecta. Se sostiene que no hay razón para distinguir entre la persona moral y sus agentes: persona moral y agentes son un mismo ente, de forma tal que la actuación de los agentes es la misma actuación de la persona jurídica, y como consecuencia la responsabilidad de los agentes es la misma responsabilidad de la persona jurídica, no en base a una presunción, sino en razón de conformar un mismo sujeto

Segundo momento: La jurisprudencia del Consejo de Estado.

Al analizar la jurisprudencia que sobre el tema de la responsabilidad patrimonial de la administración pública ha emanado del Consejo de Estado Colombiano también se puede hablar de varios momentos, en su desarrollo. En un primer período el Consejo de Estado ejercía una **competencia residual**, limitada a la aplicación de las normas legales que de forma expresa consagrara la responsabilidad del Estado, como es el caso de las normas sobre trabajos públicos y la ley 167 de 1941 sobre ocupaciones de la propiedad inmueble particular.

El autor utiliza para la explicación de esta etapa varias sentencias, proferidas hacia 1960, en las cuales el Consejo de Estado afirma que la responsabilidad de la administración no puede ser analizada con fundamento en las normas del derecho civil, sino que debe hacerse con fundamento en las normas del derecho administrativo y declara que el sostén de la misma es el artículo 16 de la Constitución Política de 1886 el cual establecía “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 los particulares”.

En esta primera etapa no se utiliza la noción de falla del servicio, pues la responsabilidad era declarada conforme a ley preexistente la cual de forma concreta reconocía la responsabilidad del ente estatal sin necesidad de que el juez entrara a realizar un examen del buen o mal funcionamiento del servicio; simplemente si se presentaban los requisitos establecidos por las leyes especiales, se declaraba la responsabilidad.

En la sentencia del 29 de Julio de 1947 en el caso del periódico “El Siglo S.A”, el Consejo de Estado aplica por primera vez el régimen de responsabilidad objetiva fundamentada en la noción de daño especial, es decir aquel que invoca el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según el cual el ciudadano que como consecuencia del obrar de la administración se ve obligado a soportar una carga más onerosa que la que corresponde soportar a los demás ciudadanos y como resultado de ese tratamiento discriminatorio sufre un perjuicio, tiene el derecho a ser indemnizado

En su segunda etapa, que va tal como lo afirma el Dr. Henao **de 1964 hasta la Constitución Política de 1991**, se inicia la **competencia general del Consejo de Estado** sobre los temas de responsabilidad esto en virtud del decreto ley 528 de 1964. Durante esta época, se empieza a la **teoría de la falla del servicio**, la cual solía caracterizar así: “si como consecuencia de un mal funcionamiento del servicio o del funcionamiento tardío 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”

Es durante esta época que dicha teoría adquiere su mayor fuerza de modo tal que viene a constituirse en el **régimen común** de la responsabilidad del Estado, aplicándose por parte del Consejo de Estado, en la mayoría de situaciones en las que se está en presencia de una responsabilidad de la administración.

También se desarrollan en ésta etapa los regímenes de **falla presunta del servicio y la responsabilidad por riesgo excepcional**, de igual forma la jurisprudencia desarrolló y profundizó el estudio de la responsabilidad de la administración pública por el **daño especial**, pero manteniendo siempre como régimen común el de la falla del servicio.

Superación de la falla del servicio como fundamento único de responsabilidad y asimilación de Daño antijurídico

En un primer momento la reacción del Consejo de Estado luego de la consagración en la nueva constitución del artículo 90, fue afirmar que lo que había hecho dicho mandato constitucional era objetivar la responsabilidad patrimonial de la administración pública, puesto que ahora el fundamento de ésta se encontraba en el concepto jurídico de LESION (daño antijurídico), donde no se realizaba un juicio de valor sobre la conducta del agente productor del daño, sino que se refiere o se mira únicamente es el daño antijurídico, sin importar si la conducta de la administración fue jurídica o no. En este momento se puede afirmar que el consejo de Estado fue asimilando el concepto de daño antijurídico y sobrepaso definitivamente la noción de falla en el servicio como fundamento único de responsabilidad.

- Sentencia del 5 de julio de 1991 → *la responsabilidad tiene su razón de ser en la lesión que sufran los particulares en sus derechos, aun con prescindencia de que la acción originaria del daño se hubiere ejercido legalmente por el ente publico.*
- Sentencia del 31 de Octubre de 1991
- Sentencia de 17 de septiembre de 1992

Existencia de los regímenes de responsabilidad aun después de la Constitución de 1991

En un segundo momento el Consejo de Estado se aparta de la tesis casi radical sobre la responsabilidad objetiva de la administración pública, y empieza a acoger la tesis según la cual el artículo 90 de la Constitución no eliminó la responsabilidad por falla del servicio, sino que lo que hizo fue ampliar el ámbito de ésta, de modo que habrá responsabilidad tanto por el funcionamiento anormal de los servicios, es decir por falla, como por el funcionamiento normal de los servicios, caso del rompimiento de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley y las cargas públicas, por lo tanto todos los regímenes de Responsabilidad siguen aplicándose aun bajo la vigencia de la actual constitución.

1.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN COLOMBIA

La Constitución Política de 1991 significó en nuestro país un cúmulo de transformaciones profundas de todas las instituciones políticas, económicas, sociales, y por supuesto jurídicas. La consagración del denominado Estado Social de Derecho, representó el establecimiento de una sociedad mayormente democrática.

En este contexto ciertamente la constitucionalización de la Responsabilidad del Estado significó en una garantía en favor de los derechos e intereses de los

administrados. El artículo 90 de la Constitución Política se constituye en el sustento de la responsabilidad estatal en Colombia, en su tenor literal dispone:

Artículo 90. 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.

Al introducir en nuestro ordenamiento la noción de *daño antijurídico*, el mismo se convierte en el fundamento Constitucional de la responsabilidad del Estado tanto extracontractual como contractual³, estableciendo de esta forma que *el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*.⁴ Este giro de la teoría de la responsabilidad no solo constituye una verdadera innovación en la materia por darle soporte constitucional a la obligación del estado de indemnizar y reparar por los daños que cause, sino que además, se produce un desplazamiento de la antijuridicidad del daño a un criterio objetivo entendido con como un criterio objetivo entendido no como la conducta objetiva del agente (antijuridicidad objetiva) sino como el perjuicio antijurídico en sí mismo. (Antijuridicidad objetiva).⁵

De acuerdo con lo anterior, tenemos que la norma constitucional consagra una cláusula general de responsabilidad del Estado, que reposa sobre estos dos elementos: el daño antijurídico y la imputación.

Con respecto al primer elemento, esto es, el **daño antijurídico**, la jurisprudencia y la doctrina española, han establecido que tal noción, corresponde a era aquel daño que la víctima no estaba obligada a soportar, presentándose un desplazamiento de la culpa que era el elemento tradicional de la responsabilidad

³HENAO Juan Carlos, La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial. En: Colombia 1991. ed: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA ISBN: 9586161501

⁴ Constitución política de Colombia art. 90

⁵HENAO Juan Carlos, La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial. En: Colombia 1991. ed: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA ISBN: 9586161501

para radicarlo en el daño mismo, es decir, que éste resultaba jurídico si constituía una carga pública o antijurídico si era consecuencia del desconocimiento por parte del mismo Estado del derecho legalmente protegido, de donde surgía la conclusión que no tenía el deber legal de soportarlo. El Consejo de Estado ha expresado⁶ lo siguiente:

El daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos elementos: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la ocupación material del inmueble por una población específica) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada. De allí que, el daño antijurídico lejos de ser un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica o axiológica, pues sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de la misma es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.

La **imputación** por su parte se define como la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico sufrido, por ser esta la generadora del mismo, imputación que exige analizar: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico de acuerdo a los distintos títulos de imputación del régimen subjetivo u objetivo⁷. La imputabilidad establece la obligación de responder bajo cualquiera de los títulos de imputación, bien sea de falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial. El precedente constitucional indica:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Sentencia Cinco (5) de julio de dos mil doce (2012).Rad. (21928) Consejero ponente: Enrique Gil Botero

⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO –SECCION TERCERA – SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: (19976).

*el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁸. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁹.*

En conclusión, para realizar un juicio de responsabilidad extracontractual al Estado colombiano habrá que constatar la existencia de un daño y la antijuridicidad del mismo, de la misma forma que deberá confirmarse si puede atribuírsele fáctica y jurídicamente dicha responsabilidad a la administración conforme a un deber jurídico.

1. 3 TÍTULOS DE IMPUTACIÓN

Regímenes subjetivos

- **Falla del servicio probada:**

Es considerado el régimen común de responsabilidad del Estado y el más aplicado tanto por el consejo de Estado como por los tribunales seccionales. Al respecto dice el consejo de Estado:

La falla probada del servicio constituye el régimen general de responsabilidad, y solo en los casos en que el asunto no pueda gobernarse bajo dicho título de imputación, se acudirá al análisis de un régimen de responsabilidad distinto.

⁸ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

Igualmente, la Corporación ha entendido que en los casos en que sea posible subsumir el asunto tanto en un régimen de responsabilidad sin culpa o en una de responsabilidad por culpa, primará este último. En todo caso, será el juzgador en presencia de todos los elementos existentes el que determinará si finalmente se dan o no los presupuestos para resolver el asunto sometido a su conocimiento con fundamento en la tesis de la falla probada del servicio.¹⁰

Elementos

- **Falla del servicio:** Es el hecho dañoso causado por la violación del contenido obligatorio a cargo del estado, contenido obligatorio que se puede derivar de textos específicos como los son las leyes, reglamentos o estatutos que establecen las obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, también de deberes específicos impuestos a los funcionarios y el estado, o de la función genérica que tiene el Estado y se encuentra consagrada en la Constitución.
- **Perjuicio:** *la existencia de un daño, lesión o menoscabo de tipo patrimonial o moral, cierto y determinado¹¹.* Es el menoscabo que sufre la víctima patrimonialmente y/o la afectación de sus bienes extrapatrimoniales.
- **Nexo causal entre la falla y el perjuicio:** *la relación de causalidad entre ésta y aquél, es decir, que el daño se originó como consecuencia directa de la actuación atribuida a la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio¹²*

La falla en el servicio se configura cuando el servicio no es prestado, o es prestado en forma tardía o defectuosa, teniendo en cuenta que el término “servicio”, en estos casos, hace alusión en general, al funcionamiento de todo el aparato estatal, mediante la cumplida ejecución de las funciones a cargo de todos

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 22 de julio de 2009.

¹¹ Consejo de Estado, Sentencia del 26 de abril de 2007.

¹² *Ibidem*

sus operadores, dentro del marco de las competencias legalmente atribuidas, y con miras a obtener el cumplimiento de los cometidos estatales, la correcta prestación de los servicios a cargo del Estado y en últimas, la satisfacción del interés general. De modo que, cuando se habla de falla del servicio, se está aludiendo a aquellos eventos en los cuales las entidades estatales y sus autoridades no han cumplido en debida forma las obligaciones a su cargo, por omisión, retraso o ejecución defectuosa de las mismas.¹³

Causales de exoneración:

- Fuerza mayor
- Caso fortuito
- Culpa exclusiva de la víctima
- Hecho exclusivo de un tercero

El régimen de la falla probada del servicio ofrece al demandante la carga de probar las circunstancias exactas de modo, tiempo y lugar en que ocurren los hechos, lo cual genera en ocasiones el rechazo de las pretensiones de la demanda.

- **Falla Presunta Del Servicio**

En este régimen se continúa la aplicación del concepto de falla en el servicio pero se introduce una inversión de la carga de la prueba. Con la sentencia del 31 de julio de 1989 se aplica por primera vez la falla presunta del servicio para los daños causados por armas de dotación oficial.

La aplicación de la regla ACTORI INCUMBIT PROBATIO se atenúa respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante, sino que el onus probandi no cubre la prueba de la falla del servicio, aunque sí la del hecho causante del daño y su relación con el mismo. Corresponde por tanto al

¹³ Consejo de Estado, sección tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2008.

actor probar solamente la existencia de un perjuicio, que debe guardar relación de causalidad con la utilización del arma de dotación oficial

Por ser presunta la falla del servicio ésta puede ser desvirtuada por la administración, mediante prueba que desmienta la premisa sobre la cual está cimentada la presunción. En otros términos: puede la administración aportar probanza contraria que impida al juzgador extraer, las consecuencias de la premisa que sirve de fundamento a la presunción de falla que pesa sobre la administración.

En consecuencia, si la administración demuestra la ausencia de falla, se exonera de su responsabilidad. Mas para que ello sea así, el Juez debe llegar a la convicción de que, el actuar administrativo fue de tal manera prudente y diligente, que el perjuicio ocasionado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a título de falta suya. ¹⁴

Con la teoría de la Falla presunta se presenta entonces una ampliación de la noción de falla en el servicio pues se superan las críticas que este concepto había generada. La falla presunta tiene hoy aplicación en responsabilidad por armas de fuego de dotación oficial y por responsabilidad médica.

Elementos:

- **La falla del servicio:** se presume la falla, a la administración le corresponde desvirtuarla.
- **Perjuicio:** Al actor le incumbe demostrar que ha sufrido un perjuicio el cual como se vio anteriormente puede ser patrimonial o extrapatrimonial.
- **Nexo causal entre el perjuicio y el hecho de la administración,** al demandante le compete establecer dicha relación.

Causales de exoneración

¹⁴ Consejo de Estado sección tercera, sentencia del 6 de julio de 1990.

El hecho o la culpa de la víctima, al igual que en todos los regímenes de responsabilidad, exonera o atenúa según el caso, la responsabilidad estatal.

En efecto, dicha causal implica que el hecho causante del daño imputable al ente demandado, sino que, por el contrario, lo es comportamiento de la víctima. Sin embargo, estima la Sala oportuno recordar que no puede confundirse para dicho efecto, el nexo de causalidad con el de simultaneidad. Bien es sabido que en múltiples ocasiones puede ocurrir que simultáneamente al hecho causa perjuicio, se observe un proceder reprochable de la víctima, necesariamente conlleva a la exoneración de la administrativo precisamente por cuanto la administración está obligada a una extrema prudencia y diligencia en el porte y uso de armas, la culi la víctima jugaría un papel eximente sólo en la medida en que guarde relación causal con la producción del perjuicio, a punto tal que se constate que la administración fue obligada a utilizar legítimamente, dicha arma.

El hecho de un tercero exonera de responsabilidad administración, siempre y cuando se demuestre que dicho tercer completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a éste último, produciéndose claramente la ruptura de la relación causal.

La fuerza mayor exonera igualmente a la administración. En efecto, su existencia supone que ésta no ha cometido falla alguna, porque la causa de la falla del servicio no puede imputarse a la administración, sino a un hecho conocido, irresistible e imprevisible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que supuesta causó el perjuicio.

El caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna ius administrativa de causa desconocida, no exonera a la administración, frente a éste tipo de perjuicios. Al decir del profesor Paul Amselek "todo sistema de presunción de falta supone, por hipótesis mi en caso de no ser posible determinar las circunstancias exactas en las que se produjo el daño, el llamado a responder por las fallas

presuntas deberá reparar, por encontrarse en incapacidad de demostrar una ausencia de falta en el origen del perjuicio"¹⁵

Regímenes objetivos

- **Daño especial**

Conforme a la teoría del daño especial, siempre que la administración, actuando legítimamente y en el marco de sus atribuciones legales, genere un perjuicio a un particular, que supere las cargas normales a que están sujetos determinados grupos de personas por el hecho de vivir en sociedad, debe indemnizarlo plenamente, pues no es justo que todo el grupo al que pertenece se beneficie a costa de su exclusivo detrimento patrimonial. En otras palabras cuando las cargas ya no son iguales, cuando el equilibrio se rompe y ese principio de igualdad se pierde así sea por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio y esto se logra a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Elementos

Para que surja la responsabilidad del Estado por daño especial, es necesario que concurren tres factores:

- **Actuación legítima de la administración**

El daño especial es una de las variantes del régimen objetivo de responsabilidad. Debido a ello, es indispensable, para su aplicación: que la administración no haya incurrido en una falla del servicio, es decir, que no haya violado el contenido obligacional de sus funciones. De lo contrario sería imperativo analizar el caso desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva.

→ La conducta de la entidad pública debe estar estrictamente enmarcada dentro de la legalidad, lo cual implica un funcionamiento adecuado del servicio, orientado a satisfacer los intereses públicos.

¹⁵ Ibídem

→ La actuación de la administración puede ser una acción o una omisión legítima de las autoridades que haya generado un detrimento patrimonial.

- **Rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas**

Para que un Estado exista, sobreviva y se desarrolle, se imponen determinados sacrificios y restricciones a los derechos de las personas, lo cual se justifica para la consecución de los fines estatales, pero debe distribuirse entre todos por igual.

Para que la teoría del daño especial cobre aplicación, es menester que esa igualdad frente a las cargas públicas sea quebrantada, es decir, que el perjuicio sufrido por un particular con ocasión de una actuación administrativa lícita sea superior al sometido a la generalidad del grupo a que pertenece. → El Daño debe revestir cierta gravedad y desproporción en comparación con el resto de la comunidad.

- **Nexo de causalidad**

Es necesario que el comportamiento de la entidad pública sea la causa del daño grave y desproporcionado que sufra el particular. Por lo tanto, la administración se exonerará cuando el demandante no logre acreditar este elemento, o cuando ella misma demuestre que el daño se produjo debido a fuerza mayor, al hecho de un tercero o al hecho exclusivo de la víctima.

- **Riesgo Excepcional**

El Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 1989 de forma magistral **define esta teoría** en los siguientes términos:

“Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su

particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”

Se fundamenta esta teoría también en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas y se presenta en los casos en que el Estado en la elaboración de una obra pública o en la prestación de los servicios a su cargo, se vale de ciertos recursos que aunque necesarios para el trabajo, sitúan a los administrados bajo un riesgo especial o particular el cual es superior o mayor al que normalmente se está obligado a tolerar; cuando esto suceda es deber del estado indemnizar los perjuicios que cause y esto como contrapartida de las ventajas obtenidas por las obras realizadas o servicios prestados.

Las condiciones requeridas para la estructuración de la responsabilidad por riesgo excepcional son:

- En desarrollo de una obra o actividad de servicio público, la administración emplea recursos o medios que coloquen a los administrados o a sus bienes en una situación de quedar expuestos a un riesgo, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos, como contrapartida de las ventajas que reportan de la actividad o servicio.
- Si el riesgo así creado por la administración se realiza, esto es, se materializa, se produce un daño indemnizable
- Conlleva por lo general el ejercicio de actividades peligrosas como son, la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.

El H. Consejo de Estado ha considerado de igual manera que: *“por consiguiente en tal régimen de responsabilidad es necesario demostrar: el riesgo creado por el Estado en la producción del accidente con su participación en la utilización de un instrumento que por su naturaleza tiene mayor peligrosidad y por lo tanto mayor*

potencialidad de riesgo a causar daño; el daño antijurídico y la relación causal. El régimen objetivo de responsabilidad “por riesgo” (sin irregularidad de conducta) se deriva entre otros del ejercicio de actividades con instrumentos peligrosos, como vehículos; el factor de imputación es el riesgo que excede los inconvenientes inherentes a la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados. Es por tanto que cuando se prueba que el Estado causó daños con el ejercicio de esas actividades tiene que soportar patrimonialmente las consecuencias del hecho lesivo siempre y cuando se demuestren además, de ese ejercicio de actividad peligrosa (hecho dañoso) los elementos de daño y relación causal. No será responsable cuando a pesar de la comprobación de los anteriores elementos se demuestre causa extraña (hecho exclusivo del tercero o de la víctima y/o fuerza mayor) eficiente y determinante. Respecto a cada uno de estos elementos es importante precisar lo siguiente:

1. **En cuanto al hecho dañoso.** El demandante no tendrá que demostrar, como en el régimen de falla probada, la calificación de la conducta subjetiva del demandado; le bastará demostrar la ocurrencia del hecho. Por lo tanto al demandado no le sirve probar diligencia y cuidado.
2. **En cuanto al daño.** El promotor del juicio también tendrá que representarle al juez la existencia de un menoscabo que reúna las siguientes cualidades: cierto, particular y que recaiga sobre una situación o de acto o de hecho que esté protegida jurídicamente.
3. **En cuanto al nexo de causalidad.** El actor igualmente tendrá que demostrar, mediante prueba directa o indirecta, que el daño es consecuencia eficiente y determinante de la conducta del Estado. Y debe probar ese nexo porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales probado un hecho (s) el legislador infiera la causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el adecuado nexo de causalidad”.¹⁶

¹⁶ Sentencia 14 de febrero de 1995 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. S-123

CAPÍTULO 2:

EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y LA ESTRUCTURA DE LA FUERZA PÚBLICA EN COLOMBIA.

La Carta Política prescribe la integración de un pie de fuerza, compuesto por dos aparatos institucionales: las fuerzas militares y la Policía Nacional. Las primeras encargadas de la defensa nacional, se encuentran a su vez integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, teniendo como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Por su parte, la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y el aseguramiento del orden colectivo, para que los colombianos vivan en paz¹⁷.

Algunos autores consideran que pese a existir estas diferencias normativas y funcionales, la Corte Constitucional en sentencia del 20 de octubre de 1994, debió reconocer que debido a las condiciones fácticas, en especial frente a la gravedad de delitos a los que hace frente la policía, se presenta una “zona gris o fronteriza en la cual se superponen los criterios de seguridad y defensa”. En este orden de ideas, resulta paradójico que pese a que la Corte critique este proceso de militarización, no obstante en sus fallos como el de 2 de julio de 1992 siga dando espaldarazos al mismo al afirmar que “las fuerzas militares y la policía nacional están legitimadas para hacer presencia en todo el territorio nacional y combatir, hasta su sometimiento o reducción a todos los grupos o movimientos guerrilleros que persistan en la confrontación armada.¹⁸”

Como parte integrante de las autoridades de la República y como cuerpo armado permanente de naturaleza civil, la Policía Nacional, a cargo de la Nación, está

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia C-511 de 1994

¹⁸ **Ramelli** Arteaga Alejandro, La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario Universidad Externado de Colombia, c2003

instituida para proteger a todas la personas residentes en Colombia, en su vida honra bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Así mismo, para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La actividad de la Policía está destinada a proteger los derechos fundamentales tal como está contenido en la Constitución Política y en pactos, tratados y convenciones internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Colombia. La actividad Policial está regida por la Constitución Política, la ley y los derechos Humanos¹⁹

La Policía Nacional está integrada por oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley²⁰

Por su parte las Fuerzas Militares están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Su finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. a Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos.

2.1 MARCO JURIDICO

2.1.1 Normas Internacionales

La Carta de 1991 confirma y refuerza tanto la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos como la del derecho internacional humanitario. La Constitución Política ciertamente establece un amplio catálogo de

¹⁹ Ley 62 de 1993

²⁰ Ibídem art. 6°

derechos humanos y sus respectivos mecanismos de protección *y recoge toda la tradición del constitucionalismo occidental, y un amplio desarrollo que en el texto constitucional encuentran las llamadas tres generaciones de derechos humanos, es una prueba evidente de la voluntad del constituyente de hacer de esta materia la piedra angular del ordenamiento jurídico-político.*²¹

De acuerdo con el texto de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política el Constituyente además resalta su voluntad de respetar en toda circunstancia valores y principios fundamentales de la persona humana y del régimen político con independencia de su consagración expresa, de manera que consagró la primacía del derecho internacional convencional relativo a los derechos humanos, al establecer la prevalencia de los tratados y convenios ratificados por Colombia y la obligación de interpretar la Carta de derechos de conformidad con dichos convenios y tratados (art. 93), se estableció incluso la posibilidad de darle aplicación a derechos que no se encuentren expresamente consignados en el texto de la carta en tratándose de derechos que le sean inherente a la persona humana (art. 94), no dependiendo esa calificación de “inherente” de ninguna consagración positiva del mismo, sino más bien desde una perspectiva naturalista – racionalista²².

A continuación se estudiarán las normas de carácter internacional, relativas al reconocimiento de los derechos de los miembros de la fuerza pública en el marco del conflicto armado interno en Colombia.

El Derecho Internacional Humanitario es el derecho aplicable a los conflictos armados. El objetivo fundamental del Derecho Internacional Humanitario, al decir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es *"restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades"*. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recordado que *"en el siglo actual la comunidad internacional ha aceptado un papel más amplio y nuevas responsabilidades para*

²¹ Corte Constitucional Sentencia C-574-92 M.P Dr. Ciro Angarita

²² *Ibidem*

aliviar los sufrimientos humanos en todas sus formas y, en particular, durante los conflictos armados"²⁹, para efectos de lo cual se han adoptado a nivel internacional las normas constitutivas del Derecho Internacional Humanitario²³

Como lo afirma la jurisprudencia trazada por el Consejo de Estado, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 no tiene otro objeto que la afirmación del **principio de humanidad**, que es inherente al respeto de la dignidad:

Art. 3° Conflictos no internacionales

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios” (subrayado fuera de texto).

En el precedente jurisprudencial constitucional se indica al respecto:

“Según la Corte Internacional de Justicia, el artículo 3 común es uno de los principios generales fundamentales del derecho humanitario y las reglas que lo componen reflejan lo que se denominó en la sentencia de 1949 sobre el Estrecho de Corfú como “consideraciones elementales de humanidad”. En la Opinión Consultiva de 1996 sobre las armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia enfatizó que la naturaleza humanitaria de las reglas plasmadas en el Artículo 3 común subyace a la totalidad del derecho internacional humanitario y se aplica a todo tipo de conflictos y de armas: “El carácter intrínsecamente humanitario de los principios legales en cuestión (...) permea la totalidad del derecho del conflicto armado, y se aplica a todas las formas de guerra y a todo tipo de armas, las del pasado,

²³ Corte Constitucional Sentencia C-291/07

las del presente y las del futuro”. El carácter imperativo del principio humanitario subyacente al Artículo 3 Común y a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos ha sido resaltado también por el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, al indicar que “las disposiciones del Artículo 3 Común y de los instrumentos universales y regionales de derechos humanos comparten un núcleo común de estándares fundamentales que son aplicables en todo tiempo, en todas las circunstancias y a todas las partes, y de los cuales no se permite ninguna derogación”. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de cumplir con el artículo 3 común de los convenios de Ginebra es una obligación de carácter absoluto, que no está sujeta a reciprocidad. El Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia también ha señalado que la obligación esencial impuesta a las partes de un conflicto armado internacional o interno por el Artículo 3 Común—cuyo carácter consuetudinario es indudable— es la de cumplir ciertos estándares humanitarios fundamentales, mediante “la aplicación de las reglas de humanidad reconocidas como esenciales por las naciones civilizadas” y el establecimiento de un nivel mínimo de protección para las personas que no toman parte activa en las hostilidades; todo lo cual contribuye a que el Artículo 3 común sea en sí mismo una fuente autónoma y consuetudinaria de responsabilidad penal individual.

Según ha explicado el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, el propósito mismo del Artículo 3 común es el de reivindicar y proteger la dignidad humana inherente al individuo; por ello, el listado de posibles contravenciones de ese principio de dignidad es una mera enunciación, no taxativa, de formas particularmente graves de maltrato que son fundamentalmente incompatibles con el principio subyacente de trato humano. Según han precisado tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común se aplican, en el contexto de los conflictos armados internos, a quienes no toman parte directa o activa en las hostilidades, incluida la población civil y las personas puestas fuera de combate por rendición, captura u otras causas.

Como se mencionó en apartados anteriores, el carácter consuetudinario de las normas básicas de las Convenciones de Ginebra de 1949, concretamente los artículos comunes 1 y 3, ha sido confirmado por distintos tribunales internacionales; entre otras, por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, en el cual las clasificó como “los principios generales fundamentales del derecho humanitario²⁴”

Así mismo, el **Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra** del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (PROTOCOLO I), en su artículo 77 dispone lo siguiente:

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

Artículo 77. Protección de los niños.

"1. Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten por su edad o por cualquier otra razón.

"2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de 15 años pero menores de 18 años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

"3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 2o., participaran directamente en las hostilidades niños menores de 15 años y cayeran en poder de la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

"4. Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75."

Mediante la Sentencia C- 574 de 1992 y C-88 de 93 se revisó la constitucionalidad del presente protocolo, declarándose la exequibilidad del mismo pese a declararse también la inexecuibilidad de la ley 11 de 1992.

La **Convención sobre los Derechos del Niño**, adoptada en la Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 Nueva York, la cual fue ratificada por Colombia Ley 12 de 1991, en su artículo 28 obliga a los Estados suscribientes al respeto de las normas de derecho Internacional humanitario en relación con los niños y proscribire la utilización de menores de 15 años de edad en operaciones militares hostiles.

Art. 38. Los Estados partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario

que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los quince años de edad no participen directamente en las hostilidades".

"Los Estados partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los quince años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido quince años, pero que sean menores de dieciocho años, los Estados partes procurarán dar prioridad a los de más edad".

2.1.2 Normas Constitucionales

La Constitución Política de 1886 instituyó el capítulo XVI denominado "De la Fuerza Pública" en donde se atribuye carácter obligatorio a la prestación del servicio militar, y en donde además se regulan aspectos como el ejército permanente y se deja en manos del legislador la conformación de un cuerpo de Policía Nacional.

El texto constitucional de 1886 rezaba:

ARTÍCULO 165. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas la exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias.

La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar.

ARTÍCULO 166. La nación tendrá para su defensa un Ejército permanente. La ley determinará el sistema de reemplazos del ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones de los militares.

ARTICULO 167. La ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el Cuerpo de Policía Nacional.

ARTÍCULO 168. La fuerza armada no es deliberante. No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones, sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y moralidad del Ejército y con arreglo a las leyes de su instituto.

Los miembros del Ejército, de la Policía Nacional y de los Cuerpos Armados, de carácter permanente, no podrán ejercer la función del

sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates políticos.

Por su parte, la Carta Política de 1991 conservó la obligatoriedad del servicio militar, de acuerdo con lo que ya venía preceptuado en la Constitución de 1886. No obstante, el establecimiento del Estado Social de Derecho y el amplio catálogo de valores y principios que trajo consigo la Constitución de 1991, aunado a la dimensión que adquirieron los derechos fundamentales, como son la libertad de conciencia y la libertad de culto, y los mecanismos consagrados para su protección, significaron cambios en el funcionamiento y la incorporación del servicio militar obligatorio en nuestro país. En su tenor literal la Carta política dispone lo siguiente:

Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

De igual manera, de acuerdo con el artículo 2º del Texto Superior, dentro los fines esenciales del Estado Social de Derecho se encuentran, la defensa de la independencia nacional, el mantenimiento de la integridad territorial, el aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En su capítulo 7 la Constitución política dispone todo lo relacionado con la Fuerza Pública en Colombia

DE LA FUERZA PUBLICA

ARTICULO 216. *La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

ARTICULO 217. *La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.*

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

ARTICULO 218. *La ley organizará el cuerpo de Policía.*

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

ARTICULO 219. *La Fuerza Pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley.*

Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos.

ARTICULO 220. *Los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley.*

El artículo 221 modificado por el Acto legislativo 02 de 2012 consagra lo referente a los delitos cometidos por los miembros de las fuerza militares en servicio activo y la justicia penal militar:

ARTICULO 221 *De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.*

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario. Una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario.

Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir.

La ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial.

La ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar. Además, una ley ordinaria regulará una estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

Créase un fondo destinado específicamente a financiar el Sistema de Defensa Técnica y Especializada de los miembros de la Fuerza Pública, en la forma en que lo regule la ley, bajo la dependencia, orientación y coordinación del Ministerio de Defensa Nacional.

Los miembros de la Fuerza Pública cumplirán la detención preventiva en centros de reclusión establecidos para ellos y a falta de estos, en las instalaciones de la Unidad a que pertenezcan. Cumplirán la condena en

centros penitenciarios y carcelarios establecidos para miembros de la Fuerza Pública.

En esencia la Constitución de 1991 preserva las bases tradicionales sobre las cuales se estructura la fuerza pública en Colombia, dentro de las constantes históricas que le han dado perfiles propios desde los albores de la República (...) El articulado constitucional del 86 se perfeccionó, fue matizado de un tinte social y humano, se hizo más preciso en aspectos sustanciales para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.²⁵

2.1.3 Normas Legales

La Ley 1° de 1945 desarrolló el artículo 165 de la Constitución de 1886, y en tal sentido reguló la prestación del servicio militar en Colombia estableciendo que todo varón colombiano estaba obligado a inscribirse para la prestación del servicio militar obligatorio, e instituyó en su artículo 20 causales de exención y aplazamiento, de la prestación del servicio militar²⁶

Por su parte, La Ley 48 de 1993 la reglamentó lo relativo al Servicio de Reclutamiento y Movilización, y señaló como finalidad y funciones, la planeación, dirección, organización y control sobre la definición de la situación militar de los

²⁵ **VALENCIA Tovar** Álvaro, Historia de las Fuerzas Militares de Colombia Tomo 3 Editorial Planeta Colombia S.A, 1993.

²⁶ *Artículo 20. Están exentos de la prestación del servicio militar, y no tendrían la obligación de pagar cuota de compensación:*

Los clérigos católicos, seculares y regulares;

• Los miembros de congregaciones católicas religiosas y docentes;

• Los seminaristas o estudiantes de teología de establecimientos reconocidos

por el Estado;

• Los inhábiles absolutos

Artículo 21. Están exentos de prestar el servicio militar en tiempos de paz y tendrían la obligación de inscribirse y pagar cuota de compensación:

• Los condenados a una pena que tuviera como accesoria la pérdida de derechos políticos;

• Los hijos de las viudas que observen buena conducta; los huérfanos de padre que atendiera con su trabajo la subsistencia de sus hermanos;

• Los hijos de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años y que carecieran de pensión o renta; los hermanos o hijos de quienes hayan muerto prestando el servicio militar;

• Los viudos que sostengan a los hijos habidos en el matrimonio;

• Los hijos únicos huérfanos de padre con hermanas solteras o hermanos menores que estén a su cargo;

• Los inhábiles relativos permanentes.

colombianos y la integración a la sociedad en su conjunto en defensa de la soberanía nacional. Los artículos 10 y 14²⁷ consagran la obligación de todo varón colombiano de definir su situación militar en el momento en que llegue a la mayoría de edad, para lo cual deberán inscribirse para definir tal situación, dentro del año anterior en que lleguen a la misma.

La norma determinó también, en su artículo 13²⁸, las modalidades para atender la obligación de prestación del servicio militar obligatorio, así:

Soldado regular: de 18 a 24 meses,

Soldado bachiller, de 12 meses,

Soldado auxiliar de policía bachiller, 12 meses y

Soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

En los artículos 27 y 28 también se contemplan las exenciones para prestar el servicio militar, distinguiéndose aquellas que aplican en todo tiempo y que eximen también del pago de cuota militar, de aquellas causales que solo tienen aplicabilidad en tiempos de paz y que obligan al individuo a inscribirse y a pagar la respectiva cuota militar. En su tenor literal las normas consagran lo siguiente:

²⁷ Ley 418 de 1997

Artículo 10. Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad.

Artículo 14. Inscripción. Todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, requisito sin el cual no podrá formular solicitudes de exención o aplazamiento. Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente Ley.

²⁸ *Artículo 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación de] servicio militar:*

a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;

b) Como soldado bachiller durante 12 meses;

c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;

d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

Parágrafo 1°. Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

Parágrafo 2° Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio.

Artículo 27. Exenciones en todo tiempo. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar:

- a) Los limitados físicos y sensoriales permanentes;*
- b) Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.*

Artículo 28. Exención en tiempo de paz. Están exentos del servicio militar en tiempo de paz, con la obligación de inscribirse y pagar cuota de compensación militar:

- a) Los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Así mismo los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias, dedicados permanentemente a su culto;*
- b) Los que hubieren sido condenados a penas que tengan como accesorias la pérdida de los derechos políticos mientras no obtengan su rehabilitación*
- c) El hijo único hombre o mujer, de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada separada o madre soltera;*
- d) El huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento;*
- e) El hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando éstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia siempre que dicho hijo vele por ellos;*
- f) El hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio, a menos, que siendo apto, voluntariamente quiera prestarlo;*
- g) Los casados que hagan vida conyugal;*
- h) Los inhábiles relativos y permanentes;*
- i) Los hijos de oficiales, suboficiales, agentes y civiles de la Fuerza Pública que hayan fallecido o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo, a menos que siendo aptos, voluntariamente quieran prestarlo.*

El literal G fue objeto de control de constitucionalidad mediante la sentencia C-755 de 2008, que lo declaró exequible en el entendido de que también se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley. La providencia en comento declaró:

“No obstante, ello deja por fuera de similar protección a quienes sin contraer matrimonio optaron por constituir una familia sin vínculo matrimonial pues, en este caso, resulta igualmente cierto que la vida en común podría verse interrumpida cuando uno de sus integrantes se vea compelido a la prestación del servicio militar.

Es claro que la protección de la familia ha de darse por la ley cuando surge de un vínculo matrimonial, pero también si nace sin el formalismo, pues la Constitución ordena darle igual amparo a la familia, constituida por la decisión responsable y libre de un hombre y una mujer, sin discriminación en razón de su enlace²⁹”

La ley 418 de 1997, en su artículo estableció que los jóvenes menores de edad, incluidos aquellos estudiantes que estuvieren cursando undécimo grado hasta tanto cumplan la mayoría de edad, están cobijados bajo la figura del aplazamiento excepto que voluntariamente y con autorización expresa y escrita de sus padres opten por el cumplimiento inmediato de su deber constitucional, no pudiendo ser destinados los menores a zonas donde se desarrollen operaciones de guerra, ni empleados en acciones de confrontación armada, *en el entendido de que los menores que se recluten sólo podrán ser vinculados al servicio militar si tienen más de quince años, si se los excluye de toda actividad de riesgo y se los destina exclusivamente a cumplir funciones ajenas al combate y sólo en zonas que no sean de orden público, siempre sobre la base de la total espontaneidad de su decisión, de acuerdo con lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-340 de 1998.*

A su vez, el artículo 2º de la Ley 548 de 1999³⁰, establece que los menores de 18 años de edad en ningún caso podrán ser incorporados a las filas para la

²⁹ Sentencia C-755 de 2008

³⁰ Artículo 2º. Los menores de 18 años de edad no serán incorporados a filas para la prestación del servicio militar. A los estudiantes de undécimo grado, menores de edad que, conforme a la Ley 48 de 1993, resultaren

prestación del servicio militar, de manera que los jóvenes que estuvieren cursando último año de educación media y hubieren resultado elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará la incorporación hasta tanto cumplan la mayoría de edad. Ahora bien, la norma también otorga la posibilidad al joven convocado que ya había aplazado el servicio militar y estuviere cursando estudios universitarios, de que pueda cumplir su deber constitucional en actividades de servicio social a la comunidad, en obras civiles y tareas de índole científica o técnica en la respectiva dependencia a la que sea adscrito necesite, el cual tendrá una duración de seis meses homologable en caso sub examine como año de judicatura y en lo que refiere a los egresados de las facultades de derecho, dicho servicio militar podrá sustituir la tesis o monografía de grado y, en todo caso, reemplazará el servicio social obligatorio a que se refiere el artículo 149 de la Ley 446 de 1998.

Posteriormente, la Ley 642 de 2001 mediante la cual se aclara el artículo 2° de la Ley 548 de 1999 en el sentido de que la opción prevista en el inciso segundo de dicho artículo se aplicará también a quienes cumplan los dieciocho (18) años mientras cursan sus estudios de bachillerato momento en el cual debe definir su situación militar. Se establece además que la ley rige a partir de su promulgación y cobija a quienes finalicen sus estudios de bachillerato durante la vigencia de la Ley 548 de 1999. En sentencia C-456 de 2002 se estudió la constitucionalidad de la

elegidos para prestar dicho servicio, se les aplazará su incorporación a las filas hasta el cumplimiento de la referida edad.

Si al acceder a la mayoría de edad el joven que hubiere aplazado su servicio militar estuviere matriculado o admitido en un programa de pregrado en institución de educación superior, tendrá la opción de cumplir inmediatamente su deber o de aplazarlo para el momento de la terminación de sus estudios. Si optare por el cumplimiento inmediato, la institución educativa le conservará el respectivo cupo en las mismas condiciones; si optare por el aplazamiento, el título correspondiente sólo podrá ser otorgado una vez haya cumplido el servicio militar que la ley ordena. La interrupción de los estudios superiores hará exigible la obligación de incorporarse al servicio militar.

La autoridad civil o militar que desconozca la presente disposición incurrirá en causal de mala conducta sancionable con la destitución.

Parágrafo. El joven convocado a filas que haya aplazado su servicio militar hasta la terminación de sus estudios profesionales, cumplirá su deber constitucional como profesional universitario o profesional tecnólogo al servicio de las fuerzas armadas en actividades de servicio social a la comunidad, en obras civiles y tareas de índole científica o técnica en la respectiva dependencia a la que sea adscrito necesite. En tal caso, el servicio militar tendrá una duración de seis meses y será homologable al año rural, periodo de práctica, semestre industrial, año de judicatura, servicio social obligatorio o exigencias académicas similares que la respectiva carrera establezca como requisito de grado. Para los egresados en la carrera de derecho, dicho servicio militar podrá sustituir la tesis o monografía de grado y, en todo caso, reemplazará el servicio social obligatorio a que se refiere el artículo 149 de la Ley 446 de 1998.

expresión “a quienes finalicen sus estudios de bachillerato durante la vigencia de la Ley 548 de 1999” y se declaró la exequibilidad condicionada bajo el entendido que los beneficios previstos en la Ley 548 de 1999 también se aplican a los jóvenes bachilleres que válidamente aplazaron el cumplimiento del deber de prestar el servicio militar desde la entrada en vigencia de la Ley 418 de 1997³¹.

2.2 Obligación y alcance del deber de prestar el servicio militar obligatorio

El Estado, en su dimensión de organización política de la sociedad, garantiza a los individuos el goce efectivo de derechos y prerrogativas, de la misma forma que en aplicación del principio general de *prevalencia del interés general sobre el privado*, exige de cada uno de los miembros de la comunidad el cumplimiento de prestaciones y obligaciones correlativas que hacen posible su existencia.

En Colombia, la prestación del servicio militar en cualquiera de sus modalidades es una de aquellas obligaciones genéricas a las que debe responder todo ciudadano con el objetivo de preservar la democracia como ingrediente esencial del Estado y, a la que no puede negarse por tratarse de la forma en la que se ratifica el postulado básico del contrato social rousseauiano.³²

No se trata de la tiránica imposición sino de la natural y equitativa consecuencia del principio general de prevalencia del interés social sobre el privado, así como de las justas prestaciones que la vida en comunidad exige de cada uno de sus miembros para hacerla posible³³

Ahora, para la integración y funcionamiento de las fuerzas militares, se requiere que ciudadanos colombianos se integren a sus filas permanentemente a través de

³¹ Sentencia T-699 de 2009. Sostuvo el Tribunal Constitucional que la circunstancia de que la Ley 548 excluyera de los beneficios a aquellos menores de edad que decidieron aplazar el servicio militar con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 418, esto es, la reducción del período del servicio militar de doce (12) a seis (6) meses y la posibilidad de homologar el servicio militar obligatorio con el servicio social y comunitario que exigen algunas profesiones, constituye un criterio que provoca una discriminación injustificada e irrazonable en tanto se trata del mismo presupuesto fáctico “*estar facultados por la ley para aplazar la prestación del servicio militar.*”

³² Sentencia las delicias pag 32

³³ Sentencia T-409 de 1992

las modalidades de ingreso prescritas legalmente. El servicio militar obliga en principio a todos por dos razones básicas: en el plano de los deberes constitucionales de los gobernados, por la imperiosa y constante necesidad que de él se tiene para la efectiva defensa de la Patria y, en el terreno de los derechos, por elemental aplicación del principio de igualdad ante la ley (artículo 13 de la Constitución).³⁴

La prestación del servicio militar, si bien es exigible a todos los nacionales, con las excepciones que la ley consagra, debe someterse a los postulados constitucionales y respetar los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas.³⁵

Ahora bien, pese a que se ha dejado claro hasta el momento la constitucionalidad de la obligación de prestar el servicio militar, lo cierto es que ningún deber exigible a las personas como consecuencia natural de la vida en comunidad, puede afectar lo que la doctrina constitucional ha denominado el “nucleo esencial” de sus derechos fundamentales. De ahí que como bien lo ha considerado la jurisprudencia, *el deber de arriesgar la vida no es absoluto*³⁶, de manera que si se considera que el ejercicio de los derechos tiene sus límites, de igual manera el cumplimiento de deberes solo puede exigírsele a quienes prestan servicio militar en la medida de su capacidad para cumplir, sometiendo tal deber a los postulados constitucionales y respetar los derechos fundamentales y las libertades básicas de los llamados a filas”³⁷.

. En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional sostiene,

“El militar, por el mismo hecho de su responsabilidad, debe asumir las eventuales consecuencias, claramente riesgosas e impredecibles en muchos casos, que para su integridad, su libertad personal y aun su vida comporta la vinculación a filas. Pero, los deberes exigibles a las personas no pueden hacerse tan rigurosos que comprometan el núcleo esencial de

³⁴ Ibídem

³⁵ Sentencia SU pag 5

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU 200 de 1997

³⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997.

sus derechos fundamentales, pudiendo ser éstos preservados. Si el riesgo para la vida o la integridad no resulta (sic) imperioso o necesario, considerada la situación concreta, no ha de propiciarse su exigencia. El deber de arriesgar la vida no es absoluto. En relación con los deberes, únicamente pueden ser exigibles en su integridad cuando el obligado a ellos está en capacidad efectiva de cumplirlos, pues, al igual que los derechos, también tienen sus límites. Deben existir diferentes niveles en los cuales se puede cumplir con la obligación constitucional de tomar las armas teniendo en cuenta el entrenamiento, disposición y aptitudes de quien va a defender la independencia, soberanía e integridad institucional.³⁸

De esta forma, queda claro que quienes prestan sus servicios como militares en cumplimiento del deber impuesto constitucionalmente de manera legítima, en su condición de ciudadano-soldado no renuncia jamás a sus derechos fundamentales. El establecimiento de la prestación del servicio militar obligatorio se corresponde con el principio de solidaridad y de preservación de la convivencia, ya que con la existencia del servicio militar se permite garantizar el ejercicio y despliegue de los derechos reconocidos constitucionalmente, no obstante el cumplimiento de tal deber no puede entenderse como exclusión de las mínimas garantías reconocidas constitucionalmente y al respeto de los derechos humanos cualquier individuo tiene la posibilidad de ejercer.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-200 de 1997

CAPÍTULO 3:

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA CAUSADOS POR TERCEROS.

3.1 Antecedentes

3.1.1 Daños sufridos por quienes prestan Servicio Militar obligatorio: Regímenes Objetivos y Subjetivos

Sin lugar a dudas, el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados a los miembros de la fuerza pública ha ocupado gran parte del quehacer de quienes ejercen la función de administrar justicia dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En primera medida deberá establecerse que aquellos perjuicios ocasionados con ocasión de riesgos propios del servicio y solo como consecuencia de estos, tradicionalmente no conllevaban a una declaratoria de responsabilidad estatal toda vez que existe una relación reglamentaria entre el agente y el Estado, en virtud de la cual los daños que se ocasionen serán indemnizados bajo la institución de la denominada "*reparación a forfait*".

El Consejo de Estado ha reconocido en múltiples ocasiones la responsabilidad del Estado colombiano por este tipo de daños, abordando diferencialmente el tema dependiendo de si se trata de daños sufridos por quienes prestan servicio militar obligatorio o por quienes prestan servicios profesionalmente.

Ahora bien, cuando del deber de prestar el servicio militar obligatorio se derivan daños a la integridad sicofísica del conscripto, que exceden la restricción de sus derechos fundamentales de locomoción o libertad entre otros, se ha dado aplicación títulos de imputación objetivos que engloban ya sea el daño especial o el riesgo excepcional. Esto en razón a que en estos casos, el agente no asume de

manera voluntaria los riesgos inherentes a la actividad militar sino que está en el cumplimiento de un deber constitucionalmente impuesto.

Así las cosas, las personas que prestan servicio militar obligatorio sólo están obligadas a soportar las cargas que son inseparables a la prestación del servicio, tales como la restricción a los derechos fundamentales de libertad y locomoción, pero no los riesgos anormales o excepcionales³⁹, su tarea *corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”⁴⁰, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas.*

De manera que si durante ejecución de tal deber constitucional sobrevienen lesiones o cualquier tipo de daño derivado de situaciones que tienen protección jurídica como la vida, la integridad personal y la salud, ellas pueden ser causa de imputación de daño antijurídico al Estado, por cuanto en dicho caso, el soldado conscripto no comparte ni asume ese tipo de riesgos con el Estado, por lo que la administración deberá responder patrimonial resarciendo los perjuicios ocasionados al conscripto.

Entre el Daño especial y el Riesgo excepcional.

En efecto, de tiempo otras se ha analizado la responsabilidad respecto de los conscriptos bajo el régimen objetivo del daño especial, determinado, por dos situaciones que deben concurrir: en primer lugar, por el rompimiento del equilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas que se genera al ser incorporados, por mandato constitucional en los términos y salvo las excepciones consagradas por la Ley, a prestar el servicio militar de manera obligatoria, pese a que no todos los asociados estén llamados a soportar tal situación y, en segundo lugar, por las mayores contingencias a las que están sometidos en relación con los demás miembros de la sociedad, por consiguiente, cuando sufren desmedro físico o

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013) Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

⁴⁰ Cita textual del fallo: Sentencia de la Corte Constitucional T-250 del 30 de junio de 1993.

fallecen por razón del servicio, el Estado asume la obligación de reparar todos los daños antijurídicos que se causen con ocasión del mismo, pues el conscripto sólo está obligado a soportar la restricción relativa de los derechos y libertades que resultan inherentes del ejercicio de la actividad militar⁴¹

La jurisprudencia ha imputado responsabilidad al Estado a título de Daño especial cuando el daño se produce por el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, es decir, cuando se somete a un soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, al respecto el alto tribunal ha considerado:

“si bien éstos pueden sufrir daños con ocasión de la obligación de prestar servicio militar obligatorio, consistentes en la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad etc. ellos no devienen en antijurídicos, porque dicha restricción proviene de la Constitución; pero que pueden sufrir otros daños que si devienen en antijurídicos y que tienen su causa en dicha prestación, cuando ocurren durante el servicio y en cumplimiento de las actividades propias de él, que les gravan de manera excesiva, en desmedro de la salud y de la vida, los cuales deben indemnizarse por el conglomerado social a cuyo favor fueron sacrificados dichos bienes jurídicos, porque se da quebranto al principio de igualdad frente a las cargas públicas”⁴²

De la misma forma, se ha aplicado la teoría del Riesgo Excepcional en los eventos en que el daño se produce como consecuencia de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos, de modo que si se demuestra que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos, no se requiere realizar valoración subjetiva de la conducta del demandado⁴³. Al respecto se ha expresado:

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia Expediente No. 15793

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de agosto de 2005, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 16205.

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2005, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 15445.

“en efecto, la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante.”⁴⁴

Falla en el servicio aplicada a daños a conscriptos

No obstante lo expresado hasta este punto, se tiene que en los eventos en los daños tienen origen en irregularidades en la actividad de la administración, el análisis debe" efectuarse a la luz del régimen general de responsabilidad civil extracontractual del Estado, esto es, Falla en el servicio, la cual de acuerdo con el precedente jurisprudencial, surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche⁴⁵

En este punto el principio *lura novit Curia* adquiere gran relevancia pues, se pone en cabeza del juez administrativo el deber de verificar a partir de cual de los títulos de imputación mencionados puede endilgársele a la entidad demandada la responsabilidad patrimonial por el daño cuando el mismo logre acreditarse en el

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17927.

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17927.

plenario. En tal sentido, cuando el tal daño e sea consecuencia de un comportamiento o una omisión producto de un mal funcionamiento de la administración, el operador judicial deberá dar aplicación al régimen de falla del servicio, *en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño, en caso de ser condenado a la correspondiente reparación.*⁴⁶

3.1.2 Daños sufridos por miembros Voluntarios de la Fuerza Pública

En lo que respecta a la declaratoria de responsabilidad aplicable a la administración por daños sufridos en el frente a quienes prestan sus servicios en las fuerzas armadas como voluntario, se entiende que dicha persona es parte en una relación laboral con el Estado, la cual está regida por los derechos y obligaciones relativos a dicho nexo, los cuales se concretan cuando se presentan daños ocurridos con ocasión de la prestación del servicio y en directa relación con el mismo⁴⁷.

En tal sentido, el Estado mantiene su deber de proteger la vida de todas las personas aun con respecto a los miembros de las fuerzas armados, el hecho de que estos individuos haya asumido de manera totalmente voluntaria los riesgos inherentes al ejercicio de estas actividades, ciertamente constituye una modificación de las condiciones en las cuales el estado debe responder por los daños que puedan llegar a concretarse, sin que esto signifique de ninguna manera que se exonere a los cuerpos armados de su deber procurar la protección de la vida e integridad de quienes integran sus filas.

De acuerdo con el mismo precedente, el común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de un miembro de las fuerzas armadas es el de la “exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad

⁴⁶ *Ibíd*em

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección B Sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013) Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

personal”. Esto indica, pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual enfrentamiento con la delincuencia⁴⁸

En relación con los daños padecidos por los miembros de las Fuerzas Militares, están cubiertos por el sistema régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del riesgo al que se somete aquel que ingresa voluntaria y profesionalmente, lo que aunado a los derechos a la pensión de que es titular en virtud de su estatuto laboral, esto llevará a que se active la denominada “indemnización a for-fait lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional. Sobre el tema la corporación ha considerado:

Se precisa en este aspecto que en relación con los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que éstos deben soportar s daños que sufran como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad y sólo habrá lugar a la reparación, por vía de la acción de reparación directa, cuando dichos daños se hayan producido por falla del servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, o cuando el daño sufrido por la víctima sea causado con arma de dotación oficial, evento en el cual se aplica el régimen de responsabilidad objetivo, por la creación del riesgo. En todo caso, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait).

Sobre el reconocimiento en los casos de falla en el servicio el Consejo de Estado ha establecido:

“No obstante cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio, sino que han sido causadas por falla del servicio, el funcionario, o el militar, en su caso, que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud...

“Ejemplos típicos de esta situación se presentan en todos los casos en que el accidente se produce por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propio

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia del 14 de Septiembre de 2011 Exp. 19031 C.P Dr. Enrique Gil

del agente tales como el militar que perece al cruzar un puente en construcción, sin señales de peligro o aquel que muere víctima de un agente de policía ebrio en horas de servicio y cuando el militar no interviene en el operativo sino que cruza accidentalmente por el lugar. También se dan los casos en que los hechos exceden los riesgos propios de ejercicio: tal es el caso del militar que perece en accidente de tránsito debido a falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transporta, o el militar que perece en accidente de avión debido a que éste fue defectuosamente reparado por el servicio de mantenimiento. En todos estos casos la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnización plena rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

“Este principio es fundamental: todo ciudadano es igual a los demás frente a la ley. El principio constitucional que ordena al Estado proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes y sobre el cual se fundamentan las acciones indemnizatorias según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, deben cubrir por igual a quien desempeña una función de servicio público como a quien es un simple ciudadano y no devenga sus ingresos del erario público. No sería justo que la calidad de servidor público prive a un ciudadano del derecho de recibir la protección propia del Estado y de ser indemnizado por las fallas del servicio, bien por acción o bien por omisión”⁴⁹.

En los eventos en que se somete a individuo a situaciones de riesgo excepcional:

“Cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros. Ha considerado la Sala que cuando se expone al funcionario a un riesgo mayor se vulnera el principio de igualdad frente a las cargas públicas y hay lugar a la indemnización plena o integral de los perjuicios causados. Así, en providencia del 3 de abril de 1997, expediente No. 11.187, se precisó:

“Valga precisar en cuanto al riesgo que asumen quienes se vinculan a las fuerzas armadas, que ese riesgo cobija a todos los integrantes por igual. Solo cuando alguno de ellos es puesto en circunstancias que intensifican el riesgo puede hablarse de que se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Pero el principio de la igualdad siempre debe mirarse referidos a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado.

“En tratándose del riesgo a perder la vida o a sufrir lesiones personales, no puede predicarse igualdad entre cualquier asociado y quien pertenece a las fuerzas armadas del Estado. La vinculación a esas instituciones de suyo

⁴⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 14.001, Actor: Luz Dary Suaza Castrillón y otros

*implica la asunción del riesgo, diferente a aquel que se presenta frente al asociado común*⁵⁰.

En conclusión, cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión o cuando se tratare de la exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal.

3.2 Daños sufridos por miembros de la Fuerza Pública causados por terceros.

A continuación se abordara el estudio de los fundamentos jurídico normativo que permitieron que el Estado Colombiano fuese condenado a indemnizar a miembros de las fuerzas armadas por los sufridos daños la toma de las FARC a la base Las Delicias, determinando si ciertamente el fallo constituye un gran giro en el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y si las instituciones jurídicas utilizadas para fundamentar la condena tenían ya dentro de la jurisprudencia de la alta corporación un desarrollo previo.

3.2.1 Jurisprudencia del Consejo de Estado

A continuación desarrollaremos las más influyentes sentencias del consejo de estado en la declaración de la responsabilidad extracontractual del Estado por daños a miembros de las fuerzas públicas, partiendo de los antecedentes hasta llegar a las sentencias base de esta investigación.

3.2.2 Antecedentes

- **Sentencia del Consejo de Estado –Sección Tercera- de 1993 por emboscada en el departamento de Caquetá.**

Los hechos en esta sentencia señalan que el día dos de octubre de 1998 fue muerto el suboficial del ejército nacional Luis Agudelo en el sitio denominado El

⁵⁰ *Ibíd*em

Zanjon entre al municipio de Cartagena del Chairá y El Paujil, en el departamento de Caquetá. El infortunado hecho tuvo ocurrencia cuando varios militares pertenecientes al batallón “Héroes del Güepi” desarrollaban labores de patrullaje a pie en la zona comprendida entre los municipios mencionados, posteriormente por mandato de quien comandaba la operación subieron a uno de los buses denominados “Chivas”, mezclándose con los civiles que en el bus se transportaban, quedando así sin las más elementales formas de defensa. El mencionado bus es atacado por un grupo de guerrilleros que se encontraban a ambos lados de la carretera masacrando así a diez soldados y dos suboficiales, siendo uno de ellos el sr Luis Agudelo.

El título de imputación utilizado en esta sentencia para la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado fue LA FALLA DEL SERVICIO considerando en esa oportunidad el Consejo de Estado que la misma “*se observa palmaria y protuberante y se puso de presente como consecuencia de la conducta poco profesional, descuidada y negligente del oficial al mando que colocándose en contravía de los reglamentos del servicio, de la expresa prohibición impartida por sus superiores y de lo que indicaban las reglas de experiencia para una zona plagada de insurgentes, resolvió desplazar la tropa por las vías públicas y hacerlo en el vehículo de servicio público en el que se transportaban personas y carga en uno de los denominados bus escalera. La conducta impropia del agente oficial se ve agravada por el hecho concomitante de no haber adoptado ninguna medida de inteligencia o de observación previa del terreno a transitar previendo que pudiera presentarse un ataque de la subversión; por haber expuesto innecesariamente a los pasajeros a sufrir como en efecto ocurrió un grave atentado contra su vida e integridad psico - física y; finalmente por haber colocado a quienes dirigía en una verdadera trampa, a la contingencia de una emboscada pues repleto el bus, apiñados con los pasajeros y sin la menor posibilidad de dispersarse o atrincherarse fueron presa fácil de sus atacantes algunos de ellos abatidos sin siquiera, alcanzar a hacer uso de sus armas de dotación oficial.*”⁵¹

⁵¹ Consejo de Estado –Sección Tercera- C.P. Juan Montes Hernández. Rad. 7013. Diciembre de 1993.

Concluyéndose así que el daño producido es imputable únicamente al Ejército Nacional al haber incumplido su obligación de su servidor; por consiguiente, el Estado deberá reparar los perjuicios infligidos al demandante.

La indemnización que se dio en este caso fue de mil (1.000) gramos oro por concepto de perjuicios morales

- **Sentencia del Consejo de Estado –Sección Tercera- de 2003 por Toma a la estación de Policía de Pasca Cundinamarca.**

Los hechos en esta sentencia señalan que en las primeras horas de la noche del 19 de julio de 1994, un gran número de guerrilleros pertenecientes a las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC-, irrumpieron en el poblado de Pasca, Cundinamarca, dispararon armas de fuego de largo alcance, como rocker, granadas de mano, fúsiles, destruyendo por completo el cuartel de Policía y las instalaciones de la alcaldía. En el ataque resultaron muertos el agente Jairo García Murcia, quien se encontraba destacado allí, lo mismo que el comandante de la estación sargento José Alfonso Sánchez, quienes se desempeñaban como miembros de la Policía Nacional y el día de su fallecimiento se encontraban prestando sus servicios en la estación de Policía de Pasca.

Del por menor de los hechos probados dentro del proceso, se extrae que aproximadamente a las 7:15 de la noche fueron informados por varios ciudadanos que un grupo guerrillero estaba rodeando el pueblo, por lo cual se comunicó inmediatamente con el distrito de Fusagasugá; minutos después fueron atacados con armas de fuego de largo alcance y ellos respondieron al ataque, pero luego les lanzaron granadas, rockets y dinamita. Calculan que eran más de 180 los subversivos y ellos sólo 6. Aproximadamente a las 9:00 p.m. fue lesionado el agente Leiva, una hora después el sargento Sánchez y alrededor de las 11:30 el agente García. Aproximadamente a las 10:00 p.m. escucharon un helicóptero que se limitó a dar la vuelta. Ellos continuaron repeliendo el ataque y a la una de la mañana ya había sido destruida la estación de Policía. Finalmente, los guerrilleros

lanzaron una nueva granada sobre las instalaciones, hurtaron el armamento oficial y se marcharon. Cuando ya habían sido conducidos al hospital llegó el refuerzo de Fusagasugá.

En la sentencia recurrida encontramos que al Fallar el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de las demandas al considerar que *“no hay lugar a condenar al Estado por una presunta omisión porque le es a los jueces vedado calificar las estrategias que las fuerzas militares y de policía siguen en el terreno de la guerra...Cuando la decisión de no mandar refuerzos depende de nuevos actores militares y de táctica y la decisión de no entregarse depende de las propias víctimas que valoran más su actividad militar que su propia vida, no puede la justicia considerar omisiva la conducta del Estado que precaviendo un riesgo mayor o imposibilitado técnica o logísticamente para hacerlo, decide abstenerse de enviar refuerzos... cuando se trate de personal civil que es atacado, la no respuesta de los agentes armados del Estado hace incurrir a éste en falla del servicio; mientras que cuando se trate de agentes armados del Estado resulta menester que se pruebe la incuria, la negligencia de la persona encargada de prestar el auxilio. No basta que deje de prestarse apoyo militar para que se considere que hay falla”, y aclaró que si bien la policía es fuerza armada de carácter civil, “por la condición que se vive en el país, la policía se presenta cada vez con mayor entidad como un servicio armado de fusil, listo a repeler ataques de combatientes. Por esa razón, a pesar de que el ataque fue contra la policía y no contra las fuerzas armadas, debe tenerse como riesgo del servicio propio de la actividad policial”⁵².*

El problema jurídico a resolver por la sala es que *“Dado que la muerte de los agentes se produjo en actos de servicio, para establecer la responsabilidad del Estado, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección, quienes ejercen funciones relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, asumen los riesgos inherentes a la misma actividad y están cubiertos por el sistema de la*

⁵² Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Rad. 000-1994-0385 de Julio 17 de 1997.

indemnización predeterminada o automática (a forfait), establecida en las normas laborales para los accidentes de trabajo”⁵³.

El título de imputación utilizado por el Consejo de Estado en esta sentencia para la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado fue LA FALLA DEL SERVICIO al considerar la sala que *“a pesar de que la presencia de grupos subversivos en la región era ampliamente conocida por las autoridades militares, no se tomaron las medidas que ellos mismos habían diseñado para enfrentarlos. Así, aunque la evaluación citada en las pruebas se había realizado en el mismo mes en que se produjo el ataque, no se movilizaron grupos de antiguerrillera, ni se dotó la estación de Policía del municipio de Pasca de mejor armamento o mayor número de agentes preparados para enfrentar un combate de considerable magnitud. Pero la mayor omisión atribuible a la entidad demandada, es la de no haberle brindado apoyo a los agentes que se hallaban en el municipio de Pasca, a pesar de que en la estación de Fusagasugá se tuvo conocimiento de la incursión guerrillera desde antes de su inicio y a pesar de que estos dos municipios, así como otras bases militares y de policía del departamento, incluida la capital, quedan muy cerca del sitio del enfrentamiento. Aunque, como lo ha reiterado la Sala, no es dable al juez evaluar las estrategias militares asumidas para establecer si fueron o no acertadas, lo cierto es que la omisión o retardo injustificado en prestar ayuda a seis hombres que se enfrentaban a más de cien no puede considerarse una estrategia militar sino un abandono. Se destaca que de acuerdo con los mismos informes de la Policía, se tuvo conocimiento de la inminencia del ataque a la población de Pasca desde antes de las 8:00 p.m., pero sólo hasta la 0:0 horas del día siguiente salieron a prestarle refuerzos a los agentes que se encontraban allí...La aparente ayuda prestada por el Ejército con el sobrevuelo del helicóptero del Ejército resultó inane, pues en nada contribuyó a la defensa de los agentes de la Policía. En consecuencia, aunque la muerte de los agentes fue causada por terceros, no hay lugar a exonerar a la entidad demandada porque el hecho no era imprevisible ni se ejecutaron acciones tendientes a resistirlo. Por lo tanto, ésta deberá indemnizar los daños causados a*

⁵³ Consejo de Estado –Sección Tercera- C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 14117. Febrero de 2003.

los demandantes por haber incurrido en una falla del servicio, que contribuyó a la causación del daño. Si bien los agentes de la Policía asumen los riesgos inherentes a su actividad y por lo tanto, deben soportar los daños que sufran como consecuencia del desarrollo de dicha actividad, su decisión tiene límites que no pueden llegar hasta el extremo de exigirles que asuman un comportamiento heroico, cuando de manera desproporcionada e irrazonable se los somete sin ninguna ayuda real a confrontar una situación de peligro que conducirá inexorablemente a lesionar su integridad física o la pérdida de su vida, como ocurrió en el caso concreto”⁵⁴.

La indemnización que se dio en este caso fue pago a los demandantes de sumas de dinero por conceptos perjuicios morales, de daño emergente y lucro cesante.

3.2.3 Análisis de la sentencia Caso Toma Las Delicias

Identificación de la Sentencia:

- Corporación: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C
- Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa
- Fecha: veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011).
- Demandado: Nación-Ministerio De Defensa Nacional-Ejército Nacional
- Medio de control: Reparación Directa

3.2.3.1 Hechos

Los hechos narrados en el texto de la demanda se tiene que en el año 1995 el señor Molina Castro fue incorporado al Ejército Nacional a la edad de 22 años para prestar el servicio militar obligatorio, habiendo sido asignado al Batallón de Selva No. 49 JUAN BAUTISTA SOLARTE OBANDO, en la Base Militar “Las Delicias”; en la jurisdicción del municipio de la Tagua, Putumayo.

⁵⁴ Consejo de Estado –Sección Tercera- C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 14117. Febrero de 2003.

El soldado llegó a dicha base el 26 de agosto de 1996. El 30 de agosto de 1996 aproximadamente a las 7:30 p.m., la Base Militar de “Las Delicias” fue atacada al parecer por el grupo de subversivos de las FARC, conformado por 200 hombres.

Al llegar a la base militar “Las Delicias” los comandantes de la compañía de la cual formaba parte Molina Castro, no tomaron las medidas necesarias como la realización de inteligencia militar, emplazamiento de los morteros, ejercicios de registro y control del área, al igual que la base no contaba con alarmas ni campos minados, que impidieran que la Base Militar fuera atacada y copada y de donde el señor Omar León Molina, sufrió graves lesiones físicas que afectaron su capacidad auditiva y la memoria que le impidió laborar y disfrutar.

Expresó que entre las 11:30 p.m. del 30 de agosto de 1996 y la 1:00 a.m., del 31 de agosto del mismo año, llegaron dos aviones que estuvieron por espacio de unos 15 minutos sobrevolando la Base de Las Delicias. Estos hicieron algunas ráfagas y desaparecieron sin que posteriormente regresaran a prestar apoyo. Solo hasta las 3:00 p.m. del 31 de agosto de 1996 concurrió al lugar el apoyo aéreo, cuando ya todo estaba consumado y los subversivos ya tenían a los rehenes. Por lo tanto, se presentó negligencia absoluta de los mandos superiores respecto de la suerte de los soldados y oficiales de la base militar.

El joven Omar León Molina Castro antes de ser reclutado para la prestación del servicio militar obligatorio, residía en la ciudad de Florencia, Caquetá, junto con su compañera permanente Leonor Chavarro Trujillo y su hijo Harold Alexis Molina Chavarro, donde se dedicaba a las labores de construcción y de la cual derivaba el sustento obteniendo ingresos mensuales de \$170.000.

A partir de lo anterior el honorable Consejo de Estado planteó como problema jurídico el siguiente ¿Cabe endilgar la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por los daños causados como consecuencia de las lesiones del

soldado, en atención a que el resultado perjudicial no estaba éste ni sus familiares obligados a soportar?

3.2.3.2 Daño Antijurídico

En cuanto al daño antijurídico se deja claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado:

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁵⁵.

Con respecto al caso concreto, se encontró plenamente demostrado que el señor Omar León Molina Castro, quien para la época de los hechos era soldado regular perteneciente a la Compañía C del Ejército Nacional, resultó con lesiones con arma de fuego esquirla frontal con hematoma intraparenquimatoso meningitis bacteriana quedando como secuela. a) cefalea crónica. b) sindorme vertiginoso. c) hipocusta derecha de 20 decibeles. d) síndrome convulsivo, de acuerdo con lo descrito por la Junta Médica de Sanidad del Ejército Nacional, y que se ocasionaron como consecuencia del ataque realizado por subversivos de las FARC a la Base Militar de las Delicias el 30 y 31 de agosto de 1996

3.2.3.3 La imputación

A continuación estudiaremos cómo fue posible imputar fáctica y jurídicamente el resultado dañoso producido a la demandada

a. Imputación Fáctica

Las cuadrillas que conformaban el bloque sur de las FARC habían decidido en últimos dos meses de aquella época presionar a la población de esa jurisdicción

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

con el fin de que el gobierno nacional suspendiera las fumigaciones en los cultivos de coca.

El 24 de agosto de 1996 se envió a la unidad fundamental en 2 remolcadores llegando a la unidad táctica el domingo 25 de agosto en las 5 horas de la tarde. El comandante recibió a la Unidad Fundamental, les informó el relevo que debían hacer con la Compañía "A" y de la presencia de NARCO FARC en la zona, dándoles a conocer de una posible toma de la base de acuerdo a los informes que había recibido de la Fuerza Naval Sur. Esa noche, se relevó la totalidad de los oficiales y el 20% de suboficiales. Desde el día en que llegaron a la Base Militar hasta el día de la toma, la unidad no desarrolló ninguna operación alrededor de la base, no hizo las descubiertas ordenadas en la madrugada y al anochecer no hizo ningún ensayo real del plan de defensa y contraataque, no desarrolló ninguna actividad de inteligencia y se dedicaron hacer actividades netamente administrativas como arreglo de la base, aseo, etc.

El 30 de Agosto de 1996 a las 19:30 horas el personal estaba formado en la plaza de armas, momento en el cual estalló la primera granada de mortero en el kiosco de televisión, de inmediato se inició el plan de reacción y contraataque y enseguida el radio operador de la compañía informó a un oficial del batallón de selva no. 49 que los estaban atacando, el cual dio instrucciones de como defenderse y protegerse del enemigo. Se pudo establecer así mismo que hubo sobrevuelo de aviones que lanzaron bengalas y ametrallaron los alrededores de la base. Aproximadamente a las 14:00 horas del 31 agosto de 1996 llegó al puerto de Las Delicias el elemento de combate fluvial utilizado por la fuerza naval del sur para apoyar a las tropas que se encontraban en esa base pero las cuadrillas de las FARC ya habían abandonado el lugar y solo encontraron los cadáveres de 28 soldados de la compañía C y 16 heridos.

Además de todo el material probatorio se hallaron las siguientes relevantes fallas:

- La noche anterior al desplazamiento de la Compañía “C” para ocupar el puesto en la Base de las Delicias, fue relevado el 100% de los oficiales y un 20% de suboficiales.
- No hubo empalme entre las compañías C y A.
- No hubo información de la plana mayor a los cuadros de la Compañía C sobre el enemigo, las últimas actividades y todos los aspectos relacionados con las operaciones, inteligencia etc.
- Durante los cuatro días que llevaba la compañía C en la Base, no se realizó control militar, ni patrullaje alrededor de la base, no hubo ensayo real del plan de defensa y contraataque.
- Alrededor de la base no había trampas de iluminación, ni campos minados o sistemas de alarmas.
- El armamento de dotación de la unidad fundamental presentó fallas en su operación.
- No hubo apoyo oportuno a pesar de que el combate fue prolongado en el tiempo.
- La operación de relevo de las tropas se efectuó en forma improvisada y sin supervisor por parte del Comando del Batallón de Selva No. 49.
- No se realizó patrullaje alguno para garantizar la seguridad de la Compañía y de sus hombres.
- El apoyo aéreo si bien fue oportuno, no fue eficaz por la limitación de las comunicaciones (Fl. 10 C. 1 de los anexos investigación preliminar de las Fuerzas Militares)

b. Imputación Jurídica

De antemano hay que destacar que el fallo bajo estudio considera que el daño antijurídico reclamado puede atribuirse a la demandada encuadrándose en los diferentes títulos de imputación, pero se aclara que *debería consolidarse la imputación por medio de la imputación del resultado perjudicial causado a las víctimas.*

Afirma la sala que *existe plena* certeza que la responsabilidad es atribuible al Estado por el resultado dañoso causado a Omar León Molina Castro. Y señala cuales fueron los elementos que contribuyeron en la producción del daño:

- i) **La omisión del Estado de haber adoptado todas las medidas razonables para prevenir la violación de los Derechos Humanos de las que fueron objeto los ciudadanos-soldados, y;**
- ii) **porque fue el Estado el que creó la situación objetiva de riesgo** (comprendida por la existencia de la Base Militar de Las Delicias en un ámbito espacial, de orden público y de posibilidades de defensa y protección limitada, como se aceptó), **sin que hubiera desplegado los deberes de salvamento, apoyo y protección suficiente al que estaba obligado por expresos mandatos constitucionales**, como se señala en el deber de proteger el territorio y los ciudadanos frente a todo tipo de agresión interna o externa. Concretamente, el Estado creó la situación objetiva de riesgo en atención a los siguientes factores: i) **la falta de preparación y de entrenamiento** en los días anteriores al ataque guerrillero, lo que no fue supervisado, ni tuvo la vigilancia debida por parte de los mandos oficiales de las fuerzas armadas; ii) **la existencia misma de la Base Militar de Las Delicias en una posición que no fue estudiada estratégicamente**, ni se valoró adecuadamente las vías de escape y de penetración, lo que llevó a que en la mañana del 31 de agosto de 1996 se produjera la incursión completa de las fuerzas irregulares al interior de la Base; iii) **el retardo injustificado e insuficiente del apoyo militar**, pese a que en las proximidades se contaba con la Base de Tres esquinas, los apoyos fluviales desde Puerto Leguizamo, el apoyo aéreo desde Apiay; iv) **los fallos en el armamento y en la planeación de la infraestructura de la base necesaria para poder repeler y afrontar con garantías un ataque de los grupos subversivos**; v) **teniendo en cuenta que en la zona operaban los grupos subversivos, constituía un hecho notorio la posibilidad de un ataque de los mismos, lo que representa una amenaza inminente, cierta e inevitable.**

Agrega el fallo que se reitera por la Sala, la responsabilidad que se imputa al Estado es por el resultado en atención a que i) no hubo o no se emplearon suficientes instrumentos de prevención (frente a lo que los altos mandos militares reflejan su omisión y desatención); ii) la calidad de la respuesta que se tuvo para defender a los miembros de la fuerza militar, entre ellos a Omar León Molina Castro fue limitada, tardía, insuficiente y propia de la falta absoluta de planeación y coordinación que exige la estrategia y desarrollo militar (pese a que nuestra fuerza militar tiene instituciones y forma a sus cuadros en escuelas militares de las mejores en el mundo), y; iii) a que el apoyo o reacción del Estado fue tardío, insuficiente y drásticamente limitado, lo que llevó a dejar sin alternativa alguna a los ciudadanos soldados, que produjo las lesiones del acto. Por lo tanto, se sustenta dicha atribución, en su conjunto, en la falta absoluta de la “debida diligencia” que debía aplicar el Estado en el caso concreto de la toma de la Base Militar de Las Delicias por parte de un grupo armado insurgente.

A juicio de la sala no es recibo aquel argumento que descarga responsabilidad sobre la demandadas en razón a que para la época de los hechos las Fuerzas Militares (Ejército Nacional) debió atender múltiples acciones insurgentes en distintos lugares del territorio nacional, *pues no puede apoyarse la idea según la cual dichas Fuerzas sólo concentren su tropa e infraestructura militar en un ámbito reducido del territorio donde entiendan que hay amenazas de perturbación del orden público, pues tal decisión resulta ausente de toda ponderación y proporcionalidad incluso sin razonabilidad, en la medida en que se habría dejado de considerar el derecho a la seguridad e integridad de sus propios hombres, de los ciudadanos-soldados que se encuentran en territorios inhóspitos y tan alejados, que se pueda constituir en un simple y llano desamparo, como fue lo que se concretó el 30 de agosto de 1996.*

3.2.3.3.1 Hecho de un tercero

Con respecto a la configuración del hecho de un tercero como causal para exonerar a la administración de la responsabilidad por los daños acaecidos con

ocasión de la mencionada toma guerrillera , toda vez que lo realmente determinante para la producción del resultado perjudicial fueron las causas expuestas anteriormente, esto es la omisión del deber de y la creación de una situación objetiva de riesgo, sin perjuicio que la causa directa haya sido producida por el hecho de un tercero, existe plena certeza que la responsabilidad es atribuible al Estado por el resultado dañoso causado a Omar León Molina Castro.

3.2.3.4 Indemnización

La sala resolvió revocar la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 21 de junio de 2000 y en su lugar se decidió declarar responsable a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL administrativamente responsable por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de las lesiones padecidas por el señor Omar León Molina Castro, derivada del incumplimiento del deber positivo de protección de los derechos de los soldados con ocasión de la toma guerrillera de las Delicias, en el Departamento del Putumayo, el día 30 de agosto de 1996.

En tal sentido se condenó a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a pagar por perjuicios morales a cada una de las siguientes personas los siguientes valores: a OMAR LEON MOLINA CASTRO (lesionado) cien (100) SMLMV; a DALILA CASTRO VALENCIA (madre) cien (100) SMLMV y HAROLD ALEXIS MOLINA CHAVARRO (hijo) cien (100) SMLMV. A cada uno de los hermanos, estos son, YUDI ANDREA MOLINA CASTRO (hermana); FAUSTINO VELASQUEZ CASTRO (hermano) y OLGA MARYURY MOLINA CASTRO (hermana) cincuenta (50) SMLMV.

La liquidación de los perjuicios morales la sala utiliza un test de proporcionalidad fundamentado en el principio de proporcionalidad y desarrollado por el precedente jurisprudencial el cual comprende tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en él o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.

Puntualiza el fallo que la estimación se realizaría teniendo en cuenta el salario mensual vigente teniendo en cuenta el criterio que se viene aplicando jurisprudencialmente a partir del año 2001.

Sobre los perjuicios materiales se condena a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a pagar por concepto de lucro cesante consolidado el valor de CIENTO CUARENTA MILLONES CIENTO SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$140.163.453,00); y por concepto de lucro cesante futuro la suma de NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$92.665.267), para un total por LUCRO CESANTE de DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS (\$232.828.720). No fueron acreditados los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

Para efectos de la liquidación del lucro cesante, toda vez que no existe prueba del salario devengado por el agente afectado al momento del suceso, entonces se toma como referencia el valor del salario mínimo al momento de los hechos (199&), para así actualizarlo al compararlo con el actual salario mínimo al momento de la sentencia 2011.

Para efectos del lucro cesante futuro se tuvo en cuenta las tablas de mortalidad proferidas por la entonces Superintendencia Bancaria la expectativa de vida equivale a 53.94 años que en meses son 647.28 y que el señor Molina Castro nació el 12 de octubre de 1973, para la época de los hechos tenía 22 años de edad.

Por concepto de perjuicio fisiológico se ordenó el pago del equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a pagar a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL al comprobarse que sufrió profundas alteraciones como consecuencia de las , no sólo como consecuencia de la incapacidad dictaminada, sino esencialmente por los rigores que la guerra imprime en la vida de personas que por su extracción social, condiciones de vida y expectativas de progreso personal han visto limitadas y restringidas sus respectivas esferas de desenvolvimiento social, lo que lleva a que se revela, como se deduce de la prueba testimonial, en la presencia de un trauma psicológico que perturba el despliegue de las actividades que ordinariamente realicen los mencionados soldados.

En aras de dar la aplicación del principio de reparación integral, con fundamentos del precedente jurisprudencial interamericano de derechos humanos, fijó una serie de medidas, las cuales sólo serán aplicables para especiales casos que como la toma de Las Delicias, representan un evento de grave e indiscutible violación de los derechos humanos de los ciudadanos-soldados que como Omar León Molina Castro sufrió por el incumplimiento del deber positivo (objetivo) del Estado en atender protección de la vida e integridad personal de sus propios uniformados. Estas medidas son medidas de satisfacción e favor de los demandantes: i) la publicación de la presente sentencia, en un término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la misma, en el Diario Oficial y de la parte resolutive de la misma en un diario de circulación nacional; ii) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte de las entidades demandadas y la declaración del Ministro de la Defensa de una política dirigida a corregir los fallos cometidos en esta base militar; iii) proveer al lesionado de un tratamiento

psicológico, que permita su reinserción social y la superación de las huellas de la guerra; iv) solicitar, en virtud de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, de los reglamentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la realización de un informe especial relativo a las violaciones de derechos humanos que se haya producido en los hechos del 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de las Delicias, como consecuencia de las acciones tanto de la fuerza militar estatal, como del grupo armado insurgente que llevó a cabo el ataque; y; v) compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para se investigue disciplinaria y penalmente los actos u omisiones de los altos mandos militares para la época de los hechos, en atención a la vulneración de los derechos humanos de los aquí víctimas.

3.2.3.5 Aclaración de Voto

el magistrado ENRIQUE GIL BOTERO aclaró el voto en la sentencia en estudio, en relación con dos aspectos de la parte motiva de la sentencia. El primero, en cuanto al régimen aplicado en el caso concreto y, el segundo, relacionado con el denominado perjuicio de alteración a las condiciones de existencia.

Respecto al régimen de responsabilidad aplicado al caso en concreto plantea el magistrado en su aclaración de voto lo siguiente “...debo manifestar que suscribí la sentencia bajo el entendimiento que el título aplicado en el caso concreto fue el de falla del servicio. En efecto, los informes de carácter técnico de las fuerzas militares permitieron a la Sala inferir que se había vulnerado el deber de protección y seguridad que la institución militar tenía con el soldado víctima de la toma subversiva de Las Delicias, ocurrida entre el 30 y 31 de agosto de 1996...Sin duda, ante el panorama establecido en esa unidad militar era necesario declarar una falla del servicio probada, toda vez que las situaciones acreditadas en el proceso llevaron a deducir graves omisiones en el deber de protección de la vida e integridad personal de quienes se encontraban en esa base militar.”

Además expresa que *“En el caso concreto estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio, ya que de la valoración en conjunto de las pruebas que obran en el proceso, aparece clara su configuración; no se trata de la atribución de un genérico y abstracto deber de protección sino de su grave incumplimiento, por parte de la administración, respecto de quienes se encontraban en esa unidad militar al momento del ataque armado... Por último, en relación con los títulos de imputación aplicables a los daños causados a soldados conscriptos, condición de la víctima del daño antijurídico en el presente proceso, la Sección Tercera de esta Corporación, ha avalado la posibilidad de que sean, en primera medida, aquellos de naturaleza objetiva, tales como el daño especial o el riesgo excepcional, y, de otro lado, el de la falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma, como sucede en el proveído frente al cual aclaró mi voto”*

respecto al punto del daño fisiológico los motivos que lo llevan a aclarar el voto guardan relación con su posición frente al denominado el *daño a la vida de relación* y la inconveniencia de su aplicación en la jurisprudencia de la Sala, dada su ambigüedad, así como la confusión que se ha generado con *la alteración a las condiciones de existencia*.

En ese sentido explica que *“En la providencia se evidencia la confusión existente en los tipos de daño inmateriales denominados “daño a la vida de relación” y “perjuicio fisiológico”. A mi modo de ver se incurre en un yerro en cuanto se identifica al “perjuicio fisiológico o daño a la salud” como una expresión de la categoría “daño a la vida de relación”. En la providencia se asimila al denominado “perjuicio fisiológico”, es decir el derivado de lesiones a la integridad psicofísica, para reiterar el criterio jurisprudencial actual, según el cual “el daño a la vida de relación” y, últimamente, la llamada “alteración grave a las condiciones de existencia” engloban todos los perjuicios inmateriales distintos o disímiles al daño moral. La confusión no podría ser mayor... En mi criterio, muy respetuosamente, desde luego, con lo decidido, se entronizó la entropía en materia de ontología jurídica, cuando no se distingue que el daño a la vida de relación no es ni perjuicio*

moral, ni fisiológico, sino una entidad con autonomía que no ampara o protege la órbita interna o afectiva de la persona, como tampoco su integridad psicofísica o derecho a la salud, sino otra órbita de intereses legítimos que son relevantes para la responsabilidad. Con el agravante que dicha categoría ha sido desechada por la doctrina y la jurisprudencia comparada que le dio origen.”

Concluye el Dr Gil que el principio de reparación integral en Colombia impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima.

3.2.4 ANÁLISIS SENTENCIA TOMA BARBACOAS

Identificación de la Sentencia:

- Corporación: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C
- Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa
- Fecha: Treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011)
- Demandado: Nación-ministerio de Defensa- Policía nacional
- Medio de control: Reparación Directa

3.2.4.1 HECHOS

De los hechos narrados en el texto de la demanda se tiene que el señor HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ, miembro de la policía nacional, para el día de los hechos había sido asignado para desempeñar labores en la población de Barbacoas, Nariño, lugar que por su difícil acceso y por lo espeso de las selvas aledañas, se ha convertido en un fortín de grupos guerrilleros, llegándose a

establecer que estaba rodeado por un campamento de mas (sic) de 300 insurgentes fuertemente armados. A pesar de lo mencionado en la región solo se encontraban asignados por parte de la Policía Nacional aproximadamente 15 agentes, escasamente armados y que residían en la maltrecha estación de policía de la localidad.

El día 6 de junio de 1.997, efectivamente más de 150 subversivos fuertemente armados, irrumpieron sangre y fuego en la mencionada población Barbacoas (Nariño), atacando inclementemente la Estación de Policía, sin que encontrasen mayor reacción por parte de sus desprevenidos ocupantes, quienes nada pudieron hacer ante el feroz ataque, primero porque (sic) su Comandante, el Subteniente WILLIAM EDUARDO ESTRADA REINA puso pies en polvorosa una vez se percató del ataque, abandonando a sus subalternos y en segundo lugar el apoyo solicitado por radio solo llegó (sic) 24 horas después, cuando ya habían masacrados (sic) cerca de ocho uniformados entre los que se contó al agente HENRY ALEJO ESCOBAR FERNANDEZ.

En el fallo objeto de estudio, el honorable Consejo de Estado planteó como problema jurídico el siguiente *¿Cabe atribuir fáctica y jurídicamente la responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por los daños causados como consecuencia de las lesiones sufridas por Henry Alejo Escobar Hernández, en atención a que al resultado dañoso y perjudicial sus familiares obligados a soportar?*

A partir de la anterior pregunta problema, condena a la entidad demandada bajo la aplicación del régimen de **Falla en el servicio**. A continuación estudiaremos cómo fue posible imputar fáctica y jurídicamente el resultado dañoso producido a la demandada

3.2.4.2 Daño antijurídico

A través del acucioso análisis de los medios de prueba arrojados al proceso, la sala consideró suficientemente demostrado el daño antijurídico producido como consecuencia de la muerte del agente Henry Alejo Escobar Fernández.

Dicho resultado dañoso se acreditó a través de la copia auténtica del registro de defunción del mencionado agente, en el que se consignó que murió el 6 de junio de 1997, habiendo sido la causa un shock hipovolémico (fl.28 c1). Así como el oficio 051 de 26 de febrero de 1998, de la Directora Encargada del Hospital San Antonio, con el que se remitió copia auténtica de la diligencia de necropsia practicada al cadáver de Henry Alejo Escobar Fernández; de la copia auténtica de la necropsia realizada al cuerpo del agente Escobar Fernández, en la que se concluyó que su fallecimiento “se debió directamente a la destrucción y perforación de órganos vitales como: Pulmón e Intestino por proyectil de Arma (sic) de fuego) (fls.61 y 62 c1).

Ahora bien, sobre el carácter antijurídico del daño el alto tribunal consideró que se trata de un daño que la víctima, Escobar Fernández, no estaba llamado a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho.

3.2.4.3 Principio de Imputabilidad

Ahora bien, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica, en los cuales debe analizarse de acuerdo con un deber jurídico, conforme a los distintos títulos de imputación. Siendo así analizaremos las circunstancias fácticas y jurídicas que permitieron imputar el resultado dañoso generando responsabilidad patrimonial de las demandadas.

Imputaciones fácticas: La sala en la sentencia bajo estudio realizó las siguientes imputaciones fácticas a la entidad demandada así:

i) es cierto que el 6 de junio de 1997 entre las 2:50 y 3:00 de la madrugada se produjo un ataque de un grupo armado insurgente [FARC] contra las instalaciones de la Estación de Policía y de la Caja Agraria del municipio de Barbacoas, Departamento de Nariño, en el que murió el agente Henry Alejo Escobar Fernández; ii) se tenía información (por parte de las autoridades policiales) acerca de las potenciales

actividades y/o ataques que los grupos insurgentes que operaban la región podían realizar en diferentes circunscripciones municipales, entre las que se contaba el municipio de Barbacoas (Nariño); iii) que en atención a los informes de la fuerza pública, se solicitó el incremento del pie de fuerza, el material logístico y coordinar el envío de apoyo; iv) que las instalaciones de la Estación de Policía de Barbacoas no estaban terminadas, por lo que no garantizaba la seguridad e idoneidad ni para el alojamiento, mucho menos para la defensa frente a un ataque; v) durante el ataque se informó de tal situación a Tumaco; vi) que la munición se agotó, de tal manera que permitió que a la mañana del 6 de junio de 1996 los policiales fueran sometidos por el grupo armado insurgente; vii) el apoyo inicial sólo fue prestado por el avión fantasma hacia las 6:00 de la mañana, aproximadamente, y luego llegó el refuerzo hacia las 3:00 de la tarde, aproximadamente; viii) que en abril de 1996 la misma Estación ya había sufrido un hostigamiento por un grupo armado insurgente; ix) finalmente, que cada uniformado contaba tan sólo con 300 cartuchos para enfrentar el ataque realizado por un grupo de 150 insurgentes armados, aproximadamente.

Se considera además que a partir de la valoración de la prueba testimonial, quedó demostrado en el plenario que la Estación de la Policía Nacional del municipio de Barbacoas, Nariño, fue objeto de hostigamiento por un grupo armado insurgente en el mes de abril de 1997.

Imputaciones Jurídicas: La sentencia estudiada permite identificar cuáles fueron los supuestos de tipo jurídico – normativo que permitieron imputar jurídicamente el resultado dañoso a la demanda:

La primera imputación jurídica la fundamentó en la ***existencia de una amenaza inminente, irreversible e indudable de un ataque por uno de los grupos armados insurgentes que operaban en la jurisdicción***, ya que, de las pruebas arrojadas al proceso y su valoración de acuerdo con los criterios de la sana crítica, se tiene que el municipio de Barbacoas ya había sido objeto de hostigamiento por un grupo armado insurgente en el mes de abril de 1997, lo que aunado a las advertencias realizadas por el Comandante de la misma Estación, permitía inferir sin mayor dificultad que pesaba una amenaza flagrante de que podría producirse otro ataque.

La segunda imputación jurídica tiene su asidero en la **desatención de la información suministrada por el personal de la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas**, lo cual a juicio de los honorables magistrados se agrava por las **lamentables condiciones en las que se encontraban las instalaciones de la Estación** para el 6 de junio de 1997, “ya que no ofrecía, siquiera, condiciones aptas para alojar a los uniformados, menos ofrecía las garantías de seguridad, como se desprende de la apreciación conjunta de la prueba testimonial y de los demás medios probatorios, para afrontar y llevar a cabo defensa idónea alguna ante un ataque por un grupo armado insurgente, como el ocurrido en la fecha de los hechos”.

La tercera imputación jurídica atiende a la **falta de apoyo o refuerzo armado por la Policía Nacional o el Ejército Nacional de manera oportuna, adecuada y suficiente**; frente a la cual el Consejo de Estado considera que los agentes que se encontraban en el lugar fueron “dejados a su suerte, abandonados en la práctica cuando se produjo el ataque por el grupo armado insurgente FARC, ya que el primer apoyo sólo vino a presentarse, con carácter ocasional, hacia las 6:00 de la mañana, aproximadamente, y los refuerzos y apoyos llegaron sólo hasta las 3:00 de la tarde, cuando el ataque había iniciado en la madrugada del 6 de junio de 1997⁵⁶.

Tanto es así, que se resalta en el fallo el agotamiento de la munición por parte de los agentes ya que sólo portaban su arma de dotación oficial y 300 cartuchos, aproximadamente, “lo que por reglas de la experiencia y de sentido común no son suficientes cuando se produce un ataque por un grupo armado insurgente que en un número considerable, aproximadamente 150 insurgentes, y con mayor capacidad de armamento superó la reacción o la defensa que haya podido ser desplegada por los 19 policiales que se encontraban en la Estación de la Policía Nacional de Barbacoas, Nariño⁵⁷”

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

⁵⁷ *Ibidem*

La cuarta imputación tiene su fundamento en **el incumplimiento de la planeación, organización, seguimiento y despliegue de la fuerza policial, especialmente en zonas donde el conflicto armado tenía las más complejas, serias y graves circunstancias**; en este punto el alto tribunal al igual que en el fallo producido con ocasión de la Toma a Las Delicias, estudiado anteriormente, dio aplicación al denominado *ius in bellum*, según el cual el Estado Colombiano en el marco del conflicto interno debió “*atenuar, en la medida de lo posible, el sufrimiento causado a las víctimas de las hostilidades, entre las que cabe tener a los policiales que prestando su servicio están cumpliendo con el principio de solidaridad que exige cumplir con ese deber patriótico constitucional*”. En este mismo punto, se consideró que no se respetaron los principios de humanidad que se exigen con el ejercicio de cualquier actividad para la preservación de los derechos y no al sacrificio de los mismos⁵⁸.

De igual manera, también es imputable el resultado dañoso a las entidades demandadas por el **incumplimiento a la cláusula general de la “buena administración pública”**, de acuerdo con lo cual cuando en aquellos eventos en que el Estado incumple el deber de salvaguarda de la seguridad y enfrentar la delincuencia, y según lo preceptuado en la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su artículo 6⁵⁹, puede desencadenar la producción de actos de genocidio o de violencia.

La sexta imputación jurídica tiene que ver con los institutos de la **posición de garante y la creación de un riesgo**, toda vez que a juicio del juzgador sobre la demandada existía una posición de garante institucional con respecto de los uniformados, los cuales debían ser amparados en sus derechos fundamentales y humanos, en tal sentido existía un deber de evitar riesgos y fallas que se

⁵⁸ *Ibíd*em

⁵⁹ NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General No.6.

Art. 6 *Los Estados tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria de vidas humanas*”.

Citado dentro de la sentencia bajo estudio Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

concretaron en el resultado dañoso ya reseñado. Considera el Consejo de Estado que “fue, por lo tanto, la omisión protuberante, ostensible, grave e inconcebible del Estado de la que se desprende la responsabilidad por el resultado dañoso de los demandantes, quien estaba en la obligación de ofrecer, por lo menos, una intervención proporcionada y adecuada a las circunstancias riesgosas creadas por el mismo”.

Dentro de las consideraciones jurídicas, también se estudia el fenómeno de la **previsibilidad de la ocurrencia del ataque insurgente**, aspecto que a juicio de la corporación es uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen. En tal sentido consideró que debe atenderse a las situaciones que sobrepasan la situación de violencia ordinaria o común, y no aquellas circunstancias que responde a un estado generalizado de anormalidad del orden público. En el fallo se deja claro de igual manera que el hecho de que el individuo no haya solicitado protección no constituye per se una causal que permita de exoneración para la administración por el incumplimiento del mencionado deber de protección y vigilancia, pues la existencia de otras realidades pudieran indicar la ocurrencia de un acto terrorista.

Sobre la eventual operancia del HECHO DE UN TERCERO, como causal exonerativa la sala consideró oportuno consolidar el precedente al respecto y contundentemente indicó que si bien el actuar el grupo armado insurgente contribuyó evidentemente en la producción del resultado dañoso, también lo es que la omisión de las entidades demandadas fueron también causa en la producción del daño, en tal sentido no puede considerarse el hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad sino que se genera un responsabilidad solidaria entre los actores causantes del daño, que otorga a la víctima la posibilidad de exigir de cualquiera de ellos la reparación. Textualmente en el fallo se consideró:

i) es cierto que en la producción del daño hubo tanto participación de un tercero, un grupo armado insurgente respecto del cual no puede negarse su existencia y su realidad dentro del conflicto armado interno que vive nuestro país, como al mismo contribuyó la omisión e incumplimiento de las entidades demandadas al no adoptar las medidas de seguridad, de protección y de prevención, tal como se advertía en el informe realizado por la propia autoridad policial, donde se indicó la amenaza inminente y seria de un ataque por alguno de los grupos armados insurgentes que operaban en la zona; ii) en este tipo de eventos se produce la concurrencia de acciones y omisiones distintas a la propia de la víctima, que deriva en la generación de una obligación solidaria [solidaridad que se expresa en cuanto al grupo armado insurgente en su responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos y de las normas del derecho internacional humanitario, artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, al afectar con sus acciones indiscriminadas a la población civil, y al uso de material bélico no convencional y lesivo de los derechos no sólo de la víctima, sino también de los propios uniformados que son objeto de este tipo de ataques], que permite a la víctima del daño exigir la indemnización a cualquiera de los sujetos que contribuyeron a la producción del mismo [en aplicación de los expresos mandatos de los artículos 2344 y 1568 del Código Civil]; iii) luego, el hecho del tercero [grupo armado insurgente] no es única, exclusiva y determinante, sino que contribuye a la producción del daño, por lo que persiste la obligación solidaria de indemnizar el daño [en aplicación del artículo 1571 del CC]; iv) desde el ámbito fáctico, no se produce una ruptura, porque el incumplimiento de las medidas de seguridad, y la omisión de permitir la presencia de la víctima como personal civil durante el ataque del grupo armado insurgente no deja de enervar la responsabilidad de las entidades demandadas, y de permitir su atribución jurídica.

Sin embargo, se aclara además que la estructuración de este precedente no se traduce en hacer responsable al Estado colombiano una responsabilidad ilimitada en relación con cualquier acto de particulares que derive en violación de derechos humanos sino que debe analizarse el incumplimiento de las obligaciones de adoptar de medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal, lo cual refuerza además el encuadramiento de estos casos en el título de falla en el servicio, para lo cual deberán estudiarse además las circunstancias fácticas específicas de cada caso.

3.2.4.4 Indemnización

El fallo se declara administrativa y patrimonialmente a Nación-Ministerio De Defensa-Policía Nacional responsable de los daños y perjuicios sufridos por Henry Alejo Escobar Fernández, como consecuencia de los hechos ocurridos el 6 de junio de 1997. Como consecuencia se condena al pago de SESENTA (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la madre, TREINTA (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de los hermanos y CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de los hijos y esposa del fallecido, por concepto de **perjuicios morales**.

La sala consideró que de acuerdo con las reglas de la experiencia y al precedente jurisprudencial vigente debía presumirse que la muerte en las circunstancias violentas en las que ocurrieron, hacen presumir que los parientes cercanos (que conforman su núcleo familiar) debieron afrontar un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad.

Para el reconocimiento el reconocimiento y tasación del perjuicio moral se utiliza el criterio determinante de la intensidad del daño, el cual al revestirse de elementos puramente subjetivos, a juicio del juzgador requiere de por lo menos algunos criterios objetivos para una tasación mínimamente ponderada de tales perjuicios, para lo cual el juzgador utiliza, de acuerdo con el precedente constitucional, el test de proporcionalidad, el cual a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. Sobre estos principios se explicó:

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de

dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

De acuerdo con los anteriores criterios anteriores y con base principalmente en las pruebas testimoniales arrimadas al proceso, se condena al pago de perjuicios morales en la forma explicada anteriormente.

Ahora bien, sobre los perjuicios materiales, específicamente DAÑO EMERGENTE se reconocen a favor de la esposa de la víctima, la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS VEINTE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE (\$1.820.850.00), que equivalen al valor actualizado de cada una de las facturas que fueron aportadas con la demanda.

En lo que respecta al LUCRO CESANTE, se acreditó a través de las pruebas testimoniales que el dinero devengado por el agente de policía fallecido se destinaba al sostenimiento de su hogar., conformado por su esposa e hijos, de manera que la sala concede como lucro cesante consolidado, derivado de la obligación alimentaria de la cual se puede inferir la existencia de un perjuicio

material que otorga el derecho al pago de tal perjuicio por el término de la obligación, de manera que en favor de la señora Helen Zobeida Benitez y sus menores hijos, la suma DOSCIENTOS VIENTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL UN PESOS MCTE (\$229.685.001.00). por concepto de lucro cesante desde la fecha de la ocurrencia de los hechos (6 de junio de 1997) hasta el día de la sentencia (31 de agosto de 2011) para la esposa de acuerdo con el termino de vida probable del fallecido la vida probable del mismo según las Tablas de Mortalidad expedidas por la entonces Superintendencia Bancaria y para los hijos menores, desde la época de los hechos hasta la edad en que cada uno cumpliera 25 años

Como medida de reparación integral, se ordenó que el Estado colombiano, por los canales adecuados, solicite la opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente FARC, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional ordenará que el Estado, por los canales adecuados, solicite una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la (s) violación (es) a los derechos humanos que se hayan producido en el caso en concreto por parte del grupo armado insurgente FARC, y que una vez rendida sea puesta en conocimiento de la opinión pública por los medios de comunicación de circulación nacional.

3.2.4.5 Aclaracion y Salvamento de Voto

El magistrado Dr. Enrique Gil Botero presentó aclaracion de voto en relacion con la aplicacion del principio de proporcionalidad como metodo para la tasacion de los perjuicios morales reclamados. Consideró el magistrado que *“es preciso advertir que el principio de proporcionalidad que se prohíja en la sentencia –por cierto, no pertinente para el tópico objeto de análisis– no ha alterado o modificado la jurisprudencia de la Sección, motivo por el cual el sistema para fijar el perjuicio*

moral derivado del daño antijurídico continúa siendo el arbitrio juris, debido a que se trata de una afectación que, a diferencia de otros tipos de daños, no permite ser tasada de forma objetiva, pues indiscutiblemente no existe científicamente la forma de establecer el grado de sufrimiento o de dolor que tiene una persona, ya que el padecimiento de cada individuo pertenece a su esfera individual, subjetiva y personal, circunstancia por la que este tipo de aflicciones es de carácter inconmensurable y constituye en el campo del pensamiento y del conocimiento como comprensión del mundo una dificultad aporética”

El doctor Gil consideró además que la aplicación a su juicio errónea e inadecuada del principio de proporcionalidad o de ponderación para la fijación del monto o quantum indemnizatorio del perjuicio moral, por constituir un cambio del criterio jurisprudencial vigente al momento, debió ser sometida a consideración de los miembros de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ya que supone un drástico giro respecto del criterio jurisprudencial transcrito.

El argumento central de la aclaración de voto gira en torno a la imposibilidad de que el perjuicio moral pueda ser objeto de ponderación toda vez que en este caso no es buscando solucionar ninguna tensión entre conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales y mucho menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador, el cual es el real objetivo del principio de ponderación. Se agrega que el *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico, sin que deba equipararse el arbitrio judicial con la noción de arbitrariedad. En este orden de ideas, el disidente defendiendo la tesis según la cual no es posible establecer criterios enteramente objetivos en la determinación del daño moral, pues en la incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad se termina inexorablemente recurriendo a nociones subjetivas y dando aplicación a arbitrio judicial.

De igual manera, el mismo magistrado presentó salvamento parcial de voto en cuanto a la orden de una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, arguyendo dos razones principales. Primeramente, pues considera que tal petición constituye un yerro técnico al desconocer la naturaleza de la función consultiva de la Corte y confundirla con la función contenciosa de la misma. El magistrado Gil explica, apoyado en el artículo 64 de la Convención Americana de Derecho y en opiniones consultivas emitidas por el mentado tribunal internacional, que este instrumento tiene que ver con el pronunciamiento de opiniones autorizadas sobre la interpretación de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos y, por otra parte, con opiniones, de la misma corporación, sobre la compatibilidad de leyes internas de un Estado Parte con la mencionada convención. De ninguna manera se refiere a decisiones relacionadas con casos concretos.

El magistrado disidente destacó además preocupación por la posibilidad de que el Estado Colombiano se le cuestione por solicitar pronunciamientos que no son de la naturaleza de la función consultiva de la Corte y que, al mismo tiempo, ese tribunal se abstenga de cualquier tipo de pronunciamiento sobre el asunto puesto a su consideración.

Por otra parte, expuso el argumento según el cual la parte de la providencia frente a la cual salva su voto, desconoce el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional de derechos humanos y se arriesga a una condena internacional sin haber agotado la instancia interna. Arguyó que en efecto, la providencia olvida que, el Estado colombiano no sólo se hace responsable internacionalmente porque uno de sus agentes transgreda directamente alguno de los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, el denominado deber de respeto; sino, también, por el tratamiento que se haga violaciones cometidas por terceros, en este caso el grupo subversivo FARC, es decir: si las previno, investigó, sancionó y reparó adecuadamente, lo que se denomina deber de garantía.

Todo lo anterior entendiendo que si bien en el presente caso se condenó a la demandada por falla del servicio, se desconoce, en absoluto, en el proceso, cuál fue el tratamiento que ha dado el Estado a las violaciones cometidas por ese grupo armado y si éste fue conforme a los parámetros establecidos en la Convención. Por tales razones, la orden dada por la mayoría de la Subsección excluye de manera evidente el agotamiento de las instancias internas, requisito sin el cual no es posible recurrir a la instancia internacional.

Concluye el doctor Gil que la decisión de la Sala de solicitar una opinión consultiva en un caso concreto, implica un doble riesgo: que la Corte se abstenga de pronunciarse y se interprete la solicitud como un deseo de socavar el sistema interamericano de derecho humanos o, que se pronuncie sobre el caso, con omisión de la instancia interna, requisito básico para acceder a él, y que, para agravar la situación, pues se desconoce que tratamiento se dio a las violaciones cometidas por el grupo subversivo, el Estado resulte nuevamente condenado por violación al deber de garantía establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.2.5 SENTENCIA TOMA BASE GUTIÉRREZ

Identificación de la sentencia:

- Corporación: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera Subsección A
- Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez
- Fecha: Dos (2) de mayo de dos mil trece (2013)
- Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01268-01(26293)
- Actor: Olga Salamanca Ávila Y Otros
- Demandado: Ministerio De Defensa - Ejercito Nacional

3.2.5.1 Hechos

En la sentencia se resuelven los recursos de apelación correspondientes a los procesos No. 1268, 1446, 1287 basados en los siguientes hechos:

Para el mes de junio de 1999 los soldados [conscriptos y soldados profesionales], hacían parte de la Batería B, con jurisdicción en el Municipio de Gutiérrez, en su condición de orgánicos del Batallón de Artillería No. 13 Fernando Landazábal Reyes, de la Brigada No. 13. La Batería B del Batallón de Artillería No. 13 tenía dentro de sus cuadros la[s] Compañía[s] Texas 2 y Texas 3.

La Batería B estaba bajo el comando y mando del Teniente Leonardo Antonio Calvo Soto y la Compañía Texas 2 al mando del Sargento Viceprimero o Segundo Wilson Almeyda Arciniegas, Sargento Segundo Rincón Vergara Fernando, también hacían parte de dicha Compañía Texas 2 los Cabos Cardozo Reyes Jhon Jairo y Edward Jaxson Carrión Bello. Y la Compañía Texas 3 bajo el comando y mando del Sargento Segundo Vargas Pinilla Mario y el Capitán Trejos Manrique William Augusto.

En el mes de junio de 1999, el comandante de la Batería B, del Batallón de Artillería No. 13 General Fernando Landazábal Reyes, el Teniente Calvo Soto Leonardo Antonio, recibió información por radiometría e inteligencia que la Batería B integrada por sus dos Compañías sería atacada por un grupo guerrillero, en lo que se conoce como un golpe contundente a las tropas y una posible toma del municipio de Gutiérrez.

Esta información tan pronto se dio cuenta el Teniente Calvo Soto Leonardo Antonio, solicitó al Comandante de dicho Batallón TC. Roberto Charry Solano, ayuda y los medios de combate para afrontar la situación de ataque inminente porque no contaba con los medios necesarios para defenderse.

Esa ayuda la solicitó en repetidas ocasiones en esos días tanto en forma radial como escrita. Y solicitó no sólo refuerzos sino también armamento adecuado para poder enfrentar las continuas amenazas, incursiones y ataques de los grupos irregulares –guerrilla de las FARC– que operan en el sector de Gutiérrez.

No cansado de solicitar ayuda el Teniente Calvo Soto Leonardo Antonio, al Comandante del Batallón de Artillería No. 13 Fernando Landazábal Reyes, TC. Roberto Charry Solano, éste le dijo al Teniente Calvo Soto, que se hablara en dicho Batallón con el mayor Fabio Pinilla Gómez o Fabio Pinilla González, que él les suministraría todo lo que dicha Batería necesitara.

Las peticiones escritas y verbales del Teniente Calvo Soto Leonardo Antonio, solicitando armamento adecuado con dos ametralladoras M.60, otro Scanner

y radios de comunicación y los proyectiles necesarios para poder enfrentar un ataque de más de doce (12) horas mientras les llegan los refuerzos.

(...)El mayor Fabio Pinilla Gómez o González, encargado de atender los requerimientos de la tropa y más concretamente de la Batería B, conoció los requerimientos del Teniente Calvo Soto Leonardo Antonio, consideró que el oficial y la tropa que componían la Batería B, tenían mucho miedo y por ellos los mandó a comprar las ametralladoras y los proyectiles y todo lo demás requerido al almacén Tía, para que se defendieran.

A pesar de los requerimientos de ayuda y adecuada dotación, que fueron súplicas desesperadas ante la indiferencia de sus superiores, los oficiales y soldados acantonados en la vereda el Cedral, jurisdicción del municipio de Gutiérrez (Cundinamarca), fueron abandonados a su suerte.

(...)Al no poder defenderse tanto los soldados regulares como los profesionales que allí se encontraban por la carencia de medios el Ejército fue derrotado y se produjeron los siguientes resultados: Muerte y lesionados graves” (fl. 40 a 42 c 1, 4 a 6 c 7 y 4 a 6 c 5).

En el fallo en estudio, denominado en esta monografía como Sentencia Toma a Base Gutiérrez, condena a la entidad demandada bajo la aplicación del régimen de **Falla en el servicio**. A continuación estudiaremos cómo fue posible imputar fáctica y jurídicamente el resultado dañoso producido a la demandada

3.2.5.2 Daño Antijurídico

A la luz de las pruebas debidamente allegadas al expediente, se encuentra fehacientemente acreditado que el 8 de julio de 1999, en inmediaciones del municipio de Gutiérrez (Cundinamarca), un grupo de guerrilleros perpetró un ataque contra el Ejército Nacional; como consecuencia de dicho ataque murieron los señores José María Gómez Márquez, Simón Gómez Figueroa, Bartolomé García Garzón, Freddy Orlando Reyes, José Uriel González Ramírez, Josmar Armando González Munevar, José Rodrigo Mendoza Mora, José Abelardo Alzate Hernández, Guiovary Ricardo Chinchilla Borrero, Luis Alfonso Rincón, William David Lozano Salamanca, quienes se encontraban prestando el servicio militar; John Jairo Cardozo Reyes, Edward Jaxson Carrión Bello, soldados profesionales, y resultó gravemente herido el conscripto Francisco Javier Fitatá González, todos

ellos orgánicos de la Batería B del Batallón de Artillería No. 13 General Fernando Landazábal Reyes.

3.2.5.3 Principio de Imputabilidad

Ahora bien, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica, en los cuales debe analizarse de acuerdo con un deber jurídico, conforme a los distintos títulos de imputación. Siendo así analizaremos las circunstancias fácticas y jurídicas que permitieron imputar el resultado dañoso generando responsabilidad patrimonial de las demandadas.

La sala en la sentencia bajo estudio realizó las siguientes **imputaciones fácticas** a la entidad demandada así:

“se encuentra fehacientemente acreditado que el 8 de julio de 1999, en inmediaciones del municipio de Gutiérrez (Cundinamarca), un grupo de guerrilleros perpetró un ataque contra el Ejército Nacional; como consecuencia de dicho ataque murieron los señores José María Gómez Márquez, Simón Gómez Figueroa, Bartolomé García Garzón, Freddy Orlando Reyes, José Uriel González Ramírez, Josmar Armando González Munevar, José Rodrigo Mendoza Mora, José Abelardo Alzate Hernández, Guiovany Ricardo Chinchilla Borrero, Luis Alfonso Rincón, William David Lozano Salamanca, quienes se encontraban prestando el servicio militar; John Jairo Cardozo Reyes, Edward Jaxson Carrión Bello, soldados profesionales, y resultó gravemente herido el conscripto Francisco Javier Fitatá González, todos ellos orgánicos de la Batería B del Batallón de Artillería No. 13 General Fernando Landazábal Reyes.

(...) mediante los testimonios del soldado Jhon Edgar González Gómez y del Capitán Leonardo Antonio Calvo Soto, que desde los meses de noviembre y diciembre del año 1998 hasta la fecha de ocurrencia de los hechos, al tener información acerca de la inminencia de un ataque guerrillero, se solicitó a los mandos superiores que se les mejorara el material de guerra –radioteléfonos, armas, municiones, etc.– y se brindara apoyo humano, frente a lo cual la respuesta absolutamente inadmisibles, indignante, insultante y palmariamente contraria a los principios y dictados constitucionales y legales que informan el ordenamiento jurídico vigente y con arreglo a los cuales debe desarrollarse y ejercerse toda función pública en Colombia, consistió en decirles a tales subalternos, urgidos de ayuda, apoyo y orientaciones

militares serias y responsables, que si querían ametralladoras “las compraran en el Ley”.

Igualmente, se acreditó en el expediente que los refuerzos de tropas solicitados por el Comandante de la Batería B y prometidos por los mandos superiores nunca llegaron, aun cuando de los testimonios obrantes en el proceso se demostró que a sólo 4 horas del lugar en que ocurrió el leve ataque –cuya duración fue de 12 horas– se encontraba un destacamento de contraguerrilla, refuerzo que no llegó sino hasta el día siguiente de ocurridos los hechos; así lo afirmaron los miembros de los grupos contraguerrilla Texas 2 y Texas 3, tal y como quedó consignado en el acápite de pruebas, a tal punto que, como lo señaló el soldado Jhon Edgar González Gómez, los medios de comunicación llegaron al lugar de los hechos antes que los refuerzos que fueron solicitados con anterioridad al y durante el ataque guerrillero”

En la sentencia identificada en esta monografía como sentencia TOMA A BASE GUTIERREZ, puede deducirse con total claridad que la omisión de la demandada de prestar el apoyo material y humano solicitado de manera oportuna y reiterada por los oficiales encargados de comandar la Batería B de dicho destacamento militar y el hecho de abandonar a su suerte a los uniformados aquél 8 de julio de 1999 en los momentos más intensos de un combate con el enemigo, constituyen el principal fundamento que permite imputar jurídicamente el resultado dañoso a la administración.

El fallo en cuestión además frente a la gravedad de los hechos reitera a título de **admonición** a la entidad pública demandada, su enfático rechazo por la conducta negligente, indiferente e indolente de los mandos superiores de la Batería B del Batallón 13 de Artillería, a la cual pertenecían todos los uniformados fallecidos y heridos, quienes los abandonaron a su suerte omitiendo el deber de atender ante las peticiones de auxilio y apoyo de sus subalternos. Consideran los magistrados que:

“(..) tal conducta que no puede ser sino calificada de irresponsable, irrespetuosa, negligente y, por demás, burlona, que asumieron los oficiales superiores aludidos frente a la incesante solicitud de apoyo que elevaron los miembros de la Batería B ante la inminencia de un ataque guerrillero, además de colidir abiertamente con los principios de honorabilidad, responsabilidad y solidaridad, inherentes a la disciplina

castrense, constituyó una inaceptable falta de respeto y a la vez un abierto desconocimiento a la dignidad humana de los hombres que se encontraban bajo su mando, así como refleja un desprecio total por el sagrado y fundamental derecho a la vida de todos aquellos soldados, suboficiales y oficiales que con ejemplar disciplina y extraordinario estoicismo continuaron cumpliendo sus órdenes y con su deber sin contar con medios ni apoyo para ello, al punto de resultar inmolados 38 soldados y 9 más gravemente heridos como héroes de la Patria por razón de la incuria, la insensibilidad y el desdén de quienes, sin merecerlo, tenían el honor y la responsabilidad de ser sus superiores.

Más aun, resulta inconcebible que oficiales del Ejército, formados y, por lo tanto, en capacidad de dirigir las tropas, defender la soberanía nacional y proteger la vida, la honra, los bienes, los derechos y las libertades de todos los habitantes de Colombia, hayan faltado de manera tan grosera a su más elemental objetivo de escuchar las peticiones y brindar apoyo a sus subalternos, máxime cuando a éstos se les exige el cumplimiento irrestricto de las órdenes que sus superiores emitan; conductas como éstas atentan contra la confianza que los subalternos deben depositar en la Institución a la cual pertenecen, pero además constituyen una franca violación de una de las máximas fundamentales del Código de Honor del Ejército Nacional, en cuya virtud cada soldado, cualquiera sea su grado, debe rezar: “No abandonaré a mis superiores, compañeros o subalternos en acción de guerra ni en cualquier otra ocasión”.

3.2.5.4 Indemnización

El alto tribunal resolvió declarar administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por la muerte de los conscriptos William David Lozano Salamanca, Bartolomé García Garzón, Fredy Orlando Reyes, José Uriel González Ramírez, Josmar Armando González Munévar, José Rodrigo Mendoza Mora, José Abelardo Alzate Hernández, Giovanni Ricardo Chinchilla Borrero, Luis Alfonso Rincón, José María Gómez Márquez y Simón Gómez Figueroa; y por la lesión del conscripto Francisco Javier Fitatá González, ocurridas el día 8 de julio de 1999.

Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a reconocer y pagar a favor de los

demandantes, en lo relativo al reconocimiento de perjuicios morales y condenará a la entidad demandada al pago de una suma equivalente a 100 SMLMV para cada uno de los señores Antonio María Gómez Figueroa (fl. 85 c 6), Gladys Genith Gómez Figueroa (fl. 86 c 6), Yasmiriam Gómez Figueroa (fl. 87 c 6), José Enríque Gómez Figueroa (fl. 88 c 6), Gilberto Bladimir Gómez Figueroa (fl. 7 c 3), Heberto Arnulfo Gómez Figueroa (fl. 8 c 3), Carlos Isidoro Gómez Figueroa (fl. 9 c 3). Ernesto Gómez Márquez (fl. 89 c 6), Everto (o Heberto) Raúl Gómez Asís (fl. 93 c 6), Rosa Isabel Gómez Asís (fl. 94 c 6), Luz Esperanza Gómez Asís (fl. 95 c 6), Rosmery Mavel Gómez Asís (fl. 96 c 6), Bartolo (o Bartolomé) Manuel Gómez Asís (fl. 97 c 6), Orlando José Gómez Asís (fl. 98 c 6), Gilma Guillermina Gómez Asís (fl. 99 c 6), en razón a que todos los anteriores acreditaron su parentesco en segundo grado de consanguinidad, esto es eran hermanos, de las dos (2) víctimas directas del daño señores Simón Gómez Figueroa y José María Gómez Márquez en cuanto todos ellos, incluidos los dos (2) soldados fallecidos, descendían de un mismo tronco común, el padre.

Para tal efecto, la sala consideró que de acuerdo con los parámetros que la jurisprudencia ha establecido para tal efecto que no se requiere prueba distinta de la acreditación del parentesco para que se pueda inferir la existencia de perjuicios morales en cabeza de aquellas personas que ostenten un parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, lo cual no obsta, como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corporación, para que la parte demandada pueda probar la inexistencia de los mencionados perjuicios o desvirtuar su causación.

En cuanto a los perjuicios materiales, estos no fueron objeto de objeción por parte de los demandantes en la apelación, por lo cual la sentencia estudiada solo se limitó a actualizar las condenas decretadas por el tribunal.

Dado que en la sentencia dejó por sentado que se cometieron graves violaciones a los Derechos Humanos, en aplicación a los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 8 de la ley 975 de 2005, el Consejo de Estado previó medidas de reparación en el marco de la justicia restaurativa entendiendo el derecho a la reparación no como

una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones modernas de la responsabilidad es la preventiva.

De manera que, como garantía de no repetición, la Sala ordenará el envío del presente fallo al Ministerio de Defensa Nacional, al Comando General de las Fuerzas Militares y a la Dirección de la Policía Nacional con el fin de que se publiquen los numerales 3 y 4 del capítulo de consideraciones y la parte resolutive de la presente providencia, por un lapso de seis (6) meses, en las respectivas páginas web del Ministerio de Defensa Nacional, del Ejército Nacional, de la Fuerza Aérea Colombiana, de la Armada Nacional y de la Policía Nacional; también se publicarán los mismos apartes en un lugar visible de las instalaciones donde funciona el Batallón de Artillería No. 13, General Fernando Landazábal Reyes. A su vez se ordenan las siguientes medidas de justicia restaurativa:

i) El estudio de la presente providencia deberá integrarse de manera real y efectiva en el pênsum académico de todos los cursos de formación y de ascenso correspondientes a todos los grados de oficiales que en cada una de las Fuerzas que componen las Fuerzas Militares de Colombia y de la Policía Nacional se programen y se desarrollen durante los tres (3) años siguientes a su notificación, al menos una (1) vez por año, con el propósito de que se efectúe el análisis de los hechos probados en el presente proceso judicial como paradigma de las conductas contrarias a los principios y postulados axiológicos, éticos y normativos que informan y orientan la Constitución Política, las leyes de la República y la disciplina castrense;

ii) La presente providencia, los hechos que la Sala encontró debidamente acreditados en el expediente y las consideraciones que llevaron a que se condenara patrimonialmente al Estado en el presente caso, serán objeto de estudio por parte de los diferentes Comités de Defensa y Conciliación que existen en el Ministerio de Defensa y/o las Fuerzas que componen las Fuerzas Militares de Colombia y la Policía Nacional, durante los tres (3) años siguientes a su notificación, al menos una (1) vez por año, con el fin de que se adelanten programas tendientes a promover los mecanismos alternativos de solución de conflictos en casos –como el presente– en los que se existen pruebas fehacientes del proceder irresponsable y atentatorio de la dignidad humana por parte de los superiores jerárquicos

encargados de velar por la seguridad y apoyo de los miembros de la Fuerza Pública; y,

iii) La presente providencia será objeto de estudio durante los tres (3) años siguientes a su notificación, al menos una (1) vez por año, por parte de la Secretaría General del Ministerio de Defensa y de las dependencias adscritas al Ejército Nacional, a la Fuerza Aérea de Colombia, a la Armada Nacional y a la Policía Nacional, encargadas de elaborar y diseñar los planes y programas de adquisición y/o suministro de material de guerra, armamento e infraestructura, así como a los grupos o comités de adjudicaciones o de contratación, con el fin de que se conozcan los efectos nocivos de desatender, de la manera en que se hizo en el sub lite, las peticiones y solicitudes de quienes se encuentran en la obligación de defender, en el terreno, la Soberanía Nacional y promuevan mecanismos de adquisición y/o suministro de material de guerra adecuados con arreglo a los dictados de la Constitución Política y las leyes vigentes, en cumplimiento del principio de planeación, para que situaciones como la ocurrida el 8 de julio de 1999, en el municipio de Gutiérrez (Cundinamarca), no vuelvan a ocurrir.

La verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el acápite de medidas de justicia restaurativa de la presente providencia estará a cargo del Procurador General de la Nación, quien cumplirá dicha tarea directamente o por conducto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y del Procurador Delegado para la Policía Nacional, quienes requerirán y recibirán la información debidamente remitida por el Inspector General de las Fuerzas Armadas, los Inspectores Generales de cada Fuerza y el Inspector General de la Policía Nacional, en cuanto a la publicación de los apartes indicados de la presente providencia y harán la verificación y el seguimiento correspondientes a la inclusión de su estudio en el pénsum académico de las dependencias mencionadas en los párrafos anteriores, todo ello en cumplimiento de la función de velar por la debida ejecución de las providencias judiciales atribuida al Ministerio Público por el numeral 1 del artículo 277 de la Constitución Política.

4. CONCLUSIONES

- El tema de la responsabilidad del Estado colombiano por daños a miembros de la fuerza pública jurisprudencialmente ha sido abordado diferencialmente dependiendo de si se trata de daños sufridos por quienes prestan servicio militar obligatorio o por quienes prestan servicios profesionalmente.
- Quienes prestan sus servicios como militares en cumplimiento del deber impuesto constitucionalmente de manera legítima, en su condición de ciudadano-soldado no renuncia jamás a sus derechos fundamentales. El establecimiento de la prestación del servicio militar obligatorio se corresponde con el principio de solidaridad y de preservación de la convivencia, ya que con la existencia del servicio militar se permite garantizar el ejercicio y despliegue de los derechos reconocidos constitucionalmente, no obstante el cumplimiento de tal deber no puede entenderse como una RENUNCIA de las mínimas garantías reconocidas constitucionalmente y al respeto de los derechos humanos básico que cualquier individuo tiene la posibilidad de ejercer.
- En conclusión, la obligación constitucional de prestar el servicio militar y la consecuente restricción de derechos que implica para quienes deban en virtud de tal mandado ingresar a las filas militares, coloca en cabeza del Estado una especial obligación de seguridad, protección, vigilancia y cuidado de la vida, la salud y, en general, de la integridad personal de los mismos. El incumplimiento del deber objetivo de cuidado, decantado en la ley y los reglamentos, que deriva en la causación de un daño antijurídico, puede ser imputado al Estado a título de daño especial, riesgo excepcional o falla del servicio, según lo determine el juez con fundamento en el principio *iura novit curia*.

- En relación con los daños padecidos por los miembros voluntarios que ingresan a las Fuerzas Militares, la ley ha previsto sistema régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del riesgo al que se somete aquel que ingresa voluntaria y profesionalmente, y que aunado a los derechos a la pensión de que es titular en virtud de su estatuto laboral, esto llevará a que se active la denominada “indemnización a for-fait lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado si se demuestra que el daño fue producto de una falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional.

5. BIBLIOGRAFIA

- **Consejo de Estado**, sección tercera, Sentencia del 22 de julio de 2009.
- **Consejo de Estado**, sección tercera, Sentencia del 26 de abril de 2007.
- **Consejo de Estado**, sección tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2008
- **Consejo de Estado**, Sección tercera, sentencia del 6 de julio de 1990
- **Consejo de Estado**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2005, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 15445.
- **Consejo de Estado**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17927.
- **Consejo de Estado**, Sección Tercera Sentencia del 14 de Septiembre de 2011 Exp. 19031 C.P Dr. Enrique Gil
- **Consejo de Estado**, Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 14.001, Actor: Luz Dary Suaza Castrillón y otros
- **Consejo de Estado**, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013) Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

- **Consejo de Estado**, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Sentencia Expediente No. I5793
- **Consejo de Estado**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 10 de agosto de 2005, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 16205.
- **Consejo de Estado**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2005, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Exp. 15445.
- **Consejo de Estado**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 11 de noviembre de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17927.
- **Consejo de Estado**, Sección Tercera Sentencia del 14 de Septiembre de 2011 Exp. 19031 C.P Dr. Enrique Gil.
- **Consejo de Estado**, Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 14.001, Actor: Luz Dary Suaza Castrillón y otros.
- **Corte Constitucional** Sentencia C-574-92 M.P Dr. Ciro Angarita
- **Corte Constitucional** Sentencia C-755 de 2008
- **Corte Constitucional** Sentencia T-699 de 2009.
- **Corte Constitucional**, Sentencia SU-200 de 1999
- **Corte Constitucional** Sentencia C-291 de 2007

- **GARCIA DE ENTERRIA**, Eduardo y **FERNANDEZ**, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 2 vols. 6a. ed. Madrid: Civitas, 1993.
- **HENAO PEREZ Juan Carlos**, La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial Ed: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA ISBN: 9586161501 v.
- **HENAO PEREZ Juan Carlos**. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- **HENAO PEREZ Juan Carlos**. Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. En: JORNADAS COLOMBO VENEZOLANAS DE DERECHO PÚBLICO.(2º : 1996: Venezuela) Ponencias presentadas en las II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- **RAMELLI ARTEAGA Alejandro**, La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario Universidad Externado de Colombia, c2003
- **TAMAYO JARAMILLO Javier**. La Responsabilidad del Estado El riesgo excepcional y las actividades peligrosas – El daño antijurídico (Const. Pol., art. 90). Bogotá: Temis, 1997.
- **VALENCIA TOVAR Álvaro**, Historia de las Fuerzas Militares de Colombia Tomo 3 Editorial Planeta Colombia S.A, 1993.