

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACCIÓN U OMISIÓN DE LAS FUERZAS
MILITARES

MARIO ARMANDO ECHEVERRIA ACUÑA

UNIVERSIDAD DEL NORTE
DIVISION DE CIENCIAS JURIDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO
BARRANQUILLA
2011

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACCIÓN U OMISIÓN DE LAS FUERZAS
MILITARES

MARIO ECHEVERRIA ACUÑA

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho

DIRECTORAS:
MARIA LOURDES RAMIREZ TORRADO
JUDITH ECHEVERRIA MOLINA

UNIVERSIDAD DEL NORTE
DIVISION DE CIENCIAS JURIDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO
BARRANQUILLA
2011

Nota de Aceptación

Firma Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Barranquilla, Diciembre de 2011

CAPÍTULOS

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	
1. FUERZA PÚBLICA EN COLOMBIA	13
1.1. Concepto de Fuerza Pública.	13
1.2. Régimen Constitucional.	15
1.3. Principios Reguladores.	17
1.3.1. Principio de la juridicidad.	17
1.3.2. Principio de la dependencia militar respecto del ejecutivo.	17
1.3.3. Principio de separación entre autoridades civiles y militares.	18
1.3.4. Principio del ejercicio estatal permanente.	18
1.3.5. Principio de la estricta disciplina militar.	18
1.4. Integración de la Fuerza Pública.	19
1.4.1. Fuerzas militares.	21
1.5. Características de las Fuerzas Militares y el Fuero Militar.	22
1.5.1. Disciplina de las fuerzas militares.	22
1.5.2. La fuerza pública no es deliberante.	22
1.5.3. Responsabilidad de los cuerpos armados.	23
1.5.4. Prohibición del sufragio y la actividad política.	24
1.5.5. Fuero militar.	25
CAPÍTULO II	
2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN COLOMBIA	26
2.1. Irresponsabilidad del Estado.	26
2.2. Responsabilidad Indirecta del Estado.	29
2.3. Responsabilidad Directa del Estado.	36
2.4. Responsabilidad Objetiva.	44
2.4.1. Por la propia disposición legal.	47
2.4.2. El daño especial.	48
2.4.3. La responsabilidad por riesgo.	50
2.5. Responsabilidad por Daño Antijurídico.	53
CAPÍTULO III	
3. ELEMENTOS O PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ESTATAL	62

3.1. Elementos Integrantes de la Responsabilidad.	64
3.1.1. Tipo de responsabilidad imputado por el Consejo de Estado a las fuerzas militares.	64
3.1.2 Metodología.	66
3.2. Actividad del Agente.	66
3.2.1. Daños ocasionados a los miembros de la fuerza pública cuyo ingreso Militar ha ocurrido en forma voluntaria.	70
3.2.2. Daños ocasionados por el abandono de artefactos explosivos oficiales.	72
3.2.3. Daños a civiles que colaboran con las autoridades militares.	73
3.2.4. Daños a civiles detenidos a disposición de las Fuerzas Militares.	75
3.2.5. Daños Causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio (Conscriptos).	75
3.2.6. Daños Causados con armas de fuego de dotación oficial.	77
3.2.7. Daños Causados con vehículos automotores de la fuerza pública.	82
3.2.8. Daños ocasionados a personas y bienes por actos terroristas.	84
3.3. Perjuicio Efectivo o Lesión Resarcible (Daño).	89
3.3.1. Tipología del daño.	90
3.3.2. Perjuicios materiales.	91
3.3.2.1. Daño emergente.	91
3.3.2.1.1. Daño emergente – lesión a la persona.	92
3.3.2.1.2. Daño emergente - lesión a los bienes.	92
3.3.2.2. Lucro cesante.	92
3.3.2.2.1. Lucro cesante consolidado.	93
3.3.2.2.2. Lucro cesante futuro.	93
3.3.2.2.3. Lucro cesante – lesión a una persona.	93
3.3.2.2.4. Lucro cesante – lesión a un bien.	94
3.3.3. Perjuicios inmateriales.	95
3.3.3.1. Indemnización de perjuicios por muerte de las personas.	97
3.3.3.1.1. Perjuicio morales reconocidos.	98
3.3.3.1.2. Cuantificación de los perjuicios materiales.	100
3.3.3.2. Indemnización de perjuicios por lesiones a personas	101
3.3.3.2.1. Perjuicios morales.	102
3.3.3.2.2. Perjuicios materiales.	102
3.3.4.2.3. Daño a la vida en relación	103
3.3.3.3. Indemnización por daños o destrucción de bienes.	103
3.4. Relación de Causalidad.	105
3.4.1. Teorías de la causalidad.	107
3.4.1.1. Teoría de las equivalencias de las condiciones.	108
3.4.1.2. Teoría de la causalidad adecuada.	109

3.4.1.3. La Causalidad en las omisiones.	111
3.4.2. La Casualidad en la responsabilidad de las fuerzas militares.	112
3.4.2.1. Cuando el nexo causal es el arma de dotación oficial y actividades peligrosas (vehículos oficiales).	112
3.4.2.2. Cuando el nexo causal es en función del servicio (conscriptos y soldados voluntarios).	115
3.4.2.3. Cuando el nexo causal es por omisión (actos terroristas).	117
3.5. Causales de Exoneración de la Responsabilidad.	120
3.5.1. Causas extrañas que pueden invocarse en el derecho administrativo.	121
3.5.2. Ruptura del nexo causal en la responsabilidad por acción u omisión de las fuerzas militares.	122
3.5.2.1. Fuerza Mayor.	122
3.5.2.2. Hecho de un Tercero.	126
3.5.2.3. Culpa Exclusiva de la Víctima.	128
CONCLUSIONES	130
BIBLIOGRAFÍA	136

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
C.P.	Constitución Política.
C.C.A.	Código Contencioso Administrativo
D.D.H.H.	Derechos Humanos.
D.I.H	Derecho Internacional Humanitario.
Núm.	Numeral.
Óp. Cit.	Obra Citada.
Pág.	Página.
t.	Tomo.

INTRODUCCIÓN

La fuerza pública en nuestro Estado Social de Derecho¹ está sujeta a restricciones, su poder se contrae a la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus libertades y su participación en los fines sociales del Estado y de los particulares. El uso del poder permanece bajo la vigilancia del pueblo, de la rama jurisdiccional y de la legislativa con el fin de que se oriente hacia objetivos que consulten el bien común.

Nuestra Constitución contiene disposiciones concretas, atinentes a las funciones a que está obligada la fuerza pública. Además advierte, en forma clara y expresa cuales son los deberes civiles y garantías sociales, a las ramas del poder público y a su propia estructuración².

Sin embargo, la fuerza pública en un contexto social, económico y político como el colombiano, cuando no cumple el mandato constitucional de protección, sino que se convierte en un elemento de represión, se transforma en un agente causante por acción u omisión de daños antijurídicos a los administrados.

La imputación de responsabilidad patrimonial al Estado, es la consecuencia de un reconocimiento, en donde la ley y la jurisprudencia fundamentaron el marco teórico y conceptual, para la garantía de la víctima ante daños ocasionados por alguna autoridad del Estado, antes irresponsable, hoy con obligaciones de reparación condicionado a la prueba de unos elementos, que el demandante debe establecer de acuerdo al régimen aplicable.

Los regímenes que surgieron con anterioridad a la Constitución Política que hoy nos rige, permitieron introducir la clara regla constitucional que sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado nos consagra la C.P. de 1991³.

En esa evolución, en primer lugar, la jurisprudencia, quizás un poco tímida de la Corte Suprema de Justicia, pero absolutamente decidida del Consejo de Estado, permitió construir una base normativa de derecho público, fundada en la interpretación de la Constitución de

¹ El artículo 2º de la C.P. establece: “Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

² SANCHEZ MARIÑO Hernando, La fuerza pública en el Estado de Derecho, Bogotá, 1973, Pág. 42.

³ La Constitución Política de 1991 dispuso, en su artículo 90, lo siguiente: “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”.

1.886, sobre todo en su artículo 16, que alejó, definitivamente, todo fundamento de derecho privado para la construcción de la institución reparatoria de los perjuicios a cargo del Estado y dejó el camino franco para que la nueva Constitución consagrara, sin dificultades, una cláusula general como la que hoy se contiene en el inciso primero del artículo 90 de la C.P.

En segundo término, que los diversos regímenes de responsabilidad del Estado, establecidos, casi en su totalidad, por la jurisprudencia y plausibles por las razones expuestas resultaban, sin embargo, insuficientes, por cuanto no comprendían los daños causados por la totalidad de las actividades estatales, pues se había diseñado, tal vez no exclusiva pero sí fundamentalmente, para la función administrativa.

La diversidad en los regímenes de responsabilidad, que obedecía, en gran parte, a las diferentes épocas en que se fueron estableciendo como lo imponía el carácter evolutivo de la institución, dificultaban –en muchas oportunidades –, la reclamación de la víctima, por motivos de orden simplemente procesal, pese a los esfuerzos de la Sección Tercera del Consejo de Estado por aplicar, sin limitaciones, el principio del *jura novit curia*⁴.

Estas circunstancias imponían que, mediante una regla constitucional, se recogiera y sistematizara una construcción jurisprudencial que había mostrado ampliamente sus bondades, pero también sus insuficiencias y que permitiera, al mismo tiempo, el crecimiento de la institución con el propósito de satisfacer mejor los cometidos de justicia respecto de la víctima.

La responsabilidad del Estado por la acción u omisión de las fuerzas militares como sistema de imputación en materia de responsabilidad administrativa, sigue siendo una expectativa de estudio y discusión en el desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial, a pesar de la cláusula contenida en el artículo 90 constitucional. Lo anterior debido a que esta fuente de responsabilidad, se encuentra limitada en la actualidad, a los actos, hechos y operaciones administrativas, tanto en el marco de la responsabilidad por falta, como de aquella donde no media la culpa; adicionalmente, se reconoce la responsabilidad de los operadores jurídicos por el error judicial, y desde el punto de vista administrativo, por el anormal o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Sin embargo, este sistema de imputación no se encuentra taxativamente discriminado en la norma constitucional, así como tampoco se ha evidenciado con claras luces en la Jurisprudencia, como una de las fuentes que informa la responsabilidad administrativa en Colombia, tesis alguna que permita deducir claramente eventos en que se dan estos sistemas de imputación. El poco desarrollo que se ha alcanzado ha sido gracias al avance que en su reconocimiento, alcance y aplicación nos

⁴ Fallo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 14 de febrero de 1995 Exp. S-123 C.P. Consuelo Sarria Olcos.

ha brindado jurisprudencialmente el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con apoyo en los sistemas francés y español, de manera que no puede decirse que la restricción a esta modalidad de imputación tiene un asiento claro y definido en el sistema jurídico colombiano.

Por otro lado, Colombia enfrenta situaciones como: las desapariciones forzadas, el reclutamiento de menores de edad en la guerra y la muerte de personas protegidas por el DIH, que implican mayor responsabilidad del Estado con la protección de los derechos humanos, sin embargo la fuerza pública también se ha constituido en agente vulnerador de estos derechos debiendo responder igualmente por su violación⁵. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de crear las condiciones necesarias para proteger y garantizar los derechos humanos consagrados en la convención americana de derechos humanos⁶.

Así las cosas, los resultados de esta investigación, aportaran al desarrollo jurídico y social del país, ya que por el diario y constante conflicto de la fuerza pública con los diferentes actores al margen de la ley, el Estado Colombiano no puede ser irresponsable ante la garantía de protección del daño antijurídico que tienen los administrados en la Constitución, y más en un sistema jurídico de protección internacional de los derechos humanos. Es por ello que se establecerá la naturaleza, límites y alcances de este tipo de responsabilidad por acción u omisión de las fuerzas militares que permitirá a los ciudadanos invocar indemnización por daños antijurídicos, y de igual forma, logrará concientización por parte de la fuerza pública para que adecue sus actuaciones conforme a la interpretación que debe dársele a esta función. Para ello, se analizará la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de Responsabilidad por acción y omisión de las Fuerzas Militares desde el año 1991 al 2011, a partir de la selección de cinco (5) precedentes por cada año de ese periodo, con el fin de describir conforme las diferentes actuaciones de los agentes estatales (Fuerza Pública) generadores de responsabilidad, los diferentes elementos o presupuestos para su configuración.

El conflicto armado colombiano, ha trascendido el marco normativo interno ante violaciones a derechos humanos por desapariciones forzadas, la muerte de civiles

⁵ La persistencia del conflicto armado interno sigue afectando a la plena vigencia de los derechos humanos. Todas las partes del conflicto armado continuaron cometiendo infracciones al derecho internacional humanitario, especialmente los grupos guerrilleros. Esta situación se vio agravada por la violencia que generaron los grupos armados ilegales que surgieron del proceso de desmovilización de las organizaciones paramilitares y las disputas entre los distintos actores armados ilegales alrededor del control del narcotráfico. (Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Asamblea General de las Naciones Unidas, 3 de febrero de 2011).

⁶ Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 1.º de julio de 2006, Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia, serie C, No. 148, párr. 129.

imputados como dados de baja en batalla (falsos positivos) y demás actos con violación al DIH (masacres y desapariciones forzadas)⁷, en los cuales el Estado a través de la fuerza pública se ha convertido a pesar de su posición de garante de la efectiva protección de los derechos, en agente responsable por daños antijurídicos derivados de sus actuaciones lícitas o ilícitas.

El Consejo de Estado ha afirmado que en caso de que los derechos humanos sean quebrantados por el Estado a través de sus diferentes órganos, por acción o por omisión, las conductas infractoras constituyen *per se* un incumplimiento de las obligaciones que el Estado Colombiano asumió frente a la comunidad internacional y por tanto, pueden llegar a comprometer su responsabilidad, no solo en el ámbito interno, sino también a nivel internacional. Tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Colombia es Estado Parte desde el 31 de julio de 1973 y que consagra la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos humanos consagrados en ella y en los demás instrumentos que la complementen, reformen o adicionen. La anterior óptica debe ser tomada en cuenta por el Juez de lo Contencioso Administrativo al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso en concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee⁸.

Por todo lo anterior, al ser la responsabilidad del agente estatal (fuerza pública) un tema de reciente discusión en el contexto del Estado Colombiano, será nuestro objetivo adentrarnos en el primer capítulo a la integración, composición y estructura del régimen de la fuerza pública asumiendo que este ente puede ser un agente que por acción u omisión genere daños antijurídicos en los administrados. En un segundo capítulo nos acercamos a la teoría general de la responsabilidad del Estado y a los diferentes regímenes aplicados en nuestro país, a través del análisis de los antecedentes nacionales, tanto legales como jurisprudenciales del Consejo de Estado, para finalizar en el tercer capítulo con el estudio a partir del artículo 90 de la constitución, de una teoría de la responsabilidad del estado por la acción u omisión de la fuerzas militares que refleje las características que el daño debe reunir para ser indemnizado, así como el régimen en el cual se debe encuadrar y los nuevos supuestos e hipótesis bajo el cual deberá imputarse dicho daño al estado.

La metodología de investigación que se utilizó para abordar la temática es la del enfoque cualitativo, la cual tiene como objeto de conocimiento la responsabilidad del Estado por

⁷ Colombia es el tercer país más condenado de la región, por debajo de Perú y Guatemala En total ha recibido 11 condenas. Las masacres y las desapariciones forzadas son los crímenes por los que más ha sido investigado y juzgado el Estado colombiano. Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿ideóloga o justiciera?, Ámbito Jurídico, Publicación de Legis, Colombia, 8 al 21 de agosto de 2011, En: Informe.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 16576.

acción u omisión de las fuerzas militares así como las normas, jurisprudencia y doctrinas jurídicas que la explican, para lo cual se utilizara la recolección de datos sin medición numérica. Esta Investigación es de tipo jurídica y el alcance de la misma nos permitió un estudio exploratorio del problema, debido a que en el contexto colombiano el mismo ha sido poco tratado, lo que evidenció la necesidad de determinar una tendencia teórica, que además podrá servir de base para investigaciones posteriores.

CAPÍTULO I

FUERZA PÚBLICA EN COLOMBIA

1.1. Concepto de Fuerza Pública.

Se llama fuerza pública⁹ al conjunto de cuerpos armados con carácter permanente, de creación y organización estatales, en los que están encomendadas la seguridad y defensa nacionales, la preservación del orden público y su restablecimiento; sujetos a una rígida disciplina y jerarquías internas y que obran por medios coercitivos, distintos a los de la actuación ordinaria del Estado en las otras esferas del poder, como instrumentos al servicio del derecho¹⁰.

Técnicamente también se pueden definir las fuerzas armadas¹¹ como el conjunto de efectivos militares de tierra, mar y aire, conformados por personas físicas, y con la finalidad de defender la soberanía y mantener las instituciones constitucionales.

Desde el siglo XVIII el movimiento liberal cuestionaba la necesidad de unas fuerzas militares permanentes y así Montesquieu, Filangieri, Say, Bonnin, entre otros estimaron que el ejército permanente se constituía en un enemigo del pueblo y de las libertades, considerando suficiente para las ordinarias necesidades de defensa un sistema de milicias¹². Por el contrario, autores como Adam Smith, Hamilton y Constant, defendían la idea de unas fuerzas militares con carácter permanente para la defensa de los Estados. En todo caso, el favor concedido a la organización defensiva basada en unas simples milicias se contempló en viejos textos constitucionales. El *Bill of Rights* de 1689 consagraba la autorización del parlamento para reclutar o mantener un ejército en tiempos de paz; la declaración de Virginia de 1776 precisaba que “una milicia bien regulada, reclutada entre el pueblo, entrenada en el manejo de las armas, es la defensa adecuada, natural y segura de un Estado libre”, debiendo evitarse los ejércitos permanentes en tiempos de paz, como

⁹ “Respecto de la institución de la fuerza pública se podría afirmar con plena razón que constituye el cuarto poder, el poder militar, con cuya aquiescencia explícita o tácita hay que contar cuando se trate de los procesos de Constitucionalización de las actividades de la comunidad, en orden a regularizarlas, para excluir de las vías de facto y hacer el tránsito del imperio puro de la fuerza física al Estado de Derecho”. (SANCHEZ NARIÑO Hernando, *La Fuerza Pública en un Estado de Derecho*, Bogotá, 1973, Pág., 42).

¹⁰ Afirma LASALLE que el poder militar, es uno de los factores de poder en la constitución política de un país. Sin la adhesión leal y espontánea de las fuerzas armadas el proceso de Constitucionalización carece de base estable.

¹¹ El término “fuerzas armadas” es de reciente data, adoptado después de la primera guerra mundial, que con el nacimiento de la aviación militar dio lugar al conocido triunvirato: ejército, marina y aviación. (CABALLERO Sierra Anzola Gil, *Teoría Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 1995, Pág. 412).

¹² FERNANDO López Ramón, *Principios de la ordenación constitucional de las fuerzas armadas*, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Tomo III, Madrid, 1991, Págs. 2547 y S.S.

“peligrosos para la libertad”. Posteriormente el constitucionalismo superó la aludida reticencia a los ejércitos permanentes, cuando la declaración francesa de 1789 en su art. 12 indico que “la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública”¹³.

Los ejércitos han planteado dos problemas clásicos a las sociedades que los crean. El primero es la acumulación en manos de los jefes militares de un enorme poder, que en ocasiones ha terminado por emplearse para alcanzar el control político¹⁴. El segundo es el gran coste en términos humanos y económicos que supone el mantenimiento de una fuerza armada organizada. Ambos problemas, especialmente el segundo, persisten en nuestros días, y las formulas elegidas para su resolución tienen una importancia decisiva en el modelo estratégico que cada Estado desarrolla en la actualidad¹⁵.

La fuerza pública en la sociedad colombiana, no es ajena a este tipo de problemas y tensiones entre lo político y lo militar. Lo político tiende a estimar lo militar como poco flexible y estático, y en cambio lo militar desconfía de las intenciones de lo político por ser volubles y guiadas por intereses. Sin embargo, el conservadurismo militar permite imponer cierto realismo a la visión que los políticos tienen de los conflictos armados, al tiempo que la amplitud de la visión política permite dinamizar lo militar orientándolo de modo que resulte más útil y rentable para los intereses nacionales¹⁶.

El problema del coste de los ejércitos, implica mantenerlo preparado para la guerra, teniendo en cuenta que los ejércitos tardan bastante en adaptarse a las reducciones presupuestarias y, una vez que lo hacen, les cuesta enormemente recuperar su nivel anterior de operatividad. Un ejército en este sentido es una combinación de efectivos humanos, equipos y armamentos, organización, doctrina y procedimientos. Todo esto se ajusta a la disponibilidad de recursos y a los privilegios riesgos y amenazas a afrontar. La búsqueda de recursos humanos para los ejércitos no es menos problemática que la de los recursos económicos. Dedicar una parte de los individuos de una sociedad al oficio de las armas, ha supuesto una ardua tarea que tradicionalmente ha planteado dos soluciones.

¹³ CABALLERO Sierra Anzola Gil, Teoría Constitucional, Editorial Temis, Bogotá, 1995, Pág. 412.

¹⁴ Los criterios sobre dimensiones y organización de las fuerzas armadas se deciden en los ministerios de defensa, órganos bajo la autoridad de un representante civil del gobierno. Lógicamente se tiene en cuenta la opinión profesional de los altos mandos militares, pero las directrices fundamentales y lo relacionado con la disponibilidad financiera la ejercen los dirigentes políticos.

¹⁵ JORDAN Javier y Carlos de Cueto, La gestión de la seguridad en el nuevo entorno estratégico, artículo las fuerzas armadas, Calvo albero José Luis, Editorial Comares, Granada, 2005, Pág. 148.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 149 y 150.

Por un lado mantener un ejército de soldados ciudadanos. Esto significa que cada miembro útil de la sociedad dedica una parte de su tiempo, normalmente uno o varios, a su formación militar. Evidentemente esto supone un importante coste a nivel social y de cada individuo, y solo acostumbra a funcionar en sociedades muy cohesionadas, con un alto espíritu cívico y, sobre todo, con graves e inminentes amenazas a su seguridad.

Cuando el soldado ciudadano falla, la solución alternativa, y quizás la común a lo largo de la historia, ha sido el ejército profesionalizado¹⁷. Los cuadros de mando, especialmente la oficialidad, se nutren tradicionalmente de sus capas medias y altas de la sociedad que ven el servicio como fuente de prestigio. La tropa, sin embargo, se suele obtener de los estratos sociales más bajos, e incluso los elementos marginales y poco productivos¹⁸.

1.2. Régimen Constitucional.

La Constitución Política en su Art. 116 señala:

“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.”
(Gaceta Constitucional No. 127, Pág. 16).

En la exposición de motivos de la ponencia para segundo debate en plenaria se expresó lo siguiente acerca de esta disposición:

“VII. Fuerza Pública. La ubicación del capítulo sobre Fuerza Pública, se hace a continuación de los anteriores no por simple coincidencia sino porque es a través de la Fuerza Pública que el gobierno logra la conservación del orden público, y a su restauración según el caso, y porque su presencia garantiza la seguridad nacional. Su consagración constitucional se hace desde la responsabilidad del mando, el porte de

¹⁷ Los ejércitos profesionales tienen sus propias ventajas e inconvenientes. Por un lado permiten mantener a la mayor parte de la sociedad al margen de la defensa; sus miembros además pueden alcanzar una gran pericia en su profesión gracias a un prolongado periodo de aprendizaje, pero por el contrario, una larga vida militar en los niveles más bajos del escalafón tiende a degradar la capacidad para el combate de los individuos.

¹⁸ JORDAN Javier y Carlos de Cueto, La gestión de la seguridad en el nuevo entorno estratégico, artículo las fuerzas armadas, Calvo albero José Luis, Editorial Comares, Granada, 2005, Pág. 151.

armas, la libertad de conciencia, el servicio militar obligatorio, las fuerzas Militares y la Policía Nacional, los derechos políticos de sus miembros y los derechos que adquieren por su condición especial. (...)

*A. **Responsabilidad de mando.** Es presupuesto necesario para el ejercicio de la disciplina y sometimiento al mando de los miembros de la Fuerza Pública. La disposición aprobada establece la diferencia entre orden reflexiva y la orden militar: la primera puede impugnarse cuando entraña violación a la Constitución, a la ley, al reglamento, o porque ella resulta inconveniente”¹⁹.*

Uno de los medios materiales de que disponen los Estados para cumplir sus fines es la Fuerza Pública. Esta proporciona la fuerza física que se necesita para someter a los individuos y al conglomerado social a la obediencia de las normas jurídicas y de las decisiones de los gobernantes, tomando estos en su sentido más amplio²⁰. SILVA BASCUÑAN acerca de la justificación de la fuerza pública agrega “La naturaleza del hombre y de la sociedad revelan la imposibilidad práctica de que aun en las formulas políticas más democráticas y en los países de más vigorosa opinión pública, la disciplina colectiva se imponga espontáneamente en todo momento, y demuestran la realidad de tendencias y factores que contribuyen a quebrantarlos, de modo más o menos grave. Se hace, entonces, indispensable que, para el cuidado del bien común, el Estado disponga de los medios coactivos necesarios para resguardar el orden público y remediar, con prontitud y eficacia, las alteraciones que se produzcan o que se teman”.

La fuerza material apta para mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, impone la existencia de una fuerza pública, que tras la Constitución de 1991 no podía tener, un régimen distinto que el de institución del Estado de carácter constitucional. Sin embargo, la fuerza pública se encuentra bajo el principio de la subordinación de las fuerzas al poder político del Estado, que es concordante con la negación de la posibilidad de un mando militar supremo.

La Constitución es clara en el Art. 189 Núm. 3, al señalar que el presidente de la república es el comandante supremo de las fuerzas armadas, que le corresponde al gobierno poner a disposición de las cámaras legislativas, cuando ellas lo soliciten, la fuerza pública si fuere necesario, y además que los gobernadores junto con los alcaldes ejercerán como agentes del presidente en el mantenimiento del orden público constitucional.

¹⁹ Ponencia: Informe de la Comisión Especial Codificadora a la plenaria. Ponente: Hernando Yepes Arcila. Documento inédito que reposa en el archivo del delegado Carlos Lleras de la Fuente.

²⁰ PEREZ Escobar Jacobo, Derecho Constitucional Colombiano, Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1997, Pág. 570.

Las fuerzas armadas por su condición institucional, hacen parte de la administración del Estado y traducen una modalidad de administración ejecutora, emanada de la voluntad del Estado a través de los órganos con competencia constitucional para ello. El legislador es libre de configurar las fuerzas armadas, pero dentro de los límites constitucionales, es decir no se encuentra facultado para suprimirlas o prescindir de sus principios de organización constitucionales, encontrando como limite el fin primordial de las fuerzas militares, según el texto del Art. 217 de la Carta.

1.3. Principios Reguladores.

El derecho castrense tradicionalmente se ha concebido como un derecho regido por principios propios²¹, con el fundamento iuspublicista de que todas las normas jurídicos-militares obedecen a la necesidad del empleo de la fuerza del Estado, debidamente organizada y como un instrumento socialmente eficaz para defenderlo, mantener su independencia, conservar la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. CABALLERO SIERRA señala como principios rectores de las fuerzas armadas los siguientes:

1.3.1. Principio de la juridicidad.

En un Estado de Derecho la Fuerza Pública está sujeta a la constitución y a las leyes. La circunstancia de que exista una Justicia Penal Militar (Art. 116 C.P.) y un Código Penal Militar, para que las cortes marciales o los tribunales militares conozcan de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, lo que indica que la jurisdicción militar tiene unos principios generales aplicables a las fuerzas armadas, de acuerdo al orden constitucional. Esa normalización jurídica de la fuerza pública, también se plasma cuando en los estados de excepción se prohíbe la investigación y juzgamiento de civiles por la Justicia Penal Militar²².

1.3.2. Principio de la dependencia militar respecto del ejecutivo.

La genérica subordinación de las autoridades militares a las civiles se concreta en la estricta dependencia de las fuerzas armadas con respecto al ejecutivo. El Art. 189 Núm. 3 de la Constitución Política, consagra una atribución eminentemente decisoria al presidente de la

²¹ La fuerza pública debe estar regida además por los siguientes principios: Finalidad, Necesidad, Debida Motivación, Proporcionalidad, No discriminación y Excepcionalidad en el uso de la fuerza. (UPRIMI Yepes Lina Margarita, *Limites de la fuerza pública en la persecución del delito*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1996. Pág. 20-21).

²² CABALLERO Sierra Anzola Gil, *Teoría Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 1995, Pág. 416.

república respecto de la fuerza pública. No en vano la misma carta (Art. 189 Núm. 5) permite al presidente de la república dirigir las operaciones de guerra cuando estime conveniente²³.

1.3.3. Principio de separación entre autoridades civiles y militares.

Si bien debe entenderse que la fuerza pública debe quedar sujeta a la autoridad civil, dentro del marco legal y constitucional, no obstante las fuerzas armadas se caracterizan por su especial complejo organizativo, pero que en todo caso hace parte de la administración del Estado. En tal sentido, dentro de la entidad pública administrativa, se da una fundamental división orgánica y funcional entre las llamadas administración civil y militar. La administración militar está dispuesta exclusivamente para garantizar la defensa del Estado, dentro de las finalidades previstas en el artículo 217 de la constitución política, estableciéndose así la debida y obligatoria separación organizacional y funcional. Estos supuestos teóricos deben propender a la claridad de los problemas que puedan suscitarse²⁴.

1.3.4. Principio del ejercicio estatal permanente.

La necesaria existencia de una fuerza militar permanente preparada para la defensa del estado y de su constitución constituye el punto de partida lógico para comprender su misión dentro del contexto general del país. Ese principio de la permanencia se refleja en los artículos 217 y 218 de la constitución política. El monopolio estatal de las fuerzas armadas no es sino un reflejo de la soberanía, por lo cual no parece posible la existencia de estado sin cuerpos armados²⁵.

1.3.5. Principio de la estricta disciplina militar.

Diversos preceptos de la Constitución inducen a la existencia de un principio de estricta disciplina militar, que condiciona la estructura interna y las propias relaciones de las fuerzas armadas. Ese principio general se refleja en el imperativo constitucional (C.P. art. 39) de que los miembros de la fuerza pública no gozan del derecho de asociación sindical, sumando a que dentro de la disciplina militar se encuentra la prohibición constitucional de que la fuerza pública no es deliberante, lo cual concilia con el postulado militar de la obediencia. El mismo texto constitucional aclara el problema, al limitar las peticiones a aquellos asuntos que se relacionen con el servicio, la moralidad del respectivo cuerpo con arreglo a la ley, estableciendo que les está vedado a los miembros de la fuerza pública

²³ CABALLERO Anzola, Óp. Cit., pág. 416.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ CABALLERO Anzola, Óp. Cit., pág. 417.

ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo; y prohibida la intervención en actividades o debates de partidos o movimientos políticos. (C.P. art. 219)²⁶.

1.4. Integración de la Fuerza Pública.

La Constitución Política de Colombia acoge el principio obligatorio de formación de una fuerza pública cuando dice que estará integrada de forma exclusiva por las fuerza militares y la policía nacional (art. 216 C.P.)²⁷, señalando además que la nación tendrá unas fuerzas militares permanentes (art. 217 C.P.)²⁸.

La misma Constitución se encarga de deslindar las funciones de las fuerzas militares de las de policía, en cuanto señala que las fuerzas militares tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia y la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Agrega que son de carácter permanente y se encuentran constituidas por el ejército²⁹, la armada³⁰ y la fuerza aérea³¹, en tanto que la policía nacional³² es un cuerpo

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ El artículo 216 de la Constitución Política señala que *“La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”*.

²⁸ A su vez el Art. 217 reza que *“La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”*.

²⁹ Los antecedentes del Ejército Nacional de Colombia, se remontan a las décadas de 1770 y 1780 con el Ejército comunero surgido en tierras de los actuales departamentos de Santander y Norte de Santander, llamada también región de los Santanderes. Luego de las capitulaciones de Zipaquirá de 1781, sus comandantes fueron traicionados, fusilados, sus cuerpos mutilados y esparcidos sus miembros. Luego de los acontecimientos del 20 de julio de 1810, la Junta suprema recién creada, anuncia la creación Batallón Voluntarios de Guardias Nacionales compuesto por infantería y caballería, al mando del Teniente Coronel Antonio Baraya.

³⁰ La Armada de la República de Colombia (ARC), también conocida como Armada Nacional, es la fuerza militar marítima legítima, de la República de Colombia. A través del empleo de su poder naval, contribuye a garantizar la independencia de la Nación, mantener la integridad territorial, la defensa del Estado y sus Instituciones en su jurisdicción: las zonas marítimas en el Pacífico y el Atlántico, zonas fluviales del interior del país y algunas áreas terrestres de su responsabilidad.

³¹ En las primeras décadas del siglo XX, después de años de guerras civiles, el país comenzó a experimentar cierto equilibrio político que estimuló la industrialización, urbanización y modernización de las ciudades. Al mismo tiempo, empezaron a gestarse otros procesos de carácter político que, en su mayoría, se debían a los cambios e influencias del ámbito internacional, lo cual hizo aún más compleja la sociedad colombiana; bajo la influencia de las ideas socialistas que empezaban a florecer en Europa se organizaron, entre 1915 y 1925, diversos sindicatos en las principales ciudades del país, comenzaron a surgir las primeras universidades estatales, se amplió la cobertura de las instituciones educativas, se empezó a extender la red de carreteras nacionales y, en general, se fortaleció la infraestructura pública. En este contexto social nació la aviación en

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

La distinción entre una y otra institución la establece la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“La policía nacional se distingue entonces de las fuerzas militares por la ausencia de disciplina castrense y por su naturaleza civil, lo cual implica que los inferiores son responsables de la ejecución de las ordenes que reciban. La policía nacional como autoridad administrativa, cumple funciones preventivas más no represivas, salvo cuando actúa como colaboradora de las autoridades judiciales en ejercicio de la función de policía judicial. Este cuerpo judicial tiene que actuar dentro del respeto de los derechos humanos y tiene como finalidad especial mantener las condiciones necesarias para el goce de los derechos y libertades de los ciudadanos, y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Es pues un mecanismo preventivo de protección de los derechos humanos”³³.

El deslinde entre las fuerzas militares y de policía, que entre sí conforman la fuerza pública, tiene su origen en el propio principio de la separación de las autoridades civiles y militares. Según este principio las fuerzas militares deben caracterizarse como un complejo organizativo que forma parte de la estructura administrativa del Estado, en que en todo caso se da una división desde el punto de vista orgánico y funcional, las llamadas administración civil y administración militar, autoridades civiles y militares; pero la tecno-estructura militar en su conjunto encuentra en el vértice de su pirámide al presidente de la república,

Colombia. (LOMBANA Sierra José Ignacio, El fuero Penal Militar en Colombia, Tesis Universidad Javeriana, 2006).

³² La finalidad esencial atribuida constitucional y legalmente a la policía nacional, gira alrededor de la preservación y el establecimiento del orden público; según la Corte Constitucional, esto es, “el mantenimiento de unas condiciones mínimas de tranquilidad, seguridad, salubridad, y moralidad publicas que hagan posible la convivencia pacífica y el normal desarrollo de las actividades sociales” (Sent. C-110/2000). Para que la policía pueda cumplir con su misión constitucional, debe hacer uso de las restricciones establecidas por el legislativo, al ejercicio de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, pero “las restricciones, en consecuencia, no buscan impedir el goce de estos, sino regular y permitir su cabal ejercicio acorde con las necesidades de la convivencia social, y el respeto por los derechos de todas las personas que integran el conglomerado social” (Sent. C-110/2000). Al respecto la Corte también ha dicho que el poder de la policía se ejerce para preservar el orden publico pero en beneficio del libre ejercicio de las libertades y derechos ciudadanos” (Sent. C-024/1994). (Molina Suarez Agustín Fernando, Derechos, Libertades y Deberes de la Persona Humana, Series 2, Escuela de Policía Antonio Nariño, Barranquilla, 2007, Pág. 5).

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994.

quien como comandante supremo de las fuerzas armadas de la república la dirige y dispone de ella³⁴.

1.4.1. Fuerzas militares.

Las fuerzas militares³⁵ de acuerdo al Decreto 1512 de 2000 Art. 27 “*son organizaciones permanentes instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar, que tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.*”

Las Fuerzas Militares están constituidas por:

1. *El Comando General de las Fuerzas Militares.*
2. *El Ejército.*
3. *La Armada.*
4. *La Fuerza Aérea”.*

El mando de las fuerzas militares está a cargo del presidente de la república, quien lo ejerce directamente o por conducto del Ministro de Defensa Nacional, a través del Comandante General de las Fuerzas Militares, quien a su vez lo ejerce sobre los demás miembros³⁶.

En la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en plenaria se dijo lo siguiente acerca del artículo 216 de la C.P.

“En esta norma se pretende consagrar expresamente la composición de la fuerza pública, circunscrita a las fuerzas militares en sus tres ramas: Ejército, Armada, Fuerza Aérea, y la policía Nacional, para evitar la proliferación de organismos armados que se han querido asimilar a

³⁴ CABALLERO Anzola, Óp. Cit., pág. 414.

³⁵ Este organismo según el Decreto 1512 de 2000 Art. 27 se encuentra organizado de la siguiente manera:

“(…)

6. *Fuerzas Militares.*

6.1. *Comando General.*

6.1.1 *Dirección General de Sanidad Militar.*

6.1.2 *Federación Colombiana Deportiva Militar.*

6.2 *Ejército.*

6.3 *Armada Nacional.*

6.3.1. *Dirección General Marítima (...)*

6.4 *Fuerza Aérea”.*

³⁶ Art. 28 del Decreto 1512 de 2000.

aquella, tales como el Departamento Administrativo de Seguridad ‘DAS’, Resguardo de Aduanas, Dirección General de Prisiones, etcétera, que no tienen las mismas exigencias de imparcialidad de las Fuerzas Militares y de la policía nacional, que por esta razón y por sus fines y objetivos, se les asigna un fuero especial.” (Gaceta Constitucional No. 44, página 11)³⁷.

1.5. Características de las Fuerzas Militares y el Fuero Militar.

1.5.1. Disciplina de las fuerzas militares.

Una de las características de las fuerzas militares es su rígida disciplina de cuerpo jerarquizado, de tal manera que la regla general es que es inexcusable la desobediencia a las órdenes superiores. Por ello, la Constitución ha establecido en materia de responsabilidad, que los militares en servicio solo responden cuando han dado la orden en virtud de la cual se infringe un precepto constitucional en detrimento de una persona (Art. 91 C.P.). Este precepto ha sido objeto de interpretación restrictiva por parte de la Corte Constitucional, la que reiteradamente ha sostenido que en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad a los militares que la ejecutan cuando la infracción implica la violación de los derechos fundamentales intangibles o inescindibles de la dignidad humana³⁸. En otras palabras la obediencia no puede ser ciega sino que debe permitir discernir al inferior respecto de la gravedad de las consecuencias que su ejecución pueda originar en relación con los mencionados derechos³⁹.

1.5.2. La fuerza pública no es deliberante.

Esta característica es esencial a las fuerzas armadas y se refiere directamente a que en la organización y funcionamiento de los cuerpos armados, no se puede debatir, discutir, deliberar sobre las órdenes impartidas dentro del servicio ordinario o estando en campaña.

³⁷ DE LA FUENTE Ileras Carlos y TANGARIFE Torres Marcel, Constitución Política de Colombia, Origen Evolución y Vigencia, 1º Edición, Tomo II, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1996, Pág. 848.

³⁸ PEREZ Escobar Jacobo, Óp. Cit., Pág. 571-572.

³⁹ La Corte Constitucional en sentencia C-578 de 4 de diciembre de 1995 expreso: “La obediencia ciega –así como la correlativa irresponsabilidad absoluta del militar subalterno- repudian a la constitución (...) que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles o inescindibles de la dignidad humana (ley 137 de 1994, art. 4), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales ordenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad”.

Si tales órdenes fueran materia de deliberación, perderían toda su fuerza y agilidad de actuación. La eficacia de la fuerza armada radica en la unidad de comando, en la dirección única, en la organización jerárquica y en la férrea disciplina que preside la actuación colectiva de la tropa.

Inherente a la fuerza pública es la condición de su funcionamiento bajo una disciplina u obediencia pasiva. *A contrario sensu* la existencia del ejército deliberante es la principal causa de las contiendas civiles⁴⁰.

1.5.3. Responsabilidad de los cuerpos armados.

La responsabilidad de los agentes del gobierno diferentes a la militar, se distingue de la de estos cuerpos armados cuando están servicio. A los primeros no los exime de responsabilidad el mandato del superior cuando infrinja una norma constitucional en detrimento de alguna persona⁴¹. Quien ejecuta la orden puede desacatarla cuando este en evidencia que es contraria al estatuto constitucional. Es decir, el funcionario civil puede deliberar sobre las órdenes que le son impartidas por su superior jerárquico, y desconocerlas en el caso indicado. En cambio, el estatuto militar y del espíritu de los cuerpos armados depende que las ordenes sean cumplidas en el acto mismo de ser expedidas, por quien las recibe y exactamente en la forma como se imparten, sin entrar a discutir su licitud o ilegitimidad. De otra manera, no serian operantes, y la suerte de miles de soldados estaría pendiente de la interpretación que el subalterno diera a los mandatos superiores. Por esto, los militares en servicio están eximidos de responsabilidad cuando cumplen estrictamente la orden superior; la responsabilidad radica totalmente en el jefe militar que la ha dado.

La Corte Suprema al respecto ha sostenido “(...) *Debe concluirse que los miembros de los cuerpos armados distintos del ejercito quedan en iguales condiciones de responsabilidad a los demás funcionarios públicos. Sin embargo, eso no significa que puedan discutir en todo*

⁴⁰ SANCHEZ NARIÑO Hernando, Óp. Cit., Pág., 59.

⁴¹ “La Constitución consagra como derecho fundamental e inalienable la libertad de conciencia (Art. 18), derecho que no puede ser suprimido ni desconocido a persona alguna, por lo tanto un subordinado, como persona natural digna que es, no puede ser obligado a ir en contra de su libertad de conciencia para que cometa un delito, el tiene el derecho a la objeción de conciencia cuando recibe la orden de cometer un crimen. La propia dignidad de la persona, la libertad para obrar de forma correcta que se le ha de reconocer al servidor público, impide aceptar que pueda existir la posibilidad de obligarlo a ejecutar un hecho inmoral o delictuoso; fundado en el principio de libertad y dignidad, el hombre tiene precisamente el derecho a rechazar la orden que le impone la comisión de un hecho injusto”. (GOMEZ López Jesús Orlando, La Obediencia Jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1998, Pág. 129).

caso las ordenes de sus superiores; por el contrario, tal cosa solo podrá acontecer de manera excepcional, dado que no hay quebrantamiento de garantías constitucionales cuando los ciudadanos contra quienes procede la coacción del Estado se le han puesto fuera de los caminos marcados a la conducta social por la constitución o las leyes”⁴².

1.5.4. Prohibición del sufragio y la actividad política.

Los miembros activos, o en servicio de los cuerpos armados tienen suspendida toda participación en las actividades políticas y el ejercicio del sufragio. Se quiere con esto mantener inmunizado al ejército contra la actividad partidista que podría desunirlo o indisciplinarlo, fuera de abrir la posibilidad de convertirlo en contundente instrumento de lucha política. El sufragio también podría dar ocasión a disensiones internas o a la utilización de los subalternos por parte de los superiores, fundándose en la disciplina para la emisión de un sufragio no enteramente libre.

En la exposición de motivos de la ponencia para segundo debate en plenaria, el delegatario Hernando Yepes Arcila expresó lo siguiente acerca de la adopción de este precepto:

“F. Derechos Políticos. Se mantiene a nivel constitucional norma que describe a la fuerza pública como institución no deliberante, y por consiguiente la prohibición para sus miembros de participar en política, directa o indirectamente, y somete el derecho de reunión de aquellos a la orden de autoridad legítima. El fin, pues, de lograr independizar el ejercicio de las actividades propias de los miembros de la Fuerza Pública, sigue siendo pilar fundamental para la transparencia tanto de los procesos políticos como de los militares en sentido amplio, como presupuestos necesarios para el mantenimiento del Estado de Derecho. Por lo anterior se mantiene la prohibición a los miembros de la fuerza pública de ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo. También se restringe el ámbito de ejercicio al derecho de petición, para asuntos que se relacionen con el servicio que se está prestando y con la moralidad del cuerpo a que se pertenece, ejercicio cuya regulación queda dispuesta a la ley”⁴³. (Informe de la comisión Especial Codificadora a la plenaria. Documento Inédito que reposa en el archivo del delegatario Carlos Lleras de la Fuente. Ponente: Hernando Yepes Arcila).

En retribución de la rigidez disciplinaria del servicio, del peligro que entraña la carrera militar, de la restricción de ciertos derechos fundamentales, se han acordado ciertos privilegios y protecciones compensatorios de esas desventajas.

⁴² SANCHEZ NARIÑO Hernando, Óp. Cit., Pág., 60.

⁴³ DE LA FUENTE Lleras Carlos y TANGARIFE Torres Marcel, Óp. Cit., Pág. 854.

Gozan, en primer término, de un estatuto propio, en el cual se consignan sus obligaciones y derechos, o sea, que tienen un tratamiento distinto al de los demás servidores públicos, así toda la carrera militar está regulada como una actividad profesional específica, donde la conducta impecable, la duración en el servicio, los actos extraordinarios de valor, de compañerismo y lealtad, son realizados y dan derechos a ascensos y preeminencia sociales⁴⁴.

1.5.5. Fuero militar⁴⁵.

El fuero militar es otra garantía que las leyes reconocen. La Corte Suprema de Justicia, en varios fallos, ha expuesto la doctrina que de acuerdo con el Código Penal Militar, no solo es delito de esta clase el que se comete por infracción de las leyes militares, sino el propio delito común cometido por un militar en asuntos del servicio o dentro del cuartel.

⁴⁴ SANCHEZ NARIÑO Hernando, Óp. Cit., Pág., 61.

⁴⁵ Del principio de separación entre autoridades civiles y militares, se desprende la existencia de un fuero especial en materia penal, de acuerdo con el cual las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, conocen de los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo (Art. 221 C.P.).(CABALLERO Anzola, Óp. Cit., pág. 417).

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN COLOMBIA

La responsabilidad patrimonial, consiste en la obligación de reparación pecuniaria con el fin de restablecer la lesión o daño sufrido a una persona natural (damnificado), originado en una actuación del Estado. En Colombia⁴⁶, la evolución de esta teoría cuestionó en primer lugar, la existencia misma de la responsabilidad del Estado (Irresponsabilidad del Estado), pues durante algunas épocas se considero que él no era responsable de los daños que causara; en segundo término, la forma como ha tomarse el Estado en estos casos, si como un organismo que es responsable directamente o como asumiendo la responsabilidad de los daños causados por sus órganos o agentes (Responsabilidad Indirecta); en tercer lugar, el conjunto de normas aplicables al Estado: si son las mismas que regulan la responsabilidad de los particulares y que están contenidas en las leyes civiles, o si, por el contrario, existe una normatividad especial y particular con respecto a él (Responsabilidad Directa), precisando si los conflictos a que dé lugar la responsabilidad del Estado se ventilan ante los jueces comunes o los jueces especializados en resolver los conflictos donde intervenga el Estado (Responsabilidad Por Falla del Servicio y Regímenes Objetivos); finalmente y este aspecto es en buena parte dependiente del anterior, se centrara el estudio en la antijuridicidad del daño y su valoración por la jurisdicción contencioso administrativa (Responsabilidad por Daño Antijurídico)⁴⁷.

1.1. Irresponsabilidad del Estado.

El Estado Colombiano hasta finales del Siglo XIX se consideraba irresponsable por la acción u omisión de sus funcionarios o representantes. Esto significa que durante un extenso periodo no fue cuestionada la existencia misma de la responsabilidad del Estado ya

⁴⁶ “La responsabilidad patrimonial solo tuvo lugar a finales del siglo XIX, cuando el Estado y la sociedad alcanzaron un cierto grado tecnológico y el estado gendarme que caracterizo el individualismo liberal, dio paso a una economía intervencionista que incremento las posibilidades de que la actividad pública se tradujera en una creciente cantidad de daños residuales. En la sociedad colombiana ya desde los albores de la república es posible encontrar disposiciones en la que se reconoce el derecho a compensación por daños producidos con ocasión de trabajos públicos. Las guerras civiles dieron lugar, por otra parte a la expedición de leyes orientadas a la compensación de los daños causados por los ejércitos en contienda, pero que sin ellos significara el reconocimiento de una obligación reparadora. En estos casos la función de los jueces era exclusivamente reconocer el derecho reclamado en los términos y condiciones estipulados en la ley”. (SAAVEDRA BECERRA, Óp. Cit. Pág. 95).

⁴⁷ PERDOMO Vidal Jaime, Derecho Administrativo, Decimo Tercera Edición, Editorial Legis, Bogotá, 2009, Pág. 473 a 477.

que este no era responsable de los daños que causara a los administrados. El efecto propio de este concepto era el impedimento hacia cualquiera de los ciudadanos, de poder ejercer acciones tendientes a obtener indemnización por perjuicios sufridos⁴⁸.

El fundamento de la anterior postura se basó en la tesis de la soberanía absoluta del Estado lo que lo hacía irresponsable por los perjuicios que pudiera provocar sus actuaciones. Era claro que “*si el Estado es soberano, mal puede ser responsabilizado*”⁴⁹. Esta etapa de la evolución de la responsabilidad del Estado igualmente ocurrió en países como Francia⁵⁰, Inglaterra⁵¹ y España⁵², atendiendo sus circunstancias propias de los sistemas jurídicos,

⁴⁸ “En la Antigüedad no se concebía un Estado Responsable por los daños que, con su actividad pudiera causar a los asociados y por esta razón tenía amplios poderes para disponer de los bienes de los ciudadanos, no siendo responsable de su utilización sino ante las divinidades oficiales. Era la víctima del despojo quien corría con el peso del daño, sin que tuviera la posibilidad de intentar una reclamación para obtener la reparación del perjuicio. Así sucedía en las legendarias Esparta y Atenas”. (BUSTAMANTE Ledesma Álvaro, Editorial Leyer, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Segunda Edición, 2003, Pág. 5.)

⁴⁹ PERDOMO Vidal Jaime, Derecho Administrativo, Decimo Tercera Edición, Editorial Legis, Bogotá, 2009, Pág. 473.

⁵⁰ Este derecho es el de mayor incidencia en la evolución de nuestro contencioso administrativo. Siguiendo a MOREAU distingue una primera fase denominada edad teológica, que va desde el año VIII de aquel calendario de aproximadamente mediados del siglo pasado, donde el principio general imperante era el de la irresponsabilidad del Estado, salvo que con carácter excepcional la ley los previera expresamente. La única garantía entonces que tenía la víctima era la responsabilidad del propio funcionario autor del daño, y que era exigible en los términos del Código Civil ante los tribunales ordinarios. Tal responsabilidad resultaba limitada a su vez por una autorización administrativa previa, concebida como requisito *sine qua non* para poder demandar al funcionario en la vía civil e impuesto por el artículo 75 de la Constitución Napoleónica del Año VII (Dic. 13 de 1799) como justificante de la separación de poderes.

⁵¹ “El dogma de la infalibilidad del monarca, implícito en el principio de *King can do no wrong*, se funda, precisamente en el concepto de origen divino del poder por el ejercido, dicho de otra manera tiene sus raíces no tanto en el hecho de que en verdad el rey no pudiera equivocarse ni causar daños, sino en que demandarlo sería contrario a la condición misma de soberano. En la Inglaterra del siglo XVI la infalibilidad del soberano no se transmitía a sus funcionarios, por lo cual los particulares damnificados podían accionar, directamente, contra los responsables. Se puede observar que en Inglaterra se da una cierta unificación entre los conceptos de Estado y Gobierno considerando a esta última únicamente como la rama ejecutiva, y no como el conjunto de los otros poderes confusión esta que llevaba a referirse, en determinados casos a la cuestión de responsabilidad del ejecutivo y no propiamente al Estado”. (VASQUEZ Roberto Adolfo, Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus funcionarios, Segunda Edición, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 2001, Pág. 60 a 64).

⁵² “La Responsabilidad Patrimonial del Estado Español se ha producido con un particular retraso, fundado en que la fuerza de la irresponsabilidad del soberano se sumo el hecho de encontrarse envuelto en una crisis histórica, consecuencia de la liquidación de los últimos restos de su imperio y de un retraso económico en momentos en que el resto de Europa apuntaba hacia los modernos criterios de responsabilidad del Estado. Sin embargo algunas normas de manera temprana reconocían la responsabilidad pública, como la ley del 9 de abril de 1842 que declara la obligación de la nación de indemnizar los daños causados, así en el ataque como

políticos, sociales y económicos pero manteniéndose la consecuencia de que el Estado o cualquier órgano que lo representara, por su soberanía podía oponerse a todos sin necesidad de compensación alguna.

En Colombia la tesis de la irresponsabilidad absoluta se desarrolla en el Siglo XIX con las luchas de los movimientos políticos en el marco de la expedición en 1886 de una Constitución que debía afrontar el deber de “(...) *proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes (...)*”⁵³. Por otro lado, el contexto del Estado Colombiano⁵⁴ representaba mayores dificultades por estar sujeto a largos periodos de violencia en donde la preparación de la lucha contra el Estado había alcanzado los planos de la acusación jurídica contra el mismo.

Cuando un Estado es considerado por sí mismo irresponsable, da lugar a que en su nombre se cometan toda clase de abusos y atropellos frente a los cuales los perjudicados al no tener ningún recurso o posibilidad de ejercer alguna acción contra este o sus agentes no le queda más que soportar el daño por ellos causados. Esta situación representaba la problemática de que el Estado al someterse a las tesis consagrada en el Art. 2º de la C.P. de 1886 que determinaba que “*los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala*”⁵⁵, implicaba el sometimiento a los principios del derecho público de legalidad, de autolimitación del poder público y del Estado de Derecho. En este sentido, el Estado no podría cumplir la función de mantener el orden en la sociedad teniendo al mismo tiempo un sistema de irresponsabilidad fundado en un concepto de soberanía que a todas luces contrariaba las nociones elementales de justicia y equidad.

en la defensa de plazas, pueblos, edificios, etc.”. (GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ, T. R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Pág. 353).

⁵³ Art. 16 de la C.P. de 1886 “*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”. La norma equivalente está consagrada hoy en el inciso 2º. Del art. 2º. De la Constitución de 1.991, que establece: “*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”.

⁵⁴ En ocasiones, la falta de diligencia de los agentes del mismo estado, en la defensa de los intereses económicos de los ciudadanos, quienes a través del mecanismo de los impuestos terminaban siendo los responsables de las faltas que se le atribuían a los organismos oficiales, facilitó el ambiente de inconformismo y violencia contra las instituciones.

⁵⁵ En la Constitución vigente, hay una norma equivalente en el art. 3º. según el cual “*la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público*”.

Por otro lado, la actividad pública del Estado en el siglo XIX gobernado por ideas liberales e individualistas produjo un creciente desarrollo tecnológico, lo cual se tradujo en la sociedad Colombiana y rural de la época en daños residuales derivados de esta. Es por lo dicho, que es posible encontrar a partir de la Constitución de 1886⁵⁶ normas que reconocían compensación del Estado por daños producidos con ocasión de su actividad (trabajos públicos), tales como las siguientes: a) el artículo 30 de la Constitución Política de 1886, luego de la reforma del Acto legislativo No. 1 de 1936, sobre indemnización en los casos de expropiación por motivos utilidad pública; b) el artículo 31 de la Constitución Política de 1886, que establecía indemnización en favor de las personas que fueran privadas del ejercicio de una actividad lícita como consecuencia de la creación de un monopolio estatal; c) el artículo 33 de la Constitución Política de 1886, que preveía la indemnización para la expropiación en los casos de guerra para atender el restablecimiento del orden público; d) la ley 38 de 1918, que contemplaba la responsabilidad por los daños producidos con la ocupación de inmuebles por motivo de trabajos públicos. Resulta un tanto paradójico que en un régimen de irresponsabilidad del Estado, se encontraran estas normas que si bien en ningún momento significaron el reconocimiento de una obligación reparadora de principio, fueron expresiones de responsabilidad reconocidas por el legislador.

2.2. Responsabilidad Indirecta Del Estado.

Frente a los conflictos originados, por daños causados a los administrados, atribuidos al Estado o sus agentes con ocasión de su actividad (ocupación temporal o permanente por trabajos públicos); superada la tesis de la irresponsabilidad y a *contrario sensu* sometido el Estado y con él sus órganos y funcionarios al derecho como consecuencia del principio de legalidad, encontrarían las víctimas de los abusos estatales a una persona jurídica que junto a los funcionarios garantizarían con mayor equidad y seguridad la reparación de sus daños.

La Corte Suprema de Justicia – en sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales – fue la encargada – por la atribución general de competencia que detentó hasta 1964-, de

⁵⁶ Sin embargo desde mucho antes en la época de la república el legislador había reconocido casos de compensaciones por daños producidos con ocasión a trabajos públicos, la Ley 1ª de 31 de julio de 1823 disponía en su Art. 34: “*Si algunos terrenos, molinos acequias de regadío u otros establecimientos de cualquier especie, se desmejoraren o inutilizaren por causa de una obra pública, aunque esta no ocupe parte de ellos, se indemnizara a los propietarios de todos los daños que experimenten*”. (SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera Reimpresión De La Primera Edición, Bogotá, 2005, Pág. 25.)

dirimir los conflictos atinentes a este tema⁵⁷, siendo, por consiguiente, la primera corporación judicial que enfrentó el problema de la carencia normativa sobre el particular.

Puesta en tal circunstancia y teniendo presente que la falencia anotada no podía servirle de pretexto para negarse a decidir⁵⁸, acudió a la aplicación de las normas que, en el código civil, regulan la responsabilidad extracontractual de los particulares⁵⁹, constituyendo este procedimiento una primera época en la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Inicialmente, la Corte encontró el fundamento normativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en los artículos 2347 y 2349 del código civil⁶⁰, tesis que también aplicó a la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas de derecho privado, lo cual equivale a decir que el sustento de la obligación indemnizatoria estuvo constituido por las llamadas *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando* de la administración, las cuales, por lo demás, se presumían⁶¹.

⁵⁷ De conformidad con lo reglado en los artículos 261 a 269 de la ley 167 de 1941, la Jurisdicción Contencioso administrativa tenía competencias para conocer los casos de responsabilidad por los daños producidos con la ocupación de temporal o permanente de inmuebles por motivo de trabajos públicos (mediante sentencia del 20 de junio de 1995 de la Corte Suprema de Justicia, dictada en ejercicio de funciones de tribunal de control de constitucionalidad, declaró la inexecutable parcial de tales normas, en aquella parte relacionada con la ocupación permanente, por estimar que tales eventos debían ser competencia de la jurisdicción ordinaria).

⁵⁸ De una parte, el artículo 8° de la ley 153 de 1.887 dispone: “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.*”; y de otra, de modo explícito el artículo 48 ibídem establece: “*Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.*”.

⁵⁹ Artículos 2341 al 2359 del Código Civil.

⁶⁰ El artículo 2347 del Código Civil preceptúa: “*Responsabilidad por el hecho ajeno. Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cargo*”; por su parte, el artículo 2349 ibídem dispone: “*Daños causados por los criados o sirvientes. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes*”.

⁶¹ Al respecto pueden consultarse los textos de Antonio José de Irisarri R. “*La Responsabilidad de la Administración Pública por falla o culpa del servicio en Colombia*”, en la obra colectiva “*La Responsabilidad de la Administración Pública*” U. Externado de Colombia - 1986; Juan Carlos Henao “*Presentación General de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*” en la obra “*Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*” U. Externado de Colombia 1996., y la sentencia del 28 de octubre de 1976 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Esta teoría de la *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando* cuyo origen proviene de la responsabilidad por el hecho ajeno es la llamada responsabilidad indirecta o compleja, por oposición a la directa por el hecho propio o simple. Es el caso de los terceros civilmente responsables de los daños causados por personas que tienen bajo su cuidado y vigilancia.

Su origen se remonta a los tiempos en que los parientes respondían de los delitos de los integrantes del grupo o clan familiar. La responsabilidad por el hecho ajeno tiene como fundamento una culpa de la persona que responde (civilmente responsable) consistente en no haber obrado con diligencia en la obligación de cuidado y vigilancia de la persona subordinada a su cargo y una culpa directa de la persona que infiere el daño (el directamente responsable)⁶².

Respecto a la persona jurídica Estado esta responsabilidad se edificó sobre el hecho de que ella debe elegir y vigilar a sus agentes con gran cuidado, ya que son sus dependientes o subordinados, de manera que si incurren en culpa en el desempeño de sus funciones, esta se proyecta sobre la entidad jurídica⁶³. Las razones que sirven de fundamento a esta teoría son a saber: el peligro ante la responsabilidad por el hecho de los funcionarios y demás dependientes del Estado de la insolvencia de los mismos, lo cual podría tornar ilusoria la reparación a la persona afectada; y en segundo lugar porque de una u otra forma el Estado demuestra que no ha tomado las medidas necesarias para evitar que ese daño se produzca y al depender el agente que causo el daño de la Administración, a su vez la hace culpable⁶⁴.

En esta *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*⁶⁵ opera una presunción legal en favor de la víctima consistente en que aun en el evento en que el Estado haya tomado las medidas preventivas y cuidados al elegir a un funcionario, lo esté vigilando y este en su afán de cumplir con diligencia y esmero el ejercicio de su función lesione a un tercero, aunque no

expediente 1482, Actor Banco Bananero del Magdalena vs. Nación. Esta tesis se mantuvo, aproximadamente hasta 1.938.

⁶² POSADA Velásquez Obdulio, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Editorial Temis, Bogotá, 2009, Pág. 493 y 494.

⁶³ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera Reimpresión De La Primera Edición, Bogotá, 2005, Pág. 98.

⁶⁴ Las soluciones aplicadas frente a este tipo de responsabilidad de las personas morales privadas se extendieron a la Administración en fallos de julio 19 de 1916 referentes al caso de negligencia en la ejecución de las obras de mejoramiento de una vía pública, con las cuales se causo daño a uno de los propietarios vecinos y del 17 de junio de 1938 de la Sala de Negocios Generales.

⁶⁵ Para sustentar la tesis de la responsabilidad del Estado por los actos de sus agentes y funcionarios, se acudió en el derecho francés al artículo 1384 del C.C. que consagra la responsabilidad de los amos y patronos por los hechos de sus criados y dependientes. El Estado fue asimilado a un amo o patrono, con la variante de que tratándose de dicho ente esa responsabilidad estaba basada en la obligación que tiene de seleccionar cuidadosamente sus funcionarios y ejercer sobre ellos una constante y efectiva vigilancia.

haya habido culpa del Estado la responsabilidad sobre el subsiste⁶⁶. Aquí la culpa del Estado constituye una función de garantía que se le imputa y fluye por haber elegido o vigilado mal a las personas o las cosas que generan el daño paralela a la responsabilidad del agente autor del hecho, cuyo acto debe reunir los elementos configurativos de la responsabilidad extracontractual que generan resarcimiento.

Estos elementos comunes que deben concurrir en todas las formas de responsabilidad por el hecho ajeno son:

- a) Responsabilidad civil directa del subordinado⁶⁷. (Conducta, culpa en los casos de responsabilidad subjetiva, daño y nexo entre la conducta y el daño).
- b) Obligación legal o contractual del civilmente responsable del cuidado del subordinado⁶⁸.
- c) La acción dañosa del directamente responsable debe darse durante la vigencia de la relación de subordinación⁶⁹.

Al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Mag. José J. Gómez del 30 de junio de 1962⁷⁰ fallo Tinjacá señaló que la responsabilidad indirecta de los entes jurídicos tendría además de los ya señalados por la doctrina estos otros elementos:

- b) Se presume la culpa de la persona moral, porque esta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente.
- c) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa.

⁶⁶ Planiol y Josserand señalan que la culpa indirecta es solo un procedimiento de construcción jurídica, un sesgo al que el legislador ha recurrido para encubrir su intervención omnipotente, solo ella es la fuente de esta obligación, es la ley que dicta, y la culpa que invoca en este caso lo es, únicamente para rendir tributo a una tradicional idea arraigada en el espíritu y en las costumbres humanas.

⁶⁷ En Sentencia de la C.S.J., Sala de Casación Civil, de 1996 se señaló: “En estas condiciones es dable concluir que tratándose de la responsabilidad civil por el hecho de otra persona, el tercero está obligado a indemnizar cuando se encuentran demostrados los presupuestos generales que configuran la responsabilidad extracontractual, a saber, el hecho, el daño, y el nexo de causalidad entre uno y otro, por un lado, y por el otro la relación de dependencia con el causante del daño, relación de dependencia, que como se ha explicado a espacios líneas atrás, no habrá de estar ligada en forma concreta a una clase especial de contrato, sino que supone, única y exclusivamente, una situación de autoridad o de subordinación adecuada”.

⁶⁸ Otros autores exigen los siguientes requisitos: Un acto ilícito del directamente responsable o subordinado, un daño, un vínculo de causalidad entre el daño y el acto ilícito del directamente responsable, el vínculo de dependencia entre el agente del daño y el acto ilícito del directamente responsable.

⁶⁹ POSADA, Óp. Cit., Pág. 497.

⁷⁰ C.S.de J. 30 de junio de 1962, Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells V. Municipio de Bogotá, M.P. José J. Gómez, G.J. t. XCIX, p. 87.

e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último.

f) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años; contra el autor, si se trata de infracción penal, en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de cuasidelitos.

g) Le sirven de arraigo a esta doctrina, especialmente, los citados artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que tratan de la responsabilidad indirecta por los hechos llamados ajenos⁷¹.

Por otro lado, este tipo de responsabilidad indirecta se caracteriza por una inversión del *onus probandi* es decir en los eventos de daños causados por agentes del Estado que estaban bajo su guardia y vigilancia hay una inversión de la carga de la prueba; siendo el demandado el que tendrá que probar las circunstancias eximentes de la culpa, ya sea demostrando la culpa exclusiva de la víctima, de un tercero, de modo exclusivo, por el cual no responde, o del caso fortuito o fuerza mayor. Lo anterior no quiere decir que no deban analizarse todas las circunstancias que puedan llevar a exculpar al presunto responsable indirecto. Esta es justamente la razón para que tales presunciones sean *iuris tantum*, y también ahí encuentra su fundamento la inversión del *onus probandi*⁷².

La inversión de la carga de la prueba implica no solo demostrar haber actuado con diligencia y cuidado, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 29 de mayo de 2000, Exp. 6264⁷³ aclaró sobre el tema de la carga de la prueba en la responsabilidad por el hecho ajeno de los padres que: “Si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho, lo que equivale a indicar que el tema de la prueba en esta codificación, y referida a la responsabilidad civil por el hecho ajeno, se enfoca en la acreditación plena de la diligencia en la custodia y educación a cargo de los padre y naturalmente frente al preciso evento dañoso. Pero esa prueba de haber cumplido con la vigilancia y educación del menor no consiste, como el cargo parece insinuarlo, en presentar indicios contingentes o pruebas indirectas que den lugar a que se vislumbre la apariencia de que en efecto, en el pasado el pupilo ha recibido adecuada vigilancia y educación. La labor de quien deba acreditar la observancia de ese deber jurídico concreto de vigilancia no consiste en demostrar ser un

⁷¹ SAAVEDRA, óp. Cit., Pág. 99.

⁷² VASQUEZ Roberto Adolfo, Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus funcionarios, Segunda Edición, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 2001, Pag.166.

⁷³ La C.S. de J., Sala de Casación Civil en Sentencia del 29 de mayo de 2000, Exp. 6264, M.P. Jorge Santos Ballesteros, demandante: Gilma Reyes Bejarano y otros demandado: Humberto Rafael Jimeno Zúñiga y otros.

buen padre de familia, sino en haber cumplido ese deber en el momento en que el evento dañoso acaece”.

El párrafo final del artículo 2347 del Código Civil establece que: “cesara la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”⁷⁴. TAMAYO JARAMILLO⁷⁵ sostiene que caben dos interpretaciones de lo establecido en el citado párrafo. La primera que la presunción solo se desvirtúa mediante la prueba de una causa extraña, puesto que la frase utilizada por la norma comentada se estaría refiriendo a una imposibilidad o irresistibilidad, elemento constitutivo de una causa extraña, o se podría interpretar en el sentido de que el civilmente responsable solo está obligado a demostrar ausencia de culpa⁷⁶, es decir diligencia y cuidado que en este caso concreto consistiría en la prueba de una buena diligencia⁷⁷.

Por último, la tesis de la responsabilidad indirecta del estado fue pronto insuficiente para resolver todas las cuestiones e indagaciones que se hacían sobre aspectos tan importantes como la fundamentación legal de la teoría, el desconocimiento de las relaciones tan particulares existentes entre el Estado y sus funcionarios y la poca aplicabilidad que frecuentemente tenían las tesis de la *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*.

⁷⁴ “Además de la falta personal del empleado, regulada en el artículo 2341, existe la del empleador, quien (...) se hace responsable por razón de una presunción de culpa consistente en falta de vigilancia y mala elección de su representante, mandatario o dependiente; presunción que se destruye probando la ausencia de culpa, o sea que así en la elección del empleado (o encargado; préposé en francés), como en el desarrollo del hecho causante del perjuicio, el dueño usó de los recursos que un hombre avisado y diligente emplearía en situación semejante tanto para asegurar la buena elección del agente, como en el cumplimiento normal de la respectiva función por parte de este, en forma tal que el comitente no tuvo medio de prever o impedir el daño”. (Sala de Negocios Generales en fallo de junio 30 de 1941)

⁷⁵ TAMAYO JARAMILLO Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomos I, Bogotá, Legis, 2007, Pág. 696-697.

⁷⁶ “Por ser una responsabilidad indirecta fundamentada en los conceptos de la *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*, la entidad jurídica estatal podía fácilmente librarse de los compromisos indemnizatorios, demostrando diligencia en la elección y esmero en la vigilancia pero no obstante con esa teoría se prestó un invaluable servicio a la comunidad pues abrió de una vez y para siempre las puertas que protegían celosamente la irresponsabilidad del Estado, cuya última resistencia había sido la de descargar el peso de las obligaciones indemnizatorias en los funcionarios”. (BUSTAMANTE, Óp. Cit., Pág. 8).

⁷⁷ En la Sentencia mencionada del 29 de mayo de 2000, Exp. 6264 de la C.S. de J., Sala de Casación Civil señaló: “La labor de quien deba acreditar la observancia de ese deber jurídico concreto de vigilancia no consiste en demostrar ser un buen padre de familia, sino en haber cumplido ese deber en el momento en que ese evento dañoso acaece. O en no haber podido cumplir, a pesar de la autoridad que goza”.

El factor que impulso la revisión de la responsabilidad indirecta fue el fenómeno de la intervención del Estado cuando abandono su papel pasivo y abstencionista para convertirse en intervencionista. Al traducirse la finalidad del Estado en términos del servicio público y aumentar su intervencionismo, proliferaron su prestación con ellos las posibilidades de daño a los asociados. A esta situación *la culpa in eligendo y culpa in vigilando* no explicaba la responsabilidad de las personas morales. Además la culpa personal de un agente del Estado comprometía a este de manera inmediata porque la culpa de sus agentes era su propia culpa. Y además el agente que causaba el daño era también responsable y debía indemnizar, creándose entre él y el Estado una solidaridad para afrontar la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a los asociados⁷⁸.

Igualmente la Corte Suprema en el fallo mencionado de 1962 formuló los siguientes reparos:

1. Los artículos 2347 y 2349 del Código Civil contemplan la responsabilidad indirecta, que es la originada no en los actos propios o personales, sino en los ejecutados por otras personas de quienes están llamadas a responder las ligadas a ellas según la ley.

Por consiguiente para responder por las acciones de otro ha de haber un vínculo, razón de ser de tal responsabilidad. Tal vínculo debe proceder, de acuerdo con aquellas normas:

- a) De las relaciones de familia, y por ello “el padre, y a falta de este la madre, es responsable de los hijos menores que habiten en la misma casa”.
- b) De las relaciones de guarda, y así “el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado”.
- c) De las relaciones a que da lugar la educación, en virtud de las cuales los directores de los colegios y escuelas “responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado”.
- d) De las relaciones de trabajo, con motivo de las cuales responden “los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes ‘mientras están bajo su cuidado’; así como los patronos del daño causado por los empleados domésticos “con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos”.

De los vínculos entre la persona de derecho público o privado, que es ente jurídico con responsabilidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución, y sus agentes, no puede decirse lo que predicen dichas disposiciones de los

⁷⁸ BUSTAMANTE, Óp. Cit., Pág. 8.

sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la “dependencia”, ni tampoco al “cuidado”, de la entidad moral, como si se hayan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros, patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la “autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe”, se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas, y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones in eligendo e in vigilando, la responsabilidad indirecta no se sostiene⁷⁹.

2.3. Responsabilidad Directa del Estado.

La Responsabilidad Directa del Estado fue elaborada sobre la teoría de la falta o falla del servicio público cuyo origen se remonta al derecho francés en fallos de finales del siglo XVIII.

La *faute de service*⁸⁰ es la expresión del mal funcionamiento de la Administración. Uno de los puntos de referencia del desarrollo del Derecho Administrativo fue el periodo de servicio público, PROSPER WEIL⁸¹ con fundamento en esta teoría definió la falta como un incumplimiento a las leyes del servicio, como un atentado contra la igualdad ante los servicios públicos⁸², o como una violación del derecho al funcionamiento correcto del servicio público.

⁷⁹ *Ibidem*, Pág. 100.

⁸⁰ “Por su parte BRAIBANT distingue la falta de servicio de la falla del servicio. La falta de servicio sería la de un individuo identificado: se sabe quien ha cometido la falta. La falta del servicio ha funcionado mal pero no se puede identificar un responsable preciso. Para ROUGEVIN – BAVILLE la jurisprudencia trata exactamente de la misma manera la falta de servicio y la falla del servicio. La personalidad del agente que causa el daño carece de interés salvo en el caso muy raro de la “falta personal separable”, cuando la falta esta de tal modo individualizada y es de tan grave magnitud que se considera que debe significar la responsabilidad personal de su autor”. (ROUGEVIN-BAVILLE y otros, *Leçons De Droit Administratif*, Hachette, PES, 1989, Pág. 336).

⁸¹ WEIL PROSPER, *Le Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Col. Qué sais-je? 7^{ème} ed. Paris, 1978, Pág. 12.

⁸² Derivo sustancialmente de la tesis del servicio público como deber primario del Estado, para pregonar que tal deber le incumbía a la Administración como una responsabilidad suya propia, que necesariamente debía atender de manera idónea, sin que se le permitiera un funcionamiento deficiente o irregular que pudiera ocasionar daños a los ciudadanos.

El término falta del servicio⁸³ aparece como consecuencia de la expresión de una culpa o falta de la administración planteada en fallos como el *Blanco*⁸⁴. Los fallos que mencionan la existencia de una falta (culpa) de la administración, aparecen entre 1896 y 1897 el fallo *Maugère* y el fallo *Sengès* que admiten la responsabilidad del Estado en materia de accidentes de trabajo constatando que estos son imputables “a la falta de la administración”. Aparecen también los celebres fallos *Tomaso-Grecco*⁸⁵ y *Brugealais* en el que el Consejo de Estado condena al Estado por no haber señalado un obstáculo vial.

Posterior a estos fallos, el caso *Pelletier* del Tribunal de Conflictos distinguió, en 1873, el hecho personal del hecho del servicio⁸⁶, al atribuir competencia a la jurisdicción administrativa en un asunto relacionado con la incautación de un periódico bajo el régimen del estado de sitio⁸⁷. LAFERRIÈRE aclararía finalmente que a la falta de servicio correspondería la competencia administrativa mientras que la falta personal podría dar lugar a una acción de responsabilidad ante los tribunales civiles⁸⁸.

⁸³ La responsabilidad por falta o falla del servicio, ha sido el más antiguo y utilizado fundamento de la responsabilidad administrativa, al punto que se ha constituido en los sistemas que siguen el modelo francés y dominante en América Latina siendo en Colombia una de las especies más desarrolladas por la jurisprudencia colombiana, al menos a partir de 1964.

⁸⁴ Los hechos se deben a que una niña, Agnès Blanco que trataba de atravesar los rieles que cortaban la calle en la ciudad de Burdeos, fue atropellada por una vagoneta de la Compañía Nacional de Manufactura de Tabaco –de propiedad estatal- que transportaba materia prima para otro edificio. Del accidente sufre graves lesiones que culminarían con amputación de las piernas. El padre de la menor demanda ante los tribunales ordinarios en acción civil de indemnización por daños y perjuicios ocasionados a terceros en aplicación de la acción por daños causados por sus agentes (arts. 1382 a 1384 C.C. francés). Suscitado el conflicto negativo de competencias, es al Tribunal de Conflictos a quien corresponde pronunciarse.

⁸⁵ “Por otra parte, no se ve en virtud de qué texto o de qué principio de derecho ciudadano lesionado por un vicio de la organización o funcionamiento del servicio público, por la falta grave de quienes los dirigen y son sus agentes de ejecución, sería privado del derecho a obtener reparación del perjuicio sufrido, por el solo motivo de que el acto incriminado sería un acto de mando o que la medida criticada sería una medida de la policía. En particular no se comprendería porque cuando se trata de la policía de seguridad pública, se negaría *a priori* toda acción indemnizatoria a los ciudadanos lesionados por la falta de servicio público...”. (Tomaso – Grecco, febrero 10 de 1905, Documents d’études, No. 2.05, Ed. 1994, Pág. 4).

⁸⁶ Tribunal Constitucional 30 de julio de 1873, *PELLETIER* D. 1874-3-5.

⁸⁷ El Tribunal considero que se trataba de un caso de alta policía administrativa, y que ningún hecho personal del funcionario de naturaleza idónea para comprometer su responsabilidad particular podía imputársele a los acusados.

⁸⁸ SAAVEDRA, Óp., Cit., Pág. 236.

En Colombia desde 1941 la jurisprudencia⁸⁹ comenzó a aplicar en alguna medida la teoría de la culpa, falta, o falla del servicio público para fundamentar y explicar la responsabilidad de las personas públicas. La aplicación de esta teoría se dio en el contexto donde las normas que regulaban la responsabilidad privada, ya no eran suficientes para la responsabilidad administrativa.

El Consejo de Estado, desde el año de 1947, había mostrado, con suma claridad, la tendencia de apartarse, en materia de responsabilidad estatal, de las normas del código civil, porque encontró suficientes las que consagraba la ley 167 de 1.941⁹⁰, para determinar la indemnización de los perjuicios que el Estado causaba, incluso, si su conducta estuvo ajustada a derecho. Manifestó el Consejo en esa oportunidad “No quiere (La Nación) que nadie sufra perjuicios, pero si las circunstancias de un momento dado determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio según el cual el interés general prevalece sobre el interés individual, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien, aunque involuntariamente, establece la forma de dejarlo completamente indemne. Y tal es lo que sucede con el Código Contencioso Administrativo en vigor”⁹¹.

Resulta interesante destacar como esta teoría a diferencia del régimen francés en el cual su sustento fue jurisprudencial, en Colombia se dio con fundamento en normas de derecho público (legales y constitucionales). Es así cómo el art. 16⁹² de la C.P. de 1.886 tuvo una

⁸⁹ La tesis de la falla del servicio aparece como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, debe ser satisfecho por la administración; no juega, pues necesariamente, el concepto de culpa de una agente identificad, porque la falta puede ser orgánica, funcional o anónima. (Corte Suprema de Justicia Sentencia 30 de junio de 1962).

⁹⁰ Los arts. 67 y 68 del C.C.A. de 1.941 disponían: “Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho. “Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes.

⁹¹ Sentencia del 29 de julio de 1947. Actor: El Siglo S.A., C.P. Dr. Gustavo A. Balvuela. “...La responsabilidad del Estado... no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la luz de los principios y doctrinas del Derecho Administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados”. (Sentencia de 2 de nov. de 1.960. C.P. Dr. Carlos Gustavo Arrieta).

⁹² Art. 16 C.P. 1886: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

doble utilización por la jurisprudencia; en primer término constituyó el eje normativo alrededor del cual se diseñó la base de derecho público que debería soportar la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado; en segundo lugar, sirvió – en buena parte de los casos en que el Consejo de Estado no encontraba una regla legal clara que estableciera una obligación a cargo del Estado para deducir, de su transgresión, una falla del servicio-, para encontrar el deber estatal incumplido en el caso concreto⁹³.

El fundamento y consolidación de esta teoría a partir de la década de los años sesenta radica en la consideración de que es función esencial del estado prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para la satisfacción de sus más importantes necesidades y que cualquier daño que ocasione por irregularidades o deficiencias en esos servicios deber ser reparado. El Estado en desarrollo de sus funciones puede incurrir entonces, en fallas del servicio, bien a través de sus actuaciones administrativas, o por las omisiones hechos u operaciones administrativas en las que causa daños a los asociados.

Al tratar la falta o falla del servicio, prima la falla general de organización o funcionamiento del Estado sobre los hechos singularmente considerados; se hace responsable al Estado en razón de su deber primario y esencial de prestar los servicios públicos, función que de otra parte explica su existencia y no a una persona natural en concreto y finalmente son los servicios públicos, de acuerdo con su objeto, variedad y extensión, los que sirven para medir y precisar la responsabilidad del Estado⁹⁴.

Es importante resaltar que esta teoría de la falla del servicio se erigió como una garantía de la función constitucional de la responsabilidad del estado, lo cual presupone necesariamente que el funcionamiento de la administración ocurriera según determinados principios garantes del interés general, al respecto el tratadista RICARDO HOYOS DUQUE, al referirse a esta teoría explica así sus características “Es directa o primaria. El agente es solo una pieza más dentro de engranaje de la maquinaria administrativa. No depende de la falta del agente. Puede surgir en forma suficiente, por la mala conducción del servicio o funcionamiento defectuoso que causa el daño, apreciado objetivamente, según las características del hecho. Se requiere una falta del servicio, esto es, un hecho antijurídico que causa agravio a los administrados. Esta es diferente del mero hecho del servicio, que se acerca más a la teoría del riesgo. Como modalidades de la falta del servicio. DUEZ señala las siguientes:... el servicio ha funcionado mal. El servicio no ha funcionado. El servicio ha funcionado tardíamente, en forma inadecuada o deficiente”.

⁹³ Hoy ha desaparecido el primero de tales roles que se cumple por el art. 90 de la C.P. vigente, pero se conserva el segundo con el texto del inciso 2º. del art. 2º. de la misma Constitución.

⁹⁴ BUSTAMANTE Óp. Cit., Pág. 9.

La falla del servicio bajo la concepción administrativa se caracteriza además por ser anónima esto es, que no se detiene en el examen del funcionario que actuó, sino en la función en sí misma, porque es ella quien representa el servicio público que debe satisfacer la administración. Lo anterior corresponde a la concepción organicista del Estado que lo asume como una organización, de modo tal que el hecho de sus agentes constituye un hecho de la propia administración de donde se desprende que la responsabilidad que surge es siempre directa.

Respecto a la culpa⁹⁵, la idea originaria del derecho civil, estuvo presente por algún tiempo en el derecho público, hasta que se cambió por la de falla del servicio público⁹⁶. La falla del servicio tiene una connotación especial desde el punto de vista jurídico, de ahí su relación con la idea de culpa de la administración o culpa del servicio especial. El Estado debe prestar eficientemente los servicios públicos y si no lo hace por defectos de funcionamiento, surge la “culpa administrativa”, frente a la cual si además, ha causado un daño indemnizable, necesariamente debe repararlo⁹⁷.

Bajo tal régimen, cuya calificación de “subjetivo”⁹⁸, la responsabilidad estatal quedaba comprometida siempre que concurrieran estos elementos:

- a) Un hecho que puede consistir en la omisión, retardo, irregularidad o deficiencia del servicio, por la acción u omisión de las autoridades públicas.
- b) La culpa en la ausencia o anomalía del servicio que puede ser la imputable a un determinado agente del Estado o la anónima de la administración, cuando no es dable identificar a la persona o personas que protagonizaron la defeción del servicio.

⁹⁵ No es de interés especial aquí el concepto de culpa en un agente determinado, ni clasificar estos agentes u órganos del estado, porque la falta en la prestación del servicio bien puede ser orgánica, funcional o anónima. La culpa propia del derecho común, localizada en una persona física infractora, se radica en el Estado, naciendo de esa manera la culpa de la administración o culpa administrativa.

⁹⁶ Cuando el derecho administrativo francés menciona la *faute du service* habla de *culpa en el servicio*, sin pretender introducir un concepto nuevo o diferente al civil de culpa. (TAMAYO JARAMILLO, Javier Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Legis, Bogotá, 2007, Pág. 14).

⁹⁷ GÓMEZ POSADA, Óp. Cit., Pág. 44.

⁹⁸ Hernán Guillermo Aldana Duque, “La responsabilidad objetiva de la Administración Pública en Colombia”, en: La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, Pág. 125.

- c) Un daño con las condiciones necesarias para ser indemnizable. Daño que se califica de antijurídico.
- d) Una relación o nexo de causalidad que tradicionalmente se dice debe existir entre la culpa y el daño⁹⁹.

Pese al concurso de las exigencias atrás descritas, el Estado se ha venido exonerando cuando se demuestra que el daño había sido causado por el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, por la fuerza mayor, el caso fortuito, o por el agente público en actos completamente desligados del servicio y sin conexión con él¹⁰⁰.

Dentro de la responsabilidad subjetiva del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado distinguió un régimen de falla probada del servicio y otro de falla del servicio presunta, según que el actor corriese con la carga de probar la falla o que estuviese exonerado de su demostración, bastándole probar, en este último caso, el hecho dañoso para que surgiera en su favor y en contra del Estado la presunción de falla y, por consiguiente, para que se invirtiera la carga de la prueba.

El primero, es decir el de falla probada, constituyó la regla general, al paso que el régimen de falla presunta del servicio se aplicó a unas cuantas actividades, casi todas ellas “actividades peligrosas”, así como a los actos médicos, mereciendo finalmente sólo estos últimos ese calificativo, pues los daños causados por riesgo se juzgaban y se juzgan definitivamente por sistemas de responsabilidad sin falla¹⁰¹.

En estos últimos regímenes, caracterizados porque no requieren que el Estado haya incurrido en una falla del servicio para que vea comprometida su responsabilidad

⁹⁹ BUSTAMANTE Óp. Cit., Pág. 49.

¹⁰⁰ DE IRISARRI R., Antonio José, “La Responsabilidad de la Administración Pública por falla o culpa del servicio en Colombia”, en: *La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, Pág. 143.

¹⁰¹ El Dr. Ricardo Hoyos D. Precisa sobre el particular: “Es a partir del año 1989 cuando se consolida en forma definitiva y como principio la presunción de falla del servicio en relación con las siguientes actividades: Daños causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio: sentencia del 3 de marzo de 1989 (Exp. No. 5290); sentencia del 28 de abril de 1989 (Exp. No. 3852); sentencia del 25 de octubre de 1991 (Exp. No. 6465). Daños causados con armas de fuego: sentencia de 31 de julio de 1989 (Exp. No. 2852 (252) Daños causados con vehículos automotores: sentencia del 19 de diciembre de 1989 (Exp. No. 4484). Muertes y lesiones de personas detenidas en las cárceles: sentencia del 5 de marzo de 1991 (Exp. No. 6691). Daños derivados de la prestación de servicios médicos y hospitalarios: sentencias del 24 de octubre de 1990 (Exp. No. 5902) y 30 de julio de 1992 (Exp. No. 6987)”. “Balance Jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de responsabilidad, a partir de la Constitución Política de 1991” en la Revista “Derechos y Valores de la U. Militar Nueva Granada - Julio - 2000.

patrimonial, al actor le basta probar el hecho dañoso, el daño sufrido y el nexo causal entre uno y otro, en tanto que la exoneración para el Estado quedará sujeta a la prueba de una causa externa, entendida ésta como la fuerza mayor o el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero.

La teoría clásica de la falla del servicio por parte del Consejo de Estado se ha aplicado en casos concretos como en los servicios de vías¹⁰² y todos sus correlativos donde se definen muy claramente los alcances que por este concepto surgen para la Administración, otro son los accidentes aéreos¹⁰³, y por último los relacionados con la actividad medica¹⁰⁴.

¹⁰² Dice el Consejo de Estado: “En el que hoy ocupa a la Sala resulta claro que la inexistencia de señales preventivas, en el lugar de los hechos, dio lugar a que Luis Alfonso Ríos González no advirtiera que había un hueco sobre el carril derecho de la vía, por lo cual al tratar de transitar por él, la motocicleta en la que se movilizaba se cayó y lo lanzó hacia la tractomula que se desplazaba sobre el carril izquierdo. Al respecto, resultan para la Sala especialmente relevantes las afirmaciones de los testigos José Leonardo Buitrago Morales y Alexander Marín Salazar, quienes anotan que en el lugar había poca visibilidad; la expresión “buenas”, contenida en el acta de levantamiento del cadáver, para describir las condiciones de visibilidad (ítem del formato respectivo), así como la referencia a la existencia de iluminación “Artificial”, no resultan suficientemente descriptivas, razón por la cual no tienen, en opinión de esta Sala, fuerza suficiente para desvirtuar el dicho de los citados testigos. Por otra parte, también se considera importante lo explicado por el primero de ellos, en el sentido de que como el hueco era oscuro, Ríos González no lo vio, y por el segundo, quien luego de explicar que pasaba por el lugar varias veces cada día, expresa que solo vio, como señal, un “palo... clavado en el hueco”, que “no sobresalía casi” y era “muy difícil ver”. Este último también relata que, en otra ocasión, vio a un motociclista caer en el suelo, en ese mismo lugar. Se concluye, entonces, que está demostrado el vínculo de causalidad existente entre la ausencia de señales preventivas en la vía que de Dosquebradas conduce a Santa Rosa, y el accidente ocurrido, en un tramo de esa vía, el 23 de enero de 1996, en el que resultó muerto Luis Alfonso Ríos González. (Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente Nos. 13.232 – 15.646, septiembre 6 de 2001, Actor: Belén González y Otros – William Alberto González y otra, M.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez).

¹⁰³ El Consejo de Estado se pronunció de la siguiente manera: “...Efectivamente como dice el a-quo, el teniente pereció cuando estaba en ejecución de una actividad peligrosa (el manejo de un helicóptero de la fuerza aérea), actividad que hizo presumir la falla del servicio y que le permitió a sus damnificados limitarse a probar la muerte y la relación de causalidad que existió entre esta y la actividad que cumplía. (...) Ha dicho la jurisprudencia, que la falla del servicio puede ser presunta o no; dándose aquella cuando, en razón de la actividad peligrosa se desempeña la administración en su provecho o beneficio, esa falla, se presume, porque exigir lo contrario impondría a la persona que ha sufrido el perjuicio la demostración de una conducta irregular o por fuera de los cánones de buen servicio, la mayoría de las veces prácticamente imposible o muy difícil. Baste pensar en esa prueba cuando el vehículo, un avión, por ejemplo queda totalmente destrozado luego del accidente”. (Sentencia de 11 de octubre de 1991, expediente 6429, Consejo de Estado, M.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

¹⁰⁴ En Sentencia hito del 30 de julio de 1992, dentro del expediente 6.897 con ponencia del Dr. Daniel Suarez Hernández dijo: “Por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal es el caso de las intervenciones medicas, especialmente quirúrgicas que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego los intereses personales o institucionales, etc., en un

En materia de responsabilidad del Estado por acción u omisión de las Fuerzas Militares, el Consejo de Estado ha aplicado esta teoría ante daños ocasionados por soldados a sus compañeros y a la población en general en el manejo inadecuado y sin las precauciones del caso del arma de dotación oficial¹⁰⁵. También, en los actos terroristas donde las víctimas han perdido la vida por incumplimiento, por parte de la administración, de su deber de protección frente a los ciudadanos, como ocurre, por ejemplo, cuando uno de ellos se encuentra en situación de grave peligro, que aquella conoce –sea que se le haya solicitado protección o que ésta debiera prestarse espontáneamente, dadas las circunstancias particulares del caso–; igualmente en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a evitar o enfrentar eficientemente el ataque¹⁰⁶.

Por su parte los privatistas insistieron en que para resolver el problema de la responsabilidad administrativa, bastaba con aplicar a las entidades públicas la normatividad del Código Civil, debido a que no era necesario acudir a otros mecanismos que habían traído resultados satisfactorios para las personas privadas. HAURIOU en un principio

momento dado se constituyen en barreras infranqueables para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre las cuales se edifican cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en ejercicio de una determinada acción judicial, contra un institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios. Resultaría entonces, más beneficioso para la administración de justicia en general, al resolver esta clase de conflictos, sin en lugar de someter al paciente, normalmente el acto o sus familiares, a la demostración de la falla del servicio y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueren estos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan”. Sin duda alguna esta teoría reflejo muchos comportamientos de las personas públicas sobre la base de su mal funcionamiento, llevando a que opositores cuestionaran su aplicabilidad.

¹⁰⁵ Ver, entre otras, sentencia del 28 de enero de 2009, expediente 18073.

¹⁰⁶ Con fundamento en ese título de imputación se accedió a las pretensiones de los demandantes en sentencias de la Sala Plena de 16 de julio de 1996, exp: 422 y de la Sección de 11 de diciembre de 1990, exp: 5417; 21 de marzo de 1991, exp: 5595; 19 de agosto de 1994, exp: 9276 y 8222; 13 de octubre de 1994, exp: 9557; 2 de febrero de 1995, exp: 9273; 16 de febrero de 1995, exp: 9040; 30 de marzo de 1995, exp: 9459; 27 de julio de 1995, exp: 9266; 15 de agosto de 1995, exp: 10.286; 6 de octubre de 1995, exp: 9587; 14 de marzo de 1996, exp: 11.038; 29 de marzo de 1996, exp: 10.920; y 29 de agosto de 1996, exp: 10.949 y 11 de julio de 1996, exp: 10.822, entre otras.

considero inútil la teoría de la falta y propone en cambio una teoría del “*accidente administrativo*” alrededor de la noción de seguro, fundada en el principio de la igualdad en las cargas públicas; conclusión que se encuentra en comentarios al fallo *Cames*, junio 21 de 1985.

Otro crítico de la teoría de falta de servicio es, sin duda LEON DUGUIT cuyo criterio se basa en la concepción de Estado y su rechazo a la noción de personalidad moral. Estima este autor que las nociones de responsabilidad y de falta, implican la existencia de una persona dotada de voluntad plena, y el Estado no es una persona titular de una voluntad consciente y libre. Lo que realmente se presenta es la falta de un agente sin saber si las consecuencias de esa falta serán soportadas por el patrimonio público o por el patrimonio del agente.

También, se unieron otros contradictores a la idea de que pueda existir la falta como forma específica y autónoma de la culpa Estatal. CHARLES EISENMANN se dedicó a demostrar “que se necesita mucho para que de la relación entre el régimen de responsabilidad pública y el régimen de la responsabilidad privada se pueda afirmar la total autonomía del primero, es decir su radical originalidad”. En esta línea, el autor niega por tanto toda idea de una falta de servicio autónoma y diferente de las nociones propias de la responsabilidad civil extracontractual.

Todos los anteriores cuestionamientos a la teoría terminaron fue consolidando la misma a tal punto que como la tesis de la falta o falla del servicio no siempre resultaba suficiente para sustentar la responsabilidad administrativa por el daño ocasionado a una persona, apareció no para reemplazar sino para complementar esa tesis un régimen de responsabilidad en el cual el concepto de falla del servicio no es el centro, bien sea imponiendo al reclamante la carga de probarlo como regla general o en sistema de falla presunta.

2.4. Responsabilidad objetiva.

A fines del siglo XIX una corriente doctrinal cuestiona el fundamento de la responsabilidad en la noción de falta o culpa¹⁰⁷, considerando que el sistema moderno aplicable a una

¹⁰⁷ “Debido a que la tesis de la falta o falla del servicio no siempre resultaba suficiente para sustentar la responsabilidad administrativa por el daño ocasionado a una persona, la doctrina y la jurisprudencia elaboraron, no para reemplazar sino para complementar aquella, un régimen de responsabilidad en el cual el concepto de falla del servicio no era determinante, bien sea imponiendo al reclamante la carga de probarlo como sucede en el sistema ordinario, ni como presunción inversora de esa carga probatoria como en el sistema más avanzado de la falla presunta. Se trata de un régimen que unánimemente se conoce como responsabilidad objetiva del Estado que igualmente supone la existencia de un hecho y del perjuicio causado

persona moral pública, debía ser el de la responsabilidad sin falta u objetiva¹⁰⁸ en donde no se requiere imputar una determinada falla al Estado, o decir que el servicio actuó con falencias o dejó de actuar, siendo suficiente para el demandante probar la ocurrencia del hecho, el daño, y la relación de causalidad.

La propuesta de una responsabilidad totalmente objetiva¹⁰⁹ proviene de los civilistas, y en el caso de la teoría de la lesión o daño antijurídico, el origen proviene de la teoría de la garantía¹¹⁰ del jurista francés BORIS STARCK, quien manifiesta que la discusión entre la teoría del riesgo y la de la culpa es un falso dilema, ya que el problema ha sido mal planteado puesto que tanto la una como la otra, solo han mirado el problema desde el punto de vista subjetivo del agente que causó el daño, omitiendo de esta manera el punto de vista de la víctima. Agrega el autor “La víctima del daño ha sufrido un atentado a sus derechos. Cada uno tiene derecho a su vida y a su integridad personal así como a la de sus allegados, a la integridad material de los bienes que le pertenecen, y, más generalmente, a su seguridad material y moral. Esos derechos, es cierto, no son definidos expresamente por la

por el, pero que hace innecesario la indagación sobre la tipificación de la falla de servicio, bien porque este no se hubiera prestado, ora porque se haya prestado tardíamente o en forma deficiente. Los principales campos de aplicación de este régimen de responsabilidad se encuentran en el daño especial, en la expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra, en el riesgo excepcional y en la teoría de la lesión”. (BUSTAMANTE Ledesma Álvaro, Editorial Leyer, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Segunda Edición, 2003, Pág. 19).

¹⁰⁸ Uno de los impulsores de esta teoría es el profesor EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, quien reclama una superación de la noción de falla del servicio o de la culpa, fundamentados en la noción de daño antijurídico, señala que “Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea *antijurídico*, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad objetiva), no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlos (antijuridicidad objetiva)”. (GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ, T. R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Pág. 372).

¹⁰⁹ “Algunos autores critican como un exceso la tendencia de que el Estado deba responder objetivamente por todo daño el Jurista español Mariano Izquierdo Tolsada cita un caso del Tribunal Supremo de España del 14 de junio de 1991 en el que una paciente que presentaba dos aneurismas gigantes es sometida a una intervención médica delicada. La actuación del médico fue, para las circunstancias óptima, pero la paciente sufrió graves secuelas. No hubo pues culpa alguna del cuerpo médico, pero el daño se causó y el Tribunal Supremo considero suficiente esto para condenar al pago de perjuicios”. (POSADA Velásquez Obdulio, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Editorial Temis, Bogotá, 2009, Pág. 124).

¹¹⁰ La culpa conserva su calidad de fuente de la responsabilidad civil y la teoría de la garantía reposa sobre una gran división de los daños.

ley, pero no se podría desconocer su existencia sin negar los imperativos elementales de la vida social”¹¹¹.

En la responsabilidad sin falta u objetiva¹¹², su mayor logro reside en la protección que le brinda a las víctimas de las actividades administrativas dañosas, caracterizándose en que:

- a) El demandante solamente debe demostrar la existencia de un daño y el nexo de causalidad con la actuación administrativa.
- b) Los daños corporales y materiales, son garantizados objetivamente, sin que se exija la prueba de la culpa del demandado. Serán aplicables a todos aquellos casos, en que el daño consista en atentados contra la integridad corporal y material del perjudicado, y en los cuales el causante del daño no tiene derecho a perjudicar.
- c) Los principales campos de aplicación de este régimen se encuentran en el daño especial, en la expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra, en el riesgo excepcional y en la teoría de la lesión.
- d) La administración se libera únicamente con la demostración de la fuerza mayor o el hecho determinante de la víctima o el exclusivo de un tercero, pero nunca con la ocurrencia del caso fortuito.

En Colombia la jurisprudencia y en algunos casos la ley, habían venido reconociendo la existencia de situaciones en las cuales la responsabilidad administrativa del Estado se comprometía sin que se presentara el concepto de culpa, en otras palabras como expresiones de la responsabilidad sin falla del servicio.

Es en el desarrollo de las teorías sobre daño especial, expropiación, ocupación de inmuebles y riesgo excepcional, que se ha venido aplicando el fundamento de esta responsabilidad objetiva, las cuales merecen un análisis especial, así sea someramente.

¹¹¹ Starck, Boris, Droit Civil, Obligativos, Nos. 58 y ss., citado por TAMAYO JARAMILLO JAVIER, De la Responsabilidad Civil, Bogotá, Tomo I, Vol. 2, Edit. Temis, Bogotá, 1996 Pág. 23 a 25.

¹¹² La tendencia en el derecho haya sido a lo largo de la primera mitad del siglo XX hacia la objetivación de muchas especies de responsabilidad. Sin embargo, una cosa es que existan regímenes de responsabilidad objetiva y que ellos sean cada vez más numerosos, y otro un sistema de responsabilidad administrativa absolutamente objetivo como el que presuntamente se ha establecido en España.

2.4.1. Por la propia disposición legal.

Esta teoría existía con anterioridad a la Constitución Política de 1991, desde la ley 38 de 1.918 el juez administrativo determinó que *“El Estado responde cuando daña u ocupa temporalmente una propiedad inmueble, por razón de trabajos públicos, sin necesidad de investigar falta o falla de la administración, es, pues, caso de responsabilidad objetiva. Probado el título para pedir, la ocupación o daño, la orden de funcionario o agente público y la causa de los mismos, los trabajos públicos que son aquéllos ejecutados directa o indirectamente por una entidad de derecho público, sobre un bien inmueble y con fines de utilidad o servicio público, deviene consecuentemente, para el Estado, la obligación de indemnizar”*¹¹³.

La aplicación de un sistema objetivo de indemnización, en este caso, no es, claro está, de creación jurisprudencial como que se trata de una simple aplicación de la norma legal¹¹⁴, como tampoco lo es el régimen que establecía el art. 33 Constitucional, conocido como la responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en casos de guerra, eventos en los cuales el Estado era “siempre” responsable.

A propósito de esta última disposición, señaló el Consejo de Estado:

*“Se estructura en ese mandamiento constitucional una responsabilidad objetiva y concreta cuyo fundamento único es el hecho de la ocupación de la expropiación temporal, sin mezcla alguna de elemento de culpabilidad...”*¹¹⁵.

Igualmente, por su fundamento legal¹¹⁶, merece mencionarse la indemnización por la pérdida o disminución de bienes o mercancías que, por obligación legal, debían permanecer

¹¹³ Sentencia de 28 de octubre de 1.976.

¹¹⁴ Así lo advierte el profesor Juan C. Henao, óp. cit. Págs. 747. Hay que señalar que el art. 86 del actual C.C.A. dispone “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.

Las Entidades Públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex-servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo. O cuando resulten perjudicados por la actuación de un particular o de otra Entidad Pública”.

¹¹⁵ Citada por Aldana Duque, op. Cit. Págs. 134.

¹¹⁶ El art. 2º. Del decreto ley 630 de 1.942 disponía que el Estado era responsable por las mercancías almacenadas en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su

en bodegas oficiales mientras se surtían trámites legales, por ejemplo, de internación al mercado nacional.

El Estado respondía objetivamente si los daños ocurrían mientras persistía la obligación legal; más allá de ese término su responsabilidad sólo quedaba comprometida si el actor demostraba la falla del servicio.

De esta responsabilidad, se dijo inicialmente, que se derivaba del depósito necesario, tesis que luego se revisó teniendo en consideración que se trataba de una responsabilidad extracontractual¹¹⁷.

2.4.2. El daño especial.

Bajo esta denominación funcionó un régimen de responsabilidad en virtud del cual el juez obligaba al Estado, por razones de equidad, a indemnizar los daños especiales y anormales que causara con su actividad a los particulares, sin que dicha actividad pudiese reprocharse de ilegal.

“Responde el Estado – dijo el Consejo -, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas

abandono voluntario o legal, salvo fuerza mayor o culpa de la víctima derivada del empaque defectuoso o inadecuado, inconsistente o mal confeccionado.

¹¹⁷ Además de las dos grandes categorías en que la jurisprudencia había dividido la responsabilidad del Estado, existían – al margen de ella–, algunos regímenes especiales, de los cuales vale la pena destacar por su importancia y su frecuencia el denominado “régimen de responsabilidad del Estado por el acto administrativo unilateral ilegal”. Con la expedición del código contencioso administrativo de 1.941 – e incluso, antes de él -, fue y es muy importante establecer la causa o fuente del daño que se reclama, para efectos de determinar con exactitud la acción procesal idónea para satisfacer ese propósito. De modo tal que, en tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado, si el daño nace de un hecho o de una operación administrativos (antes se agregaban aquí las vías de hecho), la acción procedente será la llamada “de reparación directa”, evento en el cual tienen plena operancia los regímenes descritos anteriormente; en cambio, si el origen del perjuicio es un acto administrativo unilateral, la víctima deberá acudir a la acción “de nulidad y restablecimiento del derecho” (antes “de plena jurisdicción”), lo cual significa que sólo podrá satisfacer su pretensión indemnizatoria si, previamente, ha logrado desvirtuar la presunción de legalidad que favorece al acto, obteniendo, por consiguiente, la declaración de nulidad por el juez administrativo. Si bien, en estricta lógica, se pudiera sostener que la ilegalidad del acto administrativo es, en sí misma, constitutiva de una falla del servicio, es lo cierto que, por tratarse de una manifestación distinta y muy particular de la función administrativa, queda sometido su juzgamiento a un régimen diverso.

públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.”

Y más adelante, prosiguió:

“Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general en la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivos de derecho público interno suficientes para configurar la responsabilidad”¹¹⁸.

Se trata de una aplicación práctica y por excelencia del Estado de Derecho, pero muy en particular del Art. 13 de la C.P., puesto que supone no solo el reconocimiento de las actuaciones fallidas de la administración, sino también, aquellas que se pueden calificar de lícitas y ajustadas al ordenamiento, pero que por la naturaleza de los hechos causa daños antijurídicos a los ciudadanos al colocarlos en situaciones especialmente gravosas frente a los demás, sin que ello estén legalmente obligados, esto es, en últimas, la promoción y protección de las condiciones de igualdad de todas las personas. Este tema es de trascendental importancia dado el contexto Colombiano, donde podemos ver las actuaciones de las fuerzas armadas, legítimas y necesarias, que en su proceder generan daños por el despliegue de energía física o por razones estratégicas de ubicación física, por ejemplo, que afectan bienes o vidas de personas ajenas a la situación¹¹⁹.

A este sistema pertenece además, uno de los primeros fallos del Consejo de Estado que se recuerda, tendiente a indemnizar los perjuicios sufridos por un periódico cuya circulación fue imposible por la acción de la fuerza pública,¹²⁰ y que luego se extendió a muchos otros casos, algunos de los cuales responden perfectamente al diseño inicial, tales como la indemnización por la desvalorización de la propiedad inmobiliaria particular causada por la construcción de un puente peatonal ¹²¹, y otros que se sitúan mejor en la teoría del riesgo, como es el caso de la reparación por la destrucción de una casa de la demandante por la acción armada del ejército que perseguía un peligroso delincuente¹²².

¹¹⁸ Sentencia de 28 de octubre de 1.976.

¹¹⁹ GOMEZ POSADA Óp. Cit. Pág. 96.

¹²⁰ Sentencia del 29 de julio de 1.947, Actor: El Siglo S.A.

¹²¹ Sentencia de 30 de enero de 1987 Exp. 4493 C.P. Carlos Betancur J.

¹²² Sentencia De 27 de mayo de 1.973, Sección Tercera, Actor: Vitalia Duarte.

2.4.3. La responsabilidad por riesgo.

La teoría del Riesgo fue expuesta bajo el fundamento sustancial de que quien recibe el provecho, la ventaja y la utilidad, así mismo debe soportar la carga o el gravamen que surge de ella. Esta tesis del riesgo excepcional se refiere a actividades peligrosas que se asumen en aras del progreso o la civilización, con la potencialidad de causar daño definido previamente y con un factor económico de provecho que no se desconoce en quien realiza y se beneficia de la acción, al punto que si causa el daño antijurídico, viola también el principio de las cargas publicas de quien padece los riesgos asumidos por quien produce el daño¹²³.

La jurisprudencia nacional no había aceptado la responsabilidad por riesgo y, a pesar que se refería a esta noción, hacia derivar la obligación de resarcimiento hacia la falta o falla del servicio o hacia la responsabilidad por daño especial. Casi siempre se involucró, al mismo tiempo que el riesgo, el principio de igualdad de las personas ante las cargas públicas¹²⁴, como razones jurídicas que hacían responder al Estado por los daños que causaba su actividad legítima, lo cual sembró alguna confusión entre los regímenes de responsabilidad por riesgo y el llamado daño especial. Pero como siempre se daban casos en los cuales la aplicación de una u otra tesis no satisfacía las inquietudes sobre responsabilidad del Estado, pues en ellos se patentizaba no propiamente una falla en el servicio o un daño especial sino el llamado riesgo social, al cual esta frecuentemente sometida la comunidad por la prestación de ciertos servicios públicos que hace necesaria la creación de riesgos anormales, graves y excepcionales, ordinariamente vinculados a actividades peligrosas fue encontrando la tesis del riesgo fundamento para imputar Responsabilidad al Estado.

Si bien es cierta la afirmación contenida en el fallo de 28 de octubre de 1.976, según la cual “...el Consejo de Estado no ha reconocido la responsabilidad por riesgo y que cuando tangencialmente hace relación a tal figura, lo hace para relieves o destacar una falla o falta de servicio”, a partir de 1.984 tal reconocimiento es indudable¹²⁵.

¹²³ GÓMEZ POSADA, J. F., Teoría y práctica de la responsabilidad por daños del estado en Colombia, Bogotá, Editorial Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2003, Pág. 108 y 109.

¹²⁴ “Esta tesis se basa en la quiebra del principio de la igualdad de las personas frente a las cargas públicas, la cual no descansa únicamente en la teoría administrativa sino que tiene soporte constitucional en el Art. 13, Constitución Política de 1991 y como el daño que se ocasiona a los ciudadanos que se ven por la fuerza de las circunstancias compelidos a padecer un perjuicio mayor que el resto de los asociados, tiene el carácter de antijurídico se impone al Estado la obligación de indemnizarlo, conforme lo consagra de manera expresa el artículo 90 de la misma Constitución de 1991”. (LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 101 y 102.).

¹²⁵ J.C. Henao. Óp. Cit. Págs. 756 y ss.

Esbozada en sus inicios únicamente para los daños causados por el servicio de energía eléctrica, bajo el enunciado del “riesgo excepcional”¹²⁶, entendiéndose por tal aquél que excede las cargas que normalmente deben soportar los particulares, rápidamente se extendió a todos los casos en que la actividad del Estado se catalogaba de “peligrosa”, tales como el uso de las armas de fuego, las aeronaves, los vehículos automotores...etc.

Según lo ha dicho la propia jurisprudencia *“No se trata aquí, entonces de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por esta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado”*¹²⁷.

Pese a que con frecuencia se utilizó, para estos casos, la denominación del “régimen de presunción de falla del servicio”, inicialmente y, luego, la de “presunción de responsabilidad”, siempre se entendió que se trataba de una responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta que el Estado –para exonerar su responsabilidad -, debía probar, además de la ausencia de falla, la causa externa.

El rompimiento del equilibrio de las cargas públicas impone al Estado el deber de reparar el daño sufrido por el ciudadano por razones de equidad no obstante la legítima actuación de la administración. Independientemente de cualquier título que se le dé, todas las actuales formas de responsabilidad del Estado de tipo objetivo tienen los mismos elementos estructurales, por lo que sin temor pueden agruparse bajo una misma especie, llámense actividades peligrosas, daño especial, daños por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, daños por almacenaje, daños a inmuebles por trabajos públicos, daños por actos terroristas, etc.¹²⁸.

¹²⁶ Mientras el caos típico por excelencia de daño especial, es el de los daños causados a los ciudadanos con ocasión a las acciones legítimas de la fuerza pública, en las que por el despliegue de sus actos resultan involucradas personas o bienes ajenas a la situación, en la teoría del riesgo excepcional, uno de los arquetipos ha sido la conducción de energía eléctrica, con la que se supone que en aras del progreso y del avance de la civilización se genera un riesgo de naturaleza excepcional para determinado ámbito de bienes o personas, que no tendrían porque ver sacrificado su bienestar de manera particular, sin ser debidamente indemnizados en desarrollo del principio de igualdad. Así mismo, los casos de accidentes de tránsito con vehículos oficiales, etc. (GOMEZ POSADA Óp. Cit. Pág. 110).

¹²⁷ Sentencia del Consejo de Estado, agosto 10 de 2000, Exp. 11.585, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

¹²⁸ POSADA Velásquez Obdulio, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Editorial Temis, Bogotá, 2009, Pág. 125 y 126.

En cuanto a la responsabilidad de las Fuerzas Militares por este régimen por la peligrosidad de las actividades que la rodean abarcan un gran número de ejemplos y de eventos entre los que encontramos los daños originados por abandono de artefactos explosivos, los ocasionados a los conscriptos, los causados con vehículos automotores por actos terroristas, y todos los causados con armas, municiones de guerra y explosivos de dotación oficial en ejercicio del servicio público, siendo frecuente ante el conflicto armado las muertes de personas y niños por explosiones con granadas y otros elementos de uso del ejército en ejercicio de su función de defensa de la soberanía e integridad del territorio nacional¹²⁹.

Por último, y en oposición a este régimen, FERNANDO PANTALEON señala que el error dogmático que subsiste en la teoría de la garantía, que sirve de fundamento a la Responsabilidad Objetiva, consiste en que indemnizar el daño causado por la destrucción de una cosa no es reintegrar por equivalente el derecho de propiedad sobre la misma; la indemnización de ese daño no puede ser considerada un subrogado de la cosa. Agrega que el derecho administrativo y el derecho público en general se diferencian del derecho privado en que parten en sus regulaciones de una relación jurídica diversa, mientras el derecho público regula las relaciones entre la comunidad como un todo y los ciudadanos, asentadas sobre las bases de distribución, atribución y reparto, el derecho privado regula las relaciones entre particulares, fundadas esencialmente en la conmutatividad. La distribución del primero, por otra parte, no puede ser igual en una sociedad individualista con un Estado Liberal, que en una sociedad solidaria con un Estado Social de Derecho¹³⁰, por lo que la mera garantía del patrimonio no parece razón suficiente para fundar una teoría de la responsabilidad¹³¹.

¹²⁹ Sentencia de julio 19 de 2000, Exp. 12012, Actor: Marco Antonio Saavedra y otros. y Sentencia de septiembre 16 de 1999, Exp. 10922, Actor: María Consuelo Enciso Jurados y otros.

¹³⁰ La tendencia hacia una concepción objetiva total y global de la responsabilidad no puede entenderse sino como uno de los caminos exploratorios de la evolución general de la responsabilidad extracontractual. En primer lugar porque la responsabilidad del Estado o de la Administración, con todo y sus particularidades, no es más que una especie de la teoría general, y en segundo lugar porque el moderno desarrollo de la responsabilidad tiene derivaciones y tendencias cuyo influjo ha de sentirse tarde o temprano en el conjunto de la sociedad como tal, y en consecuencia en la obligación reparatoria del Estado. (SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *Óp. Cit.*, Pág. 375).

¹³¹ PANTALEON PRIETO Fernando, *Responsabilidad Medica y Responsabilidad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995, Pág. 76.

2.5. Responsabilidad por Daño Antijurídico.

A partir de la Constitución de 1991¹³² el fundamento de la responsabilidad por el daño ocasionado a una persona, es decir la lesión resarcible, se centra no en la antijuridicidad del hecho causante, sino en la lesión de un interés lícito vinculado al patrimonio de una persona afectada para que surja la obligación de indemnizar el daño.

En este nuevo tipo de responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano¹³³ la antijuridicidad está referida al daño y si este no es jurídico, el Estado adquiere la obligación de asumir las consecuencias¹³⁴. La antijuridicidad del daño¹³⁵ ha sido desarrollada conceptualmente en reiterada jurisprudencia, para decir que se trata de “no haber estado obligado legalmente a soportar el daño padecido”, esto es, que la antijuridicidad surge en la medida en que, padecido el daño, no exista causal legal que lo imponga o determine¹³⁶.

El origen de la figura del daño antijurídico es español, ello resulta paradójico teniendo en cuenta que el desarrollo de la teoría de la responsabilidad del Estado en Colombia fue siempre influenciada por el derecho francés. En efecto, la tesis original del daño antijurídico fue ideada por el profesor EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA en los años 50, por la época en que en España se gestaba la expedición de la ley de expropiación

¹³² La Constitución Política de 1991 en su artículo 90 dispone: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

¹³³ Del Art. 90 de la Constitución Política de 1991, surge un nuevo tipo de responsabilidad basada en el daño antijurídico, el cual surge cuando el administrado sufre un daño que no está obligado a soportar, prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no. (PENAGOS Gustavo, Derecho Administrativo Nuevas Tendencias, Tomo II Parte Especial, 5 Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2007, Pág. 906).

¹³⁴ BUSTAMANTE Ledesma Álvaro, Editorial Leyer, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Segunda Edición, 2003, Pág. 12.

¹³⁵ El profesor EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA sobre el particular señala: “A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad objetiva), sino más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva).

¹³⁶ GÓMEZ POSADA, J. F. (2003). *Teoría y práctica de la responsabilidad por daños del estado en Colombia*. Bogotá, Editorial Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda. Pág. 39.

forzosa, pero su fundamento era el concepto de lesión, al que hoy alude la Constitución de ese país¹³⁷.

La clausula general de la responsabilidad de la administración pública española prescinde de las dos cosas que caracterizaron tradicionalmente la legislación de ese país, en esta materia, derivada de la aplicación del código civil, en la medida en que el sistema Español de responsabilidad prácticamente no paso por un concepción como la Francesa o la Colombiana, inspiradas en la noción iuspublicista y anónima de falta de servicio. La primera es que ahora la responsabilidad es directa es decir, que ya no se trata de un sistema de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos sino de un principio de responsabilidad que compromete a la propia Administración por actos que consideran propios de ella, "... la persona pública debe asumir directamente las consecuencias dañosas de su órganos y agentes, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda iniciar contra ellos. La propia teoría del órgano obliga a que las consecuencias dañosas del personal adscrito a la administración se atribuyan siempre a la propia organización titular del servicio"¹³⁸.

En España además, la mencionada clausula general prescinde igualmente, y esta sería la segunda característica, del elemento tradicional de ilicitud o culpa como principio o fundamento general del sistema "aunque por supuesto no ignora que el funcionamiento anormal de los servicios públicos es uno de los títulos básicos de imputación a la administración, titular de dichos servicios, del deber de reparar el daño producido"¹³⁹. Por el contrario, este nuevo sistema tiene como principal inspirador la protección y garantía del patrimonio de la víctima, el cual se trata de preservar de cualquier daño que pueda resultar de la acción administrativa. De esta manera la responsabilidad de la administración tendería a cubrir toda lesión que los particulares sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, al margen del grado de previsión o intención del agente, es decir, con prescindencia de la licitud o ilicitud del acto que origina la lesión resarcible¹⁴⁰.

¹³⁷ *Ibidem*, Pág. 39.

¹³⁸ GALLARDO Castillo María Jesús, *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, en *Revistas Estudios Socio-Jurídicos*, Vol.1. No. 2, Santa Fe de Bogotá, Universidad del Rosario, (Mayo de 1999), Pág. 42-59.

¹³⁹ GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 6ª. Ed., Vol. II, Madrid, Ed. Civitas, 1999, Pág. 369.

¹⁴⁰ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera Reimpresión De La Primera Edición, Bogotá, 2005, Pág. 150 y 151.

La Constituyente del 1991 basándose en lo anterior quiso adoptar una fórmula de responsabilidad del Estado que no se vinculara conceptualmente con la conducta individual del agente productor del daño o con criterios subjetivos de imputación del mismo, como el dolo y la culpa.

La ponencia presentada para el primer debate a la plenaria de la Asamblea Constituyente¹⁴¹ en relación con el artículo 90 de la Carta señaló:

“Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal de esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falta del servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de la responsabilidad patrimonial tales como el de la “responsabilidad por el daño especial”.

“En otras palabras se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”¹⁴².

¹⁴¹ Véase Gaceta Constitucional Numero 56, abril 22 de 1991, Pág. 15.

¹⁴² La ponencia para segundo debate resaltó: “En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables, y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios. La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo (Véase Gaceta Constitucional Numero 112, de 3 de julio de 1991, Pág. 7 y 8).

El artículo 90 de la C.P.¹⁴³ establece como requisito *sine qua nom* para que opere la responsabilidad del Estado que el daño sea antijurídico, lo que ha venido en definirse como aquel que la víctima no está en la obligación legal de soportar¹⁴⁴.

El daño además de antijurídico, ha de cumplir con los requisitos de ser cierto, personal y plenamente probado. Sobre el carácter personal del daño, la jurisdicción contencioso administrativa ha impulsado con más fuerza la tesis según la cual este aspecto no se reduce a que el daño sea la afectación de un derecho subjetivo, basta un interés. El Consejo de Estado¹⁴⁵ sobre la exigencia de la prueba del daño señaló: “que no basta entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque el demandado no puede limitarse, si quiere sacar adelante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio”.

En algunos casos la jurisprudencia ha aligerado la carga de la prueba del daño que pesa sobre la víctima cuando se trata de la ayuda económica entre familiares, a pesar de que no obre prueba en el proceso. El Juez debe presumir su existencia partiendo del concepto de obligación alimentaria que tenía la víctima con el demandante, la jurisprudencia “pronostica una evolución que puede ir cobijando otra clase de daños: el juez puede utilizar

¹⁴³ “Desde tiempos anteriores a la Constitución de 1991, nuestra jurisprudencia mostro inequívoca tendencia de acoger la teoría de la lesión que da lugar al concepto de daño antijurídico como principio regulador de responsabilidad patrimonial del Estado y es así como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sostuvieron de que la base de todo deber de reparación es el daño antijurídico, concebido este no como el perjuicio que se ocasiona por violación de una norma jurídica sino aquel que en sí mismo es antijurídico, concebido este no como el perjuicio que se ocasiona por violación de una norma jurídica sino aquel que en sí mismo es antijurídico porque quien lo sufre no está legalmente obligado a soportar”. (BUSTAMANTE, Óp. Cit. Pág. 12).

¹⁴⁴ Ante la ausencia de una definición constitucional y legal que concretamente determine el sentido de la expresión "daño antijurídico", el Consejo de Estado colombiano ha acudido a la doctrina española para establecer el alcance de dicho concepto, y así, entre otros, en fallos de 31 de octubre de 1991, expediente número 6515; de 22 de noviembre de 1991, con ponencia del señor Consejero doctor Julio César Uribe Acosta, y de 3º de julio de 1992, expediente 6941, con ponencia del señor Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, se han trasladado, en lo pertinente, las siguientes nociones: Según Leguina “...un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica” (Cita de J. M., de la Cuétara. "La actividad de la administración". Tecnos, p. 554). “(...) no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo; por otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial”.

¹⁴⁵ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 6 de febrero 1992, C.P. Dr. Uribe Acosta, actor Cía. De Seguros Tequendama S.A. Exp. 6030.

elementos de juicio que permitan establecer estándares de cuantificación mínima de daños”¹⁴⁶.

El consejo de Estado en sentencia del 14 de diciembre de 1993 aclaró en los siguientes términos que el principio *iura novit cura* es la esencia del concepto de Daño Antijurídico:

“El asunto amerita ser tratado con base en el artículo 90 de la nueva constitución, porque más que falla del servicio, el presente asunto muestra la ocurrencia de un daño antijurídico imputable a la administración. Daño que como ya lo ha dicho la jurisprudencia, no tiene porque provenir siempre de la conducta irregular o ilegal de la autoridad pública, porque puede darse aun como consecuencia aun del obrar legal ajustado al ordenamiento de la misma. En este caso la antijuridicidad no estará en esa conducta sino en el resultado dañoso para alguien que no tenía que soportarlo”.

Si bien el artículo 90 de la Carta Política estableció la antijuridicidad del daño, esto no implica que se convirtió en objetiva toda la responsabilidad del Estado; la antijuridicidad se predica del daño causado y no de la conducta de la administración que puede ser a su vez irregular o ilícita o legal. Si bien en toda forma de responsabilidad, incluida la del Estado, el daño debe ser antijurídico, nuestro sistema es mixto pues, si bien la culpa o falla ha dejado de ser el fundamento único de la responsabilidad del Estado, no significa que ha desaparecido y la responsabilidad objetiva se establece por vía de excepción¹⁴⁷.

La antijuridicidad del daño no exonera de acreditar el nexo causal, de modo que la antijuridicidad del daño debe imputársele a una persona jurídica pública determinada conservando el Estado como medio de defensa la causa extraña. El problema de la justificación externa queda superado entonces, pues evidentemente podría existir causa legal que lo justifique (pero no que lo imponga), y, sin duda, el daño puede seguir siendo antijurídico en sí mismo desde la perspectiva de quien lo sufre, pues como ya lo hemos advertido la nueva concepción de la responsabilidad administrativa ha quedado construida sobre la idea de la víctima y sus derechos que se amparan en el Estado social y en los principios de solidaridad y no, como en sus inicios, en las tesis de la culpa: a efectos del daño antijurídico, no importa tanto el hecho en sí mismo, como en la consecuencia dañosa

¹⁴⁶ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 14 de septiembre 1990, C.P. Dr. Betancourt Jaramillo, actor Ismael Alvarado Peña, Exp. 5707.

¹⁴⁷ POSADA VELASQUEZ Obdulio, Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Temis y Universidad de la Sabana, Bogotá, 2009, Pág. 117.

que se sufre, siempre que la propia ley no la imponga, naturalmente, el moderno derecho de las víctimas, fue sin duda un gran avance en nuestra legislación y jurisprudencia administrativa¹⁴⁸.

Por otro lado, pueden establecerse como características esenciales del concepto de daño antijurídico, las que a continuación se enuncian:

1. El daño antijurídico es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar.
2. A pesar de que al inicio de su aplicación se afirmó que la responsabilidad por daño antijurídico es de carácter objetivo, se ha consolidado la idea de que el daño antijurídico puede ser el efecto tanto de una causa ilícita, como también de una causa lícita, por lo cual comprende en principio, los regímenes ya reconocidos de responsabilidad objetiva y subjetiva. Por lo mismo se ha dicho, igualmente que la responsabilidad por daño antijurídico engloba los diferentes regímenes que la jurisprudencia había venido construyendo en materia de responsabilidad del Estado, entre ellos, como es obvio la responsabilidad por culpa o falla del servicio, que es el más tradicional de todos, así como el de responsabilidad por daño especial y por riesgo, entre otros.
3. Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico se requiere la existencia de dos condiciones: que exista un daño de esa naturaleza y que dicho daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público, condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría.
4. Desde el punto de vista del derecho comparado, la responsabilidad por daño antijurídico encuentra su inspiración en el artículo 106 de la Constitución española de 1978¹⁴⁹.
5. Esta concepción de la responsabilidad no solo encuentra su fundamento en el Artículo 90 de la Constitución, sino que ello armoniza con los principios de solidaridad, consagrado en el artículo 1º de la C.P., de protección a las autoridades de la república de la vida, honra y bienes de todas las personas, establecido en el Art. 2º, de igualdad, garantizando en el artículo 13 y de garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, consagrado en los artículos 58 y 83 de la misma Carta Política.
6. Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues solo aquel que sea antijurídico, para cuya calificación habrá de acudir a los elementos propios

¹⁴⁸ GOMEZ Posada, Óp. Cit., Pág. 39.

¹⁴⁹ Jesús González Pérez, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Publicas, Madrid, Civitas, 1996, Pág. 45 y ss. y 187 y ss.

del daño, así como a la verificación de la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

7. La imputabilidad¹⁵⁰ del daño al Estado implica que debe existir un título jurídico que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública, de tal manera que dicha imputabilidad está ligada pero no se confunde con la causación material¹⁵¹.

En ese sentido, la aplicación práctica y jurisprudencial de la teoría del daño antijurídico y la teoría de la lesión quedó plasmada en sus inicios por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, que, en sentencia de 31 de octubre de 1991, con ponencia del Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, dijo:

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento”¹⁵².

En las primeras sentencias Colombianas después de la Constituyente de 1991, se hizo referencia particular a la teoría de la lesión, con mayor énfasis que en la propia tesis del daño antijurídico¹⁵³. En proceso en que se demandó la responsabilidad del entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con ocasión de varios muertos y múltiples lesionados en la carretera que de pasto conduce a Ipiales, en el departamento de Nariño, debido a un derrumbe previsible que no se controló ni señaló por parte de las autoridades, El Consejo de Estado aclaró: “(...) De cualquier forma, ni el primero, ni el segundo derrumbe, tenían porque comprometer la seguridad de los peregrinos, que tuvieron que

¹⁵⁰ “Así han dicho el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza los contratos conmutativos (Ley 80 de 1993, art. 28), en la extracontractual lo serán además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte” (Corte Constitucional Sentencia C-333 de 1996).

¹⁵¹ RODRIGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Duodécima Edición, Temis, Bogotá, 2000. Pág. 522.

¹⁵² GOMEZ Posada, Óp. Cit., Pág. 42.

¹⁵³ Esta tesis fue aplicada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado en Sentencias de 27 de Junio de 1991, Exp. 6454, actor Edgar Pérez Rodríguez Vrs. ICT.; 24 de Octubre de 1991, Exp. 6472, Actor Ana Belén González de Pérez Vrs. MOPT.; 31 de Octubre de 1991, Exp. 6515, Actor Fabio Ruiz Ospina y Otros Vrs MOPT- Fondo Vial Nacional.

soportar de manera antijurídica la lesión de un interés patrimonial y vital garantizado por las normas jurídicas”¹⁵⁴.

Por último, la gran crítica frente a la teoría de lesión española, en Colombia a partir del Art. 90 de la C.P. Daño Antijurídico proviene del profesor FERNANDO PANTALEON PRIETO quien en un artículo titulado “Los anteojos del civilista”¹⁵⁵ la cuestiona de la siguiente manera:

“En la ya centenaria polémica sobre la objetivación de la responsabilidad extracontractual siempre ha sido un argumento recurrente que quien se beneficia de una actividad debe soportar los daños por ella causados: *ubi emolumentum, obi onus*. Y muchos han considerado que el señalado principio debería conducir a que la responsabilidad sin culpa tuviera sus límites en las actividades de las administraciones públicas y, en general, en todas aquellas no guiadas por una finalidad lucrativa. No diré yo que tales ideas, extrajurídicamente tan atractivas, fueran indiscutidas y acertadas. Lo que sí digo es que a lo que se me alcanza, a nadie se le ocurrió sostener que lo sensato era precisamente lo contrario: que por las actividades sin ánimo de lucro se respondiera más objetivamente que por las lucrativas. Pues bien, si el hospital donde se intervino a doña María Teresa F.C. hubiese sido de propiedad privada, a los tribunales civiles, según una jurisprudencia muy consolidada que cuenta con un respaldo doctrinal, no se les hubiera ocurrido condenar al propietario del hospital (ni, naturalmente, al cirujano) a satisfacer indemnización alguna; ni se pondría en duda seguramente su derecho a cobrar el precio de la intervención. Que la responsabilidad exista porque el hospital era público y gratuita la intervención quirúrgica, parece el *desideratum* de los enemigos de la medicina pública.

2. Nuestro régimen legal de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, en la forma en que lo interpreta la doctrina dominante, está a mi juicio mal concebido, tanto desde la perspectiva dogmática –no hay base alguna jurídico- dogmática para sostener que todo daño que el perjudicado no tenga el deber de soportar ha de ser indemnizado por quien lo causa, ni siquiera cuando se trata de los daños consecuencia de lesiones de derechos subjetivos absolutos-, como desde un punto de vista de política jurídica: un Derecho razonable no debe parificar, no debe estimar regidos por los mismos

¹⁵⁴ Proceso de Jacob Mera Pacheco, Expediente 4162, acumulado al 7069; Consejo de Estado, Sentencia de 1994.

¹⁵⁵ PANTALEON Prieto Fernando, Anteojo del Civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, en Documentación Administrativa, Nos. 237-238, enero-junio 1994, Pág. 245.

principios jurídicos el caso en que alguien pierde su coche porque la administración se lo expropia, o porque la policía lo destruye por sospechar que unos terroristas lo habían cargado con un artefacto a punto de explotar, y en el caso de alguien que pierde su coche al estrellarlo contra un árbol que se había caído sobre una calzada unos minutos antes. Para el primer grupo de casos cabe sin duda afirmar que el pago por la administración de una indemnización igual al valor del coche viene exigida por la garantía constitucional del derecho de propiedad (art. 33 CE); para el segundo caso, a mi juicio, rotundamente no. La inclusión en la Ley de Expropiación Forzosa del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas no fue, ciertamente, una causalidad, pero las premisas que fundaron tan consciente incardinación legal, no son, siempre a mi juicio, ni dogmática ni político-jurídicamente sostenibles”.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS O PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ESTATAL

La responsabilidad en general exige, para hacer surgir el deber de indemnizar, la concurrencia de ciertos presupuestos¹⁵⁶ sin los cuales ella no aparece. Tales requisitos varían según las legislaciones, jurisprudencia y doctrina, subsumiendo algunos autores en definición ciertos elementos que otros dan por comprendidos en otra concepción.

Tenemos así que para Laurent¹⁵⁷ por ejemplo debe existir: a) un hecho dañoso; b) un acto ilícito; c) inimputabilidad, y d) culpa.

Para Demolombe¹⁵⁸ solo es exigible: a) imputabilidad, b) hecho ilícito y c) daño.

Tales elementos se correlacionan, con los propios de la responsabilidad del Estado, atendiendo las particularidades que emanan del derecho administrativo. Y ello es así porque el derecho sin perjuicio de las particularidades de cada rama es, en última instancia, uno solo y porque en el tema de la responsabilidad no cabe la menor duda que la fuente remota o cercana, el acto generador, la causa determinante, sea de la responsabilidad pública o privada, es siempre, en última instancia el hombre.

Esta es también la opinión de Rafael Bielsa quien señala la necesidad de tres conceptos: a) daño material, pecuniariamente apreciable; b) ilegítimamente causado (antijuridicidad), y c) con dolo, culpa o negligencia de la persona autora del daño¹⁵⁹.

Juan C. Cassagne¹⁶⁰ dice que para que se configure la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos ilegítimos, en el ámbito extracontractual, es menester: a) la imputabilidad material del acto o hecho de un órgano del Estado en ejercicio de sus

¹⁵⁶ La vida en relación de los hombres nos muestra que siempre que exista un evento dañoso del cual alguien tenga la obligación de responder, aparecen una serie de requisitos necesarios para que surja la responsabilidad del agente. Ellos varían, tanto en número como en la importancia que cada uno de tales presupuestos se les asignen. Ya que según sea el grado de evolución o también de involución de la conciencia media social, en un tiempo dado y en el grupo social, así será la percepción y el sentido de cómo se interprete el hecho y así, por ejemplo, se acentuara, en el caso de la responsabilidad objetiva, según el criterio de las remotas épocas barbarás de la Ley del Talión, el factor daño. (VASQUEZ, Óp. Cit., Pág., 114 y 115).

¹⁵⁷ Principes de Droit Civil Français, 1893, Tomo XX, Pág. 409.

¹⁵⁸ Cours de Code Napoleon, 1882, Tomo XXXI, Pág. 398.

¹⁵⁹ BIELSA Rafael, Derecho Administrativo, 1947, Tomo II, Pág. 60.

¹⁶⁰ CASSAGNE Juan, Derecho Administrativo, 2000, Tomo I, Págs. 286/288.

funciones; b) falta del servicio por cumplirse los mismos de una manera irregular frente a las obligaciones reglamentarias (ilegitimidad objetiva); c) existencia de un daño cierto en los derechos de los administrados, y d) conexión causal entre el hecho o acto y el daño ocasionado.

García de Enterría y Fernández¹⁶¹ sostienen, partiendo de su concepción de la responsabilidad directa en todos los casos, que solo es necesaria la existencia de una lesión resarcible, antijuridicidad que surge de la falta de obligación de ser soportada por la víctima, y una relación de causalidad entre el acto y el daño. Prescinden en lo absoluto de la licitud o ilicitud del acto generado.

De los enunciados precedentes, surge una gran similitud entre la responsabilidad común y la responsabilidad del Estado. Sin embargo al entrar en el análisis de las características propias de la responsabilidad del Estado surge, netamente la primera diferencia, ya que nos encontramos ante un ente que puede imponer una regla, ley o norma, y modificarla por sí mismo. Y siendo que el derecho implica por definición, una distinción entre lo que establece la ley y de aquel a quien se aplica, o impone, llegamos a la conclusión de que la necesidad de la dualidad de personas, Estado y administración, es la única que da cuenta de la sumisión de los órganos administrativos del Estado, a los órganos constitucionales del Estado¹⁶².

Bajo el actual orden institucional en Colombia, la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado emerge directamente de la Constitución Política, al consagrar en su artículo 90 que: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*¹⁶³.

Con fundamento en este postulado de principio, el instituto resarcitorio se configura siempre y cuando: (i) ocurra un daño antijurídico o lesión, (ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público y (iii) exista una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión del ente público; ampliándose de este modo el espectro de la responsabilidad estatal al superar el postulado inicial de la falla en el servicio, para adentrarse en el ámbito del daño antijurídico -entendido como aquél daño patrimonial o extrapatrimonial que se causa en forma lícita o ilícita al ciudadano, sin que éste se encuentre en la obligación jurídica de soportarlo¹⁶⁴.

¹⁶¹ DE ENTERRIA García y Fernández, Derecho Administrativo, Tomo II, Pág. 336.

¹⁶² VASQUEZ, Óp. Cit., Pág. 118.

¹⁶³ Según se desprende de lo previsto en el inciso primero.

¹⁶⁴ Cfr. las sentencias C-333/96, C-100/2001 y C-892/2001, entre otras., todas de la Corte Constitucional.

3.1. Elementos Integrantes de la Responsabilidad del Estado.

Los elementos de la Responsabilidad del Estado, como dijimos anteriormente, son:

Un daño antijurídico, que es el menoscabo, perjuicio en el patrimonio o lesión de un bien jurídico tutelado expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico, que el particular no tiene por que soportar como una carga o perjuicio especial, si no se lo exige un imperativo legal expreso¹⁶⁵.

Imputabilidad del Estado, que se refiere a que el daño se produce como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas, ya sea por funcionamiento normal o anormal de la administración¹⁶⁶.

Nexo de causalidad, que es la relación de una causa a efecto, en relación u omisión del Estado en el cumplimiento de lo cometidos estatales y el daño antijurídico causado al perjudicado, es decir que el daño lo haya ocasionado el Estado¹⁶⁷.

El Consejo de Estado en Sentencia de 26 de septiembre de 2002, expediente 14.122., precisó que la responsabilidad del Estado resulta comprometida siempre que se logre establecer en el proceso: *i)* la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios¹⁶⁸; *ii)* la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal atendidas las circunstancias particulares del caso; *iii)* la existencia de un daño antijurídico; *iv)* la relación causal entre la omisión y el daño.

3.1.1. Tipo de Responsabilidad imputado por el Consejo de Estado a las Fuerzas Militares.

Para que surja la responsabilidad del Estado¹⁶⁹ por acción u omisión de las fuerzas militares, es preciso que la lesión o el daño, pueda ser imputada¹⁷⁰ a este ente, esto es

¹⁶⁵ Gordillo, Agustín A. "La responsabilidad civil de los funcionarios públicos y su coordinación con la responsabilidad del Estado", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1963.

¹⁶⁶ Bielsa, Rafael, "La cuestión de la responsabilidad del Estado", en *Análisis Jurisprudencial*, 1940.

¹⁶⁷ Garrido Falla, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", 1980, Ed. Tecnos, Madrid.

¹⁶⁸ Sentencia de 23 de mayo de 1994, expediente 7616.

¹⁶⁹ Para que surja la Responsabilidad Administrativa se requiere de la existencia de un daño o perjuicio, la actuación de la administración y un nexo causal entre el daño y la actuación administrativa (SAAVEDRA

jurídicamente atribuida a un sujeto distinto de la propia víctima. En ese sentido la imputabilidad¹⁷¹ consiste, en la determinación de las condiciones mínimas necesarias para que un hecho pueda ser atribuido a alguien como responsable del mismo, con el objeto de que deba soportar sus consecuencias¹⁷². Esta noción considerada habitualmente abstracta, impenetrable y oscura, es la que determina quien deberá finalmente soportar la carga de la indemnización, para lo cual los regímenes de responsabilidad anteriormente vistos juegan un papel considerable.

En los últimos años, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha asumido la tarea de replantear el fundamento de la responsabilidad del Estado en Colombia, partiendo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, como norma que consagra un principio general, que debe ser atendido en todos los casos. Esta tarea la ha abordado, tratando de explicar, en primer lugar, el contenido y el alcance de los dos elementos estructurales de dicha responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y su imputabilidad al Estado, y de precisar, en segundo lugar, la naturaleza del régimen de responsabilidad que dicha norma contiene.

Ahora bien, cuando ese daño antijurídico o hecho perjudicial le es imputado a la Fuerzas militares, surge la inquietud, de ¿Cuál fue la acción u omisión del agente, que pudo constituirse o no en la causa inmediata del hecho dañino?, y así mismo para poder atribuir responsabilidad no siendo suficiente únicamente el hecho dañoso, se debe resolver además el problema de ¿Cuál es el título o la imputabilidad jurídica de ese agente, que lo vincula en la causación del daño?, siendo necesaria la determinación de estos elementos cuando se

BECERRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera Reimpresión De La Primera Edición, Bogotá, 2005, Pág. 201).

¹⁷⁰ Si imputar es atribuir, endilgar o exhibir en orden las razones por las que alguien debe venir a responder por los daños experimentados por otro, no puede decirse que esas razones, en casos como el presente sean claras, puesto que más bien se muestran necesitadas de toda la ayuda que ciertamente se les procura para poderse articular, aún así, de manera muy peculiar. El tema no es fácil y la dificultad conduce a innumerables posiciones jurídicas, todas ellas dignas de reconocimiento y estudio. Para el caso español —y tal vez para el nuestro— “[a]lgo hace pesar que el Tribunal sigue criterios de justicia intuitiva, que resultan difícilmente formalizables en argumentos de técnica jurídica”; o que “el Tribunal Supremo no ha pretendido hasta ahora dar respuesta global, puesto que se atiene a la solución justa de cada caso concreto (...) aun suponiendo que eso sea así, resulta inadmisibile el no contar aún con una doctrina clara que ilumine un tema tan importante (...) quizá el más importante sea el de la determinación de una relación causal precisa, de acuerdo con unos criterios técnicos: todo lo flexibles que se quiera, pero precisos. Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de la responsabilidad administrativa un juego de azar o una adivinanza. (Cfr. NIETO, Alejandro. “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, REDA, núm. 4, enero-marzo, 1975, pág. 95.)

¹⁷¹ La imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño en base a la relación existente entre aquel y este (GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Pág. 342).

¹⁷² VASQUEZ, Óp. Cit. Pág. 139.

persigue el resarcimiento por perjuicios con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado.

Sin embargo, frente a este tópico, la mayor parte del análisis ha estado referida a la solución de casos concretos, lo que dificulta la obtención de conclusiones definitivas, pero permite, de alguna manera, el estudio del problema.

3.1.2. Metodología.

Para abordar el análisis de las inquietudes planteadas, se desarrollara horizontalmente, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de Responsabilidad del Estado por acción u omisión de las Fuerzas Militares desde el año 1991 al 2011, para lo cual de manera aleatoria se seleccionaron cinco (5) Jurisprudencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por cada año de ese periodo, con el fin de analizar a partir de las diferentes actuaciones de los agentes estatales generadores de responsabilidad, - aquí la cuestión se centra en la imputabilidad material de los daños provocados que lo hacen inseparables de su intervención -, los diferentes regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva vigentes que establecen el juicio de atribución jurídica, permitiendo el resarcimiento de los perjuicios causados a las víctimas, aun cuando la causa inmediata del daño sea una persona distinta del Estado.

Lo anterior, nos lleva a adentrarnos al análisis general de cada uno de estos elementos, precisando los presupuestos que ha fijado la línea Jurisprudencial del Consejo de Estado desde el año 1991 al 2011, para establecer la Responsabilidad del Estado por acción u omisión de las fuerzas militares, atendiendo la metodología antes enunciada.

3.2. Actividad del Agente.

Para que la responsabilidad de alguien pueda existir o ser atribuida es necesaria la intervención del agente. Este requisito *sine qua non*, para que exista responsabilidad debe estar recaudado dentro de ciertos parámetros legales, los cuales varían según la naturaleza activa (acción) o pasiva (omisión) de tal obligación de responder. La vida en relación con los demás personas es una serie continua de hechos y actos que, según ciertas normas, en ocasiones nos obligan a responder, jurídicamente, por ellos. Si bien por derivar los hechos y actos de acciones, estas son las que en primer término aparecen como mayormente reguladas, lo cual no excluye que él no obrar resulte un hecho o un acto tan perfectamente definido como el propio obrar.

Hay autores que distinguen la abstención de la omisión, sostienen que la primera corresponde con la iniciativa voluntaria del agente, por su lado, la omisión involucra siempre un olvido, una negligencia. Lo central es que puede haber omisiones tanto dolosas como culposas y desde lo práctico dilucidar cuando se ha producido o no con violación,

porque de ello dependerá la responsabilidad del agente, y en qué medida o graduación ella procede. Además de las acciones y omisiones que acarrea la responsabilidad directa por el hecho propio, se presenta la cuestión de la responsabilidad por hecho ajeno y por el hecho de las cosas, también conocida como responsabilidad compleja, indirecta y objetiva.

La administración actúa por medio de actos, hechos, operaciones, vías de hechos y omisiones. Pero lógicamente no todos los daños producidos por esos mecanismos de actuación de la administración dan lugar a la responsabilidad. Para que surja la obligación de reparar el daño, se requiere en principio que la actuación pueda calificarse de alguna forma irregular. En efecto, existen muchos daños causados por la administración que son completamente normales y que no pueden ser reprochables. Por ejemplo si una entidad pública destituye a un empleado por causa legal y cumpliendo con los procedimientos exigidos por la ley, ese acto de destitución produce un daño o perjuicio al funcionario destituido, pero es evidente que allí no es la administración quien debe correr con la reparación, pues ella actuó normalmente cumpliendo con las normas legales. Lo mismo sucede cuando la administración por medio de un funcionario competente y cumpliendo todas las normas aplicables al caso, cierra por la fuerza un establecimiento comercial, como un restaurante, por no reunir los requisitos que las normas legales exigen para su funcionamiento, caso en el cual se trata de una operación administrativa completamente regular pese a que causa daños o perjuicios al propietario, pues es evidente que este no obtendrá utilidades durante el periodo de cierre y su imagen comercial se verá deteriorada; sin embargo es lógico que la administración no tenga porque correr con las consecuencias de esa actuación suya que fue completamente regular¹⁷³.

Por otro lado, para que una persona pública pueda ser considerada responsable de reparar un daño, debe haberse producido ante todo una actuación que le sea imputable. Como regla general la actuación de la administración se hace por medio de sus agentes o funcionarios públicos. Es preciso en primer lugar distinguir entre falta o conducta personal del funcionario y la falta o conducta del funcionario que determina la actuación de la administración; en segundo lugar, la solidaridad entre el funcionario persona natural y la administración frente a la víctima o perjudicado y, en tercer lugar, las acciones que tiene el Estado contra el funcionario para repetir lo pagado al administrado.

Se entiende que hay actuación de la administración, tanto por actos como por hechos administrativos imputables a sus funcionarios. Se entiende por funcionario, a toda persona vinculada a la administración (o al poder ejecutivo, judicial o legislativo en caso de responsabilidad por el servicio judicial o legislativo), cualquiera sea el tipo jurídico de vinculación: elección popular, nombramiento o particulares que por contratación con el Estado ejercen funciones o tareas de la administración.

¹⁷³ RODRIGUEZ Libardo, Óp. Cit., Pág. 399.

Cuando la actuación del funcionario, definido con ese carácter amplio, permite imputarle responsabilidad al Estado, puede ver comprometida su responsabilidad civil - personal siendo además necesario que su conducta, por acción u omisión, pueda calificarse de culpa grave o dolo, caso en el cual el Estado debe ejercer las acciones correspondientes para recuperar lo pagado, en virtud de las facultades que para el efecto le otorga el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo. El Estado además puede cumplir el mandato constitucional de reintegrar el patrimonio del Estado, iniciando una acción de repetición, autónoma contra el funcionario, al tenor del Art. 90 de la C.P.¹⁷⁴.

La acción del agente estatal fuerzas militares constituye, un factor unificador de los diversos elementos que hacen parte del proceso de imputación: acción, sujeto, consecuencias y responsabilidad¹⁷⁵. Es necesario aclarar esa doble fase: Objetiva, en cuanto parte de un acto real y cierto, ya que sin la existencia del hecho en sí mismo sería imposible su nacimiento y subjetiva en cuanto tiene por base un proceso esencialmente individual y psíquico del cual no debe prescindirse.

Respecto a los títulos de imputación¹⁷⁶ debe advertirse, desde ahora, que, en este esfuerzo casuístico, se ha encontrado suficiente sustento en la norma constitucional (Art. 90 C.P.) y

¹⁷⁴ VELASQUEZ Posada, Óp. Cit., Pág. 114.

¹⁷⁵ BREBBIA Roberto, la relación de causalidad en el Derecho Civil, 1973, Pág. 4.

¹⁷⁶ “La precisión que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho en repetidas oportunidades, en el sentido de señalar que el artículo 90 de la C.P. no consagró una responsabilidad absolutamente objetiva del Estado y que, por el contrario, aún con base en dicha disposición la falla del servicio sigue siendo el régimen general de responsabilidad estatal, al lado del cual se reconoce la existencia de regímenes objetivos, permite indicar que bajo el fundamento del rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, no pueden indemnizarse todos los daños que sufran los particulares, sin que exista un título de imputación que permita atribuírselos a determinada autoridad estatal”. (se subraya) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1997, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Actor Carmen Emilia Mora y otros.

La importancia de la imputación y su calidad de condición necesaria para una declaratoria de responsabilidad también se aprecia en los siguientes pasajes extractados de decisiones de esta Corporación: “La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. (...) Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos [cuatro] elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal, el daño antijurídico, el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación.” (se subraya) CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 8 de mayo de 1995, expediente 8118, Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes.

Y en el mismo sentido, la Corporación sostiene que “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de

en el daño antijurídico para mantener algunos de los criterios que, con anterioridad a la vigencia de la C.P. de 1991, sirvieron para atribuirle responsabilidad al Estado. Así sucede, especialmente, y deben entenderse incluidos el régimen de responsabilidad subjetiva construido sobre la teoría de la Falla del Servicio y regímenes especiales que permitieron dar fundamento a las denominadas teorías objetivas, utilizando factores de imputación tales como el riesgo excepcional o el daño especial¹⁷⁷.

El análisis de la muestra de la Jurisprudencia en la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁷⁸ entre el periodo de 1991 al 2011, ha consolidado la Responsabilidad del Estado por Acción u Omisión de las Fuerzas Militares en relación con las siguientes actividades y regímenes en aplicación con preponderancia:

- a) Daños ocasionados a los miembros de la fuerza pública cuyo ingreso militar ha ocurrido en forma voluntaria.
- b) Daños ocasionados por el abandono de artefactos explosivos oficiales.
- c) Daños a civiles que colaboran con las autoridades militares.
- d) Daños a civiles detenidos a disposición de las fuerzas militares.

criterios normativos o jurídicos.” CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 16 de septiembre de 1999, Expediente 10922, C. P: Dr. Ricardo Hoyos Duque, actor María Consuelo Enciso Jurados y otros.

Además, la misma Corporación reitera: “De allí que elemento indispensable —aunque no siempre suficiente— para la imputación, es el nexo causal entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que éste sea el efecto del primero (...) Por eso, la parte última del inciso primero del artículo 90 de la C.P., en cuanto exige —en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado—, que los daños antijurídicos sean ‘causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas’, está refiriéndose al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica. Rodrigo Escobar Gil se refiere al punto en estos términos: ‘...para el nacimiento de la obligación de reparar no basta sólo la imputatio facti; es decir, la relación de causalidad entre un hecho y un daño, sino que es necesario la imputatio juris, esto es, una razón de derecho que justifique que la disminución patrimonial sufrida por la víctima se desplace al patrimonio del ofensor’.” CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 21 de octubre de 1999, Sección Tercera, Exp. 10948 y 11643 (Acum), C.P. Dr. Alier Hernández Enríquez, actor: Luis Polidoro Cómbita y otros. Todo lo cual se refuerza y corrobora en CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 1999, expediente 11499, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor Tito Ortíz Serrano.

¹⁷⁷ Ledesma Álvaro, Editorial Leyer, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Segunda Edición, 2003, Pág. 28.

¹⁷⁸ Si bien el Consejo de Estado al asumir la competencia plena por efecto del Decreto Ley 528 de 1964, para conocer de todos los asuntos relativos a la responsabilidad del Estado, Debe aclararse que los procesos de responsabilidad por ocupación permanente de la propiedad fueron de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la inexecutable de los arts., 261 a 268 de la ley 167 de 1941, mediante sentencia del 20 de junio de 1955 Gaceta judicial, L XXX, 259. Tales Asuntos sólo volvieron a ser de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, con la expedición del decreto ley 01 de 1984, el cual en el art. 86 se refirió expresamente a ellos como una modalidad de la acción de reparación directa.

- e) Daños Causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio (Conscriptos).
- f) Daños Causados con armas de fuego de dotación oficial.
- g) Daños Causados con vehículos automotores de la fuerza pública.
- h) Daños ocasionados a personas y bienes por actos terroristas.

Sin embargo por su relevancia resaltaremos algunas particularidades de cada una de ellas, con el fin de fijar el título de imputación que ha adoptado el Consejo de Estado en cada caso, en conjunto con los elementos necesarios para predicar una Responsabilidad de las Fuerzas Militares.

3.2.1. Daños ocasionados a los miembros de la fuerza pública cuyo ingreso militar ha ocurrido en forma voluntaria.

La jurisprudencia ha diferenciado el régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de daños causados a un soldado que presta servicio militar obligatorio, respecto de los daños que padece un soldado que ingresa voluntariamente a prestar el servicio militar.

Como sustento de dicha diferencia, en sentencias como exp. 14430 del 29 de julio de 2004, reiterada en exp. 15724 del 30 de agosto de 2007 explico que los primeros, prestan el servicio militar para cumplir con un deber constitucionalmente impuesto¹⁷⁹, por esta razón sólo deben soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación de su servicio militar obligatorio, como la restricción a los derechos fundamentales de locomoción y libertad entre otros, pero no los riesgos anormales.

En tanto que los segundos, que a iniciativa propia eligen la carrera militar, asumen o, al menos comparten con el Estado, todos los riesgos que sobre ellos puedan materializarse en el cumplimiento del servicio que voluntariamente escogieron prestar.

De manera que, si durante el cumplimiento de su deber constitucional un soldado conscripto padece un daño, el mismo puede imputarse al Estado con fundamento en que fue sometido a un riesgo excepcional o porque soportó una situación determinante del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas¹⁸⁰.

¹⁷⁹ El artículo 216 de la Constitución establece la obligación de todos los colombianos de “Tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”.

¹⁸⁰ No obstante lo anterior, la Sección Tercera también ha precisado que cuando aparece demostrado que el daño sufrido por quien presta servicio militar obligatorio, se ha producido a causa de un deficiente funcionamiento del servicio, por ejemplo, cuando el daño se causó a raíz del incumplimiento de las obligaciones y deberes que tiene el Estado para con este tipo de soldados, es posible aplicar también el régimen subjetivo, bajo el título de imputación de falla probada del servicio, caso en el cual los dos regímenes –objetivo y subjetivo- coexisten y no se excluyen. Al efecto cabe consultar la sentencia proferida el 18 de

A diferencia del anterior, el soldado voluntario que decide someterse a la prestación del servicio, en el entendido de que conoce los riesgos que entraña su trabajo, es titular de una relación laboral con el Estado y detenta derechos legales y reglamentarios de esta naturaleza, que se concretan cuando ocurren daños vinculados a las actividades ordinarias de riesgo propio de su labor¹⁸¹.

Pues bien, centrándonos un poco más en la imputabilidad de la responsabilidad del Estado frente a los daños antijurídicos padecidos por los miembros de la Fuerza Pública cuyo ingreso a la Institución a prestar servicio militar ha ocurrido en forma voluntaria, en sentencia exp. 19756 del 17 de marzo de 2010, el Consejo de Estado reafirmó la tesis de que ellos estaban en la obligación de asumir los riesgos propios derivados de dicha profesión, de tal suerte que si en cumplimiento de los deberes a los cuales se encuentran obligados, resulta afectado su derecho a la vida o a la integridad personal, deberán asumir las consecuencias derivadas de esa situación, salvo que llegare a demostrarse que lo ocurrido se debió a una falla en la prestación del servicio imputable a la Administración, porque en este caso será ésta la que asuma la responsabilidad por los daños causados al agente estatal; es decir, habrá lugar a la configuración de una falla en la prestación del servicio cuando se acredite en el proceso que el agente estatal fue sometido a un riesgo superior al que normalmente estaba en la obligación de soportar¹⁸².

Concluyendo entonces, la imputabilidad de responsabilidad al Estado, por daños ocasionados a soldados voluntarios y conscriptos varía, así como los regímenes aplicables. Será responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produce como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste provenga o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de

octubre de 1991, exp. No. 6667, a propósito de los daños causados a un recluso por el incumplimiento por parte del Estado, de la obligación de prestarle servicio de salud.

¹⁸¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de febrero 7 de 1995, exp. S-247, C.P. Carlos Orjuela Góngora.

¹⁸² En un caso en cual se juzgó la responsabilidad del Ejército Nacional, por la muerte de un soldado profesional que ingresó voluntariamente a prestar servicio a dicha entidad, la Sala dijo: “Debe precisarse, en primer lugar, el régimen de responsabilidad aplicable en el presente caso. El afectado Jesús Antonio Rico Naranjo era soldado voluntario, y la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que en estos eventos se debe aplicar el régimen de falla del servicio, que se configura cuando a los funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad. En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal del militar profesional es un riesgo propio del servicio que prestan en cumplimiento de operaciones o misiones militares. Al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del afectado a un riesgo mayor que el de sus demás compañeros, con quienes desarrolló la misión encomendada” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 31 de 2007, exp. 16.383).

artefactos que en su estructura son peligrosos, o como consecuencia de la actividad propia que se ejerce. Posición que es mantenida por la Sección Tercera.

3.2.2. Daños ocasionados por el abandono de artefactos explosivos oficiales.

En un conflicto armado, como es el caso Colombiano, la causa inmediata de daños antijurídicos imputables al Estado con base en el Art. 90 de la C.P., pueden tener origen en un hecho dañino que muchas veces no se expresa en acción, sino en omisión, este es el caso del abandono de artefactos explosivos oficiales.

La tesis reiterada del Consejo de Estado ha enmarcado estos eventos dentro de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, sin embargo en Sentencia del 15 de marzo de 2001¹⁸³, preciso que en relación con los daños antijurídicos causados con armas, municiones de guerra y explosivos de dotación oficial en ejercicio del servicio público, la introducción, fabricación, porte y uso de armas por parte de la administración, si bien se encuentra establecida constitucional y legalmente en beneficio de la comunidad, lo que hace legítimo el monopolio de la fuerza por parte del Estado moderno¹⁸⁴, genera sin lugar a dudas una situación de riesgo de naturaleza excepcional para los administrados, porque dada su particular peligrosidad¹⁸⁵, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar como contrapartida de los beneficios que emanan de la prestación del servicio prestado por la fuerza pública, en los términos de los arts. 217, 218 y 223 de la Carta Política¹⁸⁶.

¹⁸³ Sentencia exp. 11222 del 15 de marzo de 2001.

¹⁸⁴ la mayoría de los países, entre ellos el nuestro, consideran el porte de armas como una actividad de riesgo que debe ser controlada estrictamente por el Estado, y penalizan la tenencia de armas que no esté autorizada por la autoridad competente. (Sentencia de julio 19 de 2000, Exp. 12012, Actor: Marco Antonio Saavedra y otros).

¹⁸⁵ En razón de *"ese peligro presunto, ese riesgo mediano inherente a la posesión de instrumentos idóneos para poner en peligro la vida e integridad de los particulares, el patrimonio o la pacífica y normal convivencia de la comunidad"*. (JULIO DÍAZ-MARATO Y VILLAREJO. El delito de tenencia ilícita de armas de fuego. Madrid: Editorial Carejo, 1987).

¹⁸⁶ Según la Corte Constitucional, "La Constitución de 1991, amplió el monopolio estatal a todo tipo de armas, por cuanto en el ordenamiento derogado este se refería únicamente a las armas de guerra. En efecto, el artículo 48 de la anterior Constitución señalaba que "solo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra. Nadie podrá dentro de poblado llevar armas consigo sin permiso de autoridad competente." Esto significa que la anterior Constitución admitía la posesión de armas que no fuesen de guerra, aun cuando limitaba su porte dentro de poblado a la obtención del correspondiente permiso de autoridad competente. En cambio, la Constitución de 1991 consagra un régimen más estricto, puesto que no existe la posibilidad de que haya propiedad o posesión privadas sobre ningún tipo de armas. Hay entonces una reserva estatal de principio sobre su propiedad y posesión, de suerte que los derechos de los particulares sobre las armas son precarios pues provienen únicamente de los permisos estatales, los cuáles son por esencia revocables.": Sentencia C-038 de febrero 9 de 1995, Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Es claro entonces que, para imputarle al Estado un daño antijurídico causado con armas, municiones de guerra, explosivos u otros elementos que por su propia naturaleza o funcionamiento representen un peligro para la comunidad, debe encontrarse probado que ellos son de dotación oficial¹⁸⁷. Sin embargo, se presumirá que lo son, siempre y cuando aparezca probado dentro del proceso que, al momento del insuceso, ellos estaban bajo la guarda de la entidad demandada o que el agente que los utilizó para cometer el hecho estaba en horas del servicio¹⁸⁸.

3.2.3. Daños a civiles que colaboran con las autoridades militares.

En las zonas caracterizadas por los constantes conflictos con los grupos al margen de la ley, es frecuente que las Fuerzas Armadas soliciten la colaboración de los civiles, en cumplimiento de sus labores de captura o enfrentamientos de subversivos, contradiciendo muchas veces, las normas y los deberes constitucionales y legales de protección a la ciudadanía, que les imponen la obligación de proteger a los ciudadanos.

En sentencia exp. 16724 del 26 de marzo de 2008, el Consejo de Estado señaló que tiene establecido que en los casos de colaboración benévola de civiles a las autoridades militares, se les debe suministrar las medidas necesarias de protección de sus derechos fundamentales a la vida e integridad.

Sobre el particular, se destacó el carácter eminentemente cívico, no militar de las organizaciones [juntas de acción comunal] y sus integrantes, que si bien pueden en desarrollo del principio de colaboración que debe imperar entre ellas y el Estado, contribuir al logro de los cometidos estatales, esa colaboración debe estar acompañada, como en este

¹⁸⁷ Así mismo, en un caso similar a éste en que unos niños murieron por la detonación de una granada que encontraron en una zona en la que había estado el Ejército, el Consejo de Estado advirtió: “El tema fundamental a definir por la Sala es si está probado que la granada que produjo la muerte de los menores era de dotación oficial “(...) es claro que, para imputarle al Estado un daño antijurídico causado con armas, municiones de guerra, explosivos u otros elementos que por su propia naturaleza o funcionamiento representen un peligro para la comunidad, debe encontrarse probado que ellos son de dotación oficial “(...) Es cierto que obran varias declaraciones de vecinos del sector, según las cuales miembros del Ejército Nacional acantonados en la base de Churuyaco patrullaron en la noche anterior y en la mañana de los hechos el lugar, pero resulta muy curioso que ninguno de ellos se refiera a que también por dicha región circulan grupos de alzados en armas (...) “En conclusión, como los actores no han logrado demostrar que el artefacto explosivo que mató a los menores era de dotación oficial del Ejército Nacional acantonado en esa región, sus pretensiones indemnizatorias no pueden prosperar, por lo que la Sala confirmará las sentencias que negaron las peticiones de la demandas y revocará la que accedió a las mismas.” (CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 15 de marzo de 2001, Radicación número: 52001-23-31-000-1994-6040-01(11222), Actor: Luis Yela Samboni y otros, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez) ya citada.

¹⁸⁸ Sentencia de septiembre 16 de 1999, exp. 10922, Actor: María Consuelo Enciso Jurados y otros.

caso, de los medios necesarios para que la acción de la delincuencia no pueda alcanzar a sus miembros, los cuales además en desarrollo de la colaboración cumplen con una labor de carácter benévolo y por lo cual no reciben ninguna contraprestación cuyos beneficios se revierten por completo en la comunidad¹⁸⁹.

En estos casos, el criterio de imputación que la Corporación ha reiterado, es la falla del servicio, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración. Lo anterior porque ante cualquier colaboración de un civil a una autoridad militar, es obligación del agente estatal suministrar (desde capacitación hasta arma de dotación oficial), las herramientas necesarias para que pueda garantizar la protección de su vida e integridad.

Es por ello, que la Fuerza Pública está consagrada como una organización instruida y disciplinada conforme a la técnica militar que participa del carácter de fuerza militar y que tiene como finalidad primordial defender la soberanía, independencia, integridad del territorio nacional y del orden constitucional, y para el desarrollo de su función está autorizada para portar armas bajo el control del Gobierno en el cual reside el monopolio sobre el material bélico (arts. 216, 217 y 223 de la C.P.), y que también está instituida para la protección de la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos (art. 2). Por lo tanto, la finalidad primordial de la institución es proteger la vida e integridad de las personas, y no hacerlas participe de las actividades, así como de sus labores en cumplimiento de esta función.

3.2.4. Daños a civiles detenidos a disposición de las fuerzas militares.

A los miembros de la Fuerza Pública, les corresponde como a las demás autoridades del Estado, la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos; según expreso mandato constitucional, tal protección debe cumplirse con apego a las normas legales, dentro de las limitaciones que tal facultad les otorga, pero sobre todo con un indeclinable respeto hacia los derechos humanos de los administrados.

¹⁸⁹ Entonces es claro que dentro de las atribuciones de estos Organismos y por ende de sus representantes legales no se encontraba la labor de censo de los habitantes con fines cívico militares; que el Ejército al solicitar tal colaboración a los presidentes de las Juntas y en especial al Presidente de la vereda ‘Las Guacamayas’, señor Guillermo Gámez, sin el acompañamiento de las medidas de seguridad y de protección a su vida e integridad dada la inminencia de posibles reacciones de los grupos al margen de la ley, incurrió en desacato a su deber constitucional de protección a ese derecho fundamental. (exp. 16724 del 26 de marzo de 2008).

En tales condiciones, en sentencia del 27 de marzo de 1992, reiterada en exp. 9209 del 8 de mayo de 1994 y exp. 9214 del 13 de octubre de ese mismo año, se viene predicando que una persona que se encuentra en manos de la fuerza pública en virtud de ser sindicado de haber cometido una conducta punible, o si por el contrario se le está investigando por actividades supuestamente terroristas, el Estado debe garantizar el mínimo de garantías que tiene el ciudadano frente a la administración, partiendo por ser el más importante el derecho a la vida, lo que conlleva que no podrá ser sometido a tratos a tratos inhumanos y violatorios de sus derechos fundamentales, lo cual no es propio de un Estado de Derecho.

En ese sentido, el Consejo de Estado, en relación con la captura y posteriores daños a la integridad o desaparecimiento de personas retenidas por la fuerza pública, reitera la pauta jurisprudencial consistente en, que cuando la autoridad detiene a una persona sindicada de un ilícito penal contrae con el detenido una serie de obligaciones, entre las que se cuenta la de mantenerlo a buen recaudo, respetando su integridad física y moral para poder hacer efectiva la sanción si resulta responsable. Esta última obligación es de resultado¹⁹⁰.

3.2.5. Daños Causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio (conscriptos).

Tradicionalmente, El Consejo de Estado¹⁹¹ había considerado que el Estado asumía la obligación de devolverlos sanos y salvos, una vez terminado el período de conscripción. Esa Corporación dijo, inclusive, que ésta era una obligación de resultado, cuyo incumplimiento, por lo tanto, hacía responsable al Estado objetivamente. El fundamento de esta responsabilidad se hizo consistir en el hecho de que dicha conscripción no es voluntaria y se realiza en beneficio de la comunidad, además de que implica el desarrollo de actividades de gran peligrosidad. Esta tesis de la falla presunta del servicio, solo permitía como exculpación la fuerza mayor la culpa exclusiva de la víctima y el hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

Es decir, que cuando un joven ingresa al servicio militar, se entiende que ingresa en buenas condiciones de salud, y así debe dejar el servicio, a la finalización del mismo, en condiciones similares, porque, si no sucede tal cosa, y muere o sufre daño por fuera de los riesgos propios de la actividad militar, el patrimonio estatal deberá responder por su resarcimiento.

¹⁹⁰ A este propósito el Consejo de Estado reitera en jurisprudencia contenida en los fallos de diciembre 6 de 1988 (proceso 5187 Ladys Matilde Puentes) de octubre 25 de 1991 (Proceso 6565 Gildardo Arteaga).

¹⁹¹ Exp. 6698 de 1992.

Seguidamente, en sentencias del 2 de marzo de 2000¹⁹², 10 de agosto de ese mismo año¹⁹³, reiterada en pronunciamientos del 21 de septiembre siguiente¹⁹⁴, y del 25 de septiembre 2003¹⁹⁵, la Sección Tercera consideró que reflexiones similares a las anteriores, sobre las circunstancias especiales en que se encuentran los conscriptos, permiten afirmar, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, que el régimen de responsabilidad aplicable en caso de daño causado a ellos sigue siendo objetivo.

En cuanto al daño, consideró la Sección Tercera que, tratándose de la citada situación, será antijurídico cuando, en virtud de él resulte roto el equilibrio frente a las cargas públicas, es decir, cuando, dada su anormalidad, implique la imposición de una carga especial e injusta al conscripto o a sus familiares, en relación con las demás personas, como una típica aplicación de lo que se ha denominado daño especial.

Respecto de la imputabilidad, se expresó que, demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, es claro que corresponde al Estado la protección de los conscriptos y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable el daño al Estado cuando éste haya ocurrido por una causa extraña, cuya demostración corresponderá a la parte demandada. Se agregó que la situación es aún más clara cuando el daño es causado con arma de dotación oficial, teniendo en cuenta que su sola manipulación implica un riesgo, al cual se expone la víctima por imposición del Estado.

Se concluye, entonces, en cuanto atañe al problema de la imputabilidad del perjuicio sufrido por los conscriptos, que tanto el daño especial como el riesgo excepcional sirven como factores de atribución de responsabilidad, y en ambos subyace el principio de restablecimiento del equilibrio frente a las cargas públicas, dada la situación de sacrificio y peligro a que son sometidos, en beneficio de toda la comunidad, quienes deben cumplir la obligación de prestar el servicio militar. Y ello da lugar a la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad¹⁹⁶, que se extiende a aquellos casos en que los familiares del

¹⁹² Expediente 11.401. Actores: María Nuby López y otros.

¹⁹³ Expediente 12648.

¹⁹⁴ Expediente 11.766. Actores: José Epigmenio López Gómez y otros.

¹⁹⁵ Expediente 11982.

¹⁹⁶ En sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 15.445, dijo el Consejo de Estado: “Ha partido de la regulación legal especial contemplada para la Fuerza Pública y en especial para los conscriptos, y ha concluido que cuando las pruebas son indicadoras de que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos no se

soldado sometido a conscripción reclaman la indemnización del perjuicio directamente sufrido¹⁹⁷.

Se resuelve la situación planteada, de esta manera, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, sin necesidad de acudir a la doctrina elaborada por los civilistas en torno a las obligaciones de medio y de resultado. Puede argumentarse que la conclusión obtenida es la misma, en cuanto al régimen de responsabilidad, frente a lo cual debe decirse que el nuevo planteamiento implica, sin duda, un avance importante, dada la dificultad que supone la clasificación de los deberes extracontractuales asumidos por el Estado. La imputabilidad, por lo demás, reduce la aplicación de la falla probada del servicio, la que surgirá, necesariamente, ante el incumplimiento de un deber, por la tendencia del carácter objetivo del régimen aplicable¹⁹⁸.

3.2.6. Daños Causados con armas de fuego de dotación oficial.

El Consejo de Estado ha venido considerando las armas de dotación oficial, cuya utilización por la Fuerza Pública y otros organismos del Estado resulta necesaria para garantizar la seguridad de los ciudadanos, un título de imputación idóneo para asignar responsabilidad al Estado, cuando se causa un daño antijurídico a alguna persona¹⁹⁹.

En relación con el ejercicio de este tipo de actividades catalogadas de peligrosas, la Sección Tercera consideró hasta el año de 1989 que el régimen aplicable era el de la falla probada. Sin embargo, a partir de ese año, mediante sentencia del 19 de diciembre²⁰⁰ se adoptó el régimen de falla presunta para juzgar este tipo de eventos por considerar que “un arma o vehículo automotor, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un

requiere realizar valoración subjetiva de conducta del demandado; que sólo es necesario demostrar: el ejercicio por parte del Estado de una actividad de riesgo en desarrollo del servicio militar prestado -o por su destinación o por su estructura-; el daño antijurídico; y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre ese riesgo y el daño causado al conscripto; y que el demandado sólo se exonera por causa extraña, es decir por el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y fuerza mayor”.

¹⁹⁷ VILLAMIZAR Rodríguez, manuscrito citado.

¹⁹⁸ El Consejo de Estado frente al tema concluyo que cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud debe dejar el servicio en condiciones similares, criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a los daños cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y excedan la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición de militar. (Sentencia exp. 18717 del catorce de abril de 2010).

¹⁹⁹ Ver, entre otras, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente 12.053.

²⁰⁰ Expediente No. 4484, actor: Rosa Helena Franco de Bernal.

perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma o el vehículo pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir”.

Posteriormente, en sentencia del 24 de agosto de 1992²⁰¹, la misma Sección con el objeto de resolver sobre un asunto en el que estaba comprometida la responsabilidad en la prestación del servicio médico, estableció diferencias entre el régimen aplicable en estos eventos y el que debía regir frente a los daños producidos por cosas o actividades peligrosas y consideró que en relación con los últimos en los que no se juzga la conducta irregular de la administración sino el daño antijurídico, operando una presunción de responsabilidad y no una presunción de falta.

En el régimen de presunción de responsabilidad, una vez que el demandante pruebe la intervención de la actividad peligrosa en la producción del daño es al demandado a quien le incumbe demostrar la ocurrencia de un hecho extraño que rompa ese nexo para eximirse de responsabilidad.

La presunción de responsabilidad como régimen en el que se presume la causalidad, ha tenido no sólo desarrollo en la jurisprudencia de esta Corporación sino también en la doctrina. MAZEAUD Y TUNC señalan que en este caso opera a favor de las víctimas “una

²⁰¹ Expediente No. 6754, actor: Henry Enrique Saltarín Monroy.

presunción de relación causal entre el daño sufrido por la víctima y la culpa del guardián o el vicio de la cosa probados o presuntos”²⁰².

Por último, a partir del año 2000, el título de la falla y responsabilidad presunta cuando se trata de daños causados con armas peligrosas, fue nuevamente revaluado por la jurisprudencia de la Sección Tercera, enfocándose en la responsabilidad objetiva, específicamente en el título de riesgo por la actividad peligrosa. Dicho giro ha tenido su origen en las diferencias y en el manejo que ambos títulos jurídicos implican, pues la falla presunta supone respecto de la conducta la sola demostración del hecho dañoso, y quien lo imputa no tiene el deber de acreditar la anomalía (punto diferenciador con la falla probada), pero sí los otros elementos para la configuración de la responsabilidad: daño y nexo causal.

Por contraste, el tratamiento de la responsabilidad desde el título objetivo de imputación jurídica, parte respecto de la conducta de su no evaluación o calificación, “tan sólo de la peligrosidad (la relación que existe entre el nexo causal de la actividad peligrosa y el daño)”; dicho título se deriva en el origen del riesgo que asume quien, por voluntad o deber, se atreve a manejar elementos que en su estructura y/o en su actividad conllevan peligro. Autores como Carbonier analizan como una verdadera antinomia el tratamiento entre ambos títulos, derivado de la carga de la prueba: “mientras la víctima debe probar el desfallecimiento de la conducta en la responsabilidad subjetiva, basta, en la objetiva, con probar que el daño ha sido materialmente originalmente por la actividad del demandado”.

²⁰² “Extensión de la presunción de responsabilidad a la causalidad. Resulta fácil, al analizar la presunción establecida por la jurisprudencia, reconocer que contiene también una presunción de relación causal entre el daño sufrido por la víctima y la culpa del guardián o el vicio de la cosa, probados o presuntos. “En efecto, se ha comprobado ya que la ‘acción activa’ de la cosa se presumía por la jurisprudencia desde el instante en que la cosa hubiera intervenido en la producción del daño; dicho de otro modo, que se presumía que la cosa era la causa del daño. Así mismo -y cabe preguntarse si no se repite la misma idea empleando otras palabras-, resulta de la propia fórmula por medio de la cual expresa la Corte de Casación el significado del artículo 1.384, párrafo 1º, que le corresponde al guardián, presunto responsable, probar que el daño ha sido causado por un caso fortuito o de fuerza mayor, o por otra causa ajena a la cosa. “Se advierte entonces, en definitiva, cuán comprensiva es la ‘presunción de responsabilidad’ con que la jurisprudencia ha dotado a la víctima de una cosa inanimada. Que pruebe que la cosa ha participado en el daño: con ello tendrá derecho al abono de daños y perjuicios, a menos que el guardián pueda demostrar que la cosa suya no ha sido verdadera causa del daño” (MAZEAUD H. y ANDRE TUNC. *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires. EJEA. Volumen II, tomo 1, pág. 349. Para CRISTHIAN LARROUMET “...la prueba de una causa extraña no se refiere sino a un problema de causalidad, pues ella destruye el vínculo de causalidad que, en caso de inejecución de una obligación de resultado, se presume entre la actividad del deudor y el daño sufrido por el acreedor a causa de una inejecución. Todas las responsabilidades objetivas, tanto en materia contractual como en materia extracontractual, son obligaciones de reparación que descansan en el sólo vínculo de causalidad entre la actividad de una persona y el daño sufrido por otra; de ahí el nombre que a veces reciben de responsabilidades causales, lo cual demuestra que la causalidad no tiene que calificarse desde el punto de vista de la culpa. Ella basta por sí sola para fundamentar la responsabilidad.” *Teoría General del Contrato*, Edit. Temis, 1993. Tomo II, número 607.)

Es claro entonces, tal y como sucede en la generalidad de los grupos humanos, que quien se arriesga a ejercer actividad peligrosa debe asumir las consecuencias en el desempeño de ésta y a su vez la sociedad jurídica le exige el cuidado excesivo en el manejo de la actividad o del elemento peligroso, de ahí que cuando se está ante el título objetivo por riesgo derivado de la actividad peligrosa, quien la ejerce sólo se exonerará ante el daño, probando la causa extraña, mientras que quien lo sufre sólo debe probar el hecho dañoso y el daño derivado de ese hecho (nexo de causalidad).

De ahí en adelante se ha mantenido la postura del riesgo, con ciertas precisiones frente al tema, como se observa en sentencia del 8 de febrero del 2001²⁰³, del 15 de marzo de 2001²⁰⁴, reiterada el 25 de julio de 2002²⁰⁵, que puntualizo frente a daños antijurídicos (lesiones o muertes) causados por las cosas o actividades peligrosas como lo son las armas de dotación oficial, el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella²⁰⁶.

Al respecto, hay que agregar, que en realidad, en estos casos en los que, según el fallo citado, se debate la ocurrencia de un daño proveniente del ejercicio de una actividad peligrosa, como lo es la manipulación de armas de dotación oficial, el título de imputación

²⁰³ Sentencia 12382 del 8 de febrero de 2001

²⁰⁴ Sobre este tema, dijo la Sala en sentencia de 15 de marzo de 2001, exp: 52001-23-31-000-1994-6040-01 (11.222): “...en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política...En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero”.

²⁰⁵ En sentencia de 25 de julio de 2002, exp.: 66001-23-31-000-1996-3104-01(14180), dijo: “En relación con los daños causados con el ejercicio de actividades peligrosas, como la conducción de vehículos, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, según el cual quien se beneficia de la actividad riesgosa debe responder por los daños que con ella se causen, y sólo se exonera si demuestra la existencia de una causa extraña, es decir, la carga de la prueba de la ruptura del vínculo causal entre el ejercicio de la actividad riesgosa y el daño la tiene el responsable de aquélla. A la víctima le basta acreditar que dicha actividad intervino en la causación de éste”.

²⁰⁶ En sentencia de 15 de marzo de 2001, exp: 52001-23-31-000-1994-6040-01 (11.222).

bajo el cual se resuelve la controversia es el objetivo de riesgo excepcional²⁰⁷; sin embargo, cuando se advierte que el daño no se produjo accidentalmente sino, por un mal funcionamiento de la Administración, ello se debe poner de presente y el título de imputación bajo el cual se definirá el litigio, es el de falla del servicio²⁰⁸.

Por otro lado, se han hecho precisiones en torno a la prueba de la naturaleza del arma que causó el daño. En sentencias del 17 de agosto de 1993 y el 21 de abril de 1994²⁰⁹, se había dicho que cuando un miembro de un organismo armado hiere o mata a alguien con un arma de fuego, se presume que ésta es de dotación oficial, por lo cual corresponde a la entidad destruir la presunción, demostrando que el arma es de propiedad particular. El 11 de noviembre de 1999²¹⁰, sin embargo, el Consejo de Estado expresó que si bien debe hacerse operar una presunción, es necesario distinguir dos situaciones: la primera, cuando el agente estatal porta el arma en horas de servicio; la segunda, cuando la porta por fuera del mismo. En aquélla, debe presumirse que el arma que porta el funcionario es de dotación oficial; en ésta, no hay lugar a presumir tal hecho, que debe ser acreditado por el demandante.

Esta posición ha sido mantenida por la Sala de lo Contencioso en pronunciamientos posteriores. Debe advertirse, sin embargo, que de ella no se deriva ninguna modificación del régimen de responsabilidad objetivo aplicable en estos casos. En efecto, se trata, simplemente, de la formulación general de un criterio de valoración probatoria, en relación con hechos que apuntan a la demostración de la imputabilidad del daño al Estado.

En realidad, en estos casos en los que, según el fallo citado, opera una presunción, estamos siempre ante hechos probados mediante indicios. Así, con fundamento en el hecho probado de que un miembro de un cuerpo armado del Estado causa daño con un arma, en horas de servicio, puede inferirse que ésta es de dotación oficial. Esta inferencia está fundada, por lo demás, en clarísimas reglas de la experiencia y aun en disposiciones legales, dado que, en principio, las armas de dotación oficial no pueden ser utilizadas por los mencionados agentes estatales cuando no se encuentran en servicio. El indicio construido por el juez puede constituir, en estos eventos, prueba suficiente para establecer la naturaleza del arma con la cual se causó el daño y, por lo tanto, la imputabilidad de éste al Estado. En el otro caso, esto es, cuando el agresor se encontraba fuera de servicio, ha considerado la Sala que

²⁰⁷ Sección Tercera en exp. 30114 del 16 de agosto de 2007.

²⁰⁸ Al respecto existen abundantes antecedentes jurisprudenciales, ver entre otras: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias de agosto 19 de 2004, exp. 15791, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; marzo 10 de 2005, exp. 14808, C.P. Germán Rodríguez y; abril 26 de 2006, exp. 15427, C.P. Ruth Stella Correa.

²⁰⁹ Expedientes 7717 y 6991, respectivamente.

²¹⁰ Expediente 12.700.

el hecho probado de su condición de agente estatal no constituye indicio suficiente para inferir que el arma utilizada es de dotación oficial²¹¹.

Debe concluirse, entonces, que en la tesis expuesta para decidir la responsabilidad del Estado debe tenerse, como último criterio jurisprudencial relacionado con el título de imputación, bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, el de la responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, esto siempre que no se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, caso en el cual se deberá entrar a estudiar la responsabilidad bajo ese título de imputación²¹², porque de un lado ese criterio de imputación es aplicable aún tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas.

Por lo demás, es obvio que estando demostrado que el agente estatal se encontraba en servicio, el nexo que permite imputar al Estado el daño causado se encuentra también suficientemente acreditado, de manera que la prueba de que el arma utilizada era de dotación oficial, mediante el indicio mencionado, adquiere relevancia práctica, exclusivamente, para posibilitar la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad, fundado en el riesgo excepcional. En efecto, la guarda de tal instrumento corresponde al Estado.

3.2.7. Daños Causados con vehículos automotores de la fuerza pública.

Se han expedido pronunciamientos en casos referidos al daño causado con ocasión de la conducción de vehículos automotores, en los que se ha expresado que la creación de un

²¹¹ La misma Sala ha hecho una precisión similar, en relación con la presunción del daño moral sufrido por los parientes cercanos de la persona directamente afectada. En sentencia del 21 de septiembre de 2000 (expediente 11.766) expresó, al respecto, lo siguiente: “...debe decirse que si bien la jurisprudencia de esta Sala ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos, es claro que aquéllas se fundan en un hecho probado, esto es, la relación de parentesco, de manera que a partir de ella –que constituye el hecho indicador, o el indicio propiamente dicho, según la definición contenida en el artículo 248 del Código de procedimiento Civil–, y con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción, que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso. Y tal indicio puede resultar suficiente para la demostración del perjuicio moral sufrido, en la mayor parte de los casos; en otros, en cambio, pueden existir elementos de convicción en el expediente que impidan la aplicación llana de la correspondiente regla de la experiencia”.

²¹² Por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa, ya reiterada de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración (Sentencia exp. 173.18 del 11 de febrero de 2009).

riesgo excepcional por parte del Estado, en desarrollo de una actividad lícita y en beneficio de los administrados, constituye factor de imputación suficiente para atribuir responsabilidad a aquél, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, en los eventos en que tal riesgo se realice y éstos resulten dañados en su persona o en su patrimonio²¹³.

Los daños ocasionados por vehículos automotores pertenecientes a la Fuerza Pública, particularmente accidentes de tránsito, en donde se han producido daños antijurídicos a las personas, el régimen preponderantemente aplicable es de carácter objetivo, porque al igual que la actividad anterior, el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone en estos eventos, a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella.

En este sentido, frente a este tipo de daños, se comparte la misma tesis de imputabilidad utilizada en las armas de dotación oficial, en cuanto a actividades peligrosas se refieren. Al respecto, el Consejo de Estado, en Sentencia exp. 13090 de 27 de noviembre de 2002, reiterado en Sentencia 14681 del 24 de febrero de 2005 y exp. 15494 del 27 de agosto de 2007, precisó que en la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por cosas o actividades peligrosas (vehículos automotores, aéreos, marítimos o fluviales, entre otros) se han aplicado diversos tipos de responsabilidad, desde la presunción de responsabilidad²¹⁴, la falla probada y presunta y el riesgo²¹⁵, régimen este último de responsabilidad objetiva que descarta la mención de la llamada “presunción de responsabilidad” por cuanto por la denominación de este régimen, por su contenido, sugiere equivocadamente que todos los elementos de responsabilidad se presumen²¹⁶.

Este último régimen objetivo de responsabilidad “por riesgo” (sin irregularidad de conducta) se deriva, entre otros, del ejercicio o de la estructura de instrumentos (Vehículos, Aeroplanos, Lanchas, Botes, etc.) dedicados a actividades peligrosas, y tiene como factor de imputación el riesgo que excede los inconvenientes a la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados o los integrantes de un grupo en igualdad de condiciones, a menos que se invoque en la demanda el régimen de falla del

²¹³ Ver, entre otras, sentencias del 16 de marzo de 2000, expediente 11.670, actores: Martiniano Rojas y otros; 25 de mayo de 2000, expediente 11.253, actores: Milton Gamboa Patiño y otros; 15 de junio de 2000, expediente 11.688, actores Hernando Miranda González y otros; 19 de julio de 2000, expediente 11.842, actores José Manuel Gutiérrez Sepúlveda y otros.

²¹⁴ Sentencia de 24 de agosto de 1992. Expediente 6.754. Actor: Henry Enrique Saltaín Monroy.

²¹⁵ Sentencia de 16 de junio de 1997. Expediente 10.024. Actor: Javier Elí Ríos Castrillón.

²¹⁶ Véase, entre otras, sentencia de 17 de mayo de 2001. Actor: Aura Elcira Zúñiga y otros y sentencia de 2 de marzo de 2000. Expediente 11.401. Actor: María Nuby López y otros.

servicio, pues en tal caso deberá definirse, como ya se dijo en primer lugar, si la entidad demandada incurrió o no una falla y de ser así, si la misma fue la causa del daño.

Se puede concluir entonces que la conducción de vehículos automotores como actividad generadora del daño, ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa²¹⁷, y al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. De nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima²¹⁸.

3.2.8. Daños ocasionados a personas y bienes por actos terroristas.

Interesantes resultan también las consideraciones hechas por la jurisprudencia, en relación con la responsabilidad del Estado por actos de terrorismo²¹⁹. En fallo del 10 de agosto de 2000²²⁰, el Consejo de Estado hizo una presentación de la evolución de la jurisprudencia colombiana al respecto, que ha resuelto el problema del título de imputación, tradicionalmente, haciendo referencia a los regímenes de falla del servicio y riesgo excepcional²²¹.

Es imposible, no referirse al holocausto del palacio de justicia de Bogotá ocurrido en el año 1985, como uno de los casos, insignes de lo que fue una falla del servicio por omisión de parte del Estado, especialmente ante la toma y muerte de los Magistrados y Consejeros de Estado por parte del M-19.

²¹⁷ Ver, en el mismo sentido, sentencia del 16 de marzo de 2.000. Expediente 11.670. Actor Martiniano Rojas y otros.

²¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de junio de 2000, expediente: 11.688, actores: Hernando Miranda González y otros.

²¹⁹ Esta es quizá, una de los hechos dañinos, que más estupor causa en el orden nacional e internacional, por la trascendencia que ha tenido el concepto de acto terrorista, y más en un país como Colombia, que está expuesto con frecuencia a este tipo de actos por parte de grupos al margen de la ley.

²²⁰ Expediente 11.585. Actores Noemí Revelo de Otálvaro y otros.

²²¹ Ver, entre otras, sentencias del 25 de octubre de 1991, expediente 6680; 25 de marzo de 1993, expediente 7641; 12 de noviembre de 1993, expediente 8233; 28 de abril de 1994, expediente 7733; 29 de abril de 1994, expediente 7136; 23 de septiembre de 1994, expediente 8577; 16 de junio de 1995, expediente 9392; 16 de noviembre de 1995, expediente 10.309; 15 de marzo de 1996, expediente 9034; 18 de abril de 1996, expediente 10.230; 22 de julio de 1996, expediente 11.934; 15 de abril de 1999, expediente 11.461.

El Consejo de Estado en Sentencia exp. 9276 de agosto 19 de 1994²²², aclaró que los daños antijurídicos ocasionados por la falta de vigilancia y protección de personas que encuentran amenazadas en su integridad, o que se puede razonablemente inferir por la grave situación de orden público, son atribuibles al Estado a título de falla del servicio, por ser este el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado ante el incumplimiento de una obligación administrativa a su cargo, sin embargo se vislumbraba desde ya cierta tendencia objetivizante, en cuanto al tratamiento del daño indemnizable del artículo 90 de la Constitución Política, pero hasta el momento se mantenía la falla del servicio como principal título de imputación del dado al Estado y, por lo tanto, la conservación de la regla general de la responsabilidad subjetiva²²³.

Más adelante y en este punto ha sido muy prolija en esta materia la Jurisprudencia, que en sentencias expedientes 11585 del 10 de agosto de 2000, 11222 del 15 de marzo de 2001, 13774 del 27 de noviembre de 2002, 16175 del 28 de abril de 2005, 16630 del 28 de junio de 2006, 15985 de octubre 3 de 2007, y el 18095 del 28 de abril de 2010, se especificó

²²² En el sub - júdice sí se presentó una falla del servicio por la parte de la fuerza pública encargada de procurar la vigilancia de los Magistrados y Consejeros, así como del propio Palacio de Justicia y de quienes allí por una u otra razón se encontraban laborando. Hubo falla del servicio por cuanto a pesar de que, como se estableció, se conocían las amenazas contra los funcionarios judiciales y la intención de ocupar el Palacio de justicia, la acción gubernamental en tal sentido no funcionó adecuadamente. Si bien se proyectaron medidas de seguridad, lo cierto es que las mismas quedaron apenas en el papel y allí todavía se encuentran en el informe rendido sobre el particular. La vigilancia incrementada por la visita del Presidente de Francia desapareció cuando el mismo salió de Colombia. Ni la Policía Nacional, ni el DAS, ni el Ejército, prestaron custodia alguna para el día de la toma del Palacio, y ello a pesar de que se trataba de una toma anunciada, como la calificaron distintos personajes del propio Gobierno. En verdad resulta de difícil comprensión para la Sala la actitud en extremo negligente, imprevisiva y desde luego culposa de las autoridades de la República para dejar en la más aterradora desprotección a Consejeros, Magistrados y personal que laboraba en el Palacio de Justicia, a la buena de Dios y con el único respaldo de una exigua vigilancia particular, carente de experiencia y de los medios necesarios para enfrentarse a un enemigo audaz, osado y peligroso, el que venía amenazando de muerte a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y el mismo que había anunciado, de tiempo atrás, la ocupación del Palacio donde aquella funcionaba. Era el mismo enemigo que había sido objeto de comentarios en la reunión del Consejo Nacional de Seguridad, organismo de donde surgió la determinación de brindar una especial protección a los referidos funcionarios judiciales y establecimiento de labores. El conocimiento pleno y anticipado que de las amenazas tenían las autoridades, la dignidad e investidura de quienes directamente eran los más amenazados, hacen más ostensible y, por supuesto, de mayor entidad la falla del servicio, por omisión. Pero no sólo se trata de la falla antes anotada. También obró equivocadamente la fuerza pública al intentar la recuperación del Palacio de Justicia, operativo que se caracterizó por la desorganización, la improvisación, el desorden y anarquía de las Fuerzas Armadas que intervinieron, la ausencia de voluntad para rescatar sanos y salvos a los rehenes, todo esto con el desconocimiento absoluto de los más elementales Derechos Humanos y principios básicos del Derecho de Gentes.

²²³ Al respecto, providencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163, actor: José Elías Rivera, con ponencia del señor Consejero Doctor Juan de Dios Montes Hernández.

claramente los regímenes y títulos de imputación aplicables, en este tipo de hechos dañinos de omisión con unas particularidades, propias de los demás elementos de la responsabilidad que deben concurrir en casos concretos, y que serán objeto de análisis, en el apartado siguiente.

Por ahora es suficiente precisar, que la responsabilidad del Estado por actos terroristas parte del supuesto de que el acto o la conducta dañinos son perpetrados por terceros ajenos a él, trátase de delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo. La jurisprudencia entonces ha aplicado, según el caso, los regímenes de responsabilidad por falla y por riesgo a saber:

Responsabilidad por Falla del servicio, cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falente o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero.

Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida, a título de ejemplo: región en la que se ha declarado turbado el orden público, paro de transportes, revueltas masivas callejeras, población bajo toque de queda, amenaza de toma subversiva anunciada a una población esto en cuanto hace a los conglomerados sociales; amenazas o atentados previos contra la vida en cuanto hace a las personas individualmente consideradas, etc.

Queda claro entonces que la sola circunstancia de que el afectado no haya solicitado protección previa especial no siempre será causal que permita exonerar a la administración de su deber de protección y vigilancia sino dependiendo del caso particular pueden existir otras circunstancias indicadoras que permitieran a las autoridades entender que se cometería un acto terrorista. Si del estudio fáctico y probatorio se concluye que para la Administración sí existieron circunstancias que indicaban la probabilidad de comisión de un acto terrorista y no obstante teniendo algo más que una suposición omitió tomar las medidas necesarias para prestar el servicio de vigilancia y protección y ese acto terrorista causó daños le sería imputable responsabilidad a título de falla dada la transgresión a su

deber de proteger a las personas y bienes de los residentes en el país; profusamente así, se ha pronunciado la el Consejo de Estado²²⁴.

Sera responsabilidad por riesgo excepcional, cuando en un actuar legítimo la autoridad coloca en riesgo a unas personas en aras de proteger a la comunidad²²⁵.

En todo caso es necesario señalar que en tratándose de actos terroristas, no se puede aplicar el denominado régimen de responsabilidad por daño especial, sobre todo después del año 1984 cuando se adoptó la teoría del riesgo.

Sin embargo, ha existido una confusión general, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, entre el daño especial y el riesgo, quizás porque los dos han buscado por fundamento el principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas y porque ambos han invocado, para su existencia, razones de equidad, sin detenerse a pensar que la actividad legítima del Estado causante del daño puede ser riesgosa o no. En el primer caso, el título de imputación del daño al Estado será el riesgo; en el segundo, su fundamento será directamente la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas de modo que la antijuridicidad del daño, dependerá precisamente de tal desequilibrio que, en ese caso, deberá revestir las características de anormalidad y especialidad, guardando así perfecta consonancia con la tesis de la jurisprudencia francesa que le dio origen. El Consejo hizo estas precisiones en fallos del 2 de marzo y 21 de septiembre de 2000, a propósito de los daños sufridos por los conscriptos en actividades no riesgosas²²⁶.

En otros términos: cuando del daño especial se trata, la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas se manifiesta en el daño que, por esa razón, ha de ser anormal y especial para que se configure la antijuridicidad que exige la constitución para el daño indemnizable; el daño es antijurídico precisamente porque produce un desequilibrio de las cargas públicas que corresponden a la víctima en relación con las de las demás personas; por eso es indemnizable, pese a que ha sido causado por una actividad legítima del Estado; el caso de la desvalorización de la propiedad inmueble particular por la construcción de una obra pública es un buen ejemplo.

²²⁴ Frente a este tratamiento pueden consultarse sentencias de la Sección Tercera, de 13 de mayo de 1996, expediente 10.627, actor Gustavo Garrido Vecino; de 5 de septiembre de 1996, expediente 10.654, actor Augusto Anaya Hernández; de 3 de abril de 1997, expediente 12.378, actor Gonzalo Rojas Velásquez.

²²⁵ Si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal, son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el OBJETO DIRECTO de la agresión fue UN ESTABLECIMIENTO MILITAR DEL GOBIERNO, UN CENTRO DE COMUNICACIONES, al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc., se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado a un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado (Expediente 8577, actor: Justo Vicente Cuervo Londoño).

²²⁶ Expedientes 11401 y 11706.

En tratándose del riesgo, dicho desequilibrio no se presenta en el daño, sino en el riesgo a que se expone a los administrados merced a una actividad estatal; dicho riesgo no es el daño; lo precede; de modo que el daño resulta ser la concreción de la actividad riesgosa.

En el caso de los actos terroristas, no se puede perder de vista que se trata de daños causados por terceros; lo que ocurre es que el Estado expone, a unas personas más que a otras, a que sean blanco de atentados por una obra o por una actividad suya vgr.: construcción de cuarteles, de CAI, o, en general de Instalaciones oficiales que son apetecidas por este tipo de delincuencia.

Es ese riesgo creado por el Estado, y no la vulneración a la igualdad frente a las cargas públicas, lo que hace que el daño le sea imputable.

Estas razones inclinan a creer que, para el caso de actos terroristas, no se debe aplicar el régimen del daño especial, o, lo que es lo mismo, no se debió acudir a la ruptura del principio de igualdad frente las cargas públicas como título jurídico de imputación del daño, cuya aplicación a algunos casos ha tenido críticas razonables, en circunstancias tales como los daños causados a terceras personas en el atentado contra el director del DAS, ocurrido en Bogotá el 30 de mayo de 1.989,²²⁷ y otros eventos, de los cuales pareciera desprenderse que todos los daños causados a terceros por la confrontación armada son imputables al Estado²²⁸.

Teniendo claro lo anterior, el régimen aplicable en los casos que nos encontremos en una Falla del Servicio, lo constituirá el riesgo de naturaleza excepcional para los administrados, que aparece por la amenaza potencial contra los instrumentos de acción del Estado - instrumentales, humanos y de actividad - en época de desórdenes públicos provenientes y propiciados por terceros que luchan contra el mismo Estado y que se concreta con el ataque real de esos instrumentos y la consecuencia refleja en los administrados (personas o bienes), que quebranta la igualdad frente a las cargas públicas.

La responsabilidad patrimonial del Estado se ve comprometida entonces, cuando en ejercicio de sus actividades y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional; éste dada su gravedad excede las cargas normales que deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resulta de la existencia de dicho servicio público. En estos eventos, no se desconoce que el daño en

²²⁷ Sentencia de 23 de septiembre de 1.994, Exp. 8577

²²⁸ Alier E. Hernández E., Evolución Jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado por daños causados por actos terroristas. En Revista Responsabilidad Civil y del Estado No. 11.

sí mismo considerado no lo produjo el Estado, sino un tercero, pero que para su producción el mencionado riesgo puede ser eficiente en el apareamiento del mismo²²⁹.

3.3. Perjuicio Efectivo o Lesión Resarcible (Daño).

Para que se pueda hablar de la responsabilidad del Estado, es necesario que se cause un daño resarcible que se le pueda imputar a la administración a través de cualquier título, lo anterior significa, que en un juicio de responsabilidad, lo primero que se debe estudiar es el daño como elemento *sine quo non* de la misma, pues si no hubo daño, o no puede determinarse, o no se le puede evaluar hasta allí habrá de llegarse²³⁰, puesto que al no demostrarse el daño como elemento de responsabilidad estatal, no permite que ésta se estructure²³¹. Ahora, si bien es cierto que el daño es un elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad, tampoco es menos cierto que la sola presencia de él no convierte, de suyo, a quien lo sufre en acreedor de una indemnización.

El daño que genera responsabilidad, es consecuentemente la lesión, menoscabo, mengua o agravio de un derecho subjetivo. Según Fernando Hinestrosa²³², el daño es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que el padecimiento moral que la acongoja. Para Escobar Gil daño, significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza. En palabras del tratadista Juan Carlos Henao, el daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima. Mientras que para Jorge Cubides Camacho, el daño es detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos²³³.

Cuando se trata de la responsabilidad del Estado como agente generador del daño, tenemos que precisar que a luz del artículo 90 de la constitución política, se consagraron como presupuestos fundamentales dos los elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a

²²⁹ Sentencia de 19 de abril de 2001. exp. 12.179. Actor: María Margarita Cáceres Zambrano y otros.

²³⁰ HENAO, JUAN CARLOS, El Daño, Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés, Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia, 1998, Pág. 36.

²³¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia 16 de diciembre de 1994, Exp. 8894.

²³² Para este autor “el daño es la razón de ser de la responsabilidad”.

²³³ CUBIDES CAMACHO, Jorge, Obligaciones, Pontificia Universitaria Javeriana, Segunda Edición, Pág. 193.

saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado.²³⁴ Lo anterior significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se erige actualmente a partir del denominado daño antijurídico. La antijuridicidad surge en la medida en que padecido el daño, no existe causal legal que lo imponga o lo determine²³⁵, así pues el daño antijurídico es el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esto implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización²³⁶. Para la jurisprudencia del Consejo de Estado es condición necesaria para que desencadene la reparación, que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación.”²³⁷

3.3.1. Tipología del daño.

Tradicionalmente en Colombia los daños se han clasificado en daños materiales y daños morales²³⁸; el primero que supone una pérdida económica²³⁹, es decir, son susceptibles de una tasación en dinero pues recaen sobre bienes corporales; el segundo, es aquel que no está determinado por una pérdida económica, conocido este último, como un tipo de perjuicio extrapecuniario o extrapatrimonial²⁴⁰. Esta terminología obedece a la utilizada por una parte de la doctrina francesa. Sin embargo, esta clasificación ha perdido terreno en la medida en que muchos daños que se consideran indemnizables no quedan cobijados con esta tipología. De ahí, que hoy los daños indemnizables se han clasificado doctrinaria y jurisprudencialmente en materiales e inmateriales²⁴¹. Este ha sido también el planteamiento de Henao, quien considera que la clasificación a partir de la cual los términos perjuicio material y perjuicio moral, tienen la misma entidad es una clasificación errada, pues el

²³⁴ Sentencia del 8 de mayo de 1995, expediente No. 8118. Sección Tercera. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 12 de julio de 1993, expediente No. 7662; sentencia del 5 de julio de 1996, expediente No. 9941.

²³⁵ GOMEZ POSADA, José Fernando, *Teoría y Práctica de la Responsabilidad por daños del Estado en Colombia*, Universidad Sergio Arboleda, Segunda Edición, Bogotá, 2005, Pág. 39.

²³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-333 de 1996.

²³⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 21 de octubre de 1999. Santafé de Bogotá D. C. Rad 10948-11643. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ.

²³⁸ SAAVEDRA BECERRA, Óp. Cit. Pág. 616.

²³⁹ HENAO, JUAN CARLOS, Óp. Cit. Pág. 191.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 289.

moral resultaría ser el todo del genero del perjuicio no pecuniario, cuando en realidad es tan sólo una especie del mismo²⁴². Por consiguiente, en el derecho colombiano se aplica la clasificación de los perjuicios materiales e inmateriales, pues ha sido la jurisprudencia quien ha sostenido en múltiples ocasiones que esta es la distinción que debe guiar el análisis de la tipología del perjuicio²⁴³.

3.3.2. Perjuicios materiales.

Los perjuicios de orden material son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero. Es decir, que estos perjuicios tienen relación directa con el patrimonio, pues recaen sobre los bienes materiales que hacen parte del patrimonio de una persona natural o jurídica, como los que alteran la integridad física del ser humano y de los animales, deterioran las cosas inanimadas y en general los que producen una modificación en una situación de naturaleza material²⁴⁴.

La jurisprudencia ha señalado que los perjuicios materiales se clasifican como emergentes y como lucro cesante, conceptos que son objeto de reparación en el sistema legal colombiano, tanto en el campo contractual como en el extracontractual.

3.3.2.1. Daño emergente.

Hay daño emergente (*damnum emergens*) cuando un bien económico salió o saldría del patrimonio de la víctima. Este puede ser tanto presente como futuro dependiendo del momento en que se hagan o se deban llevar las respectivas erogaciones. Por ejemplo, la víctima de un accidente tiene derecho no solo a la reparación del daño emergente pasado (atención hospitalaria y tratamientos ya realizados) sino también al daño emergente futuro (intervenciones y tratamientos necesarios en el futuro) y por lo tanto a los desembolsos que se verá obligada a realizar con posterioridad al accidente. En consecuencia el daño emergente comprende la pérdida misma de los elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido necesarios y el advenimiento del pasivo, como resultado de los hechos respecto de los cuales se pretende deducir la responsabilidad²⁴⁵.

El daño emergente está dividido entre daño a la persona y a los bienes. Se entiende el primero que es todo daño que recae sobre la integridad física de la persona humana, mientras por el segundo es el daño que recae sobre los bienes diferentes.

²⁴² HENAO, JUAN CARLOS, Óp. Cit. Pág. 191.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 289.

²⁴⁵ *Ibidem*.

3.3.2.1.1. Daño emergente - lesión a la persona.

Esta forma de daño se presenta cuando el bien lesionado es la persona humana en su aspecto físico. De esta clase de daño son múltiples los casos en los cuales se puede presentar. Por ejemplo, en una lesión causada a una persona por un accidente de tránsito, el daño emergente es el gasto necesario en que se debe incurrir para el restablecimiento de la salud de la persona lesionada que ha sobrevivido al hecho dañoso. En estos casos la indemnización del daño emergente debe estar encaminada a cubrir en su integridad, todos los gastos que las víctimas realizaron o deban efectuar por razón del daño. Por esta razón, los desembolsos que constituyen daño emergente no deben ni pueden ser clasificados *a priori* y de manera tajante y preconcebida, pues cada situación expresa la forma en la que se debe repararse²⁴⁶.

3.3.2.1.2. Daño emergente - lesión a los bienes.

Cuando el hecho dañino afecta a un bien mueble o inmueble, o en general aquellos bienes que no entran en la clasificación anterior, el juez aplica la misma lógica de la reparación del daño emergente sobre las personas: se indemnizan todos los rubros que sean consecuencia directa del hecho dañino y cuyo restablecimiento permita volver a la situación que antecede al daño o, al menos, a la que más se le parezca. Se busca así permitir, mediante la indemnización, que la víctima del daño tenga el dinero para reemplazar el bien, o el dinero necesario para realizar las reparaciones indispensables para que vuelva a cumplir la función que venía cumpliendo antes del hecho dañino, o aun el dinero que haya invertido en la recuperación del bien.

3.3.2.2. Lucro cesante.

Hay lucro cesante (*lucrum cessans*) cuando un bien económico que debería ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima²⁴⁷. El lucro cesante corresponde a la ganancia frustrada, a los intereses no percibidos o la utilidad esperada y no obtenida.

El lucro cesante se subdivide en lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro²⁴⁸.

²⁴⁶ HENAO, JUAN CARLOS, Óp. Cit. Pág. 204.

²⁴⁷ HENAO, JUAN CARLOS, Óp. Cit. Pág. 197.

²⁴⁸ LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 309.

3.3.2.2.1. Lucro cesante consolidado.

Se define como la utilidad que ha dejado de percibirse durante el periodo comprendido entre la perpetración del daño y el fallo que declara la responsabilidad del Estado.

3.3.2.2.2. Lucro cesante futuro.

Esta clase de lucro cesante representa aquella frustración económica que subsiste al fallo. Esta situación se presenta por ejemplo, en los casos de personas a quienes el daño ha dejado como secuela una incapacidad total o parcial de carácter laboral que les impide dedicarse a su profesión u oficio.

3.3.2.2.3. Lucro cesante – lesión a una persona.

Como se dijo con anterioridad el lucro cesante son todos aquellos bienes de contenido económicos que deben ingresar al patrimonio de una persona, pero que por un hecho dañoso, pasan a convertirse en una ganancia frustrada. Tratándose del daño sobre una persona física, se deben estudiar los casos en que una persona fallece y en aquellos en los que sólo es lesionada²⁴⁹.

Uno de los casos más frecuentes es el daño que se causa raíz del fallecimiento de una persona como consecuencia directa e inmediata de la actuación del Estado. En este evento son los herederos los llamados hacer reparados, es decir, tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarle la persona que fallece.

El lucro cesante en el evento del fallecimiento de una persona, consiste en el detrimento patrimonial que experimentan las personas que dependían económicamente del fallecido. Por ello, es necesario que dentro del proceso se pruebe, que con los ingresos del finado se proporcionaba ayuda económica a alguna persona que se vio afectada por no seguir recibiendo tal ayuda. Pues, no basta con que se demuestre que el desaparecido era una persona económicamente productiva, para que automáticamente proceda el reconocimiento de indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante²⁵⁰.

Ahora, cuando la persona sufre lesiones como resultado de una actuación administrativa, el lucro cesante estará representado por los dineros que deja de recibir dicha persona como efecto del daño, en la medida en que este destruye o aminora su capacidad laboral²⁵¹. A diferencia de lo que sucede en el caso de la muerte de una persona, donde son los deudos

²⁴⁹ HENAO, JUAN CARLOS, Óp. Cit. Pág. 210.

²⁵⁰ HENAO, JUAN CARLOS, Óp. Cit. Pág. 211.

²⁵¹ SAAVEDRA BECERRA, Op. Cit., Pág. 626.

quienes concurren a la reparación, en el caso de las lesiones es la propia víctima quien tiene la pretensión indemnizatoria. Sin embargo, nada impide que personas diferentes puedan ejercer una acción directa por el daño recibido a raíz de la falta de ingresos de quien sufrió la incapacidad, ya que no continúan recibiendo el apoyo económico que recibían con anterioridad al hecho dañino.

Como se puede observar, el lucro cesante consiste en estos casos en el resultado o efecto de la pérdida de capacidad o posibilidad laboral, y se indemniza con una suma de reemplazo de aquella que no fue o no será producida. Esa pérdida de capacidad resultante del daño puede ser total o parcial.

El lucro cesante por lesión corporal dictaminado en abstracto no genera automáticamente indemnización, porque es necesario que se proyecte en la realidad económica de la víctima. Si antes y después del daño la situación es idéntica, no hay lucro cesante a pesar de que puedan existir otros daños.

3.3.2.2.4. Lucro cesante – lesión a un bien.

El lucro cesante cuando la lesión se produce directamente sobre un bien está constituido por lo que éste deja de producir en razón del hecho dañino. Pero, se debe descontar aquello que la víctima habría tenido que gastar para obtener la utilidad²⁵², es decir, que la indemnización estaría determinada únicamente por la utilidad líquida o neta²⁵³. Esta clase de daño ha sido reconocido e indemnizado por la jurisprudencia colombiana. Sin embargo, en los eventos en que el daño al bien es de tal magnitud que acarrea su destrucción total y, el propietario del mismo persigue como indemnización el reemplazo del bien y al mismo tiempo la utilidad dejada de percibir como consecuencia del hecho dañino, la jurisprudencia colombiana según el análisis realizado por Henao es vacilante en este aspecto.

Según el mismo tratadista el criterio de la jurisprudencia ha sido para algunos casos, la liquidación de los dos rubros; daño emergente y lucro cesante conjuntamente; mientras que en otros procesos la liquidación de estos rubros se hace por separado. Para el autor en comentario, existe una tercera posición adoptada en el fallo de 1997, que afirma que son excluyentes ambos rubros del perjuicio en el caso de la destrucción²⁵⁴, esto permite afirmar que lo importante para resolver el problema es indemnizar separadamente ambos rubros del perjuicio, sin que se genere doble pago entre ellos.

²⁵² HENAO, JUAN CARLOS, Óp. Cit. Pág. 223.

²⁵³ SAAVEDRA BECERRA, Óp. Cit., Pág. 622.

²⁵⁴ HENAO, JUAN CARLOS, Óp. Cit. Pág. 225.

3.3.3. Perjuicios inmateriales.

Esta clase de perjuicios según Ledesma difieren sustancialmente de los perjuicios materiales, tanto por la naturaleza de los bienes afectados como por la posibilidad de la estimación económica del perjuicio. La característica esencial de estos perjuicios es que no tienen una naturaleza económica, en el sentido que, por definición, no se les puede medir en dinero²⁵⁵. Esta imposibilidad de cuantificación dineraria obedece a que estamos en presencia de algo complejo como son el sentimiento, el afecto y dolor, en tal forma que solo quien lo padece puede determinar su verdad e intensidad, pues al no exteriorizarse sus efectos perjudiciales no son mesurables objetivamente²⁵⁶.

Frente al tema de la indemnización de los perjuicios inmateriales, la doctrina asume una posición crítica, que hoy se encuentra superada en la medida en que esta clase de perjuicios una vez acreditados dentro de un proceso, se procede a su cuantificación dineraria, porque se tiene claro que el otorgamiento de una suma de dinero frente a un daño moral, no busca el pago de las lágrimas, ni del dolor producido por el hecho dañino, sino que debe mirarse como una indemnización compensatoria²⁵⁷.

Tradicionalmente en el derecho colombiano se ha reconocido el daño inmaterial en su versión de daño moral, el cual por vía doctrinaria y jurisprudencial se ha subclasificado en dos: daño moral subjetivo y el moral objetivado. El primero corresponde al dolor íntimo, las angustias, los padecimientos y quebrantos que afectan los sentimientos de una persona. Mientras que el segundo es aquel que a pesar de estar relacionado con los sentimientos tiene repercusiones en las actividades económicas de la víctima y esta manifestación externa permite la valoración objetiva del perjuicio²⁵⁸.

Además del daño moral, existe el daño fisiológico o a la vida de relación que se concibe como aquella limitación que sufre la víctima para realizar las actividades vitales que hacen más placenteras y grata la vida de cualquier ser humano y que además tienen influencia directa en su desenvolvimiento biológico espiritual²⁵⁹. O sea, que este perjuicio altera las condiciones normales de la vida de una persona. El Consejo de Estado ha dicho que este perjuicio se produce cuando se ven limitadas las actividades vitales que generan un goce de los placeres de la vida, al individuo²⁶⁰.

²⁵⁵ *Ibíd.*, Pág. 230.

²⁵⁶ LEDESMA, *Óp. Cit.* Pág. 290.

²⁵⁷ HENAO, JUAN CARLOS, *Óp. Cit.* Pág. 231.

²⁵⁸ SAAVEDRA BECERRA, *Óp. Cit.*, Pág. 290.

²⁵⁹ LEDESMA, *Óp. Cit.* Pág. 291.

²⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 6 de mayo de 1993, expediente 7428.

Debe destacarse que el perjuicio fisiológico no se refiere a la lesión física que sufre la persona, sino a los efectos que ésta le produce en la vida de relación del individuo. Es decir, que el objeto de la tutela jurídica de este rubro del perjuicio no lo constituye el dolor causado por el hecho dañino, sino la pérdida de la facultad de realizar actividades placenteras de la vida²⁶¹.

En un fallo del año 2000, el Consejo de Estado consideró adecuada la expresión “daño a la vida de relación”²⁶², utilizada por la doctrina italiana, dejando atrás la denominación de daño fisiológico. Pues, para ésta corporación está claro que este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de la vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo.

Hasta esta parte hemos tratado las dos clases de daños inmateriales: daño moral y perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, lo cual no quiere decir, que sean las únicas modalidades del perjuicio inmaterial. Pues en la última década, por vía jurisprudencia se abre paso tímidamente el reconocimiento del daño a la armonía corporal y presentación estética de las personas independientemente del daño moral subjetivo y del fisiológico, dando lugar a que se reclame, por fuera de ellos, la indemnización respectiva²⁶³. Para el Consejo de Estado, está bien claro que el perjuicio estético debe ser reparado de manera independiente del perjuicio moral y fisiológico o daño a la vida de relación, al enunciar que “El denominado *pretium pulchritudinis*, o precio a la belleza que viene a compensar el perjuicio estético que resulta del atentado infringido a la armonía física de la víctima. Entonces, la pérdida de la integridad corporal da lugar a la reparación independientemente de los daños materiales que haya podido causar. Así mismo, el perjuicio estético *stricto sensu*, como una cicatriz en el rostro es suficiente para dar lugar, al nacimiento de una acción de reparación”²⁶⁴.

Ahora bien, ubicándonos en el daño originado en forma exclusiva por las Fuerzas Militares, tenemos que esta institución al cumplir sus funciones constitucionales y legales, por acción

²⁶¹ HENAO, JUAN CARLOS, Óp. Cit. Pág. 270.

²⁶² Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral – es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre. (Consejo de Estado Sección Tercera proveído del 19 de julio de 2000, expediente 11842).

²⁶³ LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 297.

²⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia mayo 25 de 2000, expediente 12.550.

u omisión pueden causar daños como: lesión y muerte a las personas, al igual que daño y destrucción de sus bienes, situaciones que pueden llegar a comprometer la responsabilidad del Estado. Corresponde entonces, hacer un análisis, a partir de la metodología aplicada²⁶⁵, acerca de la manera en que Consejo de Estado ha determinado y cuantificado los diferentes perjuicios indemnizables de un hecho dañino, cuando a consecuencia de la acción u omisión de las fuerzas militares se ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado. Para ello, a través de la jurisprudencia se ilustrara: la indemnización por muerte, lesión y daño o destrucción de bienes materiales.

3.3.3.1. Indemnización de perjuicios por muerte de personas.

Anotamos con anterioridad que la acción u omisión de las fuerzas militares puede ver comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado cuando un agente causa un daño que debe ser reparado de conformidad con los principios de integridad y equidad. Pero esta reparación depende de la clase de daño, pues no es lo mismo indemnizar un perjuicio inmaterial que un perjuicio material. Por esta razón, la cuantificación del perjuicio es una tarea importante que debe acometer el juez para señalar el monto de la indemnización a pagar, en orden de cumplir la obligación de reparar el daño²⁶⁶. Pues si se trata de un hecho que causa la muerte a una persona, el daño emergente está representado por todos los gastos realizados desde la ocurrencia del insuceso hasta el fallecimiento y los sufragados para la inhumación del cadáver, que pueden ser reclamados por quien directamente los asumió. Mientras que la cuantificación del lucro cesante no es tarea fácil, ya que la determinación del mismo, como lo dice la Corte Suprema de Justicia, se encuentra fincada en que no es posible aseverar con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho²⁶⁷, y que según la misma Corte la única alternativa es recurrir a juicios de probabilidad objetiva.

Son muchos los casos en que el Estado Colombiano ha sido condenado al pago de perjuicios materiales e inmateriales, cuando en un hecho imputable a la fuerza pública por acción u omisión, ha resultado muerto un ser humano. Prueba de lo anterior, y como caso de estudio tenemos el fallo de fecha 19 de agosto de 1994²⁶⁸, proferido por el Consejo de Estado donde se declaró la Responsabilidad del Estado por el acto terrorista propiciado por la guerrilla del M-19 que consistió en la toma del palacio de justicia el 6 de noviembre de

²⁶⁵ Ver subcapítulo 3.1.2. Pág. 66.

²⁶⁶ LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 301.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ Es este el caso, de la demanda en contra del Estado por parte de los familiares del Magistrado Dr. Carlos Medellín Forero.

1985, donde perdieron la vida Magistrados tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado.

Según el Consejo de Estado en ese caso se presentó una falla del servicio por omisión, por parte de la fuerza pública encargada de procurar la vigilancia de los Magistrados y Consejeros, así como del propio Palacio de Justicia y de quienes allí por una u otra razón se encontraban laborando. Por esta omisión, el Estado tuvo que indemnizar a la familia del finado Carlos Medellín Forero, pues quedó demostrado el perjuicio al decir el Consejo de Estado: *“Junto con la falla del servicio, cuya demostración la Sala ha dejado bien establecida, se encuentra igualmente acreditado en el proceso el segundo elemento estructural de la responsabilidad patrimonial como lo es el daño. Sin lugar a dudas, surge del informativo, debidamente probado, que como consecuencia de los hechos narrados en la demanda, falleció el doctor Carlos Medellín Forero, esposo y progenitor de los demandantes, a quienes se deben reconocer los perjuicios morales y materiales a que conforme a la ley y a la jurisprudencia haya lugar”*²⁶⁹.

3.3.3.1.1. Perjuicios morales reconocidos.

Desde el año 1989, la jurisprudencia del Consejo de Estado había establecido la presunción de los perjuicios morales únicamente para padres, hijos y cónyuges entre sí, resarcimiento que procedía una vez se acreditara el lazo parental que los unía, así se colige del siguiente pronunciamiento: *“En cuanto a los perjuicios morales subjetivos se considera que sí se presentaron porque como lo ha dicho esta Sala en Múltiples oportunidades la indemnización por perjuicios morales va encaminada a la satisfacción al dolor ocasionado por el hecho que produjo el daño, siendo natural que un suceso como el acaecido incida profundamente en el sentimiento de la familia. Estos perjuicios se reconocen a los demandantes en tratándose de la esposa e hijos de la víctima con la sola demostración de los vínculos que los une con aquella (Sentencia 505 del 7 de abril de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado). Extractos de Jurisprudencia tomo IV).*²⁷⁰

Pero a partir de 1992, la presunción de los perjuicios morales subjetivos se hizo extensiva para los hermanos al decir el Consejo de Estado *“En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos casos se presumen para los padres, para los*

²⁶⁹ Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., agosto 19 de 1994. Consejero Ponente: Doctor Daniel Suárez Hernández. Expediente No. 9276.

²⁷⁰ Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D.C., febrero 7 de 1992. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente No. 6766.

hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles”. “Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón encuentra para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestren la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que un daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales”²⁷¹. Sin embargo, se precisó que la presunción a favor de los hermanos admite prueba en contrario al expresarse en el mismo fallo, “como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente se han tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente”.

Frente a la tasación de los perjuicios morales en gramo de oro, tenemos que decir que con la pauta jurisprudencial trazada a partir de la Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, se fijó en salarios mínimos el resarcimiento del perjuicio de orden moral, dejando a un lado la tasación en gramos de oro, con miras a dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 16 de la ley 446 de 1998 y 178 del Código Contencioso Administrativo, que ordenan la reparación integral y equitativa del daño.

Siguiendo con caso objeto de estudio, la cuantificación de los perjuicios morales ascendió a 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes, al respecto se pronunció la sala “con respecto a los perjuicios morales encuentra la Sala que se dan las condiciones necesarias para reconocerle a la esposa e hijos del occiso la compensación correspondiente. Su calidad de cónyuge e hijos de la víctima, debidamente acreditada, permite presumir que la muerte del doctor Medellín Forero les trajo angustia, aflicción y afectación moral de todo orden, sentimientos éstos acentuados por la forma y circunstancias en que se produjo su deceso”²⁷².

²⁷¹ Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre 24 de 1992. Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta. Expediente No. 7480.

²⁷² *Ibidem*.

3.3.3.1.2. Cuantificación de los perjuicios materiales.

En el caso de muerte, los perjuicios materiales, se liquidan con base en los sueldos devengados por la persona, teniendo en cuenta a que esta suma se le hace una deducción correspondiente a los gastos generales de la víctima. El resto corresponderá a los hijos si los tuviere hasta que cumplan la mayoría de edad, así como a la cónyuge superviviente. Los valores correspondientes se actualizan conforme al índice de precio al consumidor vigente a la época del deceso siguiendo los procedimientos ordinariamente utilizados por el Consejo de Estado²⁷³.

El lucro cesante consolidado como se dijo es la utilidad que ha dejado de percibirse durante el periodo comprendido entre la perpetración y el fallo concreto. En estos casos las víctimas serán indemnizadas por el término que comprende la ocurrencia de los hechos hasta la fecha de la sentencia y si hay hijos menores hasta que hayan cumplido la mayoría de edad²⁷⁴.

El lucro cesante futuro, corresponde a aquellas frustraciones económicas que subsisten al deceso, que cuando se trata del fallecimiento de una persona de la cual dependía económicamente otras, se constituye en aquellos ingresos que no podrán seguirse percibirse como consecuencia del hecho dañino que produjo el deceso. En estos casos la indemnización futura comprenderá desde la fecha de la sentencia hasta la en cumplimiento del termino de vida probable del *de cuius*, de los cuales se descuentan el correspondiente periodo de vida vencido o consolidado, e igual a los hijos menores de edad o aquellas que dependieran económicamente de él²⁷⁵.

²⁷³ En caso de estudio, el doctor Carlos Medellín Forero percibía ingresos como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y, como profesor de la Universidad Externado de Colombia. Tales ingresos correspondían, el primero a la suma de \$222.753.90, y el segundo, a la cantidad de \$83.860.00. Las dos sumadas equivalen a la suma de \$306.613.90. De esta suma se hizo una deducción de un 25% que supuestamente dedicaba para sus gastos personales la víctima. Del 75% restante corresponde a su hija Silvia Medellín Becerra el 25%, hasta cuando cumplió su mayoría de edad, y el 50% se reconoció en favor de la cónyuge superviviente. Los valores correspondientes se actualizaron conforme al índice de precios al consumidor vigentes en noviembre de 1985 y julio de 1994.

²⁷⁴ En caso bajo análisis, la Indemnización debida para SUSANA BECERRA DE MEDELLIN (Cónyuge), comprendió desde la ocurrencia de los hechos hasta la fecha de esta sentencia, es decir, 105.5 meses. Y la Indemnización debida para SILVIA MEDELLIN BECERRA (hija): Abarcó desde el momento de los hechos, hasta el 4 de julio de 1986, cuando cumplió su mayor edad, o sea 7.9 meses.

²⁷⁵ Para el caso de estudio, la Indemnización futura para SUSANA BECERRA DE MEDELLIN (Cónyuge). Comprendió desde la fecha de la sentencia, hasta el cumplimiento del término de vida probable del doctor Medellín Forero, a quien por su edad, le correspondía un plazo de supervivencia de 257.4 meses, de los cuales se descuentan los correspondientes al período vencido o consolidado (105.5). Quedan entonces por indemnizar 151.9 meses. En cuanto a SILVIA MEDELLIN BECERRA no tuvo derecho a indemnización

3.3.3.2. Indemnización de perjuicios por lesiones a las personas.

Con la acción u omisión de las fuerzas militares, son muchas las personas que han sido lesionadas en su integridad física, en ese sentido el Estado Colombiano ha tenido que entrar a indemnizar los perjuicios irrogados a las víctimas en sus diferentes modalidades (perjuicio moral, materiales y en algunos casos daño a la vida de relación). A continuación se analizara un caso concreto típico en donde se condenó al Estado por las lesiones sufridas por un soldado que fue reclutado a prestar el servicio militar obligatorio.

El Consejo de Estado en sentencia del 25 de febrero del año 2009²⁷⁶, declaró que el Estado - Ministerio de Defensa, debía responder por las lesiones que padeció un conscripto, el día 15 de Junio de 1994 como consecuencia de dos disparos con arma de fuego de largo alcance, que le propinaron unos bandoleros mientras desarrollaba tareas de inteligencia táctica de combate²⁷⁷.

Es de recordar que la responsabilidad patrimonial del Estado frente a los daños originados a los conscriptos, no se debe únicamente al título de imputación falla del servicio, sino que también desde tiempos atrás el Consejo de Estado ha analizado la responsabilidad respecto de los conscriptos bajo el régimen objetivo del daño especial y riesgo excepcional. Sin embargo, en el fallo se precisó que *“en el caso de los conscriptos, cuando el daño tiene 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 -falla en la prestación del servicio- y, en caso de no hallarse estructurada ésta, deberá acudir a los demás regímenes para efectuar el correspondiente estudio”*.

Imputada la falla del servicio, procedió la alta Corporación a analizar el nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad, el cual estaba claramente determinado dentro del

futura por ser mayor de edad a la fecha de la sentencia. En relación con los demás hijos demandantes del occiso no se les reconocieron perjuicios materiales, por cuanto a la fecha de su muerte eran mayores de edad y además no acreditaron dependencia económica especial de su padre.

²⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá D.C, febrero 25 de 2009. Expediente 15793.

²⁷⁷ En esa oportunidad el Tribunal de lo contencioso aplicó el régimen de responsabilidad falla del servicio, expresando *“la responsabilidad de la Administración se encuentra comprometida a título de falla en la prestación del servicio, en tanto los soldados reclutados en calidad de conscriptos deben recibir instrucción para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica, de suerte que a éstas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio en cualquiera de sus modalidades, por ende, someterlo a desarrollar tareas de inteligencia táctica de combate, tendientes a identificar a los adversarios o potenciales adversarios, su capacidad de ataque y centros de arremetida o cualquier otra forma de exponerlos al fuego del adversario constituye una falla en el servicio por la inobservancia de una obligación legal que implica el surgimiento de la responsabilidad de la administración determinado en el incumplimiento del contenido obligacional de protección que tiene el Estado en relación con los conscriptos”*.

proceso al decir la sala *“el nexo de causalidad surge de manera diáfana. El incumplimiento de la obligación legal constitutiva de falla del servicio condujo a que el soldado Guzmán Bocanegra fuera expuesto al fuego del adversario y ello determinó la causación del daño”*.

Estructurada la responsabilidad patrimonial del Estado por concurrir los elementos de la misma, se condenó en el caso del conscripto al pago de perjuicios morales y materiales así:

3.3.3.2.1. Perjuicios morales.

Respecto a estos perjuicios la Sala estatuyó que las lesiones físicas o corporales generan, en la víctima directa, sentimientos de dolor, congoja y sufrimiento, constitutivos de perjuicio moral que, al no poderse resarcir en sí mismo, debe serlo en forma económica. También recordó que existe la presunción del dolor que padecen los miembros de la familia como los padres, cónyuges, compañeros permanentes, hijos y hermanos²⁷⁸.

Al respecto manifestó: *“La reiterada jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que las lesiones inferidas a una persona hacen presumir el dolor y la aflicción constitutivos del perjuicio moral, en los miembros del entorno familiar más cercano de quien las padece, como cónyuge, compañero (a) permanente, padres, hijos y hermanos²⁷⁹, perjuicio que debe valorarse en su entidad atendiendo, entre otros aspectos, a la gravedad de dichas lesiones”*.

3.3.3.2.2. Perjuicios materiales.

Los perjuicios materiales producto de lesión están directamente relacionados con la actividad productiva de la víctima, la cual se ve mermada por la pérdida de la capacidad laboral que experimenta con ocasión del daño²⁸⁰.

La liquidación comprende dos períodos, el debido o consolidado (lucro cesante consolidado), que abarca el interregno transcurrido desde la fecha de ocurrencia de los

²⁷⁸ Por este concepto se condenó a la Nación a pagar a favor del conscripto Wilson Guzmán Bocanegra – víctima directa-, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, a los señores Eugenio Guzmán Tique y Esther Julia Bocanegra el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales, para cada uno de ellos en su condición de padres del directo afectado, y finalmente a los señores Estella Guzmán Bocanegra, Esteban Guzmán Bocanegra, Sena y Guzmán Bocanegra y Verónica Guzmán Bocanegra, el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, para cada uno de ellos en su condición de hermanos del directo afectado.

²⁷⁹ Exp. 12166 y 15247.

²⁸⁰ La sala en el caso objeto de estudio, condenó al pago de estos perjuicios en una suma equivalente a \$141.011.014.4, pues para la fecha de los hechos el señor Wilson Guzmán Bocanegra, era una persona económicamente productiva y como consecuencia de las lesiones perdió el 48% de la capacidad laboral, situación que en la misma proporción afectará su nivel de ingresos por lo que resta de su vida a partir de la ocurrencia del hecho.

hechos hasta la fecha de la presente providencia y el futuro o anticipado (lucro cesante futuro), que corresponde al interregno comprendido entre el día siguiente de la fecha de la presente providencia y la vida probable de la víctima.

3.3.3.2.3. Daño a la vida de relación.

El Consejo de Estado ha sostenido que el daño a la vida de relación es omnicompreensivo, porque abarca varios aspectos que trascienden en el ámbito extrínseco del individuo, pretendiendo resarcir la alteración de las condiciones de existencia, la pérdida de goce y disfrute de los placeres de la vida, la imposibilidad de relacionarse normalmente con sus semejantes etc., situaciones que se pueden presentar como consecuencia del daño²⁸¹.

En ocasiones surge de manera palmaria la causación de esta clase de perjuicio, como sucede en los eventos en que la víctima sufre grave daño funcional que le impide realizar actividades fundamentales inherentes a todas las personas, como sucede por vía de ejemplo cuando una persona a causa de la lesión queda parapléjica, pero existe eventos, como en el sub - lite, donde, a pesar de encontrarse acreditado que la lesión produjo incapacidad relativa de orden permanente y merma en la capacidad laboral del individuo, no es posible deducir la trascendencia que la misma pueda tener en la esfera externa del individuo, de acuerdo con la concepción descrita en precedencia.

3.3.3.3. Indemnización por daños o destrucción de bienes.

En la indemnización de los bienes se debe resarcir tanto el daño emergente como el lucro cesante, teniendo en cuenta para ello si se trata de una lesión o destrucción del bien. Cuando es lesión, es decir, destrucción parcial el juez debe reconocer como daño emergente el dinero que cubra las reparaciones necesarias tendientes a que el bien cumpla las mismas funciones antes del hecho dañino y, cuando es destrucción total, por concepto de daño emergente se debe reconocer el equivalente en dinero para reemplazar el bien.

Para ilustrar la manera como ha sido obligado a responder el Estado colombiano patrimonialmente, cuando por una acción u omisión imputable a la fuerza pública se le ha causado daño a un bien que es necesario reparar, para ello, tomaremos como estudio el fallo de fecha 27 de noviembre de 2002 proferido por el Consejo de Estado, donde se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por un acto terrorista con carro bomba el día 17 de mayo de 1990 en la ciudad de Cartagena de Indias, colocado en el parqueadero de un Centro Comercial, el cual causó daños al local comercial de propiedad de una Sociedad, ubicado en esa misma edificación.

²⁸¹ Sentencia de julio 19 de 2000, Exp. 11842 y sentencia del abril 20 de 2005, Exp. 15247.

De acuerdo al fallo en comento se demostró dentro del proceso que el Estado Colombiano (Ministerio de Defensa Nacional), debía responder por los perjuicios ocasionados al local comercial de la Sociedad, al imputarle falla en el servicio por omisión²⁸².

Establecida como fue la falla del servicio, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró que entre la omisión del Estado (Ministerio de Defensa Nacional) y los daños causados a los bienes de la Sociedad, existía un nexo de causalidad y como consecuencia de ello había que indemnizar los perjuicios²⁸³.

Examinados y determinados los requisitos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, se procedió a la cuantificación de los perjuicios materiales en la modalidad daño emergente y lucro cesante. En cuanto al primero, consistió en la pérdida de mercancías, muebles y enseres, y en las averías producidas en el local comercial y en el centro comercial. El segundo, consistió en las utilidades o ganancias dejadas de percibir por la Sociedad, teniendo en cuenta que a raíz de la destrucción del local comercial, la sociedad quedó en imposibilidad de seguir explotando el establecimiento de comercio²⁸⁴.

²⁸² En el caso de estudio el Consejo de Estado señaló frente a la conducta asumida por la Nación (Ministerio de Defensa Nacional), que pese a que dicha entidad adoptó medidas dirigidas a la protección del Centro Comercial de Bocagrande y a la ciudadanía en general, a través de la realización de patrullajes, revisión de personas etc., omitió otras de suma importancia como son las de revisión o control sobre los vehículos, de prohibición de parqueo de éstos en los alrededores del centro etc., descuidando así uno de los frentes de acción utilizados comúnmente para esa época por los terroristas, la colocación del carro bomba y centrándose en el control de personas y de paquetes, los cuales resultaron inocuos a la hora de prevenir el atentado. Lo anterior es óbice para colegir que se establecieron procesalmente omisiones a obligaciones administrativas, constitutivas de falla en el servicio (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C. 27 de noviembre de 2002. Expediente 13774).

²⁸³ Al respecto señaló la Corporación: “*Al examinar la carga obligacional legal que pesaba en la Nación (Ministerio de Defensa Nacional), expuesta ampliamente en el capítulo de falla, se encuentra que su conducta omisiva fue determinante y eficiente en la producción del hecho y que, por lo tanto, existe un claro nexo de causalidad entre las omisiones Estatales ya concluidas antes y los daños ocasionados a la parte actora*”.

²⁸⁴ Luego de la cuantificación del daño material (daño emergente y lucro cesante), el Estado Colombiano debió pagar a los demandantes una suma de dinero que ascendió a \$84'201.310,08 porque el daño emergente fue por \$73'461.254,19 y el lucro cesante de \$10'740.055,89.

3.4. Relación de Causalidad²⁸⁵.

Base imprescindible de la responsabilidad, para que puedan imputarse las consecuencias de un hecho o un acto a algo o a alguien, es que exista un nexo causal. El fenómeno causal es un método integrado a todas las ramas del saber humano, que procura el conocimiento de las cosas a través de las relaciones “causa-efecto” mediante la aprehensión cognoscitiva.

No obstante lo anterior, se puede sostener que el causalismo ha sido entendido como un método filosófico-científico que intenta explicar los fenómenos a través del estudio de sus causas, de tal manera que la pretensión de reconocer en los sucesos de la vida una relación de causa-efecto se presenta como una de las búsquedas más grandes del ser humano, máxime cuando el fin perseguido es encontrar una respuesta a la pregunta de por qué suceden las cosas, esto es establecer qué o quién ocasionó determinada consecuencia, cuál fue la causa, origen o génesis por la cual sucedió esto y no lo otro, teniendo que reconocer que las más de las veces, estas preguntas quedan sin respuesta²⁸⁶.

Esta incansable y loable búsqueda de la respuesta al interrogante de la causa de un suceso ha sido objeto de debate a lo largo de la historia tanto por los filósofos como por los estudiosos de las ciencias naturales, los cuales han partido de la premisa de que nada se puede cambiar a sí mismo, expuesta por Aristóteles, quien indicó, además, que se hace necesario para generar un cambio que entren en interrelación dos principios, esto es, el sujeto y la causa eficiente.

En otras palabras, para el estagirita, la causa del cambio se da cuando entra en juego la materia –entendida como sujeto– y la causa eficiente–entendida como aquello de donde proviene el movimiento–.

Ahora bien el fenómeno causal²⁸⁷, como proceso de investigación, estudio, observación cotidiana, análisis filosófico, base de las ciencias físicas y naturales, y cualquier otro

²⁸⁵ Es por eso que una vez establecida la existencia de un daño, será menester pasar al segundo elemento necesario para que se pueda hablar de responsabilidad, denominado *nexo de causalidad*, requisito este que se ha convertido en uno de los temas más difíciles de abordar por el derecho, toda vez que para hacerlo se hace indispensable remitirse al estudio de la causalidad, tema que ha sido debatido tanto por la filosofía como por las ciencias naturales, sin que se haya cerrado aún de manera satisfactoria su estudio.

²⁸⁶ Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", 1973, Ed. Abeledo Perrot.

²⁸⁷ En el análisis de la causalidad se deben tener en cuenta las nociones de causa, condición y ocasión, ya que la condición origina la causalidad de las otras y el conjunto determina el evento *causae est causa causati*. Como la existencia de este depende de cada una de ellas si hipotéticamente se suprimiese alguna *conditio sine qua non*, el fenómeno mismo desaparecería. Con el desarrollo del tema se han dado unas teorías como la de la causa próxima, causa más eficaz, causa adecuada, entre otras.

extremo trivial o profundo que pueda dársele, al ser trasladado al dominio del derecho, debe contemplar los modos en que es tratado normativamente, en particular en lo relativo a los hechos, acciones u omisiones del hombre, a su imputabilidad, etc.²⁸⁸

La incorporación del planteamiento general de la teoría de la causa en el terreno jurídico de la responsabilidad, fue antecedida poco antes por las investigaciones de los penalistas. Los civilistas han aducido muchas veces, que es suficiente valerse del sentido común para dar respuesta al interrogante de que daños se imputan, o porque quizás las aguas de la filosofía están muy cerca²⁸⁹.

Sin embargo contra el desmesurado alcance conferido al concepto de causa, la doctrina y la jurisprudencia introdujeron factores correctivos, y a la imputación objetiva (causalidad) se le agrega la imputación subjetiva al responsable (culpabilidad); con esta variante se restringe la indefinida causalidad pero a costa de superponer y confundir dos elementos de la naturaleza diferente como ya dijéramos anteriormente. Tal correctivo es, además, inoperante en los casos de responsabilidad objetiva²⁹⁰.

En la doctrina francesa²⁹¹ el nexo causal es elemento principal en la construcción de la responsabilidad, esto es la determinación de que un hecho es la causa de un daño, pues desde el punto de vista teórico resulta fácil, en criterio de los autores, diferenciar el tratamiento del nexo de causalidad dentro de los títulos objetivo y de falla; por ello enuncian que los títulos objetivos admiten la responsabilidad e inmediatamente el daño se relaciona con la actividad del demandado, con independencia de que se acredite con o sin culpa; mientras que el título de falla sólo la acoge cuando está relacionada con la culpa, con la irregularidad o la anormalidad, pero advierten la necesidad de no volverlo un elemento independiente y autónomo a los dos restantes para configurar la responsabilidad “es por su naturaleza, un vínculo, una relación entre la culpa y el perjuicio, una cualidad recíproca”, casi en crítica de la doctrina Alemana que lo ha convertido en “la clave del problema de la responsabilidad”²⁹².

Por lo general tan pronto se determina el vínculo causal entre el hecho dañoso y el perjuicio que determina la responsabilidad, conviene preguntarse a que persona se le ha de atribuir la

²⁸⁸ VASQUEZ, Óp. Cit., Pág., 124 y 125.

²⁸⁹ Alterini, Atilio A., Curso de Obligaciones, 1982, Tomo I, Pág. 230.

²⁹⁰ VASQUEZ, Óp. Cit., Pág. 124 a 128.

²⁹¹ MAZEAUD y TUNC. Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1963. Tomo 2-II. Págs. 6 a 8.

²⁹² Exp. 15127 de 2005.

obligación de responder, lo que en derecho público plantea el problema de la reparación de las personas públicas. Sin embargo, estos dos interrogantes están íntimamente ligados. El aspecto intelectual, si no moral de la imputabilidad se refleja sobre la forma, para decir todo, material de la causalidad²⁹³.

Para obtener la satisfacción de sus pretensiones el demandante de indemnización debe, por tanto, demostrar que el hecho dañoso es imputable a la persona cuya responsabilidad reclama. En consecuencia aquí el concepto de la imputación se traduce en dos tipos de problemas: por una parte el problema de la imputabilidad jurídica de las personas que participan directamente en la causación del daño y que se resuelve en el tema de la falta personal o el hecho del servicio y, por la otra, y en la medida que las personas públicas utilizan bienes y cumplen una multiplicidad de misiones se plantea también la cuestión de la imputabilidad material de los daños provocados, es decir debe determinarse cual entidad deberá reparar los daños considerados como materialmente imputables en cuanto inseparables de su intervención. El principio general en ese sentido es el siguiente: *“Es responsable la persona pública que ejerce las competencias a las cuales se vincula el acto dañoso”*.

Por último, El Consejo de Estado recalca que en vigencia de la Constitución de 1991 la responsabilidad del Estado nace del daño antijurídico que le sea imputable, o por acción o por omisión, como lo prevé el artículo 90 constitucional. Así, en primer lugar, la ACCIÓN que cause el daño antijurídico puede ser de cualquier naturaleza porque la Carta Fundamental no la cualifica ni de irregular, ni de regular y, en segundo lugar, la OMISIÓN que lo produce se finca siempre en la conducta subjetiva negativa del Estado, cuando éste deja de hacer lo impuesto por la Constitución, la Ley y el Reglamento o que por obligación le corresponde²⁹⁴.

3.4.1. Teorías sobre la causalidad.

Como se dijo fue en el ámbito del derecho penal donde comenzó, a mediados del siglo XIX, el estudio metódico y sistemático de la relación de causalidad dando lugar muy pronto a una viva controversia. Las otras disciplinas jurídicas no le han prestado nunca la misma atención al asunto, que no ha tenido un tratamiento mayor en sus estudios.

²⁹³ DARCY Gilles, La Responsabilite de L'administration, Paris, Dalloz, 1996, Pág. 122 y SS. Citado por SAAVEDRA Óp. Cit., Pág. 202.

²⁹⁴ Exp. 13090 de 2002.

Sin embargo como el derecho es un sistema lógico y racional que no puede quedar sujeto al sentimiento y a la mera apreciación subjetiva del juez, por más que su acción este presuntamente inspirada en la razón y en los más altos principios de equidad, de la necesaria conceptualización y sistematización de los estudios jurídicos han surgido las teorías que han tratado de resolver el complejo problema de las relaciones de causa a efecto²⁹⁵.

3.4.1.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones.

A partir de Jhon Stuart Mill se puso en duda la importancia de la noción de causa. Sobre tal cuestionamiento el penalista alemán Maximiliano von Burí plantea en el año 1860, en el plano jurídico, la Teoría de la Equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*. Dice que cada condición origina la causalidad de las otras y el conjunto determina el evento causa *causae est causa causati*. Como la existencia de este depende de cada una de ellas, si hipotéticamente se suprimiese alguna *conditio sine qua non*, el fenómeno mismo desaparecería²⁹⁶.

A partir de entonces se generalizó la idea de cada una de las condiciones que intervienen en la ocurrencia de un hecho debe ser considerada como su causa, de tal manera que ninguno de los diversos factores que determinan el resultado tiene una importancia superior a las demás sino que, por el contrario, poseen todos un valor equivalente, pues solo su conjunción hizo posible el resultado. De esta manera si se pretende explicar desde el punto de vista causal que un vehículo de la administración ha atropellado a una persona, son tan importantes las circunstancias de que el vehículo haya sido fabricado, vendido y, posteriormente empleado por la entidad pública, como el hecho de que la víctima haya transitado precisamente por el sector en que circulaba el carro²⁹⁷.

En un principio, la teoría de la equivalencia de las condiciones se utilizó como un mecanismo para individualizar las conductas que pudieran atribuirse a un autor preciso, por lo que fue en ese entonces una teoría de la imputación, lo que no significa que ella condujera también en la atribución necesaria de responsabilidad, ya que desde un principio VON BURI²⁹⁸ señaló requisitos adicionales, que solo en cuanto obraran conjuntamente con la causalidad daban lugar a un juicio de responsabilidad.

²⁹⁵ SAAVEDRA BECERRA, Óp. Cit. Pág. 537.

²⁹⁶ VASQUEZ, Óp. Cit., Pág., 537.

²⁹⁷ SAAVEDRA BECERRA, Óp. Cit. Pág. 538.

²⁹⁸ BUNGE MARIO, Causalidad. El Principio de causalidad en la ciencia moderna, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1978, Pág. 138.

El reproche generalizado a la teoría de la equivalencia de las condiciones, consiste en que al emplearse sin correctivo alguno se amplía en forma exagerada el ámbito de responsabilidad, independientemente de si se examina tanto hacia el pasado como hacia el futuro²⁹⁹, y es por ello que esta tesis no es más que la verificación de las características fundamentales de la relación causal pero no constituye un mecanismo para atribuir a un factor la categoría de causa.

3.4.1.2. Teoría de la causalidad adecuada.

Esta teoría es atribuida al filósofo J.J. Vonkruies³⁰⁰, profesor de Friburgo, de quien la toma y expone Luis von Bar. La importante contribución de este autor es que introduce, por primera vez, el concepto de regularidad³⁰¹; de acuerdo con su planteo, el agente solo debe responder por las consecuencias regulares de su acción³⁰².

Esta teoría presupone la de la equivalencia, pero alegando la indefinición de aquella, sostiene la necesidad de distinguir entre causas y condiciones, de tal manera que una condición adquiriría la categoría de causa solo cuando de acuerdo con la forma como regular o normalmente se desarrollan los fenómenos que conduzca a un resultado, es decir

²⁹⁹ Un ejemplo de esta fórmula podría ser el asalto guerrillero al Palacio de Justicia que significó la muerte de casi cien personas incluida la mayor parte de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, podría decirse que si bien los proyectiles disparados por las fuerzas de seguridad del Estado causaron la muerte de algunos de los magistrados, ello no hubiese ocurrido si previamente el grupo guerrillero no se hubiera tomado violentamente el edificio, lo que a su vez no habría acaecido en el evento de que la vigilancia especial de que disponía no le hubiera sido retirada; adicionalmente, el grupo guerrillero no habría tomado la determinación de ejecutar dicho asalto de no ser porque las conversaciones de paz con el gobierno habían fallado. Pudiéndose la cadena causal de este ejemplo remontarse aun a épocas remotas.

³⁰⁰ “...un acontecimiento no puede ser considerado como causa de un daño por el sólo hecho de que se haya comprobado que, sin ese acontecimiento, el perjuicio no se habría realizado. Entre todos los acontecimientos que concurren a la realización de un daño, que son condiciones de él, todos no son ‘su causa’ desde el punto de vista de la responsabilidad; no todos le obligan a su autor a reparación. Sólo pueden ser considerados como causas de un perjuicio los acontecimientos que deberían producirlo normalmente: se precisa que la relación entre el acontecimiento y el daño que resulte de él sea ‘adecuada’, y no simplemente ‘fortuita’. En otros términos, el que haya cometido una culpa debe reparar todo el perjuicio que era propio que produjera según el curso natural de las cosas y que ha producido efectivamente”. MAZEAUD y TUNC. Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Ed. Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1963. Tomo 2-II. Págs. 18 y 19.

³⁰¹ La regularidad de las consecuencias únicas de la acción, por las cuales debe responder el agente, elimina de la consideración del jurista todas las demás condiciones, aun las llamadas *sine qua non*, quedando para la evaluación solamente aquellas que por su existencia han vuelto, posible, objetivamente, la realización del perjuicio.

³⁰² VASQUEZ, Óp. Cit., Pág., 128 y 129.

de acuerdo con las reglas generales de la vida, de conformidad con la experiencia general, esa condición sea adecuada³⁰³ para la producción de determinado resultado.

Consecuente con lo anterior, tenemos que a *contrario sensu* no es suficiente, por lo tanto, que un hecho aparezca como condición de un evento, si regularmente no trae aparejado ese resultado.³⁰⁴ A fin de establecer la vinculación de causa a efecto entre dos sucesos, es menester realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, cuya formulación es si la acción u omisión que se juzga era o no apta o adecuada para provocar, regular o normalmente, esa consecuencia.

A la hora de aplicar esta teoría, es necesario primero situarse en el momento de la acción y tomar en consideración aquellas condiciones que eran conocidas y cognoscibles por un hombre prudente, lo mismo que los particulares del autor. A ello se le agregan las leyes de la naturaleza conocida en aquel momento y aquellas conocidas por el autor, una vez delimitada esas condiciones solo considerara causa lo que aparezca para generar el resultado³⁰⁵. De esta manera la teoría de la causalidad adecuada permite excluir todas aquellas acciones que aparezcan inadecuadas, es decir todo comportamiento que conduzca a la producción del daño, en un curso causal totalmente irregular. No es suficiente, por tanto que aparezca como condición de un evento si regularmente no trae aparejado ese resultado. Como segundo punto se debe delimitar en qué medida la conducta examinada tiende a aumentar las posibilidades, y tercero es el relacionado con el grado de concreción que se debe exigir al resultado en el momento de formular el juicio de adecuación, de lo que se trata es de resolver si se debe tener en cuenta el resultado tal y como se ha producido en el caso en concreto, o bien, si lo que debe tenerse en cuenta es el resultado típico, es decir, el que se prevé en la norma que regula el sector de responsabilidad que se trate, pudiéndose afirmar que por lo general se tiene en cuenta el resultado concretamente producido en el caso examinado.

En relación con la Responsabilidad Patrimonial del Estado, nuestra jurisprudencia se inclina con mayor preferencia hacia la teoría de la causalidad adecuada, pues en varios pronunciamientos deja muy en claro que la concepción de la causalidad debe entenderse en el sentido de estimar como causas jurídicas del daño solo aquellas que normalmente

³⁰³ En las teorías individualizadoras, la *causalidad adecuada* no busca aislar un acontecimiento preciso en un determinado curso causal sino que pretende formular un principio de causalidad adecuada; supone, por tanto y necesariamente, una pluralidad de casos. (GOLDENBERG, Isidoro H., La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Astrea, 1984. Pág. 33).

³⁰⁴ En el ejemplo de un accidentado levemente en un choque, que fallece al incendiarse al hospital donde lo estaban curando; no puede considerarse al accidente la causa adecuada de ese efecto, pues aunque viene a ser una derivación del accidente, no se encuentra habitualmente asociado a él.

³⁰⁵ Esta operación intelectual se denomina prognosis posterior objetiva.

contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones, tal como lo proponen los partidarios de la causalidad adecuada para quienes “solo son jurídicamente causas del daño aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo”³⁰⁶.

3.4.1.3. La causalidad en las omisiones.

La omisión consiste en la abstención de una intervención o de una iniciativa que es obligatoria para el agente del Estado o de la entidad administrativa, en virtud de las funciones o servicios que le corresponden³⁰⁷.

La omisión³⁰⁸, es considerada también una acción, pero tan solo existe en un plano valorativo, mientras en el plano naturalístico siempre hay acciones, la omisión solo puede ser entendida en sentido jurídico para resaltar que determinadas personas realizaron una actividad distinta de aquella que jurídicamente les era exigible, de manera que desde el punto de vista legal no se reprocha la realización de una acción sino la realización de la actividad que la ley les imponía. Así en la evaluación de la conducta de la Administración se puede hablar de la omisión de las obligaciones que la ley le señala como parte de sus funciones; pero en realidad lo que existe siempre es una acción distinta de la que de ella se espera en términos jurídicos³⁰⁹.

Por otro lado, la omisión puede estar relacionada con las figuras del dolo y la culpa, es por ello que puede haber omisiones tanto culposas como dolosas y, por lo tanto desde el punto de vista práctico lo que realmente importa es dilucidar cuando se ha procedido o no con violación, porque de ello dependerá la responsabilidad del agente y en qué medida o graduación ella procede³¹⁰.

Finalmente, como lo deja expreso el artículo 90 de la Constitución Política, la omisión de las autoridades, es decir su inactividad se traduce en un comportamiento antijurídico que constituye una fuente de responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio público. Ello significa que si el daño cuya reparación se pretende tiene origen en una

³⁰⁶ LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 52.

³⁰⁷ *Ibidem*, Pág. 45.

³⁰⁸ Hay autores que distinguen la abstención de la omisión; Cohin, Marcos sostiene que la primera se corresponde con la iniciativa voluntaria del agente, de “un querer”; por su lado, la omisión involucra siempre un olvido, una negligencia.

³⁰⁹ SAAVEDRA BECERRA, Óp. Cit. Pág. 546.

³¹⁰ VASQUEZ, Óp. Cit., Pág., 120.

omisión administrativa, la responsabilidad por omisión es siempre una responsabilidad subjetiva, y por lo tanto la antijuridicidad del daño no es distinguible o separable de la idea de culpa, por más que el sistema de responsabilidad sea de carácter objetivo³¹¹.

3.4.2. La causalidad en la responsabilidad de las fuerzas militares.

Es dable precisar que establecida la relación de causalidad material entre el hecho y el daño no surge automáticamente la Responsabilidad del Estado, pues es necesario que concurra igualmente una relación de causalidad jurídica, solo de esta manera el daño le será imputable al Estado, es decir se le podrá atribuir jurídicamente.

Pues bien, esa causalidad material está dada en las acciones u omisiones de la fuerza pública que de acuerdo a la metodología utilizada, se enunciaron en el subcapítulo 3.1.2.³¹² Sin embargo es necesario precisar cómo ha aplicado las teorías de la causalidad antes descritas el Consejo de Estado en casos concretos, para concluir la atribución jurídica necesaria para imputar Responsabilidad del Estado de las Fuerzas Militares.

3.4.2.1. Cuando el nexos causal es el arma de dotación oficial³¹³ y demás actividades peligrosas (vehículos oficiales).

En consecuencia, si con los objetos oficiales se causan daños antijurídicos y no media prueba de causal alguna de exoneración que rompa el vínculo causal, la responsabilidad patrimonial del Estado aparece comprometida por la relación existente entre la conducta y el daño ocurrido. Se reitera que el guardián del objeto peligroso -vehículo oficial, arma de dotación - responde por los daños que con éste se causen³¹⁴.

³¹¹ SAAVEDRA BECERRA, Óp. Cit. Pág. 547.

³¹² Pág. 66.

³¹³ Supongamos un caso de estudio en que el agente de la fuerza pública, encontrándose de vacaciones tenga un enfrentamiento con una persona, y con el arma de dotación le produce la muerte. En términos generales, el tema está casi definido, el agente cuando actúa en ejercicio de actividades inherentes a sus funciones, esto es en actos del servicio, el Estado responde, sin embargo ¿Ese acto llevado a cabo durante las vacaciones se puede considerar como uno del servicio? o en las vacaciones no hay ruptura absoluta con el ejercicio del cargo. Es por ello, que hay que establecer cuando hay nexos con el servicio, siendo necesario adentrarnos en el análisis que llevaremos a cabo en este apartado del *test de conexidad*. La importancia del nexos causal con el servicio, influye hasta en el posible juzgamiento penal, porque dependiendo si es un acto del servicio, será objeto de estudio de la Justicia Penal Militar o de la Justicia Penal Ordinaria. Ahora, con respecto a la indemnización, si no hay nexos con el servicio, la víctima se podrá constituir en parte civil contra el autor del daño, pero si existe nexos la culpa personal del agente se vincula con el Estado por el servicio, la víctima podrá ir en contra el victimario demandando al Estado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

³¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y

En relación con la determinación del nexo con el servicio que debe unir la actuación del agente con la entidad para que se vea comprometida la responsabilidad de ésta, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de julio de 1990 expediente: 5998, acogió el denominado *test de conexidad* con el servicio con apoyo en la doctrina extranjera, fijando las siguientes pautas orientadoras de gran utilidad:

“La jurisprudencia y la doctrina han realizado ingentes esfuerzos para determinar en qué consiste el mencionado nexo con el servicio, que tiene la virtud de comprometer a la administración en la indemnización debida a la víctima”.

Frente al tema el tratadista Juan Carlos Henao Pérez, en su ensayo titulado “La falla personal del funcionario público en el derecho colombiano”, cita al doctrinante francés Dové Rasy (“*Les frontières de la faute personnelle et de la faute del service en droit administratif français*”, L.G.D.J., París, 1962, pág. 82), quien sostiene: “Sera falla del servicio, la falla que presente un nexo con el servicio”, o, lo que es lo mismo, una falla que no esté desprovista de todo nexo con el servicio que se determina, en cada caso, con la existencia del nexo y siguiendo al mismo tratadista elabora un esquema que sirve de guía para dicha determinación, así:

NEXO CON EL SERVICIO

a. ¿Advino el perjuicio en horas del servicio? *Sí - No*

PERCEPTIBLE

b. ¿Advino el perjuicio en el lugar de servicio? *Sí - No*

c. ¿Advino el perjuicio con instrumento del servicio? *Sí - No*

d. ¿El agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio? *Sí - No*

INTELIGIBLE

e. ¿El agente actuó bajo la impulsión del servicio? *Sí - No*

Y anota, luego: “Si de la confrontación que se haga del caso concreto con el esquema anterior se observa que todas las respuestas son negativas, nos encontraríamos

indefectiblemente ante una falla personal clásica, excluyente de aquélla del servicio, precisamente por lo que éste no puede ser vinculado de manera alguna con la producción del perjuicio. Por el contrario, si mínimo hay una respuesta afirmativa, el nexo con el servicio puede aparecer, debiéndose anotar que su aparición será más contundente en la medida en que el juez pueda responder afirmativamente a más preguntas”.

Del esquema surge que el nexo en cuanto perceptible o inteligible puede ser espacial o temporal o de ambas clases. Será de la primera especie cuando el hecho a través del cual se materializó el perjuicio advino o en lugar donde éste se presentó o debía presentarse o con un instrumento dado por la administración para la ejecución de la labor propia del servicio; será de la segunda especie, cuando adviene en horas del servicio³¹⁵.

Pero ello no quiere decir que siempre que el hecho ocurra dentro de cualquiera de aquellas especies o de ambas, necesariamente se vea comprometida la responsabilidad de la administración pero si resultara que el Juez, en primer término, tendrá mejores elementos de juicio para inferir que existió una falla en el servicio. Lo contrario sucede cuando el evento dañoso del funcionario ha sido cometido fuera del ámbito espacial o temporal del servicio, cuando entonces la primera inferencia del juez será la de ausencia de nexo con el servicio inferencia, que naturalmente, puede ser contradicha por las pruebas que se alleguen y que lo lleven (al juez) a la convicción de la falla del servicio a pesar de que la presencia del nexo en los ámbitos espaciales y los temporales dentro de los cuales el hecho perjudicial aconteciera, no se encuentre³¹⁶(...).

Por otro lado, en relación con la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por cosas o actividades peligrosas. El régimen objetivo de responsabilidad “por riesgo”³¹⁷ que

³¹⁵ Actualmente, además de haber causado el daño con arma de dotación oficial, es necesario que el comportamiento del agente se haga o se manifieste de manera ostensible su condición de agente del Estado por parte del victimario. Esto es el nexo instrumental se acepta siempre y cuando se exteriorice una actitud que evidencie su condición o calidad de agente. Este último criterio se sostiene, aun cuando el daño se ocasione o cause con un arma particular.

³¹⁶ C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, Exp: 5998. En el mismo sentido entre otras, ver sentencias del 6 de agosto de 1997, Exp: 9304 y del 12 de febrero de 1998, Exp: 11763.

³¹⁷ En principio, el Consejo de Estado señaló que el título de imputación frente a los daños con arma de dotación oficial, era el de la falla probada, es decir que había que probar la falta del servicio, concepto este que lleva implícita la culpa y se fundamenta en el descuido y la negligencia; a partir de 1989 varió la tesis, agregando que cuando el daño fuera ocasionado con arma de dotación oficial o vehículo oficial, se podía presumir la falla, lo cual implicaba el traslado de la carga de la prueba, porque no era necesario probar la falla. Más adelante, a partir de 1992, el Consejo de Estado frente a las actividades peligrosas (armas y vehículos oficiales) determinó que se estructuraba una responsabilidad presunta, es decir una presunción de responsabilidad y de sus elementos (fallo, daño y nexo). Por último, a partir del año 2000 estableció sin dejar de lado la falla del servicio, que cuando hay un riesgo de por medio, esto es, todas aquellas actividades que ponen en peligro la integridad humana, se está frente a una responsabilidad de tipo objetiva.

como ya se dijo deriva, entre otros, del ejercicio o de la estructura de instrumentos dedicados a estas actividades, tiene como factor de imputación el riesgo que excede los inconvenientes a la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados o los integrantes de un grupo en igualdad de condiciones. Por consiguiente, en aquellos casos en que se prueba que el Estado genera ese tipo de actividad debe soportar patrimonialmente las consecuencias del hecho lesivo siempre y cuando se demuestren además los otros elementos, como son el daño y el nexo de causalidad adecuado. El Estado sólo podrá exonerarse cuando demuestre causa extraña (fuerza mayor, o hecho exclusivo o del tercero o de la víctima) que rompa el nexo de causalidad entre el daño y la conducta de riesgo, porque fue eficiente y determinante.

En relación con el hecho dañino, al demandante le basta demostrar que la ocurrencia del mismo está vinculado al ejercicio de la actividad peligrosa por el Estado; no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, como sí ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; por esto mismo el demandado no se exculpa demostrando diligencia y cuidado. En cuanto al daño el actor sólo debe demostrar o la existencia de un daño o el hecho del cual se presume, según el caso, y que reúna las siguientes características: que sea cierto, particular y que recaiga o sobre una situación que esté protegida jurídicamente. Y frente al último elemento, nexo de causalidad el accionante debe probar en juicio *la causalidad adecuada* entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada y probada contra el Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera su causalidad, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado³¹⁸.

3.4.2.2. Cuando el nexo causal es en función del servicio (conscriptos y soldados voluntarios).

El Consejo de Estado ha señalado que las actuaciones de miembros de la Fuerzas Militares como cualquiera haya sido la forma de ingreso (voluntaria o como conscriptos) sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público³¹⁹. La simple calidad de funcionario público que ostente el

³¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 13090 del 27 de noviembre de 2002, M.P. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

³¹⁹ La jurisprudencia francesa desde el célebre fallo *Lemmonier* del 26 de julio de 1918, a partir de las conclusiones del comisario de gobierno LEON BLUM había señalado: “Si la falta personal -afirmó Blum- ha

autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública³²⁰.

Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevalido de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer “si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo del policía nacional aparecía como derivado de un poder público, si quiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público”³²¹.

En el caso examinado por la Sección Tercera del Consejo de Estado exp. 13774 del 15 de junio de 2000, un soldado conscripto había cometido un homicidio con arma personal, con el propósito de defenderse de una agresión, en horas en que debía encontrarse en acuartelamiento, lo cual evidencio una falta del servicio de vigilancia de la guarnición militar, siendo que este hecho por sí sólo no significa que tenga un vínculo que pueda

sido cometida *en el servicio o con ocasión de él*, si los medios y los instrumentos de la falta han sido puestos por el servicio a la disposición del culpable por efecto del juego del servicio, si en una palabra, el servicio ha acondicionado la ejecución de la falta o la producción de sus consecuencias dañinas respecto de un individuo determinado, el juez administrativo podrá y deberá decir: la falta se separa quizás del servicio -es a los tribunales judiciales [jueces ordinarios] a quienes les corresponde decidir sobre esto -pero el servicio no se separa de la falta”.

³²⁰ Así lo ha destacado la doctrina extranjera: “...no cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la Administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la Administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del ‘funcionamiento de los servicios públicos’. Es decir que la conducta del agente de la Administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. “Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce ‘en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado en su calidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda cualificación jurídico-pública’”. (ANDRES E. NAVARRO MUNUERA. La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público, en Revista Española de Derecho Administrativo, No. 60, octubre-diciembre de 1988. Se analiza en el artículo la sentencia del Tribunal Supremo de España del 27 de mayo de 1987, que concedió a los demandantes la indemnización por la muerte de su hijo ocasionada por un agente de la policía con arma de fuego reglamentaria, pero quien disfrutaba de sus vacaciones, en aplicación de la teoría del riesgo como título de imputación).

³²¹ ANDRES E. NAVARRO MUNUERA, Óp. Cit.

imputársele al Estado, dado que esa circunstancia no fue relevante en su comisión, en otras palabras la evasión del soldado de la guarnición militar no fue la causa relevante para la comisión del resultado y por lo tanto, no hay vínculo entre la falla imputable a la entidad demandada y el daño. Aclaro esa Corporación que el problema de la imputación no puede ser resuelto con un simple encadenamiento causal, como sí sería posible explicarlo con apoyo en la teoría de la equivalencia de las condiciones, que en el pensamiento actual ha sido superada.

Nuestro Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa en decisión anterior había advertido también en el caso de un agente de la Policía quien causó la muerte de una persona con arma de defensa personal, por razones ajenas al servicio, que no obstante vestir el uniforme oficial, esta circunstancia fue irrelevante “pues con uniforme o sin él, la reacción habría sido la misma y los efectos se habrían producido de manera igual; lo cual demuestra que el uniforme careció, en aquel caso, de las características propias de un nexo instrumental que permita vincular la culpa del agente con la prestación del servicio”³²².

3.4.2.3. Cuando el nexo causal es por omisión (actos terroristas)³²³.

Generalmente los daños sufridos a raíz de atentados terroristas, son el fruto de la actuación de un tercero, sin embargo le son imputables al Estado, porque según los títulos jurídicos en su concreción medio falla o falta alguna del servicio público encomendado al Estado (Ej. operaciones orientadas a cumplir los deberes constitucionales y legales que le son inherentes), ora por un daño especial, o por un riesgo excepcional³²⁴, títulos estos de

³²² Sentencia del 6 de octubre de 1994, exp: 8200, actor: Francisco Adán Casas y Otros. En el mismo sentido ver sentencia del 2 de febrero de 1995, exp: 9846, actor: Luis Felipe Baquero Cantor y O.

³²³ Exp. 16630 del 28 de junio de 2006, Salvamento de Voto Mag. Mauricio Fajardo Gómez).

³²⁴ En punto a la responsabilidad por actos terroristas, merece decir que “*riesgo excepcional*” y “*daño especial*” también se antojan necesitados de un deslinde conceptual, pero no sólo porque el riesgo excepcional siempre se ubica del lado de la causa en tanto que el daño especial siempre lo hace del lado del efecto, sino también porque, si por aceptado se tiene que el título jurídico de imputación “*daño especial*” es de aplicación estrictamente residual, frente a los demás títulos jurídicos de imputación, no podría ser aplicado al mismo tiempo que el “*riesgo excepcional*”. Otra de las diferencias evidentes entre el riesgo excepcional y el daño especial radica en el hecho de que en el primero la idea de “*magnitud*” se tiene en cuenta para calificar la actividad riesgosa que cumple la Administración, mientras que en el segundo tal idea se tiene en cuenta al evaluar los efectos que sufre la víctima por el quehacer legítimo de la Administración. (Aclaración de Voto Mag. Mauricio Fajardo Gómez exp. 28459 de 2006.)

imputación que se conectan con el tema de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.³²⁵ (Ej. Explosión a un cuartel militar).

Como en estos casos, en el plano de la causalidad material muchas veces no existe la más mínima posibilidad de establecer una relación entre la conducta del Estado, a través de su órgano que debe garantizar la vigilancia y protección, y los daños experimentados por las víctimas de atentados, es por ello que se debe acudir a la “*causalidad jurídica*” para establecer ese vínculo y, más allá de ello, se ha acudido a una presunción que ciertamente es de particular potencia, puesto que no puede ser desvirtuada.

Es por ello, que la línea que desde hace varios años ha seguido el Consejo de Estado, es que frente a los atentados terroristas se resuelve, dependiendo del objetivo, aplicar una “*presunción de causalidad*” —léase “*presunción de responsabilidad*”— en contra de la institución del Estado demandada:

*“Cuando el título de imputación sea el rompimiento de la igualdad frente a los cargas públicas, así como acontece en los demás regímenes de responsabilidad, debe aparecer demostrada la existencia de un vínculo de causalidad que vincule el daño cuya reparación se reclama, con las acciones u omisiones de las ‘autoridades públicas’. Dicho vínculo causal, corresponde al concepto de causalidad jurídica y no solamente al concepto de causalidad física. Por tanto él aparecerá deducido en los casos en que, como se señaló en la Sentencia del 23 de septiembre de 1994 antes citada, se evidencie que ‘el objeto directo de la agresión fue un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa’.”*³²⁶ (Se subraya).

Sin embargo, la teoría de vigente aplicación es la causalidad adecuada debido a que en eventos de atentados terroristas, no es clara la relación de causalidad física o allí donde la

³²⁵ Precisamente por esa necesidad la Sala en múltiples ocasiones ha justificado la indemnización por atentados terroristas con fundamento en el título jurídico de imputación “daño especial”. Hace alguna época (Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 27 de mayo de 1973, expediente 978, Actor Vitalia Duarte), “curiosamente, se involucró, al mismo tiempo que el riesgo, el principio de igualdad de las personas ante las cargas públicas, como razones jurídicas que hacían responder al Estado por los daños que causaba su actividad legítima, lo cual sembró alguna confusión entre los regímenes de responsabilidad por riesgo y el llamado daño especial (...) como es el caso de la reparación por la destrucción de una casa de la demandante por la acción armada del ejército que perseguía a un peligroso delincuente”. (Cfr. en HERNÁNDEZ, Alier. “La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado Colombiano”, Revista Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada, S.F., sentencia que es citada también en HENAO, Juan Carlos, “La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, Tomo 2, índice de providencias, pág. 41.)

³²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 24 de octubre de 1997, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Actor Carmen Emilia Mora y otros.

relación de causalidad física que se percibe denota que la causa (física) realmente no es la causa determinante del daño experimentado por las víctimas. Pero no siendo suficiente la relación de causalidad material, la imputación jurídica frente a cada caso concreto, es la que determinara si finalmente se le atribuyera las consecuencias del daño a la institución del daño.

El Consejo de Estado ha manifestado frente a los dos tipos de imputaciones que:

*“Las imputaciones fácticas son las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones; o el simple señalamiento de las causas materiales, en criterio de quien imputa, que guardan inmediatez con el hecho y, que considera, contribuyeron desde el punto de vista físico a la concreción del daño. En cambio las imputaciones jurídicas aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones —constitucionales, legales, administrativas, convencionales o contractuales— en las cuales se plasma el derecho de reclamación.”*³²⁷

Tenemos entonces, que la posición que sobre este tema tienen el Consejo de Estado ha variado para aceptar que cuando el ataque que se dice terrorista, es generalizado o masivo, no puede por ello mismo considerarse orientado contra un objetivo militar y, entonces, no se abre paso la declaración de responsabilidad³²⁸.

Así pues, si para llegar a condenar no importa que en el acontecimiento haya o no habido defecto de conducta por parte de la demandada (Órgano del Estado) y si, además, lo único que debe tenerse en cuenta en materia de causalidad es que el atentado haya sido contra uno de los objetivos que la jurisprudencia tiene establecidos o identificados, lo único que queda por demostrar al demandante es su daño antijurídico. Observándose que la tendencia a futuro en los daños ocasionados por actos terroristas será la aplicación de la *“imputación objetiva”*³²⁹ en vez de *“imputación jurídica”*.

³²⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, C. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, expediente 13744, actor Gloria Esther Noreña Benjumea. Con cita en el mismo sentido de ESCOBAR GIL, Rodrigo. “Teoría general de los contratos de la administración pública”, Editorial Legis, Bogotá, Pág. 259.

³²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 14 de diciembre de 2004, expediente 15.137, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, actor Rosa Tulia Piñeros Torres.

³²⁹ Entendiendo por «imputación objetiva» aquella modalidad en la que se acepta que “para que pueda imputarse un resultado a una conducta que lo ha causado, es preciso que dicha conducta haya creado un riesgo jurídicamente relevante que a su vez se haya realizado” (Cfr. MIR PUIG, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, Organización, imputación y causalidad”, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pág. 223.)

3.5 Causales de Exoneración de la Responsabilidad³³⁰.

El nexo causal como elemento de la responsabilidad del Estado necesario para establecer, que el daño antijurídico provocado a cualquier víctima fue producto de una actividad del Estado, puede verse interrumpido y en ocasiones alterado, por la presencia de las llamadas causas extrañas³³¹ que tienen la virtud de suprimirlo, pues en razón de ellas aparece que el daño no es posible atribuirlo exclusivamente a una actividad o ausencia de actividad de la administración pública³³².

Otra parte de la doctrina califica, en interesante posición, los exonerantes de justificación como elementos de antijuridicidad del daño, así lo refiere Gesualdi³³³:

“cabe precisar que compartimos el criterio objetivo en el campo del derecho civil, al igual que otros autores, como Alterini, Mosset Iturraspe, Goldenberg y Vásquez Ferreira... Sin duda la antijuridicidad es independiente de la culpabilidad. La involuntariedad hace desaparecer a la culpabilidad, en tanto la antijuridicidad desaparece ante una causal de justificación... Debe ponerse de manifiesto que la presencia de una causa de justificación excluye la antijuridicidad, lo que lleva de la mano a sostener que en principio no existe una obligación de resarcir el daño ocasionado. Mosset Iturraspe divide esos eximentes en dos grandes grupos, en el primero, caben aquellas en las que la razón de su licitud radica en la ‘ausencia de interés’ sobre el bien jurídico que resulta lesionado o puesto en peligro; y en el segundo se ubican todas las que basan su licitud en la ‘primacía del interés’ sobre otro, con el cual entra en conflicto. Ejemplo del primer grupo es el asentimiento o conformidad del sujeto pasivo, y del segundo grupo, el estado de necesidad, la legítima defensa, la obediencia debida, etc.”.

³³⁰ Para que se pueda imputar responsabilidad, debe existir una relación de causalidad entre el funcionamiento de la administración y el daño sufrido por el particular (relación directa, exclusiva e inmediata de causa efecto). Si se rompe este nexo causal desaparece la obligación de indemnizar por parte de la Administración. Es más, este nexo causal admite modulaciones: la Jurisprudencia admite que si concurriese alguna causa de producción de la lesión que sea imputable al propio perjudicado o a terceros, la responsabilidad de la Administración, sin diluirse, se atempera o modera, dándose lugar a una compensación de culpas, por ende, a una reducción en el importe de la indemnización.

³³¹ Hay causa extraña cuando el daño no es imputable exclusivamente a la actividad del Estado, sino también a una causa exterior. Si ello ocurre, es posible que la responsabilidad del ente público quede atenuado o incluso, sea suprimida del todo cuando tal causa rompa completamente el nexo causal entre el daño y la actuación administrativa.

³³² Es claro que tanto en los casos de culpa presunta como en los de responsabilidad objetiva, corresponde al Estado demostrar la ocurrencia de la causa extraña.

³³³ DORA MARIANA. Artículo publicado responsabilidad por daños en el tercer milenio. Bueres y Kemelmajer. Abeledo Perrot. B. A. Págs. 143 a 151.

La doctrina distingue cuatro especies de causas extrañas que rompen o destruyen la relación de causalidad que son: La fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima.

Las causas extrañas se aplican en principio, en todos los regímenes de Responsabilidad del Estado, sin embargo para lograr exonerar al Estado cada una debe reunir y cumplir condiciones o requisitos necesarios para que operen en cada caso en concreto³³⁴. Por ello en la práctica el caso fortuito, se encuentra excluida como causal eximente de la responsabilidad del Estado por la misma Jurisprudencia.

3.5.1. Causas extrañas que pueden invocarse en el derecho administrativo.

El nexo causal que permita vincular un daño con la gestión administrativa, es elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado. Es necesario que el daño sea consecuencia de la actividad de la Administración, esto es, que exista un vínculo causal entre el daño causado y la actividad lícita o ilícita desplegada por el Estado. No obstante, la relación de causalidad se desvirtúa y, por ende, la responsabilidad del Estado, por la ocurrencia de cualquiera de las siguientes causas extrañas no imputables:

(i) La fuerza mayor, elemento externo al patrimonio del afectado que causa un daño que si bien pudo ser conocido era irremediable. Por lo general la fuerza mayor opera como causal eximente de responsabilidad en los supuestos de obras públicas que se ven afectadas en su ejecución por acontecimientos inevitables;

(ii) El hecho de un tercero, causal que se verifica cuando el daño deriva de una persona distinta al afectado y al autor del daño. No obstante, para que el hecho del tercero opere como causa exoneratoria será necesario que éste sea la única causa del perjuicio. Si el hecho del tercero concurre con la conducta desplegada por la Administración, ésta será igualmente responsable y no podrá enervar su responsabilidad.

(iii) La culpa de la víctima, es otra de las causas exoneratorias de la responsabilidad patrimonial del Estado, dado que en estos casos el daño se produce en razón de que el afectado no habría actuado con la diligencia de un buen padre de familia. No obstante, para que funcione como causal eximente será necesario que la intervención culpable de la víctima haya sido la única y exclusiva causa del daño. Si se produce la concurrencia de la culpa de la víctima y la actividad de la Administración en la generación del daño, la responsabilidad se distribuye entre las partes. En este caso, la responsabilidad de la

³³⁴ No todas las causas extrañas son operantes en todos los eventos, pues algunas como el caso fortuito y el hecho de un tercero, solo pueden ser invocadas en determinadas hipótesis.

Administración se verá atenuada en la medida en que la víctima haya contribuido en mayor grado a la producción del daño.

3.5.2. Ruptura del nexo causal en la responsabilidad por acción u omisión de las fuerzas militares.

En las actividades de la Fuerzas Militares, conforme la metodología aplicada, fueron establecidas en el subcapítulo 3.1.2.³³⁵ unas acciones u omisiones, frente a las cuales víctimas de daños antijurídicos presentaron demandas contra el Estado con el fin de obtener una reparación. Sin embargo, al ser valoradas las mismas el Consejo de Estado encontró en casos concretos, que se reunían las condiciones para la configuración de una de las causas extrañas extintivas de la responsabilidad antes enunciadas, por lo que siendo este el tema, ilustraremos con el análisis que esa alta Corporación hizo de ellas, la aplicación práctica de estas interrupciones del nexo causal, que impiden que un daño antijurídico pueda ser imputado al Estado por Responsabilidad de las Fuerzas Militares.

3.5.2.1. Fuerza mayor.

Las leyes civiles ha admitido la fuerza mayor y el caso fortuito³³⁶, como aquel fenómeno consistente en un imprevisto que es imposible de resistir. De igual forma la doctrina y la Jurisprudencia consideran la Fuerza Mayor, como una de las causas extrañas eximentes de Responsabilidad del Estado.

Las características de la Fuerza Mayor son la exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad. Un hecho será imprevisible si el hombre medio, no puede prever la ocurrencia del daño, así mismo será irresistible, si ocurrido el hecho, no se puede resistir el daño o evitar que se produzca.

La exterioridad en cambio, es una condición generalmente fácil de percibir, el caso típico es el acontecimiento meteorológico excepcional³³⁷. El ejemplo claro de este evento es la erupción del nevado del Ruiz, que destruyó la población de Armero y afectó otras poblaciones, causando más de veinte mil muertos. El Consejo de Estado desestimó las

³³⁵ Pág. 66.

³³⁶ La doctrina ha diferenciado la fuerza mayor y el caso fortuito, entendiendo el primero como evento exógeno al hecho y donde siempre se conoce la causa del daño. El caso fortuito en cambio el evento se encuentra dentro de la persona o agente generador del daño y la causa no es claramente conocida.

³³⁷ SAAVEDRA BECERRA, Óp. Cit. Pág. 570.

demandas presentadas, pues consideró que en este evento se presentó un típico caso de fuerza mayor que hacía desestimar las pretensiones³³⁸.

En contencioso administrativo, el caso fortuito³³⁹ es tomado en cuenta independientemente por lo que no puede tenerse como eximente de responsabilidad por cuanto la causa del daño se encuentra dentro del ámbito de diligencia y cuidado que debe tener el agente dañoso.

En el caso analizado en exp. 15494 del 29 de agosto de 2007, específicamente un accidente de tránsito de un vehículo oficial con un particular en donde se produjo la muerte de un soldado regular del ejército, el Estado alegó el caso fortuito imprevisible provocado por el conductor del otro vehículo accidentado. El Consejo de Estado precisó que en dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero”³⁴⁰.

Frente al posible caso fortuito preciso la alta Corporación la diferencia entre la causal eximente de responsabilidad por la fuerza mayor y el caso fortuito que no tiene esa virtualidad.

La fuerza mayor y el caso fortuito como eximentes de responsabilidad se equiparan en el derecho privado, mientras que el administrativo les tiene demarcado sus efectos, y ello hace que no se refiera a estas dos hipótesis indistintamente. Esta diferencia la explica así la doctrina nacional, con apoyo en lo que al respecto señala Marcel Waline:

“Se puede decir, por lo menos aproximadamente, que la fuerza mayor es una fuerza exterior que impide la imputabilidad del accidente a quien el demandante quiere hacer responsable y en consecuencia juega como causal de exoneración cualquiera que sea el fundamento adoptado de la responsabilidad, falta o riesgo, porque la cuestión de la imputabilidad precede y condiciona en todo caso la de la responsabilidad: la causa del accidente reside ciertamente en un mecanismo que estaba a disposición de la persona cuya responsabilidad se busca, o que ha sido utilizado, accionado por ella. Pero no se sabe nada más; no se puede

³³⁸ Se cuestiono que el Estado tenía conocimiento de la reactivación del volcán Nevado del Ruiz, y que por lo tanto debió haber ordenado la evacuación de la zona, sin embargo con base en estudios técnicos y los dictámenes de varios expertos que al descartar la inminencia de una erupción no hacía forzosa una operación cuya magnitud la convertía en inmensamente compleja, costosa y contraproducente en caso de no ocurrir nada. (Consejo de Estado, Sección Tercera, junio 24 de 1994, Exp. 6.639, C.P. Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.

³³⁹ A diferencia de la Fuerza Mayor que se encuentra relacionada con los fenómenos de la naturaleza.

³⁴⁰ Sentencia del 15 de marzo de 2001, exp. 52001-23-31-000-1994-6040-01(11222).

determinar con precisión la causa del accidente; la técnica o la ciencia se confiesan impotentes en su momento, para determinar de manera precisa el origen de ésta causa; el caso fortuito exonera de responsabilidad, no a la manera de la fuerza mayor, impidiendo la imputabilidad, sino únicamente excluyendo la falta. Es por tanto lógico que sea una causal de exoneración de la responsabilidad fundada sobre la falta, y que no lo sea cuando la responsabilidad es independiente de toda falta”.³⁴¹

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, compartió la anterior perspectiva en un fallo de 1989, en relación con el uso de las armas oficiales, en los siguientes términos:

“7. La fuerza mayor exonera también a la administración. En efecto, su existencia supone que en ésta no ha cometido falla alguna, y ello 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 supuestamente causó el perjuicio.

8. El caso fortuito, al contrario, en su concepción moderna 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 misma, que 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" (F. Lorens-Fraysse, "La presumption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité", L.G.D.J, Paris, 1985, p. 147), puesto que, precisamente, la consecuencia de la concepción de la presunción de falta radica en que la víctima no tenga necesidad de probar las circunstancias que rodearon la causación del perjuicio, sino que, en el evento de no conocerse cómo se produjeron dichas circunstancias, corresponderá al demandado asumir la duda que rodea las circunstancias exactas en las que advino al perjuicio.

“Estima la Sala, de acuerdo con el profesor Amselek, que en el evento de presentarse un caso fortuito, en su acepción ya dicha, es a la administración a quien le corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que

³⁴¹ Cita traída por el profesor Ramiro Saavedra Becerra en su libro *la Responsabilidad Extracontractual de la administración pública*. Pág. 584. Según Maurice Hauriou, “si la fuerza supone un fenómeno exterior al servicio de la obra que se encuentra en el origen del daño, el caso fortuito consiste en un hecho imprevisible e irresistible que “se añade al funcionamiento mismo de la empresa o del servicio”, como también puede entenderse como “una falta del servicio que se ignora” en la medida en que, a diferencia de la fuerza mayor, que supone la irresistibilidad absoluta, éste correspondería a una impotencia científicamente provisional: la explosión de un acorazado o de una máquina no se encuentra en el estadio actual de los conocimientos, explicable razonablemente, pero debe considerarse que es la consecuencia de un efecto que permanece oculto”.

*sobre ella pesa, y que consiste en determinar a priori, y dada la peligrosidad de las armas, que un perjuicio causado con la utilización de una de ellas, se debe a falla del servicio.*³⁴²

Varios han sido los criterios ensayados en la jurisprudencia con base en la doctrina sobre la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Así, se ha dicho que: (i) el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el daño; mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad; (ii) hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida; (iii) la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad, y (iv) el caso fortuito se relaciona con acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza³⁴³.

De manera más reciente ha insistido el Consejo en la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito basada en el origen de la causa:

“Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa a la esfera jurídica del demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido, permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño³⁴⁴, cuando éste obedece a la concreción del riesgo”³⁴⁵.

De este modo, mientras se demuestre por la parte actora que en el ejercicio de una actividad de las calificadas de riesgo o peligrosas, se le causó un daño que proviene del ejercicio de aquellas, el caso fortuito no podrá excluir o atenuar la responsabilidad de la persona pública, ya que se parte de que el evento ocurrido tiene un origen interno al servicio, la actuación o la obra pública. No ocurre lo mismo cuando la causal eximente que se alega es la fuerza mayor, cuyo origen es extraño, externo a la actividad de la administración, el cual sí constituye eximente de responsabilidad³⁴⁶.

³⁴² Sentencia de 31 de julio de 1989. Exp. 2852.

³⁴³ Esos criterio fueron expuestos de manera amplia en sentencia de 16 de marzo de 2000, exp. 11.670.

³⁴⁴ Ver sentencias del 16 de marzo de 2000, expediente 11.670, y del 19 de julio del mismo año, expediente 11.842.

³⁴⁵ Sentencia de 5 de diciembre de 2005, exp. 14.731.

³⁴⁶ exp. 15494 del 29 de agosto de 2007.

3.5.2.2. Hecho de un tercero.

Es aquella causa extraña liberadora de Responsabilidad, consistente en que el comportamiento de un agente externo, tercero ajeno a las partes, se constituye en la única y exclusiva causa del daño antijurídico imputado al Estado.

Se ha sostenido por la doctrina que el hecho del tercero³⁴⁷ debe tener las siguientes características: 1. Ser la causa única o exclusiva del daño, 2. Que el tercero se encuentre debida y plenamente identificado e individualizado, 3. Que no exista relación de dependencia entre el tercero y el presunto agente del daño, 4. Que el hecho del tercero no haya sido provocado por el presunto responsable y 5. Que sea irresistible e imprevisible para el presunto responsable³⁴⁸.

De acuerdo a nuestro Consejo de Estado, el hecho de un tercero exonera de responsabilidad a la administración en el Derecho Administrativo Colombiano³⁴⁹, siempre y cuando se demuestre que dicho tercero es completamente ajeno al servicio, y que su actuación no vincula de manera alguna a este último, produciéndose claramente la ruptura del nexo causal. Además, es indispensable que pueda tenerse como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño³⁵⁰.

³⁴⁷ Para algunos autores, el hecho del tercero debe ser imprevisible e irresistible como la fuerza mayor, otros exigen que dicho tercero no tenga relación de dependencia con el presunto responsable y en forma general se requiere que sea la causa única o exclusiva del daño.

³⁴⁸ LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 52.

³⁴⁹ Cuando el título de imputación es el daño especial el hecho del tercero exonerará de responsabilidad a la administración sólo cuando sea causa exclusiva del daño, es decir, cuando éste se produzca sin ninguna relación con la actividad administrativa. Pero no la exonerará cuando el daño se cause en razón de la defensa del Estado ante el hecho del tercero, porque si bien esa defensa es legítima, el daño sufrido por las víctimas ajenas a esa confrontación es antijurídico, en cuanto éstas no tenían el deber jurídico de soportar cargas superiores a las que se imponen a todos los demás asociados. Y todo esto sin importar quién sea el autor material del daño que se cause durante la confrontación, es decir, si durante un enfrentamiento armado entre agentes estatales y un grupo al margen de la ley, por ejemplo, se causa una lesión a un particular ajeno a esa confrontación, para efectos de establecer la responsabilidad del Estado no es necesario que la lesión haya sido causada por uno de sus agentes. Esto significa que en los eventos en los cuales un particular sufre un daño como consecuencia de la defensa que ejerce el Estado frente a una agresión, aquél debe responder solidariamente con éstos frente a las víctimas o los perjudicados con el hecho porque tal actuación fue concurrente en la producción del daño, al margen de que esa actividad hubiera sido o no normal, pues bajo este régimen, como ya se señaló, el carácter normal o anormal del servicio es indiferente. (exp. 10952 del 8 de agosto de 2002).

³⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Agosto 24 de 1989, Exp. 5.693, C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

Puede existir concurrencia de culpa entre un hecho exclusivo de un tercero y la falla del servicio. En este caso, no se presenta atenuación de la Responsabilidad o de la Indemnización, lo que existe es la figura de la solidaridad. Art. 2344 del C.C. siendo el Estado la entidad o parte más solvente, la víctima demanda generalmente contra este, y el Estado puede repetir contra el tercero o llevar a cabo el llamamiento en garantía dentro del proceso.

En relación con la Responsabilidad del Estado por acción u omisión de las Fuerzas Militares, en las demandas por actos terroristas es muy frecuente que se alegue la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho de un tercero, para el análisis en el exp. 16175 del 28 de abril de 2005, en donde la actora reclamaba al Estado, la reparación de los daños materiales por la destrucción del inmueble de su propiedad, que se produjo por un atentado dinamitero cerca de un cuartel de la policía.

Sin embargo, en esos eventos ha sido reiterada y pacífica la Jurisprudencia del Consejo de Estado señalando que *“En los términos de responsabilidad estatal, es bien sabido que una de las causales eximentes de la misma es el acto exclusivo de un tercero, lo que convierte por tanto al autor de la actuación terrorista en una causa extraña y por ende un elemento de ruptura del nexo causal, tal y como acontece en el presente caso, pues, en efecto, el ataque guerrillero a la Estación de Policía (...), fue sorpresivo, imprevisto e inesperado tanto por las autoridades públicas, como por la comunidad en general, siendo de tal magnitud y desproporción en todo sentido, que les impidió proteger la vida y los bienes de la población. Es una situación que se escapa del control del Estado y por lo tanto no puede responder por ella.....”*³⁵¹.

Eso sí, la alta Corporación llama la atención frente a esos actos que producen daños a la comunidad, porque con fundamento en el principio de solidaridad consagrado en la Constitución Política, es necesario que se establezcan, como ocurre en la mayoría de los países que se ven afectados por la acción terrorista o guerrillera, procedimientos legales o administrativos en virtud de los cuales se indemnice a las víctimas de los ataques. Pero entonces ya no se estaría hablando estrictamente de responsabilidad, sino de una obligación indemnizatoria fundada en la equidad y en los principios en los que se asienta la noción del Estado Social de Derecho.

³⁵¹ Esta consideración es reiterada en la Sentencia de 14 de diciembre de 2004, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 15.137, Actor: Rosa Tulia Piñeros y otros.

3.5.2.3. Culpa exclusiva de la víctima.

Este factor excluyente de la Responsabilidad del Estado, opera cuando la culpa de la propia víctima³⁵² es la única causa del daño antijurídico imputado al Estado.

Para que la culpa de la víctima exonere a la Administración de Responsabilidad se exigen los siguientes requisitos: 1. Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si la culpa del afectado fue la causa única, exclusiva o determinante del daño la exoneración es total, si esa culpa no tuvo incidencia alguna en la producción del evento perjudicial aquella no se configura, y si fue una causa concurrente se producirá una liberación parcial (conurrencia de culpas). 2. El hecho de la víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor. Si el obrar de la víctima fue provocado, propiciado o impulsado por el ofensor de tal manera que no le sea ajeno, no se configura la exoneración de la Responsabilidad y 3. Que el hecho de la víctima sea lícito y culpable, en el entendido que tal ilicitud y culpabilidad deben ser las necesarias para que tal conducta constituya un delito o cuasidelito³⁵³.

Se requiere entonces, como ya se dijo que la única del daño sea la propia víctima, lo cual impide que pueda darse una concausa. Se rompe el nexo causal, ya que el daño es consecuencia de la actuación de la víctima, es decir el evento dañoso es producto del actuar exclusivo de la víctima, es su única causa, y por lo tanto se configura la causal liberatoria de responsabilidad. Puede suceder que aparte de la conducta de la víctima, también exista una actuación estatal que conlleva una falta del servicio. En este caso se presenta una conurrencia de culpas, consistente en un comportamiento descuidado, negligente e imprudente de la víctima y un comportamiento descuidado, negligente e imprudente del agente del Estado. De manera que no existe eximente de responsabilidad administrativa, sino que solo hay atenuación de la indemnización. Dentro del proceso, el Juez valorará las pruebas que obren en el expediente determinando así el grado de responsabilidad de cada quien y el monto de la indemnización.

Por otro lado, reafirmado lo dicho por la doctrina, la Jurisprudencia Contencioso Administrativa, aclara que la culpa solo puede alegarse como eximente de responsabilidad cuando ha sido exclusiva. En caso contrario, es decir cuando es causa concurrente con la

³⁵² La culpa de la víctima para que se constituya en exonerante de responsabilidad, como en este caso, debe contener la siguiente característica; primera: que sea causal a la realización del daño y segunda: que no sea imputable al demandado, es decir que éste no haya provocado el daño. (exp. 15127 de 2005).

³⁵³ LEDESMA, Óp. Cit. Pág. 60.

actuación administrativa, solo determina una atenuación de la Responsabilidad Administrativa³⁵⁴.

Para finalizar, en el análisis de la Responsabilidad de las Fuerzas Militares, se encontró un interesante caso exp. 17885 del 18 de febrero de 2010, en el que una volqueta de un batallón militar cuando se movilizaba por el barrio robledo de Medellín, era aprovechada por varios menores de edad que se dirigían al colegio, para colgarse en la parte posterior del automotor falleciendo uno de los menores atropellado por el automotor al servicio del ejército nacional. Al respecto precisó el Consejo de Estado: *“En los casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, como ocurre en el caso de la conducción de vehículos automotores, aquél debe responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado y sólo podrá exonerarse si demuestra una causa extraña en la producción del resultado.*

La Sala ha señalado que en los casos de responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa, al actor le corresponde probar los supuestos de hecho que permiten la operancia de la aplicación del riesgo. Así, le incumbe a la parte actora probar la conducta oficial que debe aparecer como riesgosa y el perjuicio sufrido por la víctima de tal conducta; es decir, el hecho, el daño y la relación de causalidad, restándole a la parte demandada, para exonerarse, únicamente la prueba de la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo del tercero. Por tanto, el riesgo se constituye en suficiente factor de imputación del daño, lo cual no excluye, por supuesto, que eventualmente se pueda incurrir en una falla del servicio.

En el presente asunto, resulta evidente que el comportamiento asumido por la víctima fue imprudente y temerario, si se tiene en cuenta que una maniobra como la que realizó el día de los hechos, al pretender colgarse de un vehículo en movimiento, resultaba altamente peligrosa. Pero además debe tenerse en cuenta que la víctima hizo caso omiso del llamado de atención que le formuló la señora María Cecilia Henao de Loaiza, testigo presencial de los hechos, para que no se colgara del automotor, como también debe tenerse en cuenta el hecho de que no era la primera vez que los menores adoptaban ese tipo de comportamiento. En ese orden de ideas, la conducta desarrollada por el menor fallecido influyó decididamente en la producción del resultado dañoso, configurándose, por tanto, una causal excluyente de responsabilidad, como lo es la culpa exclusiva de la víctima, tal como lo señalaron acertadamente la demandada y el Ministerio Público y lo decidió el Tribunal Administrativo de Antioquia, por lo que la Sala confirmará la decisión de primera instancia mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda”.

³⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Noviembre 30 de 2000, Exp. 12.642 C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

CONCLUSIONES

La Constitución Política de Colombia incluye el principio de una fuerza pública en el art. 216 integrada de forma exclusiva por las fuerzas militares y la policía nacional, señalando además que las mismas tendrán el carácter de permanentes (art. 217 C.P.). De los principios rectores de la fuerza pública, como el de dependencia al ejecutivo, el ejercicio estatal permanente y la estricta disciplina militar, es necesario resaltar el de la juridicidad, es decir el del sometimiento a la Constitución y a las leyes. Lo anterior, porque con independencia del conflicto armado interno que enfrenta el país, así como los debates acerca del fuero que merecen los integrantes de esta institución frente a las ejecuciones extrajudiciales y los denominados falsos positivos; la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia del Consejo de Estado han establecido que el Estado a través de sus fuerzas militares también responden patrimonialmente por las acciones u omisiones que originen daños antijurídicos a las personas o víctimas que no están en la obligación de soportarlas.

Pues bien, en materia de Responsabilidad del Estado, se observa en Colombia un desarrollo histórico que inició en el Siglo XIX con la tesis de la irresponsabilidad absoluta del Estado, en el marco de la Constitución de 1886, con fundamento al igual que otros países en Europa en la teoría de la soberanía del Estado. Posteriormente, sometido el Estado a través de sus órganos y funcionarios a la legalidad, encontraron las víctimas una persona jurídica aunque en forma indirecta, que garantizaría la reparación de los daños causados por sus funcionarios. Fue la Corte Suprema de Justicia que a partir de los años 60 aplicó las normas civiles con la teoría de la *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando* para establecer una responsabilidad civil extracontractual del Estado. En los años 70 y con influencia de expresiones como la falta, falla o culpa de la administración en Francia planteada en fallos como el *Blanco*, se dio inicio a lo que sería una de las teorías más importantes del derecho público, y que partiría de una responsabilidad directa del Estado, en razón de su función esencial, que era la de prestar los servicios públicos para la satisfacción de las necesidades de la comunidad. A partir de ese momento, los daños ocasionados por irregularidades y deficiencias en los servicios debían ser reparados a título de falla del servicio, siendo lo más importante que desde el punto de vista jurídico, se erigió esta como una garantía de la función constitucional de la responsabilidad del Estado, dando entrada a un régimen de derecho público calificado subjetivamente por la culpa³⁵⁵.

A finales del Siglo XIX, como contrapartida a la noción de culpa y falta, una teoría proveniente de los civilistas plantea una responsabilidad del Estado sin falta, objetiva, fundamentada en la teoría de la lesión y en la protección que brinda a las víctimas de los daños sufridos por la administración, porque solo requiere que el demandante demuestre la existencia de un daño y el nexo de causalidad con la actuación administrativa para que sea

³⁵⁵ Se definen los elementos de la Responsabilidad del Estado en el Hecho, la Culpa, El daño y la Relación de Causalidad.

reparado por este ente, en sus daños corporales y materiales. En Colombia, la doctrina y la Jurisprudencia han venido desarrollando estas teorías que encuentran fundamento dentro de la responsabilidad objetiva en los denominados daño especial, expropiación, ocupación de inmuebles y riesgo excepcional.

La Constitución Política de 1991 nos trae un nuevo tipo responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano, denominada Daño Antijurídico, originada en la figura Española que lleva el mismo nombre, fundamentada a su vez en el concepto de lesión, el cual centra la antijuridicidad no en el hecho causante. Debe resaltarse que con este nuevo sistema el más beneficiado es la víctima, debido a que la protección y garantía de su patrimonio esta preservado de cualquier daño que sufra por parte del Estado, sin importar la licitud o ilicitud del acto que lo origina.

Sumado a ello, tenemos que el artículo 90 de la Carta Política estableció la antijuridicidad del daño, sin centrarse en un régimen específico, es decir es un sistema mixto en donde si bien la culpa o falla ha dejado de ser el fundamento único de la responsabilidad del Estado, no significa que ha desaparecido y la responsabilidad objetiva se establece por vía de excepción. De otra parte, la antijuridicidad del daño no libera al demandante de la carga de acreditar la imputabilidad, esto es el nexo causal, de modo que el daño debe imputársele a una persona jurídica pública determinada conservando el Estado como medio de defensa la causa extraña.

Para comprobar lo anterior, abordamos el análisis de los elementos de la Responsabilidad del Estado, a partir de la aplicación que la Jurisprudencia del Consejo de Estado le ha dado al caso de Responsabilidad del Estado por acción u omisión de las Fuerzas Militares, con fundamento en la teoría del daño antijurídico, es decir a partir de la Constitución de 1991, utilizando la metodología ya indicada.

Encontramos con relación a las actividades o hechos generadores de daños por parte de las Fuerzas Militares los siguientes: 1. Daños ocasionados a los miembros de la fuerza pública cuyo ingreso militar ha ocurrido en forma voluntaria. 2. Daños ocasionados por el abandono de artefactos explosivos oficiales. 3. Daños a civiles que colaboran con las autoridades militares. 4. Daños a civiles detenidos a disposición de las Fuerzas Militares. 5. Daños Causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio (Conscriptos). 6. Daños Causados con armas de fuego de dotación oficial. 7. Daños Causados con vehículos automotores de la fuerza pública. 8. Daños ocasionados a personas y bienes por actos terroristas. Sin descartar, que no son las únicas hipótesis a través de las cuales se pueden imputar daños a las fuerzas militares. Lo que se pudo advertir de estas actividades, es que la antijuridicidad no está centrada en el acto, y es por ello que tenemos acciones u omisiones en donde no media culpa, o irregularidad del Estado como las que generalmente suceden con los actos terroristas, las actividades peligrosas, así como acciones u omisiones generadas por actos ilícitos e irregulares como los daños a civiles puestos a su disposición, o a los militares que han ingresado en forma voluntaria,

permitiendo en todo caso la aplicación de los distintos regímenes de imputabilidad objetivos y subjetivos respectivamente, siendo necesario que el daño y no el acto, sean antijurídicos y se puedan imputar a las fuerzas militares para predicar una responsabilidad del Estado.

En cuanto a los demás elementos, la violencia que azota la sociedad colombiana, implica que las mentadas actividades del Estado, que involucran muy especialmente a los miembros de la fuerza pública, originen daños que pueden afectar la integridad física, moral o patrimonial de una persona, sin embargo no todo perjuicio *per se* genera reparación, sino aquel señalado en el Art. 90 de la C.P. como daño antijurídico, el cual ha venido a definirse tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia como aquel que el afectado por imperativo explícito del ordenamiento no está obligado a tolerar³⁵⁶. Esta noción del daño antijurídico que proviene del concepto de lesión resarcible española, empezó su construcción y debate en la doctrina y jurisprudencia Colombiana, con una concepción del daño que no se limitó a una reparación puramente económica, sino que garantizó ciertos daños de naturaleza no económica como los sentimientos y afectos. Ahora bien, a partir de esa construcción tenemos que el daño además de antijurídico debe cumplir con los requisitos de ser cierto y personal, clasificándose preferentemente en daños materiales e inmateriales, incluyendo dentro de los perjuicios materiales, el daño emergente y lucro cesante, y dentro de los inmateriales, el daño moral, el perjuicio fisiológico y otras categorías (daños estéticos) sin una clara delimitación conceptual por parte del Consejo de Estado.

Respecto a los daños antijurídicos originados en la acción u omisión de las fuerzas militares, encontramos por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la aplicación al declarar responsabilidad del Estado, de todos los tipos de perjuicios definidos por la doctrina, dependiendo de si los daños son corporales o sobre cosas o bienes. Dentro de los corporales, surgidos en gran medida con armas de dotación oficial, encontramos los originados por la muerte de las personas o por las lesiones a ellas ocurridas. En los daños a bienes o destrucción de cosas, que ocurren muchas veces en atentados terroristas, se han reparado tanto el daño emergente como el lucro cesante siempre y cuando hayan sido adecuadamente demostrados dentro del proceso mediante dictámenes periciales, documentos y testimonios según sea el caso³⁵⁷. Más compleja ha resultado la tarea, frente a la muerte o lesión de una persona debido a que se reconocen perjuicios materiales e inmateriales, centrándose los primeros en el daño emergente y el lucro cesante dependiendo de la actividad laboral de la víctima y de las personas que de él dependían, y los últimos los morales, en los se debe demostrar adecuadamente la existencia de los perjuicios sin

³⁵⁶ La función principal de la responsabilidad consiste en asegurar a la persona afectada la reparación de su daño, sin embargo para que ese perjuicio sea indemnizable debe ser personal, directo y cierto.

³⁵⁷ No se puede descartar aunque haya sido excepcional el daño moral por la destrucción o daño a bienes, en cuanto a la angustia o desolación que producen en la víctima.

importar el grado de parentesco frente al núcleo familiar (padres, hijos, conyugue y hermanos).

No escapan a la Jurisprudencia los daños originados por artefactos explosivos que producen lesiones generalmente en soldados que han ingresado de manera voluntaria o los conscriptos, resultando que en la reparación, se han declarado además de los mencionados, otros daños como el estético, las relaciones sexuales, familiares y sociales, así como otras categorías que han sido definidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en las acciones de reparación directa; estas categorías inicialmente fueron catalogadas como perjuicios fisiológicos (alteración grave de las condiciones de existencia), hoy denominadas como daños en la salud, sin embargo son conceptos que están en proceso de definición³⁵⁸.

En materia de relación de causalidad, si bien desde el punto de vista probatorio se originan los más álgidos debates en cuanto a la valoración de las mismas, que en últimas son las que permiten establecer el vínculo entre el daño antijurídico y la imputación de este al Estado, encontramos que claramente se diferencia las teorías de la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada³⁵⁹, siendo esta última de vigente aplicación por su influencia en la determinación del resultado, cuando son varias las causas que intervienen en el daño concretamente ocurrido, la que permite formular el juicio de adecuación necesario para determinar la causa del daño efectivo.

En los daños ocasionados por actividades peligrosas como las armas de dotación oficial el proceso de imputabilidad del daño antijurídico al Estado, se ha facilitado por parte de los Jueces no solo por el régimen objetivo que generalmente se aplica, sino además por el *test de conexidad*, que permite establecer un nexo perceptible o no con el servicio.

No corren igual suerte los daños antijurídicos que sufren muchas víctimas de atentados terroristas indiscriminados, porque si bien sufren un daño que no están obligados a soportar en sus bienes o en su integridad personal, son riesgos que el Consejo de Estado ha encontrado debemos asumir los ciudadanos, ante la relatividad del cumplimiento de la función de proteger “(...) a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades (...)” consagrada en el Art. 2 de la Constitución Nacional.

³⁵⁸ El Consejo de Estado en la definición del perjuicio fisiológico (perjuicio inmaterial ocasionado por las lesiones corporales) ha variado su jurisprudencia en la redefinición del concepto el cual paso al de daño a la vida de relación, para luego acoger el de alteración grave de las condiciones de existencia desde el 2007, siendo reciente modificado por el de daño a la salud, en Sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 19031 de sep. 14 de 2011 y exp. 38222 de sep. 14 de 2011, C.P. Enrique Gil Botero.

³⁵⁹ La teoría de la Causalidad adecuada deja intacta la causalidad natural, puesto que admite la validez de la equivalencia de las condiciones y solo pretende limitar su amplitud a través de procedimientos que no alteran los cursos causales más que una teoría de la causalidad que fue la manera como originalmente se propuso.

Por lo dicho, se considera que la tendencia a futuro, partiendo de que la teoría del daño antijurídico está construida sobre la idea de la víctima y sus derechos que deben estar amparados en el Estado Social de Derecho, es la entrada de la teoría de la imputación, que desde ya son partidarios algunos doctrinantes, que defienden el criterio del derecho penal conocido como la teoría de la imputación objetiva porque permitirá por encima del concepto de causa, la aplicación de los principios de solidaridad reclamados por la Jurisprudencia.

Hay que reiterar, que la antijuridicidad del daño no implica que el demandante se exonere de probar el nexo causal que permita imputar responsabilidad al Estado, con la consecuente reparación del mismo. Es por ello, que la nación puede en su defensa alegar una causa extraña exoneratoria con fin de interrumpir ese nexo causal, las cuales son propias del derecho civil y aceptadas por la Jurisprudencia Contenciosa a saber: fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero.

Teniendo claro que en el contencioso administrativo el caso fortuito, es descartado como evento que interrumpe ese nexo, por encontrarse la causa generadora del daño en la misma persona o agente, se pudo advertir que en la responsabilidad del Estado por acción u omisión de las fuerzas militares, tales eventos como la fuerza mayor operan en muy pocas casos al quedar reducida a los fenómenos de la naturaleza, alcanzando al contrario una mayor aplicación el hecho de un tercero, en los atentados terroristas contra la población civil y la falta de vínculo, nexo o imputación jurídica con el servicio, cuando o se comprueba que el arma no era de dotación oficial, al igual que el artefacto explosivo abandonado.

Por último, se puede concluir de la evolución de la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de las fuerzas militares³⁶⁰, dentro del régimen del daño antijurídico introducido por el artículo 90 de la Constitución de 1991, que la naturaleza de este tipo de responsabilidad (fuerzas militares), se ha visto influenciada por el proceso de constitucionalización del principio de juridicidad y el bloque de constitucionalidad, que en materia de derechos humanos ha transversalizado el régimen de la fuerza pública. Lo anterior, en el contexto de la evolución de los diferentes regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado, que por la relación constante de las armas, vehículos y actividades peligrosas de las fuerzas militares con la puesta en peligro de la integridad humana en su uso, ha tenido por parte del Consejo de Estado una tendiente aplicación de los diferentes elementos o presupuestos de la responsabilidad atrás analizados (actividad del agente, lesión resarcible y nexo causal), desde la propuesta de los regímenes de

³⁶⁰ A partir de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el tema, desde el año 1991 al 2011, de acuerdo a la metodología expuesta en el subcapítulo No. 3.1.2., Pág. 66.

responsabilidad objetiva (daño especial y riesgo excepcional)³⁶¹, para la garantía y protección de los derechos de las víctimas (a pesar de que antes era la excepción); todo esto en apego de lo dispuesto por la asamblea nacional constituyente en la clausula general del artículo 90³⁶², interpretado por nuestro máximo Tribunal Contencioso en respaldo de la equidad y la protección en condiciones de igualdad de todas las personas, ante las actuaciones y daños que se deriven de las actividades de las fuerzas militares, sin que podamos afirmar definitivamente la eliminación de la culpa o falla del servicio como elemento de imputación de la antijuridicidad del daño, derivado de sus acciones u omisiones.

³⁶¹ Ver sentencias exp. 4493 de 1987, exp. 7069 de 1994, exp. 10922 de 1999, exp. 12012 y exp. 11.585 de 2000, que muestran una tendencia que se ha mantenido desde este último año de acuerdo a la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ya citada.

³⁶² Este artículo establece un concepto de daño antijurídico que armoniza con los principios de solidaridad (art. 1 C.P.), protección de las autoridades de la vida y bienes de las personas (art. 2 C.P.), igualdad (art. 13 C.P.), y garantía de la propiedad privada (art. 58 C.P.), que constituyen garantías fundamentales de la Constitución de 1991.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRES E. NAVARRO MUNUERA. La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público, en Revista Española de Derecho Administrativo, No. 60, octubre-diciembre de 1988.

ALTERINI, Atilio A., Curso de Obligaciones, Editorial Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires, 1982.

BERROCAL GUERRERO, Luís Enrique, Manual del Acto Administrativo Según la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 4ª Edición, Bogotá, 2005.

BIELSA Rafael, Derecho Administrativo, Ediciones el Ateneo, Tomo II, Buenos Aires 1947.

BREBBIA Roberto, la relación de causalidad en el Derecho Civil, 1973.

BUSTAMANTE Ledesma, Álvaro, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Segunda Edición, Editorial Leyer, Bogotá, 2003, Pág. 21.

BUNGE MARIO, Causalidad. El Principio de causalidad en la ciencia moderna, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1978.

CABALLERO Sierra Anzola Gil, Teoría Constitucional, Editorial Temis, Bogotá, 1995.

CASSAGNE Juan, Derecho Administrativo, 2000, Tomo I.

DE LA FUENTE Ileras Carlos y TANGARIFE Torres Marcel, Constitución Política de Colombia, Origen Evolución y Vigencia, 1ª Edición, Tomo II, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1996.

FERNANDEZ R. Thomas, De la Arbitrariedad de la Administración, Editorial Thomson Civitas, 5ta Edición, España 2008.

FERNANDO López Ramón, Principios de la ordenación constitucional de las fuerzas armadas, en Estudios sobre la Constitución Española, Tomo III, Madrid, 1999.

GARRIDO Falla, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", 1980, Ed. Tecnos, Madrid.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ Ramón, Tomas, Curso de Derecho Administrativo, 9 edición, Tomo II, Thompson Civitas S.A., Madrid, 2004.

GIL Botero, Enrique, Responsabilidad Patrimonial del Estado por Actos Terroristas, En Revista Instituto Antioqueño de la Responsabilidad Civil y del Estado, No. 11, Medellín, 2001, Pág. 91-113.

GOLDENBERG, Isidoro H., La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Astrea, 1984.

GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Publicas, Madrid, Civitas, 1996.

GOMEZ López Jesús Orlando, La Obediencia Jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1998.

GÓMEZ POSADA, J. F., Teoría y práctica de la responsabilidad por daños del estado en Colombia, Editorial Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2003.

GORDILLO, Agustín A, Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1963.

HINESTROSA FORERO Fernando, La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.

HERNÁNDEZ Enríquez, Alier, Evolución Jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado por Daños Causados por Actos Terroristas, En Revista Instituto Antioqueño de la Responsabilidad Civil y del Estado, No. 11, Medellín, 2001, Pág. 33-76.

HENAO PEREZ, Juan Carlos, El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

JELLINEK G., Teoría General Del Estado, Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970.

JORDAN Javier y Carlos de Cueto, La gestión de la seguridad en el nuevo entorno estratégico, artículo las fuerzas armadas, Calvo albero José Luis, Editorial Comares, Granada, 2005.

JULIO DÍAZ-MARATO Y VILLAREJO. El delito de tenencia ilícita de armas de fuego. Madrid: Editorial Carejo, 1987.

MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", 1973, Ed. Abeledo Perrot.

MAZEAUD H. y ANDRE TUNC, Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Buenos Aires, EJE, Volumen II, Tomo I, 1977.

MEDINA ALCOZ, Luís, La Responsabilidad Patrimonial Por Acto Administrativo, Thomson Civitas, Navarra, 2005.

MICHEL PAILLET, La Responsabilidad Administrativa, Traducido por Jesús María Carrillo Ballesteros, Universidad Externado de Colombia, 2001, Bogotá.

NAVIA GUSTAVO Quintero, Reflexiones acerca de la Responsabilidad Patrimonial de las Personas Jurídicas Públicas en el Derecho Colombiano y Francés: ¿Influencia O Inspiración de un Modelo Jurídico?, Revista Jurídica Temas de Derecho Administrativo Vol. II, Tribunal Supremo de Justicia Colección Libros Homenaje, No. 7, Caracas, 2002.

MENUDO LÓPEZ Francisco, REINA GUICHOT Emilio y Otros, Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos, Editorial Lex Nova, España, 2005.

MORENO YOUNES Diego, Curso de Derecho Administrativo, Octava Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2007.

PANTALEON PRIETO Fernando, Responsabilidad Medica y Responsabilidad de la Administración, Madrid, Civitas, 1995.

PAREJO L. y otros, Manual de Derecho Administrativo, Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1990.

PELÁEZ GUTIERREZ, Juan Carlos, Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo, Universidad Externado de Colombia, temas de derecho público, No. 61, 2000.

PENAGOS Gustavo, Derecho Administrativo Nuevas Tendencias, Tomo II Parte Especial, 5 Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2007.

PERDOMO VIDAL, Jaime, Derecho Administrativo, Editorial Legis, Doceava Edición, Bogotá, 2004.

POSADA Velásquez Obdulio, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Editorial Temis, Bogotá, 2009.

PUIGPELAT, MIR Oriol, La Responsabilidad Patrimonial de la Administración, Hacia un Nuevo Sistema, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

QUECEDO PULIDO Manuel, Código de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.

RODRIGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Duodécima Edición, Temis, Bogotá, 2000.

RODRÍGUEZ Villamizar, Germán, Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano, manuscrito, 2007.

ROUGEVIN-BAVILLE y otros, *Leçons De Droit Administratif*, Hachette, PES, 1989.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Tercera Reimpresión De La Primera Edición, Bogotá, 2005.

SANCHEZ MARIÑO Hernando, La fuerza pública en el Estado de Derecho, Bogotá, 1973.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Acto Administrativo Procedimiento Eficacia y validez, 4ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

TAMAYO JARAMILLO Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomos I, Bogotá, Legis, 2007.

UPRIMI Yopez Lina Margarita, Limites de la fuerza pública en la persecución del delito, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1996.

VALENCIA ZEA, Arturo y MONSALVE ORTIZ Álvaro, Derecho Civil, T. III, De las Obligaciones, 9ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1998.

VASQUEZ Roberto Adolfo, Responsabilidad Aquiliana del Estado y sus funcionarios, Segunda Edición, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires, 2001.

WEIL PROSPER, Le Droit Administratif, Presses Universitaires de France, Col. Qué sais-je? 7 éme ed. Paris, 1978,

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 1994, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1995, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-110 de 2000, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia C-100 de 2001, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Año 2011

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion A Sentencia del 9 de febrero de 2011, Exp. No. 18113, C.P.: Gladys Agudelo Ordoñez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion A Sentencia del 9 de febrero de 2011, Exp. No. 19615, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 2011, Exp. No. 19911, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de julio de 2011, Exp. No. 19789, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de julio de 2011, Exp. No. 19960, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Año 2010

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de febrero de 2010, Exp. No. 17885, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de marzo de 2010, Exp. No. 19756, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010, Exp. No. 18717, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2010, Exp. No. 18095, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de mayo de 2010, Exp. No. 19000, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Año 2009

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, Exp. No. 17318, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de febrero de 2009, Exp. No. 15793, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2009, Exp. No. 26808, C.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 2009, Exp. No. 16687, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2009, Exp. No. 16363, C.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

Año 2008

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de marzo de 2008, Exp. No. 15931, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 2008, Exp. No. 16734, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de junio de 2008, Exp. No. 17516, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de junio de 2008, Exp. No. 15837, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de julio de 2008, Exp. No. 17124, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Año 2007

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 2007, Exp. No. 30114, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007, Exp. No. 15494, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2007, Exp. No. 15724, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de octubre de 2007, Exp. No. 15985, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. No. 29273-AG, C.P.: Enrique Gil Botero.

Año 2006

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1 de marzo de 2006, Exp. No. 13887, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de junio de 2006, Exp. No. 16630, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Exp. No. 15473, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. No. 15571, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2006, Exp. No. 28459, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Año 2005

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de febrero de 2005, Exp. No. 14681, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de marzo de 2005, Exp. No. 14808, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2005, Exp. No. 15445, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2005, Exp. No. 16175, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2005, Exp. No. 15127, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Año 2004

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de abril de 2004, Exp. No. 13607, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de mayo de 2004, Exp. No. 14405, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2004, Exp. No. 14834, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 2004, Exp. No. 14430, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de agosto de 2004, Exp. No. 14427, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Año 2003

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2003, Exp. No. 14147, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2003, Exp. No. 14345, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de julio de 2003, Exp. No. 23790, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de septiembre de 2003, Exp. No. 11982, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de octubre de 2003, Exp. No. 14211, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Año 2002

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2002, Exp. No. 13661, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de febrero de 2002, Exp. No. 13774, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2002, Exp. No. 13251, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de agosto de 2002, Exp. No.13661, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de noviembre de 2002, Exp. No. 13090, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Año 2001

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de febrero de 2001, Exp. No.12382, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de marzo de 2001, Exp. No. 11222, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de agosto de 2001, Exp. No. 13105, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de agosto de 2001, Exp. No. 12998, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1 de noviembre de 2001, Exp. No. 13185, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Año 2000

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2000, Exp. No.8490, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de junio de 2000, Exp. No.11330, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de julio de 2000, Exp. No. 12168, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2000, Exp. No. 12648, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2000, Exp. No. 11585, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Año 1999

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de febrero de 1999, Exp. No. 10731, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 1999, Exp. No.10162, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999, Exp. No. 12411, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de septiembre de 1999, Exp. No. 15504, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de octubre de 1999, Exp. No. 10948-11643, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Año 1998

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de febrero de 1998, Exp. No.12043, C.P.: Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de mayo de 1998, Exp. No.11837, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 1998, Exp. No.10650, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 1998, Exp. No.10530, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de noviembre de 1998, Exp. No.11804, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Año 1997

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 1997, Exp. No.10229, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de octubre de 1997, Exp. No.10958, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de septiembre de 1997, Exp. No.12939, C.P.: Juan de Dios Montes.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de abril de 1997, Exp. No.10138, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 1997, Exp. No.30114, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Año 1996

Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 18 de enero de 1996, Exp. No. S-443, C.P.: Álvaro Lecompte Luna.

Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 16 de julio de 1996, Exp. No. S-456, C.P.: Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de julio de 1996, Exp. No. 10396, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 1996, Exp. No. 10927, C.P.: Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de noviembre de 1996, Exp. No. 9617, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Año 1995

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de febrero de 1995, Exp. No. 9273, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández. - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de febrero de 1995, Exp. No. 9550, C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 14 de febrero de 1995, Exp. No. S-123, C.P.: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de abril de 1995, Exp. No. 9529, C.P.: Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 1995, Exp. No. 10333, C.P.: Daniel Suarez Hernández.

Año 1994

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de septiembre de 1994, Exp. No. 8577, C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de febrero de 1994, Exp. No. 8530, C.P.: Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 1994, Exp. No. 9276, C.P.: Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de mayo de 1994, Exp. No. 9209, C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de octubre de 1994, Exp. No. 9214, C.P.: Daniel Suarez Hernández.

Año 1993

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de marzo de 1993, Exp. No. 7515, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de mayo de 1993, Exp. No. 7951, C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 1993, Exp. No. 6606, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 1993, Exp. No. 8199, C.P.: Carlos Betancourt Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de diciembre de 1993, Exp. No. 7013, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

Año 1992

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de febrero de 1992, Exp. No. 6766, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de abril de 1992, Exp. No. 5645, C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de agosto de 1992, Exp. No. 6698, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de septiembre de 1992, Exp. No. 7840, C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de octubre de 1992, Exp. No. 7281, C.P.: Daniel Suarez Hernández.

Año 1991

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, Exp. No. 5849.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 1991, Exp. No. 6110, C.P.: Policarpo Castillo Dávila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de julio de 1991, Exp. No. 6014, C.P.: Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de octubre de 1991, Exp. No. 6680, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 20 de Noviembre de 1991, Exp. No. S-108, C.P.: Luis Eduardo Jaramillo Mejía.