

¿Cuáles son las omisiones de las fuerzas militares y de policía que darían lugar a una responsabilidad del Estado?

Por medio del presente documento, determinaremos los elementos jurídicos que deben estar presentes para que se configure la responsabilidad civil extracontractual del Estado en los casos que por omisiones de las fuerzas militares no se han cumplido las obligaciones que se encuentran a su cargo. Lo anterior, resulta pertinente toda vez que se debe tener claro que no cualquier omisión va a configurarse en una responsabilidad civil extracontractual del Estado, sino que deben concurrir otros además de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, para que se configure el daño y en consecuencia la obligación de reparar por parte del Estado los daños causados por el no cumplimiento de sus deberes.

Abstract:

By this document we want to reference the legal elements that have to be present for the state's extra – contractual civil responsibility to be configured, in the cases that because of the military force's omission they didn't fulfill the obligations they are in charge of, the previous, becomes pertinent always it's clear that not every omission it's going to be configured as a state's extra – contractual civil responsibility, because other elements have to concur besides the elements of the extra – contractual civil responsibility for the damage to be configured and in consequence, the state's obligation to repair the damages caused by the non – fulfillment of their obligations.

Palabras clave:

Responsabilidad civil, Elementos de la responsabilidad civil, responsabilidad civil extracontractual del Estado, omisión de acciones militares, daño, nexo de causalidad, reparación.

Introducción:

La teoría de los derechos fundamentales ha cambiado el mundo de la responsabilidad, porque antes se tenía una visión materialista de intercambio de propiedades que conducía a

que solo se resarcieran los daños materiales y por ello no se presentaban mayores problemas para la reparación, pero, a partir del siglo XX, hoy en día se reconoce la necesidad de indemnizar una variada gama de daños, que van desde los patrimoniales hasta los morales y los de la vida de relación.

A partir de la Constitución de Weimar (1919) el derecho se empieza a ocupar de los derechos no patrimoniales, y así mismo lo tiene que hacer la responsabilidad, que tuvo que pasar de ser un instrumento de cambio a ser un *derecho de daños*, donde lo importante es que la víctima sea reparada. La responsabilidad pasó de ser un instrumento de defensa de la propiedad a ser un *instrumento de defensa de los derechos de la persona*.¹

El primer paso fueron los daños a la persona, que nunca había sido una categoría autónoma, y se refieren a los daños a la integridad física de la persona. Fue el punto de partida para los daños al espíritu, se empezó a hablar entonces del daño moral, y a partir de allí han surgido toda una serie de “*nuevos daños*”: daños a la existencia o a la vida de relación (privación de los placeres de la vida y alteración de las condiciones de existencia), y en general, a todo aquello que no es corporal. En este tipo de daños ya no se busca volver al estado anterior la situación, sino de imponer una especie de pena.

Estos nuevos tipos de daño son cambio de actitud que refleja a su vez un cambio de la sociedad que ya no tolera ciertas fatalidades que antes sí; esto es manifestación de una sociedad pluralista y del cambio en las preocupaciones de la sociedad. A su vez, los nuevos daños indemnizables conducen a interrogarse por la extensión del daño y, desde luego, por la imputación, ya que determinados perjuicios no tendrían un actor claro o no identificado, como por ejemplo, en el caso de la omisión de una conducta en la que no se desarrolla, en puridad, un hecho dañoso.

Resulta muy importante determinar a partir de los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado y de la legislación vigente, cuales son los elementos que deben existir para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado en los casos de las omisiones de

¹ Aunque hace parte de la responsabilidad extracontractual, en el presente artículo no profundizaremos a la teoría del riesgo creado.

las fuerzas militares, lo anterior, teniendo en cuenta que si no se determina claramente esto cualquier daño por acción u omisión sería reparable a los ojos de nuestra Constitución Política que es proteccionista de las personas.

METODOLOGÍA

En el presente escrito en principio se señalaran las definiciones de la responsabilidad extracontractual del estado y de los elementos que lo componen, para posteriormente a partir de los pronunciamientos del Consejo de Estado resaltar cuando existe una obligación patrimonial de resarcir los daños que se den en virtud de las omisiones de las fuerzas militares y de policía, concluyendo con la ratio decidendi actual de los jueces en estos casos.

PROBLEMA JURÍDICO

A partir de las decisiones tomadas por el Consejo de Estado en los casos de la responsabilidad Extracontractual del Estado, se pretende determinar cuáles son los elementos que deben estar presentes para que se configure realmente un hecho negativo u omisión de la conducta de las fuerzas militares y de policía, lo anterior, señalando casos relevantes que hayan sido objeto de estudio por parte del Consejo de Estado. Este tema toma relevancia teniendo en cuenta que no es suficiente que exista un daño para que se condene al Estado y que subsistan los demás elementos de la responsabilidad extracontractual sino que exista prueba de que están presentes los elementos de la omisión que implica que la administración a través de las fuerzas militares ha dejado de actuar, y en consecuencia hace que se produzca una perturbación o lesión de un derecho.

1. REFERENCIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD.

Tradicionalmente se señala la división de la *responsabilidad en contractual*, cuando se trata de un deudor incumplido, y *extracontractual* que se basa en el principio de *nemin laedere*, producto del encuentro social ocasional donde no hay relación entre las partes anterior al daño. Se han descubierto recientemente zonas grises entre estas categorías, como en el caso de la responsabilidad pre-contractual, que en realidad sería una modalidad de la

extracontractual porque no hay en estricto sentido una relación convencional anterior, pero sí hay una conexión.

Ahora bien, el juicio de responsabilidad consta de *tres elementos*: el daño, la culpa (si la responsabilidad es subjetiva) o el hecho (si es objetiva), y el nexo causal. En el sistema moderno se habla de un cuarto elemento (aunque es más bien una consecuencia) que es la liquidación del daño, ya que se buscan ahora formas alternativas de liquidación simbólica, pero sigue prevaleciendo el subrogado pecuniario en montos proporcionales.

El daño hace referencia a un perjuicio que sufre un administrado en virtud de una acción u omisión del Estado que le impuso una carga la cual el administrado no estaba obligado a soportar y por el cual sufrió un detrimento de un derecho o en su patrimonio, el Consejo de Estado, frente a su definición estableció que el daño antijurídico es “... *la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en obligación de soportar por cuanto excede las cargas públicas que como administrado le corresponden* ...” (Consejo de Estado, Sentencia de enero 27 de 2000).

Ahora bien, la *culpa* había sido el tema central de la responsabilidad y por ello la importancia de establecer si la responsabilidad era objetiva o subjetiva. Esta tendencia nació de la redacción del Código Civil Francés que señalaba que “quien por culpa daño a otro debe resarcir”, pues de esta frase se entendió que la responsabilidad solo podía ser subjetiva (con culpa). A finales del siglo XIX, con Jossierand, se empezó a introducir la responsabilidad sin culpa, debido al maquinismo (cuando los trabajadores que operan una maquina dañan a alguien sin culpa). A raíz de esto el siglo XX fue el de la discusión entre responsabilidad objetiva y subjetiva.

Esta discusión se dejó de lado sin superarse, pues no se lograban avances, en Europa esto se dio cuando se empezó a hablar de la unificación de los regímenes, por ejemplo, en los principios UNIDROIT no se usa la palabra culpa, sin que ello quiera decir que la responsabilidad sea objetiva. En Colombia, y en muchos otros países, lo que se acogió fue que la responsabilidad es subjetiva, salvo que expresamente se haya regulado el caso como

responsabilidad objetiva, en otras palabras, la regla general es la culpa (esto está incluso en los Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad –PETL- DE 2005).

La misma culpa ha cambiado de concepto en toda esta evolución, de ser una intención de dañar se ha pasado a un concepto objetivo, pues esta referida a un patrón o modelo de conducta como el buen padre de familia en Colombia o el hombre razonable en Inglaterra, en los años 80 la culpa fue desplazada por el daño como objeto central de atención.

El nexo de causalidad según los doctrinantes corresponde a la relación causal que existe entre el hecho y el daño antijurídico que se causa, es decir el hecho dañoso debe traer como consecuencia la lesión a un derecho o a un bien jurídico tutelable dentro del ordenamiento jurídico.

Las funciones del *nexo de causalidad* son las de resolver el problema de a quien se le imputa el daño y determinar la intensidad del daño, es decir, hasta donde se debe resarcir en la cadena de daños. El nexo de causalidad ha sido el gran olvidado de la responsabilidad, pues los civilistas no han hecho estudios sobre este elemento, se han valido sobretodo del derecho penal (teoría de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada). Sin embargo, hoy en día es necesario estudiar de forma independiente este elemento porque el derecho penal y la responsabilidad civil tienen fines diferentes: el primero busca el responsable, el segundo se centra, hoy en día, en reparar a la víctima. Recientes tendencias han dicho que se debe reemplazar este elemento por la probabilidad.

El *daño* es entonces el tema central de la responsabilidad hoy en día. Como ya se dijo, han aparecido nuevos tipos de daños y el problema es el limite en cada sociedad.

Con la teoría del riesgo se comenzó a socializar la responsabilidad: se acepta la responsabilidad sin culpa, por la ejecución de actividades peligrosas o riesgosas pero licitas, que fue la primera forma de responsabilidad objetiva. Con este tipo de responsabilidad se beneficia a la víctima porque ya no se va a tener que probar la culpa, sino sol el daño y el nexo de causalidad, y el responsable solo se puede exonerar rompiendo el nexo, mas no probando diligencia o ausencia de culpa.

Esta teoría se ha tratado de fundamentar de muchas formas, finalmente se ha concluido que la sociedad acepta el riesgo por beneficio común. Algunas de las explicaciones han sido las siguientes:

-Quien tiene recursos económicos debe reparar el daño: pero el fundamento de la responsabilidad no puede ser la distribución de la riqueza.

-Es un riesgo de empresa, en los costos de producción van incluidos los pagos que se van a hacer por los daños causados. Es en realidad una forma de socialización del daño pues el precio de la reparación se puede dividir entre los consumidores o usuarios a través del precio del producto o servicio.

Los riesgos hicieron que viniera el auge de los *seguros de responsabilidad civil*: Los empresarios aseguraban las actividades riesgosas con este tipo de seguros, primero las lesiones personales y en general la integridad física. Es una forma, la más clara, de socialización del riesgo, pues el costo de los accidentes corporales se dispersa entre los pagos de todos. El seguro cambió el esquema de la responsabilidad porque ya no se busca un culpable, sino un asegurador, ahora incluso algunos seguros son obligatorios.

Así mismo, el derecho público a través de la seguridad social, que busca la protección de la persona en su integridad, y que no tiene nada que ver con la responsabilidad sino que es una obligación del Estado, pues no parte de la base de que se pruebe la responsabilidad, incluso cubre daños que la persona misma se cause. También el Estado ha creado fondos de solidaridad para reparar los daños difusos (terrorismo, inclemencias del tiempo, del VIH).

Así el cuadro de protección es mucho más amplio (el riesgo se socializa): responsabilidad, seguro, seguridad social, fondos de solidaridad.

PUBLICITACIÓN DEL DERECHO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El derecho de la responsabilidad se ha visto influido por el derecho público, por la Constitución, pues en la interpretación se debe tener en cuenta la Constitución, pero de

todos modos se parte de la base de las normas civiles pues la amplitud de los principios constitucionales puede llevar a que todo sea resarcible.

Los principios que más sirven al derecho de responsabilidad son los siguientes:

-Igualdad: Debe ser material, un fallo debe otorgar una reparación igual a un daño igual. Un ejemplo de violación de este principio es la diferencia de criterios entre la CSJ y el Consejo de Estado en la reparación del daño moral.

-Dignidad: Todo daño debe ser reparado, pues si se deja a la víctima sin la posibilidad de vivir dignamente en sociedad se estaría atentando contra él.

-Solidaridad: Busca establecer una relación solidaria entre el grupo y la víctima, para socializar la responsabilidad.

Ahora bien, frente a las funciones de la responsabilidad civil contractual o extracontractual ha de señalarse que es resarcitoria principalmente, consiste en volver a la víctima al estado anterior. También en cierto modo preventiva, pues hace que las personas estén atentas a no causar daños, pues saben que les tocará repararlos.

Por ultimo, *se discute si debe ser punitiva*, pues en la tradición del derecho romano-germánico no la tiene, a diferencia del anglosajón (*punitive damage*). En nuestro sistema jurídico se ha discutido sobre ello. Algunos dicen que entre nosotros también hay tradición de penas privadas, por ejemplo, la cláusula penal, el desheredamiento, y que incluso en los daños difíciles de liquidar, como los morales, se incluye una parte punitiva.

Cumpliría así la responsabilidad tres funciones: reparar, prevenir y castigar. Con la adición de esta última función se reforzaría la preventiva.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La Constitución política de Colombia en su artículo 90 consagra la obligación del Estado de resarcir perjuicios en los casos que por su acción u omisión se produzca un daño

antijurídico a uno de sus asociados.² A partir de la norma superior entonces se ha señalado que para que el Estado deba indemnizar deben concurrir tres elementos: a) el padecimiento de un daño antijurídico por parte de algún particular; b) la existencia de una actuación del Estado que haga imputable la responsabilidad; c) un nexo de causalidad entre la actuación del Estado y el daño antijurídico padecido.³

Así mismo, los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, hacen alusión que para que exista una responsabilidad del Estado por falla del servicio, se deben encontrar dentro del proceso en el que se demanda su responsabilidad tres elementos: la falla el servicio, que el Estado haya actuado o dejado de actuar y que esto sea atribuible a un funcionario del Estado, que no se le impute a este la responsabilidad en calidad de ciudadano, y además que existiese una relación causal entre el primero y segundo antes referidos. Lo anterior, se sintetiza de la siguiente manera:

“a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta de que se trata no es la del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración. b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano. c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo, etc. con características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc. d) Una relación de causalidad entre la

² **ARTICULO 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

³ http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/15SergioRojas_000.pdf.

falta o falla de la administración y el daño, sin la cual, aún demostradas la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización...”⁴

Así entonces, para que se configure la responsabilidad del Estado deben concurrir estos elementos, adicionando que el patrimonio del Estado solo se verá comprometido cuando la acción u omisión tenga una relación directa con el servicio público, pues el Estado no está obligado a responder por las actuaciones que realicen sus funcionarios en su órbita privada solo porque tengan un vínculo con la nación.

Ahora bien, para que exista una responsabilidad por parte del Estado debe existir también el principio de imputabilidad, el cual implica que debe existir un sustento fáctico y la atribución jurídica, ello quiere decir que el Consejo de Estado ha determinado que esta imputación no es de carácter subjetivo sino objetivo, es decir, que se debe partir de cómo debe actuar una persona prudente al momento de adoptar decisiones.⁵ Es claro, que para que exista este principio de imputabilidad exista la acción u omisión por parte del Estado que materialice el nexo causal y justifique porqué se le condena al Estado a indemnizar.

Adicionalmente, es importante resaltar que la doctrina ha señalado que existen dos clase de responsabilidad del Estado, la primera hace referencia a una falla del servicio causante del perjuicio que se debe indemnizar y otra es cuando el Estado actuando legítimamente causa un daño que debe repararse.⁶

⁴ Concepto 0001de 2012, Procuraduría General de la Nación, Expediente: 63001233100020090067 01 (42041)Acción de Reparación Directa, Procuradora Delegada Delgado Maria Patricia.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo sección tercera, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 54001233100019940865401, 9 de Mayo de 2001, Colombia.

⁶ Frente al segundo tipo de responsabilidad, se debe señalar que es lo que conocemos como daño especial o riesgo excepcional, que si bien se produce cuando el Estado cumple sus funciones de Estado en su sentencia de fecha 14 de julio de 2001, se abrió el camino hacia la aplicación del título de imputación del riesgo excepcional, afirmándose en dicho precedente, “Como se advirtió en la primera parte de estas consideraciones, cuando se trata de daños causados por agentes estatales en desarrollo de actividades que crean un riesgo para los administrados –a pesar de estar autorizadas, precisamente, para garantizar su protección–, poco importa que se demuestre o no la falla del servicio; probada la actuación del agente estatal, el daño y el nexo de causalidad existente entre uno y otro, se establece la responsabilidad del Estado, y la entidad demandada sólo podrá exonerarse demostrando causa extraña, esto es, fuerza mayor o hecho exclusivo de la víctima o de un tercero”.

Así mismo, se debe anotar que al igual que en la responsabilidad civil extracontractual en la del Estado, también se han establecido eximentes de responsabilidad, pues, sería contrario a derecho que se le condenara solo por ostentar la calidad de administración pública. Es por ello, que legal y jurisprudencialmente se ha señalado que el Estado se exime de responsabilidad cuando ha existido una causa extraña, fuerza mayor o caso fortuito, o lo que se denomina culpa exclusiva de la víctima, por ejemplo, en la sentencia del consejo de Estado del 9 de mayo de 2011 esta corte *señalo* “*Las causales eximentes de responsabilidad -fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen eventos que dan lugar a que sea inadmisibile imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración:(i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad; y (iii) su exterioridad respecto del demandado, (...).*”

OMISIÓN DE LAS FUERZAS MILITARES

La falla del servicio se predica de una acción u omisión del Estado, la primera hace referencia a un hecho positivo o acción que realiza la administración ya sea en cumplimiento de su deber o extralimitando sus funciones y que produce un daño antijurídico a los administrados. La segunda se puede definir cuando el Estado ha omitido cumplir un deber que le ha sido asignado por mandato de ley en cumplimiento de sus funciones, lo que constituye una falla en el servicio a su cargo.⁷

⁷ Diego Armando Yáñez Meza, en su artículo “Responsabilidad extracontractual del Estado por desplazamiento forzado de personas” señala de manera correcta lo que constituye una falla del servicio señalando “Asimismo reitera que cuando se endilga a la administración una omisión derivada del supuesto incumplimiento de las funciones u obligaciones legalmente a su cargo, el título de imputación aplicable es la falla del servicio, luego, si se establece que la entidad responsable no ha atendido el contenido obligacional o lo ha hecho de manera deficiente o defectuosa, omitido el cabal cumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, debe precisarse si dicha falencia tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño, atendiendo las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada”

La omisión del Estado generalmente se caracteriza porque por parte de una autoridad administrativa existe una negligencia por la cual no se presta el servicio o este se presta de manera tardía que en consecuencia causa que se produzca el daño a los administrados. Por lo anterior, en la doctrina se señala que hay dos clases de omisiones, la simple o por retardo, que corresponderían a los casos anunciados anteriormente.⁸

A la postre, el Consejo de Estado, ha condenado a las fuerzas de militares y de policía por haber omitido una obligación a su cargo, en muchas de las condenas este alto tribunal ha sido enfático en condenar no solo por los daños que se le produce a los ciudadanos del territorio nacional, sino también los daños que le son ocasionados a los integrantes de las fuerzas militares por la negligencia de sus propias tropas, cuestión que resulta realmente importante destacar en el presente documento teniendo en cuenta que a pesar de que la propia profesión de militar conlleva un alto riesgo en el ejercicio de sus actividades, ello no quiere decir que estos tengan la obligación de soportar una mayor carga por incumplimiento de una obligación a cargo del Estado.

Respecto de lo anterior, el Consejo de Estado en su sentencia del ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012), donde trata la muerte de un Sargento de las fuerzas militares por una mina existentes alrededor de la base, condeno al Estado por haber omitido información completa al sargento sobre la existencia de todas las minas antipersonas que existían, pues en el momento que se realizó el empalme del antecesor de su cargo, solo se le señalo la ubicación de algunas de estas armas letales. En la parte considerativa de este fallo se señala que el Estado incurrió en una falla del servicio por no haber implementado las medidas de seguridad necesarias, es decir omitió un deber que estaba a su cargo. En dicho fallo se estima:

“En el proceso se acredita con suficiencia que las autoridades no implementaron

⁸ Son múltiples las obligaciones que puede violar la Administración Pública, sin embargo, el Consejo de Estado ha dicho que en el caso de la falla del servicio como causal de imputabilidad de daños ocasionados por ataques terroristas, el Estado transgredió su deber de proteger y asegurar a los administrados... asimismo, puede que la transgresión de ese deber se hubiere dado por omisión simple (el Estado se abstuvo de actuar), por retardo (el Estado actuó, pero su intervención resultó tardía de conformidad con lo que se necesitaba) o por errores, negligencias, impericias o imprudencias, es decir, actuaciones inoportunas o poco atinentes al problema planteado (Saavedra, 2005, p.254).

las medidas de seguridad necesarias, y que el manejo despreocupado de tan peligrosos artefactos configuró la falla del servicio que ocasionó el daño antijurídico, atribuible al Ejército Nacional. (...) la demandada no aportó soporte documental -probablemente el acta de rigor- en donde conste la entrega operacional y administrativa de la base militar, realizada por parte del comandante saliente al SV. Serna Camayo, ni de la entrega del plano que especificaba la ubicación de las minas antipersonales enterradas.” (Negrillas y subrayado fuera del texto original”).

Adicionalmente, en dicho fallo el Consejo de Estado reitera el deber de garante que debe tener el Estado⁹ frente a todos sus ciudadanos y aunque por ley en su momento estaba autorizado el uso de estos artefactos, señala que esta autorización del uso de estas armas no lo exonera de tomar medidas necesarias y de su posición de garante para evitar en su actividad peligrosa causar un daño antijurídico¹⁰. En este caso en específico, el Estado omitió la obligación de informar la ubicación exacta de todas las minas existentes alrededor de la mina, por lo cual a pesar de que el Sargento actuó con la suficiente negligencia llevando a su tropa a realizar un operativo alrededor de la base “El Pitalito”, por lo cual el

⁹ Diego Armando Yáñez Meza, en su artículo “Responsabilidad extracontractual del Estado por desplazamiento forzado de personas” acerca de la posición de garante señala: “Que se atiendan las exigencias derivadas de la posición de garante significa que cuando a la administración se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, este asume posición de garante en relación con la víctima, y si el daño se concreta este es imputable a la administración por el incumplimiento de ese deber en igual entidad a las que se atribuirían al autor material y directo del hecho. Deber objetivo de cuidado es lo que exige la teoría y se aplica siempre que se comprueba jurídica y fácticamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida. El juicio se configura a partir del grado de capacidad evitadora del resultado que se exige a la acción omitida partiendo de valoraciones normativas. La teoría de la posición de garante surge ante la imposibilidad de la causalidad por explicar la omisión, problema que no se tiene bajo el influjo de la imputación objetiva.”

¹⁰ Sin embargo, no quiere decir lo anterior que el uso de estos artefactos por el Ejército Nacional, aunque autorizado para el momento de ocurrencia de los hechos, excluyeran la responsabilidad por los daños infligidos a causa de la omisión del deber de cuidado que le revestía su utilización y manejo. Por el contrario, debido al carácter de riesgo y peligro, inherente al uso de los mismos, se esperaba de la Institución la adopción de medidas de cuidado y prevención suficientes para evitar la materialización de perjuicios a civiles y a los propios miembros de las fuerzas armadas que, en cumplimiento de su misión, interactuaran con estos artefactos explosivos. (Consejo de Estado, Expediente 05001-23-31-000-1997-02309-01(24663), Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, 8 de agosto de 2012).

Estado no puede aumentar el riesgo al que se encuentra sometidos los militares en el ejercicio de su actividad.¹¹

Posteriormente, el Consejo de Estado en la Sentencia de fecha treinta (30) de enero de dos mil trece (2013) condena al Estado por haber omitido tomar las medidas de precaución con los soldados que se transportaban en lanchas y que mueren a causa de ahogamiento. En este caso en particular, el daño se produce inicialmente por un ataque de un grupo guerrillero, sin embargo, se condena al Estado porque existe una relación directa del ahogamiento de los militares con el hecho de no haber entregado a los soldados los medios de seguridad necesarios en los casos en que se está a bordo de una lancha, pues la administración omitió dotarlos de salvavidas y adicionalmente no previó que los militares corrían un mayor riesgo por cargar armamento, en consecuencia en dicha sentencia señaló: *“El río en el punto en el que se produjo el naufragio era caudaloso y profundo, (...) para la Sala, la causa mediata del daño fue el ataque del grupo guerrillero que había ido a combatir la tropa, el cual era plenamente previsible y, en principio, correspondía a uno de los riesgos propios de la actividad que ejercían los soldados voluntarios. Sin embargo, en la causación material del daño incidió de manera relevante la negligencia de quienes comandaban la operación al no prever los riesgos adicionales a los que se exponía a los soldados en su desplazamiento por el río sin las medidas de seguridad, las cuales habían sido reglamentadas en los manuales de la institución. (...) si bien la causa mediata del daño fue el ataque del grupo subversivo contra los miembros de la fuerza, las omisiones de la entidad estatal contribuyeron eficazmente a su causación, al exponerlos a riesgos que no estaban en el deber jurídico de soportar.”*

¹¹ A contrario sensu, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño. (...) Puede concluirse que el señor Jesús Geobani Serna Camayo falleció cuando se encontraba en ejercicio de las funciones propias de su condición de Sargento del Ejército Nacional, actuando como Comandante de la base “El Pital”, puesto que ningún miembro de las fuerzas armadas, con el grado de instrucción que ostentaba, hubiese podido prevenir el resultado sin el conocimiento previo y categórico de la ubicación de los artefactos explosivos que le generaban semejante riesgo a él y a su tropa, es decir, se encuentran acreditadas las fallas administrativas a las que se ha referido la parte demandante. (...) la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado para estos eventos la aplicación del 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 el fallo reseñado, de manera clara vemos como el alto tribunal hace una relación de la causación material del daño con la omisión del Estado, encontrando en su análisis que existe un nexo de causalidad entre uno y el otro, pues como expone en su parte motiva además de no dotar con los equipos necesarios a los soldados, el Estado los puso en un riesgo mayor por saber que su armadura era muy pesada y podría prever que en caso de un accidente en un río caudaloso como en el que ocurrieron los hechos, por el peso de su armadura no tendrían posibilidades de sobrevivir.

Así mismo el Consejo de Estado, en los casos de los desplazamientos forzados ha condenado el Estado cuando ha existido una omisión por parte de este en cuanto a las medidas de seguridad que debieron tomar las fuerzas militares y de policía. Estos fallos son ricos no solo por establecer claramente en qué casos de omisión se configura la responsabilidad extracontractual estatal, sino porque además se tiene en cuenta varios parámetros que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos humanos.

Ahora bien, es claro que así como en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado por una acción se exige que se cumplan varios elementos, jurisprudencialmente se han establecido también los que deben estar presentes para que se condene al Estado por una omisión imputable a este. Los elementos que deben estar presentes para que se declare la responsabilidad del Estado son:

- a) Se consagre legalmente la obligación de realizar una acción por parte de la entidad.
- b) Que a consecuencia de la omisión se cause un daño antijurídico.
- c) Que exista una relación directa, es decir un nexo de causalidad entre el daño y la omisión de la fuerza pública.
- d) Que la autoridad pública haya podido prevenir el hecho que causó el daño pues tenía conocimiento previo a la posible ocurrencia de este.

- e) Previo requerimiento a la autoridad, aunque esto no demanda alguna formalidad.¹²

Es de anotar, que los anteriores elementos deben ser analizados en cada caso en específico, pues dependerá de las condiciones fácticas para determinar que hubo una falla en el servicio o no.

CONCLUSIONES

Conforme a lo anteriormente referenciado, podemos determinar que la responsabilidad extracontractual del Estado en los casos de omisión además de exigir los elementos generales de este tipo de responsabilidad (hecho dañoso, daño, nexo causal y culpa), solo se configura, siempre y cuando se reúnan otros elementos fácticos y jurídicos como que se consagre legalmente la obligación de realizar una acción por parte de la entidad, que a consecuencia de la omisión se cause un daño antijurídico, que exista una relación directa, es decir un nexo de causalidad entre el daño y la omisión de la fuerza pública, que la autoridad pública haya podido prevenir el hecho que causó el daño pues tenía conocimiento previo a la posible ocurrencia de este y que exista un previo requerimiento a la autoridad, aunque esto no demanda alguna formalidad, pues si estos no se cumplen se condenaría al Estado por cualquier daño antijurídico que sufrieran las personas por una omisión de aquel

Es de vital importancia señalar, que esos elementos han de ser estudiados en cada caso en concreto, y que resulta fructífera los avances de la jurisprudencia en este campo pues con estos elementos se han podido establecer las responsabilidades de las autoridades administrativas en coyunturas tan especiales que sufre nuestra sociedad como es el fenómeno del desplazamiento o las acciones terroristas.

BIBLIOGRAFÍA

1. YAÑEZ MEZA, Diego Armando, “Responsabilidad extracontractual del Estado por desplazamiento forzado de personas”.

¹² Esto resulta discutible, teniendo en cuenta que por ejemplo en los casos de las fuerzas militares es muy difícil que un soldado sea escuchado por otro de un rango mayor.

2. Consejo de Estado, Expediente 05001-23-31-000-1997-02309-01(24663), Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, 8 de agosto de 2012.
3. Concepto 0001de 2012, Procuraduría General de la Nación, Expediente: 63001233100020090067 01 (42041) Acción de Reparación Directa, Procuradora Delegada Delgado María Patricia.
4. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo sección tercera, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 54001233100019940865401, 9 de Mayo de 2001, Colombia