

El papel de la defensa jurídica del Estado ante la responsabilidad del Ejército Nacional de Colombia*

*Sandra Milena Gómez Cartagena***

*Flor Dalila Marín****

*Diana Catalina Uribe*****

*Leyda María Martínez Lloreda******

Asesor: Javier Humberto Vega Meza

Recibido: 25 de enero de 2016

Aprobado: 28 de marzo de 2016

Resumen

Independientemente del conflicto armado interno que enfrenta el país, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha 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. A ello le sumamos el avance que ha tenido la jurisprudencia en temas de responsabilidad del Ejército Nacional y la influencia del bloque de constitucionalidad en el régimen de la fuerza pública en lo atinente a los derechos humanos y que en los últimos años ha generado unos costos muy altos para el Estado, encontrándonos entonces que no solamente el Estado es frágil en el ejercicio de sus funciones sino además con que cuenta con una defensa poco preparada argumentativamente para hacer frente a la problemática.

Palabras clave: Defensa Jurídica; daño antijurídico; responsabilidad extracontractual; riesgos patrimoniales.

* Trabajo presentado en la materia Proyecto Integrador VII del núcleo básico de fundamentación jurídica. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

*** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

**** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

***** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

The role of legal defense of the state in terms of the liability of the colombian national army

Abstract

Regardless of the internal armed conflict that the country faces, the jurisprudence of the State Council has established that the State through its military forces also respond in terms of property for the acts or omissions causing unlawful damage to persons or victims who are not in the obligation to bear them. We add to it the progress that has had the jurisprudence on issues of responsibility of the National Army and the influence of the constitutional association in the in the regime of the public force in regard to human rights, and thus in last years has generated very high cost for the State, finding that not only the State is fragile in the exercise of its functions but it also counts with a defense that is argumentatively unprepared to deal with the problem.

Keywords: Legal defense, unlawful damage, non-contractual liability, patrimony risks

Introducción

En la Constitución Política de 1991 el Estado se erigió como protector y garante de los derechos e intereses de sus administrados y de su patrimonio, lo que lleva a que su actividad administrativa deba hacerse respondiendo al interés de todos, siendo el Estado el llamado a reparar cualquier tipo de desequilibrio en caso de presentarse. Dado que en los últimos años las demandas contra el Estado representan sumas cuantiosas que cada vez se acrecientan más, surge el interés de investigar sobre cuál es el papel de la defensa frente a este tipo de procesos y más específicamente cuál es el papel de la defensa del Estado frente a los procesos de responsabilidad del Ejército Nacional de Colombia

Para ello se realizará una caracterización del sistema nacional de defensa jurídica del Estado, para continuar estableciendo los eximentes de responsabilidad extracontractual en los procesos de defensa del Ejército Nacional entre los años 2013 y 2015, a través de las decisiones del Consejo de Estado.

La defensa jurídica se entenderá como un ciclo compuesto por diferentes etapas, incluidas la prevención de actos antijurídicos que puedan provocar demandas exitosas contra el Estado, la actuación a través de métodos alternativos de solución de conflictos, la representación ante sede judicial y la cobranza o el pago a partir de la decisión de los tribunales. En la gran mayoría de los casos, las demandas interpuestas contra el Estado vienen acompañadas de pretensiones económicas en la forma de indemnizaciones o reparaciones por el daño supuestamente infligido por la administración pública o entidades públicas.

Según lo anterior se puede acotar que el Estado colombiano ha contado con una estructura o sistema que le ha permitido contrarrestar cuantiosas demandas que afectan el erario público, sin embargo, según la “Dirección General de Presupuesto Público Nacional y Sistema Integrado de Información Financiera de la Nación”, el pago de Sentencias y Conciliaciones entre el año 2000

y 2013, por parte de las Entidades Públicas del orden nacional han tenido un crecimiento exponencial del 492%, equivalente a \$1.19 billones de pesos. Dentro de este contexto se puede considerar como posible causa del incremento en los pagos, la correlación con las debilidades y limitaciones en la capacidad de defensa legal por parte del Estado, lo cual se evidencia en la baja tasa de éxito de la defensa jurídica de las entidades.

Por otro lado, de acuerdo con estudios realizados por el BID, se puede conjeturar, que existen otras debilidades que incide en la efectividad de la defensa jurídica del Estado, y tiene que ver con las capacidades técnicas de los abogados, tanto en el caso de aquellos que desempeñan labores consultivas como en el de los que intervienen en juicios contenciosos. En general, se ha observado que una deficiente gestión del asesoramiento jurídico aumenta la probabilidad de que una decisión administrativa acabe finalizando en litigio contra el Estado. A parte de esto, lo crucial no es tanto tener el proceso de consultoría, asesoramiento y elaboración de estrategias de defensa en una única estructura organizativa, sino tener criterios jurídicos uniformes y contrastados. Esto último significa, que atendiendo a los eximentes de responsabilidad (Fuerza Mayor, Caso Fortuito, el hecho del tercero y el hecho de la víctima), es relevante la participación de la defensa, en la búsqueda de la mitigación o exoneración parcial o total de la responsabilidad del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior surge la Agencia Nacional Jurídica del Estado, cuya pretensión está encaminada a prevenir el daño antijurídico y a mejorar la defensa con el fin de proteger el patrimonio público.

1. Antecedente histórico de la defensa jurídica del Estado Colombiano

Para el año 1945 con la Ley 68 se creó el Ministerio de Justicia que a su vez fue modificado para el año 1974, en ese momento la Defensa Jurídica pertenecía a cada Municipio, Departamento

mento y Nación, según el caso, estas entidades territoriales no contaban con un grupo de abogados exclusivos para la defensa del Estado; por tal motivo no existía una preparación previa para enfrentar los litigios ya que cada entidad territorial era autónoma para el adecuado funcionamiento de su oficina jurídica, estos litigios en contra del Estado se resolvían a través de la jurisprudencia para ese entonces del Consejo de Estado entidad asesora del Gobierno.

La Constitución de 1991 introdujo artículos importantes con ocasión a la responsabilidad del Estado, esto es, de un lado el artículo 2° que hace referencia a los fines esenciales del Estado y el bienestar general, para el cual era necesario incorporar el artículo 90 el cual se refiere al daño antijurídico ocasionado por la acción u omisión de un servidor público y la responsabilidad del Estado por dichas actuaciones, responsabilidad que incitó a que los ciudadanos reclamaran sus derechos por esas garantías ofrecidas por la Constitución de 1991; teniendo en cuenta que para los 90 del siglo XX el Estado carecía de una defensa judicial pública consolidada, lo que produjo un desequilibrio entre las reclamaciones y la defensa jurídica del Estado, desencadenando una gran cantidad de demandas y litigios que indujeron al Estado a crear políticas públicas encaminadas a solucionar dicha problemática.

De allí que solo hasta el 2002 empezó a investigarse sobre esa actividad litigiosa del Estado, es entonces cuando el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial (2014) detectaron las falencias en la Defensa del Estado, falencias enfocadas en el incremento en las demandas contra el Estado, en la ausencia de una estructura de la Defensa Jurídica consolidada y en condenas cuantiosas a cargo del mismo originada por el daño antijurídico y la falta de su prevención, una defensa del Estado ineficaz, un tratamiento inadecuado a las demandas en contra del Estado que se daba en hechos repetitivos que podrían manejarse como antecedentes y casos manejados aisladamente, lo que representaba un desgaste que no permitía un afianzamiento en la defensa;

otros problemas detectados fueron: la ausencia en los debates probatorios, alegatos de conclusión y apelaciones que no se sustentaban lo que repercutía en grandes sumas que afectaban los intereses del Estado sumado a la indexación; estas falencias de la defensa jurídica afectaron el recurso público que podrían solucionarse con unos recursos humanos y técnicos acordes y adecuados que sumado a una buena defensa permitiera reducir los intereses del Estado perturbados por las demandas en su contra.

Por tal motivo se pensó en la creación de una defensa jurídica eficaz pasando de ser reactiva a proactiva y una estructura adecuada que permitiera una defensa ajustada para el Estado Colombiano; dicha implementación debía estar basada en unos modelos de gestión jurídica apropiados que permitieran avanzar de manera positiva con una defensa proactiva, con características acordes que fortaleciera la actividad litigiosa del Estado; defensa proactiva que al instante debería asumirse por las ventajas que representa, veamos:

Posteriormente la Defensa Judicial de la Nación pasó a ser direccionada por el Ministerio de Justicia en atención a los Decretos 1890 de 1999, 2490 y 2491 de 2002. Luego con la ley 790 de 2002 se unifican los ministerios del Interior y de Justicia, asignándole la dirección de la Defensa Judicial al Ministerio que surgió de dicha fusión, el cual fue regulado por el Decreto 200 de 2003, asignando a este nuevo Ministerio la función de establecer pautas para la prevención del daño antijurídico y de otros aspectos tales como, la profesionalización de los que asumieran la defensa en ocasión a los intereses en materia de litigio del Estado y la recuperación de los dineros pagados por el mismo, en los litigios donde sus funcionarios públicos actuaron de manera dolosa o culposa.

El modelo proactivo implementado en la defensa jurídica del Estado en Colombia dio lugar a que se tuviera un mejor control en cabeza del Ministerio del Interior y de Justicia, se apropia del término de la defensa jurídica pública enfocada en cuatro aspectos:

- Una Asesoría jurídica: Direccionada a la capacitación y examen tanto de los documentos de contenido legal como convenios y contratos, entre otros, y la creación de conceptos para las asesorías jurídicas.
- Una Producción Normativa: Consistente en la capacitación y análisis de las normas y actos administrativos, una condensación de la jurisprudencia y doctrina para enfrentar las demandas con un sistema integral para ello, unificado e informático para realizar consultas.
- Contratación: En este caso el perfeccionamiento de los contratos, la parte precontractual, selección de contratistas, interventoría en fin todo lo relacionado con los procesos contractuales.
- Defensa judicial: Referente a la defensa, la representación para conciliaciones, prevención del daño antijurídico, con referencia el ámbito donde se desenvuelve la defensa judicial y extrajudicialmente, valoración del pasivo contingente y el recaudo de información que permita la consulta de procesos.

Dentro de este contexto, para el año 2002 existía confusión acerca de cómo debía identificarse la Defensa del Estado, que para entonces tenía varias denominaciones: defensa jurídica del Estado, defensa legal del Estado, defensa judicial de la Nación o estrategia judicial de la Nación, dicha situación hizo que surgiera el Decreto 4530 de 2008, el cual definió su nombre pasando de llamarse Dirección de Defensa Judicial de la Nación a Dirección de Defensa Jurídica del Estado; con una intervención tanto curativa como preventiva, mejorando la gestión jurídica, otros términos cambiaron como el de Estado por Nación, el de judicial por jurídica ya que la gestión jurídica pública se basaba no solo en materia de litigio, sino también, en planes y estrategias adecuadas para una buena gestión pública. Este mismo decreto incitó a la Dirección de Defensa Jurídica del Estado a establecer un diseño para la prevención del daño antijurídico con unos lineamientos en el

diseño de políticas para la defensa del Estado, el daño antijurídico, la disminución de la responsabilidad patrimonial del Estado como también de los conflictos judiciales, un asesoramiento tanto a las entidades del Estado como también a los ciudadanos con el tema de pertinencia y la investigación del origen de los litigios.

De esta manera los resultados obtenidos por la Dirección de Defensa Jurídica del Estado, la Dirección de Defensa Judicial de la Nación y el Ministerio Interior y de Justicia fueron exitosos, como también la creación del Sistema de Información Litigiosa (LITIGOB) este último consistía en una base de datos con la información de los litigios y procesos en contra del Estado, permitiendo establecer la afectación al pasivo contingente, una mejor prevención del daño antijurídico, además de los lineamientos a seguir para la defensa judicial. El Ministerio del Interior y de Justicia dentro de ese sistema de información litigiosa incorporó la información de los tribunales de arbitramento, Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de Acuerdos Internacionales de Inversión.

Es así que para aliviar esa problemática de la defensa en el año 2003, por un lado aparece el COMPES 3248 el cual analiza el origen de las demandas de la nación y establece las falencias de la defensa del Estado en los procesos judiciales, con el fin de encontrar las razones de las mismas e implementar una solución en la prevención y revisar toda la estructura de la defensa judicial, entre ellas, las normas existentes, la implementación de acciones para afrontarlo y posibles modificaciones a la Rama Judicial; y por otro lado surge el COMPES 3250 2003 que ayudó a la defensa del Estado para afrontar las demandas y conciliaciones que para ese año contaba el Estado; con dos estrategias; la primera en la Defensa Nacional del Estado y la segunda en el pasivo contingente y con la introducción de unos lineamientos en cuanto al diseño con los siguientes elementos:

Consolidación de la información para la defensa judicial del Estado, así como de los pasivos

contingentes; modelos de gestión para las áreas que se desempeñan y apoyan el área jurídica de las entidades del sector nacional; capacitación y presentar propuestas normativas para la estructura de la Defensa Judicial del Estado.

Aunque el COMPES 3250 de 2003 diseñó e implementó un sistema de defensa judicial, este no era consistente debido a que su control estaba a cargo de entidades independientes, por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación se encargaba de consolidar de manera actualizada las sentencias y conciliaciones de las entidades nacionales y territoriales; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público junto con la Dirección de Crédito Público y Tesoro Nacional, se encargaban de aprobar las valoraciones de pasivos contingentes que realizan las entidades públicas; el Ministerio del Interior y de Justicia, para el diseño de los métodos que permitieran el recaudo y proceso de información de las sentencias, conciliaciones y acciones de repetición y reportar sus resultados al Gobierno; de allí que para la defensa jurídica pública del estado se contó con una información muy dispersa lo que hizo que no fuera exitosa la propuesta del COMPES en cuanto a la consolidación de la información.

Más adelante para los años 2006-2010 el Plan Nacional de Desarrollo (PND) en su capítulo 6° incorpora lo que pretendió el COMPES 3250 de 2003 en el cual la gestión jurídica pública fue adoptada por 19 entidades públicas quedando a su cargo, por lo cual debían coordinar a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del MIJ, atendiendo las demandas en contra del Estado superiores a dos mil SLMMV, la nación como parte procesal; pero a pesar de este modelo adoptado por el COMPES 3250 de 2003 los frentes de la defensa jurídica no se acoplaban a este sistema y el aumento del pasivo contingente dio lugar a que surgiera el PND 2010-2014 “Prosperidad para Todos” además como prevención al daño antijurídico con las siguientes directrices: debilidad de la defensa, conciliaciones necesarias, clase de proceso, cuantía por entidades, falencias en las pruebas documentales dentro del proceso

en manos de diferentes entidades, posibles riesgos del Estado que debe asumir en protección de sus intereses jurídicos.

Este introdujo además en su capítulo 5° la creación de una “Abogacía General del Estado” también direccionada a la prevención al daño antijurídico, a la corrupción en busca de una gestión jurídica pública eficaz, con cambios en su estructura en protección a los intereses del estado enunciados en la parte inicial y que se consolidan en lo siguiente: desarrollar un mecanismo de riesgos jurídicos para reducir el daño antijurídico en acción u omisión que afectan los derechos y bienes de los ciudadanos, promover las conciliación como mecanismos alternativos, una defensa del Estado que se desempeñe en todos los escenarios como para garantizar la seguridad jurídica y la confianza ciudadana.

Por los motivos expuestos desde el inicio de estos antecedentes históricos se crea la Agencia de Defensa Jurídica del Estado a través de la Ley 1444 de 2011 en su artículo 5 y el Decreto 4085 del mismo año que regula su funcionamiento y su estructura, ambos con unos lineamiento claros en cuanto a su objetivo, a la cual obligatoriamente tendrán que incorporarse las entidades públicas y sus abogados con el propósito de prevenir el daño antijurídico, identificar las causas de litigios y realizar un análisis de las providencias y conciliaciones judiciales que se susciten; además de la causa que originan los litigios en contra del Estado, y en este sentido una selección de abogados con la correspondiente idoneidad para enfrentar los mismos y reducir la responsabilidad patrimonial del Estado y al mismo tiempo el litigio; en atención al Artículo 209 de la Constitución Política Colombiana que se refiere a la función administrativa con respecto a los principios de la misma y los intereses generales, con la centralización, delegación y desconcentración. (A.J. Avance Jurídico, 2015)

1.1 Estructura de la defensa jurídica del estado

Para contrarrestar dicha defensa jurídica del Estado se Tomó el modelo de otros países para

estructurarla y consolidarla tema que se ahondará más adelante es así como se constituye sobre un modelo de gestión jurídica híbrido que consiste en según el autor en “**Una institución reguladora/supervisora/coordinadora de varias instituciones/personas responsables**” igual que Perú aunque el modelo de Colombia era un modelo desconcentrado había que superar las falencias del mismo; esto es preparar ese recurso humano asignado para la defensa jurídica del Estado que actuaría en las demandas instauradas contra el Estado, de allí que se pensara en un modelo distinto ya fuera híbrido o concentrado que salvara dicha defensa del Estado. (Fernando, 2013)

El Decreto 4085 de 2011 en su artículo 8 establece la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la siguiente manera:

1.1.1 Funciones

El decreto 4085 de 2011 en su artículo 1° del Capítulo I se refiere a la naturaleza y las funciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en cuanto a que es “una entidad descentralizada del orden nacional, que forma parte de la Rama Ejecutiva, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho”. De otro lado El artículo 6° del mismo decreto comprende las funciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado así:

- Políticas: Hace referencia a las políticas públicas a implementar a fin de prevenir el daño antijurídico, la defensa y protección de los intereses litigiosos del Estado, crear un plan estratégico en la prevención del daño antijurídico, para la intervención en procesos judiciales en los cuales el Estado o sus entidades públicas sea demandado o demandante o deba intervenir, para el cumplimiento de las sentencia y conciliaciones , para la recuperación de los dineros públicos a través de la acción de repetición, junto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, afrontar las controversias que afectan negativamente
- en materia fiscal y que son prioritarias, para las entidades estatales y servidores públicos; para la prevención del daño antijurídico, para la defensa jurídica efectiva del Estado, para la disminución de la responsabilidad patrimonial y para la recuperación de recursos públicos, esto es con las entidades y organismos del orden nacional.
- Coordinación de la defensa: Diseño de estrategias para una adecuado desempeño de la defensa jurídica del Estado, así como para la información, prevención y conciliación, capacitación y actualización de las modificaciones normativas y jurisprudenciales a los servidores públicos y contratistas que intervienen en la defensa jurídica del Estado, a dichos lineamientos tendrán que adherirse los abogados que represente las entidades del orden nacional; como además a los lineamiento de prevención del daño antijurídico conciliaciones al sistema único de información como además para las entidades del orden nacional.
- Representación: Se refiere a la participación de acuerdo al rol que lo determine de la defensa jurídica del Estado en los procesos judiciales de acuerdo a la materia según los siguientes parámetros:
- La cuantía de la demanda; es la cantidad de procesos similares; incidencia de los fundamentos fácticos o jurídicos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo; crear si es posible crear un precedente jurisprudencial de acuerdo a su importancia.
- Asignar a los apoderados que asumirán el papel de la Defensa en los diferentes procesos como también la coordinación y adjudicación que en material internacional tengan los procesos esto es ante jueces y organismos internacionales según los tratados y acuerdos que lo regulen.
- Participar en la creación de comités técnicos junto con las diferentes entidades que permi-

ta una mejor defensa en los procesos que se adelantes en instancias internacionales

- Apoyar según los precedentes y cuando procedan acciones de tutela contra sentencias de condena en contra de Entidades Públicas, como también presentarlas por las propias.
- Insistir en la selección de sentencias de tutela para ser revisadas por la Corte Constitucional de acuerdo a la norma.
- Participar cuando sea necesario en los Comités de Conciliación de las entidades u organismos del orden nacional, con derecho a voz y voto y mediar en los conflictos entre entidades y organismos del orden nacional
- Llevar un control de la aplicación de la acción de repetición por parte de las entidades del orden nacional así como también su ejecución para el pago de sentencias y conciliaciones de carácter indemnizatorio ocasionadas por dolo o culpa grave de los agentes estatales, y si estas entidades no lo hacen la Agencia podrá realizarla directamente, representación judicial para la cual deberá suscribir convenios interadministrativos y otorgamiento de poder.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado tendrá las pautas para decidir en qué momento su intervención en procesos judiciales es obligatoria.

En relación con la gestión del conocimiento y evaluación de la defensa:

La actualización del Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa de la Nación con acompañamiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo al artículo 15 de la Ley 790 de 2002 y el Decreto 1795 de 2007, que se utilizará y alimentará por todas las entidades y organismos estatales del orden nacional, cualquiera sea su naturaleza jurídica y por aquellas entidades privadas que administren recursos públicos; actualización que permitirá estimar de manera permanente y actualizada del pa-

sivo contingente por sentencias y conciliaciones de las entidades públicas bajo los parámetros del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según el artículo 3° de la Ley 819 de 2003.

Identificar a través de reportes los riesgos fiscales de los procesos.

Procesos que permitan la verificación de la información de los procesos en dicho sistema de la actividad litigiosa

Consultas seguras para consulta y reportes al sistema para aquellas entidades encargadas de recaudar y producir su información.

Evaluación de la defensa Jurídica del Estado a través de indicadores para determinar su resultado e incidencia.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no podrá ser demandada como parte dentro del proceso tampoco asumirá las obligaciones patrimoniales de las entidades que represente.

El sistema LITIGOB se integrará al Sistema Único de Gestión e Información el cual para su funcionamiento adecuado participará del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Aunque el Estado Colombiano a través del ordenamiento jurídico ha incorporado una Defensa jurídica en procura de salvaguardar sus intereses y motivada por la responsabilidad del Estado que garantiza la Constitución de 1991 en su artículo 90, trajo consigo reclamaciones desmesuradas por parte de los ciudadanos en general, reclamaciones que desencadenaron una cantidad significativa de demandas en contra del Estado, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ha sido ajustada normativamente de acuerdo a las necesidades y a los resultados en su implementación y funcionamiento, es claro que el objetivo está encaminado a reducir el pasivo contingente obtenido con el esfuerzo en la prevención del daño antijurídico y el papel desempeñado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; por tal razón tanto las Entidades Territoriales como los servidores públicos en el desempeño de sus funciones públicas deben atender a los princi-

pios contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, para que así dentro del Estado social de derecho incorporado con la Constitución de 1.991 se hagan efectivos los fines esenciales del Estado, solo de esta manera la defensa del Estado de la cual se encarga dicha Agencia podrá cumplir con los objetivos para la cual fue instituida; pero esto no será posible si no se toma conciencia por los funcionarios del Estado de la importancia de la prevención del daño antijurídico y la afectación por el pago de las condenas a los recursos públicos que pudieran evitarse si los mismo cumplieran a cabalidad su papel y si la ciudadanía en general dejara de ver en el Estado la oportunidad para aumentar su propio patrimonio.

2. Responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano

Para determinar y hablar de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, debemos de tener presente el artículo 90 de la Constitución Política del año 1991, donde la responsabilidad expresada allí por parte del Estado, es aquella donde se evidencia “el daño”, siendo este considerado como el que el ciudadano no está obligado a soportar. Es por tanto que este artículo presenta un régimen de responsabilidad objetiva, pues se indagará siempre por el qué fue lo que ocurrió al momento de darse el daño antijurídico; a partir de este punto inicial, es donde se determinará qué tanta responsabilidad tiene el Estado en ese resultado ocasionado generalmente por un servidor o servidores públicos revestidos de autoridad.

Todo esto conlleva a que sea menos importante o necesario el elemento intencional o subjetivo del autor del daño y cobra mayor relevancia, tanto para efectos de determinar el régimen de responsabilidad aplicable como para indemnizar los perjuicios sufridos por las víctimas, el resultado dañoso que experimenta el ofendido así en su patrimonio como en la órbita extra-patrimonial. Y que los regímenes conocidos de responsabilidad (falla probada, falla presunta y regímenes

objetivos) ya no son el fundamento sino que se convierten en recursos de la técnica jurídica destinados a hacer actuar la responsabilidad del Estado. (Irisarri Boada, 2.000).

2.1 Conceptualización

La responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano está concebida para aquellos eventos en los que entre la víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aun así existe tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes. Pues cuando existe este vínculo con anterioridad, es lo que conocemos en materia Civil claramente como un “Contrato”, donde se establecen condiciones y relación entre las partes.

Es por tanto, que el autor colombiano Martínez Rave (1.988, pág. 12) define la responsabilidad extracontractual como “la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso”. En esta definición el autor no hace referencia alguna al hecho de que las partes de la relación dañosa, es decir, la víctima y el autor del daño tengan o no relación o vínculo jurídico anterior, pero en la misma obra en páginas anteriores al referirse a la responsabilidad en general, consagra lo que tradicionalmente se ha entendido por responsabilidad extracontractual como “la que nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la relaciona ningún nexo contractual legal. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior”. (1.988, pág. 12)

A partir de esta aclaración previa, se considera entonces que los daños ocasionados por el Estado Colombiano, en cabeza de sus servidores públicos, son generados por así decirlo, sin ninguna intención directa sobre la víctima, es por tanto que existen como mecanismos de defensa de estos tipos de daños, unos eximentes de respon-

sabilidad contemplados en nuestra normatividad, los cuales siendo utilizados adecuadamente por la defensa del mismo Estado, lograrían reducir los altos índices a los que se dedican a pagar por indemnizaciones. A continuación se identifican cada uno de estos eximentes, y considerar entonces como el Estado con una óptima utilización de estos, podría llegar a salir exonerado de muchas responsabilidades.

2.2 Eximentes de responsabilidad estatal

Según el autor Héctor Patiño en su documento sobre “Causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual [...]”, aborda y profundiza los eximentes de Responsabilidad de la siguiente manera:

Las causales exonerativas, están relacionadas como parte del derecho de defensa, donde el Estado puede recurrir a ciertas causales que impidan imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, total o parcialmente, la declaratoria de responsabilidad. Dichas causales operan como excepciones a alguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad. Para la aplicación adecuada de cada una de estas causales, se les exigen que cumplan con la generalidad o sea, que contemplen al momento en que se dan los requisitos de: la irresistibilidad, la imprevisibilidad y su exterioridad¹. Para entender más adecuadamente estas dos primeras características, tenemos que: a) que el hecho sea imprevisible, esto es, que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Por el contrario, si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, tal hecho no estructura el elemento imprevisible; y b) Que el hecho sea irresistible, o sea, que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. En este preciso punto es in-

dispensable anotar la diferencia existente entre la imposibilidad para resistir o superar el hecho y la dificultad para enfrentarlo. Mientras que la exterioridad, consiste en el resultado expresado en la realidad, esa finalidad provocada por el daño antijurídico, tanto que se puede observar, medir, etc.

2.2.1 Fuerza mayor

Se conceptualiza como el acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar.

Esta causal, está basada directamente de hechos humanos, regidos dentro de la imprevisibilidad y la irresistibilidad, no hay un querer directo, solo que suceden situaciones donde al mismo hombre se le es difícil -en este caso, es imposible impedir que se detenga-. Además, se puede concebir como el suceso externo a la actividad de la administración, imprevisible, es decir, no hay manera de sospechar la ocurrencia del hecho dañino e irresistible, o sea, aquel de tal entidad que es imposible contrarrestar.

Es por tanto, que en Colombia esta figura está definida legalmente en el artículo 64 del Código Civil de la siguiente manera “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

2.2.2 Caso Fortuito

La jurisprudencia y la doctrina se refieren al caso fortuito como sinónimo de “causa desconocida”, la cual si bien puede o no puede ser previsible o imprevisible, y en todos los casos es irresistible, se reputa como consustancial a la actividad en desarrollo de la cual se causa el daño

1 Radicado N° 18.800. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Concejo de Estado – Sala de lo contencioso Administrativo sección tercera. Bogotá D.C., 23 de Junio de 2.010

lo que le da el carácter de interioridad, razón por la cual no tiene la potencialidad de exonerar de responsabilidad en aquellos regímenes por riesgo excepcional proveniente de la realización de una actividad peligrosa.

Es por ello, que se habla desde el sentido de la imprevisibilidad, en cuanto no se sabe con exactitud cuándo se va a dar, pero no cabe el término de la irresistibilidad, debido a que como consecuencia de su producción se derivan desde la naturaleza misma, es el hombre quien provoca en muchos casos esa situación, desde el punto en que se pueden evitar muchas acciones en contra de la naturaleza, para que esta no cobre de cierto modo venganza por la mala mano del hombre (Es un hecho que solo depende de la naturaleza).

Sobre el tema del caso fortuito y la fuerza mayor hay que aclarar que para los civilistas no hay distinción alguna entre estos dos fenómenos, por lo tanto se habla indistintamente de caso fortuito o fuerza mayor. Para los administrativistas, estas causales son diferentes y consideran que se está en presencia de fuerza mayor, cuando el acontecimiento resulta completamente externo al accionar del agente y constituye caso fortuito aquel evento cuya causal es desconocida mas no externa o exterior a la actividad del agente. (Irisarri Boada, 2000)

2.2.3 Responsabilidad de la víctima

Esta figura exonerativa parte de la lógica de que quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar. Así pues, el artículo 2357 del Código Civil establece textualmente: “La apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”, es entonces que la misma víctima produce el resultado dañoso.

Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de *irresistibilidad* e *imprevisibilidad* de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos.

“En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en *posición de garante* frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. *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”².

Cuando la actividad de la víctima puede considerarse como causa exclusiva del daño, habrá exoneración total para el demandado; pero importa el hecho de la víctima sea culposo o no; en este caso, ese hecho constituye una fuerza mayor que exonera totalmente al demandado...” (Tamayo Jaramillo, 2007)

Esta causal entonces, se presenta en los eventos en que la configuración del daño es consecuencia del actuar culposo o doloso de la víctima. Si la razón del daño proviene exclusivamente de la culpa del perjudicado, esto producirá una exoneración total por parte del Estado de la responsabilidad.

2.2.4 Responsabilidad de un tercero

Esta causal de exoneración parte del supuesto inicial, según el cual, el causante directo del

2 Acerca del concepto de posición de garante, así como su aplicación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, se pueden consultar las siguientes sentencias: de 4 de octubre de 2007, exp. 15567, de 4 de diciembre de 2007, exp. 16894, y 20 de febrero de 2008, exp. 16696.

daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad (Estado). Es importante tener en cuenta que no son considerados terceros las personas a quienes además del demandado, la ley adjudica responsabilidad solidaria o indistinta y que por ende resultan obligados. El tercero es alguien extraño, por quien no se debe responder; es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria y al cual se le imputa la comisión exclusiva o solidaria de los hechos en tanto su conducta es determinante del daño y por tanto mantiene el nexo causal. Es necesario que el daño haya sido provocado exclusivamente por la acción de ese tercero, si no es así, no se configurara esta causal exonerativa. Además cabe acotar, que dicho tercero, es quien resulta culpable de causar el resultado dañoso, es por tanto que cuando se tiene con la oportunidad de demostrar este punto en la defensa del Estado, se considera que ya no entraría a responder, es por tanto una de las causales más importantes para exonerar al Estado de algunas responsabilidades.

3. Línea jurisprudencial del consejo de estado frente a demandas contra el ejército nacional

Dentro del contexto de la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Ejército Nacional encontramos sentencias que abordan casos de responsabilidad estatal por uso de arma oficial; temas relacionados con daños padecidos por integrantes de la Fuerza Pública, vinculados obligatoriamente al servicio; y temas en lo atinente a la responsabilidad por los daños causados a los integrantes voluntarios de la Fuerza Pública y a la comunidad en general entre los más casos más frecuentes.

Con el fin de rastrear la línea jurisprudencial sobre cómo se ha estructurado la responsabilidad del Estado, se abordaron los siguientes procesos:

Proceso de radicado: 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334) Magistrado Ponente:

te: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, del 27 de febrero de 2013,

PROCESO DE RADICADO: 63001233100020010015301 (29419) Del 12 de noviembre de 2014

Proceso con radicado número: 18001-23-31-000-2000-00074-01(31190) del MP RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO, del 29 de agosto de 2014

Proceso de radicado: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), del magistrado ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA del (28) de enero de dos mil quince (2015)

Proceso con RADICADO: 63001-3331-002-2006-00069-01, la magistrada Ponente: MÓNICA ADRIANA ÁNGEL GÓMEZ, del veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015),

A partir de la lectura de las sentencias referenciadas de los años 2013, 2014 y 2015 se rastrearon los planteamientos formulados en ellas en los siguientes temas: 1- El papel de los eximientes de responsabilidad. 2.-Criterios para imputar responsabilidad. 3. ¿Cuál es el papel del juez frente a los procesos de responsabilidad?, 4. ¿Qué es lo que debe tener en cuenta la defensa para argumentar? 5. Lineamientos frente a la responsabilidad bajo el título de falla del servicio, 6. ¿Cuándo el daño no será imputable a la víctima?

En cuanto al primer punto sobre el papel de los eximientes de responsabilidad, encontramos lo siguiente:

Las tradicionalmente denominadas causas eximientes de responsabilidad -fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible 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.³

En sentencia con radicado: 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334) Magistrado Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, del 27 de febrero de 2013, se encuentra:

También se considera que para que se configure el hecho de la víctima como factor eximente o atenuante de responsabilidad, no es necesario que la entidad demandada acredite la irresistibilidad o imprevisibilidad del comportamiento de la víctima, pues basta con argumentar que es una causa adecuada y determinante para la producción del daño. Así se ha señalado por esta Corporación:

En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquella fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis.

En relación con el segundo aspecto sobre los criterios para imputar responsabilidad encontramos en Sentencia con RADICADO: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), del Magistrado Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

GAMBOA del (28) de enero de dos mil quince (2015), lo siguiente:

La jurisprudencia de la Corporación ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de enfrentamientos armados, a partir de tres criterios de imputación, a saber: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda.

En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado; empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración. En lo que concierne al riesgo excepcional como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados en enfrentamientos armados, habrá lugar a la aplicación del mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado.

En efecto, es claro que en el desarrollo de las actividades cotidianas del mundo moderno la sociedad se enfrenta a situaciones de riesgo que le son ineludibles, y dentro de tal contexto la administración pública, como lo indica Forstho-

3 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintiocho 28 de abril de 2010. Radicado: 18562. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

ff (1958, p. 467) “puede crear estas situaciones excepcionales de peligro a las que nadie puede sustraerse y en las que ninguna protección existe para el particular”, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados.

Por último, el otro criterio de imputación aplicable en casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por enfrentamiento con grupos armados insurgentes es el de daño especial, que corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos⁴ “como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado”⁵.

Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico éste se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

Para el caso concreto de los enfrentamientos armados, no hay duda que se excede en lo normal la afectación que están obligados a soportar los miembros de la sociedad civil, cuando un menor de edad resulta lesionado por un artefacto explosivo que se ha quedado extraviado en el lugar donde se dio tal enfrentamiento.

Sobre la aplicación del daño especial cuando se presentan lesiones en civiles como consecuencia de enfrentamientos armados, la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido su aplicación puesto que tales lesiones imponen “una carga

claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia del ejercicio del poder”.

En cuanto al tercer aspecto sobre el papel del juez, en sentencia con radicado: 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334) Magistrado Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, del 27 de febrero de 2013, se encuentra que esta Corporación judicial ha sostenido lo siguiente:

[...] será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

En sentencia con RADICADO: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), del Magistrado Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA del (28) de enero de dos mil quince (2015), nos expresa: “ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”

En relación al cuarto aspecto sobre lo que debe tener en cuenta la defensa para argumentar, en el PROCESO DE RADICADO: 63001233100020010015301 (29419) Del 12 de noviembre de 2014, expresa lo siguiente:

Si las entidades demandadas pretendían que en el proceso se les absolviera porque los

4 “la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto”. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicado: (16696)

5 Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

desmanes ocurridos superaron cualquier expectativa previsible, han debido probar las medidas que tomó el comité de emergencias para hacer efectivo el toque de queda y acreditar situaciones anómalas y extraordinarias que superaron cualquier previsibilidad, presentadas después del sismo; pero la Alcaldía se limitó a afirmar el cumplimiento de su deber con la simple expedición del Decreto que estableció el toque de queda; por su parte la Policía anunció en su petición de pruebas que acreditaría todas las actividades que desarrolló, pero tales pruebas no llegaron al proceso; y la otra entidad demandada, el Ejército Nacional, contestó extemporáneamente la demanda. Así las cosas, lo que evidencian las pruebas del expediente es la inactividad de las entidades demandadas y la falta de coordinación en sus funciones, para atender la situación de Desastres que se presentó en el municipio de Calarcá días después de ocurrido el terremoto del 25 de enero de 1999.

En cuanto a los lineamientos frente a la responsabilidad bajo el título de falla del servicio, el proceso con radicado número: 18001-23-31-000-2000-00074-01(31190) del MP Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, del 29 de agosto de 2014, expresa:

Las diferentes Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado al juzgar la responsabilidad estatal por tomas guerrilleras han fijado unos lineamientos claros frente a un mismo punto de derecho cuando se ha definido su responsabilidad bajo el título jurídico de imputación de falla del servicio por la muerte de oficiales, suboficiales y soldados, que con ocasión de su vinculación a la fuerza pública, murieron por acción de la insurgencia armada en el curso de operaciones militares, responsabilidad fundamentada en fallas estructurales de planeamiento y desarrollo de las actividades militares, lo que ha facilitado que el enemigo pudiera atesarle derrotas militares al Ejército Nacional, siendo las más graves la pérdida de vidas humanas de los integrantes de las unidades militares que han sucumbido en el contexto

del ataque guerrillero. (...) De este modo, tanto el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 como la sentencia C-836 de 2001 exigen que es indispensable tres sentencias sobre un mismo punto de derecho, para que se constituya “doctrina probable” y, en consecuencia, conformen un precedente. Al respecto, las diferentes Subsecciones de la Sección Tercera se han pronunciado de manera uniforme, constante y reiterada, así: i) la sentencia del 25 de mayo del 2011 de la Subsección C declaró la responsabilidad del Estado y lo condenó por la muerte de varios militares en el ataque guerrillero a la base militar de “Las Delicias”, que tuvo lugar el 30 de agosto de 1996; ii) la sentencia del 7 de abril del 2011 de la Subsección A que estudió la responsabilidad del Estado por el ataque guerrillero a la base militar del cerro de “Patascocoy”, el cual tuvo lugar el 21 de diciembre de 1997; y iii) la sentencia del 26 de junio del 2014 de la Subsección B que analizó la responsabilidad del Estado por los hechos ocurridos el 3 de marzo de 1998 en la vereda “El Billar” en zona rural del municipio de Cartagena del Chairá, Caquetá, en la que resultaron muertos, secuestrados y heridos varios militares por fallas estructurales en las que incurrió el Ejército Nacional, situación fáctica similar al subjuice. (...) La Sala pone de presente que los anteriores lineamientos jurisprudenciales y particularmente esta última decisión, por tratarse de un mismo punto de derecho, son vinculantes, en principio, para el caso concreto, (...) la Sala reitera la postura jurídica construida por las anteriores decisiones con base en las siguientes razones: i) Semejanza o concurrencia objetiva entre los supuestos fácticos y normativos: existen semejanzas entre las premisas fácticas y normativas de las sentencias que juzgaron la responsabilidad estatal en la toma armada de Patascocoy, Las Delicias, Cartagena del Chairá, y el caso presente, pues se trata de decisiones que provienen de una corriente de precedentes en los que se constató que uniformados murieron en similares circunstancias a manos de la guerrilla por fallas en el planeamiento del aparato militar, circunstancias que per-

mitieron que el enemigo pudiera propinarle pérdidas de vidas humanas al Ejército Nacional en el contexto del ataque guerrillero; situación que impone para el caso presente reiterar las anteriores decisiones por exigencia de igualdad de trato, en la que se puede constatar, en palabras de Alexy, un estado de saturación de premisas normativas; ii) Diferenciación subjetiva. Se trata de un destinatario diferente a los beneficiados con las decisiones judiciales anteriores. iii) Adecuación y vigencia de la aplicación de la regla de decisión anterior al presente caso. La consecuencia jurídica que se aplicó para la resolución de los casos anteriores es susceptible de ser aplicada al presente caso y está vigente. iv) Lineamiento jurisprudencial constante: El Consejo de Estado declaró la responsabilidad a cargo de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a título de falla del servicio, por cuanto se acreditó que los daños infligidos a soldados a manos de un tercero se originaron por un defectuoso funcionamiento del aparato militar. (...) En el caso concreto, siguiendo las premisas fácticas de la sentencia del 26 de junio de 2014 de la Sección Tercera, Subsección B, está demostrada la falla en el servicio por omisión en la que incurrió el Ejército Nacional por las siguientes razones: (...) La composición de la Brigada Móvil n.º 3 fue inadecuada (...) La Brigada Móvil n.º 3 tenía un déficit de material de guerra, (...) La Brigada Móvil n.º 3 afrontó una precaria información de inteligencia (...) La Brigada Móvil n.º 3 no contó de manera oportuna con el apoyo aéreo-táctico y de comunicaciones para desplegarse en la zona ni para evacuar a los heridos en caso de combate (...) La Brigada Móvil n.º 3 no se alistó debidamente (...) Para la Sala está demostrado que la derrota operacional ocurrida en inmediaciones de la zona rural de Cartagena del Chairá el 3 de marzo de 1998, en la que falleció el soldado Jorge Washington Ortiz Jiménez, tuvo como origen la abstención voluntaria del Ejército Nacional de ejercer sus deberes funcionales y evitar el resultado dañoso mediante la adopción oportuna de medidas tendientes a prevenir la lesión a los derechos funda-

mentales a la vida y a la integridad física de los militares; omisión reprochable que puso a los soldados en un escenario de gran vulnerabilidad, por cuanto un ataque guerrillero por parte del bloque sur de las FARC era una amenaza inminente y completamente previsible para los mandos superiores del Ejército Nacional, como lo concluyó la investigación disciplinaria adelantada por el Comando de la Armada Nacional en contra de los oficiales superiores de la Brigada Móvil n.º 3 (...) En consecuencia, las fallas por omisión anteriormente enlistadas son suficientes para imputar responsabilidad a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por los daños ocasionados a los familiares del militar fallecido, razón por lo cual, en aras de preservar el principio de igualdad, la Sala reiterará el criterio fijado en decisiones anteriores y particularmente la del 26 de junio del 2014, por tratarse de un caso con supuestos fácticos y jurídicos similares. (...) El daño antijurídico ocasionado a los actores se produjo como consecuencia de la abstención a deberes funcionales que le imponía el ordenamiento jurídico al Ejército Nacional como lo son la obligación de proteger la vida y la integridad personal de sus soldados y, en consecuencia, esta defraudación normativa se enmarca dentro del régimen jurídico de la falla del servicio por omisión, lo que obliga a revocar la sentencia apelada y a declarar la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, con la correspondiente indemnización de perjuicios”.

En cuanto a qué daño no será imputable al Estado, en proceso con RADICADO: 63001-3331-002-2006-00069-01, la magistrada Ponente: MÓNICA ADRIANA ÁNGEL GÓMEZ, del veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015), nos expresa:

La Sala aplicó en la solución de los casos, los **distintos regímenes de responsabilidad**. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de **daño especial** cuando el daño se produjo 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 proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, **en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal.**⁷⁶ (Negritillas fuera de texto).

4. Defensa jurídica del Estado colombiano

4.1 Debilidades

Respecto a las debilidades de la defensa jurídica del Estado Colombiano, identificada por diagnósticos impulsados por la banca multilateral (Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial), se pueden resaltar:

- Incoherencia en el sistema de defensa jurídica del Estado.
- Falta de estrategias para prevenir y mitigar el daño antijurídico producido por la actividad estatal, y por otra, en el hecho de que las entidades públicas, a pesar de ser demandadas con frecuencia, actuaban como si fueran litigantes ocasionales, es decir, carecían de un sistema integrado para la defensa de sus intereses litigiosos y de una estrategia para el ma-

nejo del creciente volumen de casos similares, pero que afectaban a varias instituciones por separado.

- En cuanto a la responsabilidad del Estado por parte de los abogados, se precisan las siguientes debilidades:
- Falta de participación en el debate probatorio dentro del proceso.
- Ausencia generalizada de alegatos de conclusión, y hasta de recursos de apelación frente a decisiones adoptadas en contra del Estado.
- Falta de sustentación adecuada de las apelaciones, pues los abogados solo las interponían como formalidad para evitar posibles investigaciones disciplinarias, pero no impulsaban el recurso con las herramientas adecuadas para asegurar un resultado exitoso.
- Lento avance del proceso judicial hasta su última instancia (con frecuencia superior a 10 años), generando asignaciones crecientes de recursos públicos para el pago de sentencias y conciliaciones en detrimento de recursos para inversión social. (BID, ¿Es Efectiva la Defensa Jurídica del Estado? 2014)

En general, la insuficiente efectividad de la acción jurídica se explica por los problemas que subyacen en todo el ciclo de defensa jurídica.

Seguidamente, lo anterior se contextualiza en el marco del pago de sentencias y conciliaciones por el Estado entre los años 2000-2013.

6 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 2009, Radicación N°: 25000-23-26-000-1995-01600-01(18070). C. P. RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Tesis reiterada en la sentencia antes citada del año 2010, Radicación No: 25000-23-26-000-1996-03096-01(17992). C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ, así:

“Abora, en relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, la Sala ha establecido que los mismos pueden ser i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional–, y ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma. En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados a soldados conscriptos, en la medida en la cual su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque respecto de ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estaría sometido y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.”

La Nación presenta una tendencia creciente en los pagos de sentencias y conciliaciones desde el año 2000 que, en términos generales, está explicada tanto por el aumento en la cantidad de procesos como por los montos de sus pretensiones. Sin embargo, no se puede ignorar como posible causa del incremento en los pagos, su correlación con las debilidades y limitaciones en la capacidad de defensa legal por parte del Estado, lo cual se evidencia en la baja tasa de éxito de la defensa jurídica de las entidades. El conjunto de estas deficiencias se convierte en el objeto de gestión de la Agencia, con miras a prevenir el daño antijurídico y a mejorar la defensa con el fin de proteger el patrimonio público.

De acuerdo con los cálculos de la Dirección de Gestión de Información de la Agencia, los desembolsos realizados por las Entidades Públicas de orden nacional han tenido un crecimiento exponencial del 492% entre el año 2000 y el 2012.

4.1.1 Papel de la defensa ante la responsabilidad administrativa del ejército nacional

El objetivo misional del Ministerio de Defensa Nacional es “Contribuir a la gobernabilidad democrática, la prosperidad colectiva y la erradicación de la violencia, mediante el ejercicio de la seguridad y la defensa, la aplicación adecuada y focalizada de la fuerza y el desarrollo de capacidades mínimas disuasivas.”.

Según el estudio elaborado por el Ministerio del Interior “Bases para la política de prevención del daño antijurídico del Estado” (2010), una de las entidades con mayor número de demandas en su contra es el Ejército de Colombia, de ahí que con base en este estudio se consideró la formulación de un proyecto que ofrece un Modelo flexible de Gestión de la Defensa Jurídica Pública que puede ser rediseñado e implementado para conseguir una disminución significativa de Daños Antijurídicos y una Protección y Defensa Efectiva de los Intereses Litigiosos del Ejército y de la Policía Nacional (Min. Interior, 2013).

Ahora bien, haciendo referencia al papel de la defensa jurídica del Estado ante la responsabilidad administrativa del Ejército Nacional, se toma en consideración algunas sentencias del Consejo de Estado, en aras de identificar la actuación de la defensa ante la imputación de responsabilidad.

En la sentencia 32912 del 28 de enero de 2015, del Consejo de Estado, la parte demandada argumenta que el hecho es exclusivo y determinante de un tercero, esto como eximente de responsabilidad, toda vez que, a su juicio, la afección que sufrió el actor fue responsabilidad del joven Santiago Zuluaga, quien hizo explotar la granada. Asimismo, agrega que “en casos de explosión de artefactos explosivos que causan daños a particulares, es necesario acreditar que eran de propiedad, dotación, tenencia o custodia de la entidad demandada, pues de lo contrario no se le puede imputar responsabilidad de forma tal que la conducta de los militares no puede ser encuadrada dentro de la teoría del riesgo o del daño excepcional.

De ahí que el problema jurídico a resolver es si ¿le es atribuible al Ejército Nacional el daño sufrido por el menor WALTER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, al resultar lesionado por la explosión de una granada que encontró en un lugar en donde en días anteriores se había desarrollado un operativo militar?

Ante esta situación la parte demandada se defiende, argumentando:

“No existe ninguna prueba, que permita señalar que el artefacto explosivo era propiedad del Ejército. Por el contrario la entidad certifica que las únicas granadas utilizadas, cumplieron su objetivo explotando el día de los hechos, con ocasión del enfrentamiento con los subversivos.

En este orden de ideas, se llega a la conclusión de que no se comprobó que los miembros del Ejército Nacional, *de manera imprudente, ajenos a su deber de cuidado, hubieran dejado olvidado el artefacto, que después fue manipulado*

por quien murió y lesionó a WALTER DARIO (sic) JIMENEZ, de forma tal que la conducta de los militares no puede ser encuadrada dentro de la teoría del riesgo o del daño excepcional.

No se demostró ningún nexo de causalidad, se reitera, entre el actuar del Ministerio de Defensa, a través del EJERCITO NACIONAL y las lesiones sufridas por el antes mencionado y por supuesto el consecuente daño a los demandantes. Por lo tanto, reitera esta Sala, no puede tildarse culpabilidad por falla ó (sic) falta en el servicio de esta Institución, ya que no puede hacerse responsable el actuar de un tercero, como lo son las autodefensas, debiéndose negar las pretensiones de la demanda.”

Se podría decir que dichos argumentos son creíbles, sin embargo, también surge la pregunta acerca de la preparación y formación de los apoderados de la defensa, en cuanto a la actuación en derecho, puesto que los argumentos son mediáticos y no se mira el contexto internacional respecto a los Tratados y Convenios, donde se muestra la gran responsabilidad del Estado para con las personas, y a partir de esta comprensión, entender hasta donde se puede actuar, acudir a la conciliación, y así evitar desgaste del aparato judicial y la disminución de la pretensión económica.

Por ejemplo, entre las obligaciones que se establecen en la Convención de Ginebra, resulta trascendente para el caso concreto según lo consagrado Artículo 10, del protocolo II, norma que dispone.

ARTÍCULO 10. REMOCION DE CAMPOS DE MINAS, ZONAS MINADAS, MINAS, ARMAS TRAMPA Y OTROS ARTEFACTOS Y COOPERACION INTERNACIONAL.

1. Sin demora alguna tras del cese de las hostilidades activas, se deberá limpiar, remover, destruir o mantener de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° y en el párrafo 2° del artículo 5° del presente protocolo, todos los campos de minas, zonas minadas, minas, armas trampa y otros artefactos”.

2. Incumbe a las Altas Partes Contratantes y a las partes en un conflicto esa responsa-

bilidad respecto de los campos de minas, las zonas minadas, las minas, las armas trampa y otros artefactos que se encuentren en zonas que estén bajo su control”. [Subrayado fuera de texto].

Es por ello que se hace necesario que la Defensa Jurídica en su actuación tenga en cuenta que el Estado Colombiano, no es una rueda suelta, que hace parte de Tratados, Convenios, en consonancia con el Bloque de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad.

Es vital que el Estado colombiano a partir de la Agencia de la Defensa Jurídica, aúnen esfuerzos en el diseño y activación de estrategias que propendan la prevención del daño antijurídico, involucrando a la institucionalidad y a los servidores públicos.

4.1.2 Gestión y resultados de la agencia nacional de la defensa jurídica del Estado

La evaluación de la gestión y resultados se fundamenta en los sistemas de control de Gestión, Resultados, Legalidad, Financiero y Control Interno, estos consagrados en el Plan Estratégico 2011-2014, como principal instrumento de planeación y referente de gestión institucional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado No obstante, se observaron deficiencias en el proceso de planeación para cumplir las actividades establecidas en los planes, programas y proyectos en cumplimiento de su función. De ahí que respecto al control de legalidad, la entidad dio cumplimiento a la normatividad vigente aplicable a sus operaciones, así como a las normas externas e internas vigentes, no obstante se evidenciaron situaciones de debilidad en supervisión, publicidad y trazabilidad en los proceso contractuales; seguidamente se hace referencia al control financiero, en el cual se determinaron salvedades originadas en la falta de registro de la totalidad de la información en las notas a los Estados Financieros, la falta de cálculo y registro de la totalidad de las amortizaciones y las debilidades del sistema de

control documental establecido por la Entidad en especial en lo referente a la conciliación de saldos entre las diferentes dependencias.

Lo anterior a su vez está relacionado con los siguientes hallazgos por parte de la Contraloría General de la República:

Respecto a los Riesgos Institucionales, la entidad no cuenta con un Sistema de administración de riesgos en el desarrollo de sus procesos, que le permitan determinar el impacto potencial y su probabilidad de ocurrencia, con miras a establecer su análisis y valoración; tanto de los internos como externos; los cuales pueden afectar el nivel de exposición o grado de vulnerabilidad a que está abocada la entidad; debido a deficiencias en los mecanismos de seguimiento y control, lo que puede afectar o impedir el logro de sus objetivos estratégicos.

En cuanto al seguimiento y control, no se contempló actividades relacionadas con los procesos misionales que permitieran medir la eficiencia y eficacia de la gestión institucional; a través de auditorías que constituyeran un instrumento al ejercicio de la evaluación y verificación. En el cumplimiento de metas a través del Plan de Acción Institucional, presentan deficiencias en la evaluación y seguimiento de los controles, que no permitieron implementar oportunamente acciones correctivas, en el establecimiento de metas, diseño de indicadores y riesgos, lo cual puede ocasionar incumplimiento de lo programado.

En los lineamientos para la formulación de políticas de prevención del daño antijurídico, presenta deficiencias, por cuanto no se evidencia el establecimiento de acciones que pretendan facilitar la realización de actividades reglas, y procedimientos con el fin de tomar decisiones sobre su implementación, coordinación y ejecución en las diferentes entidades y que sirva como un instrumento eficiente para solucionar la problemática generadora del daño.

Respecto a las herramientas de monitoreo y seguimiento a la política pública, no se observaron procedimientos que evidencien, la manera en

que se va a realizar el monitoreo y/o seguimiento a los ciclos de la política pública y que incluya el diseño de indicadores de gestión, que permitan la comparación de los resultados frente a las metas propuestas y a su vez faciliten generar oportunamente alertas tempranas para la toma de correctivos necesarios, que conlleven al logro efectivo de las metas planteadas.

Acerca del sistema de información de actividad litigiosa, se detectó que pese al lanzamiento del Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado E-Kogui, el cual tiene como objetivo, la adecuada gestión del riesgo fiscal asociado a la actividad judicial y extra judicial de la Nación, no ha sido eficaz, por cuanto no se ha cumplido con los objetivos planteados, dado que la entidad no cuenta con la información real para administrar los procesos de tal forma, que le facilite la identificación de variables y tendencias que permitan de manera temprana y efectiva mitigar el riesgo de la generación del daño antijurídico. Lo anterior debido a que en las entidades aún reportan en sistema LITIGOB y están ajustando sus datos a los formatos definidos por la Agencia para el reporte de archivos planos y no han recibido la socialización necesaria para ajustar su información a los requerimientos del nuevo sistema, lo que puede ocasionar que las entidades no cuenten con un mecanismo rápido y ágil para el seguimiento a la actividad de sus apoderados judiciales, en cumplimiento del Decreto No. 4085 de 2011 (Contraloría General de la República, 2013) (BID, Programa de Apoyo a la Modernización de la Abogacía General de la Unión, 2010).

Conclusiones

Con base en el desarrollo del trabajo de investigación se puede acotar lo siguiente:

Frente a las falencias de la Defensa Jurídica del Estado a través de la historia, se debe procurar asumir en cada caso específico donde se pretende la indemnización de un daño, un papel activo en aras de demostrar que no se logra constituir el daño antijurídico, obviamente dentro de los parámetros normativos.

La defensa debe considerar la formulación de argumentos y pruebas con la finalidad de controvertir la existencia de los daños materiales e inmateriales, así como la cuantía de los perjuicios y la aplicación de las reglas de experiencia y presunciones que jurisprudencialmente sirven de base para su tasación.

El papel de la defensa igualmente debe estar atento a solicitar las reducciones y el señalamiento de porcentajes que de conformidad con la ley resulten procedentes, cuando el hecho de la víctima o del tercero, según sea el caso, hayan concurrido a la producción del daño, ello con el fin de evitar liquidaciones desproporcionadas.

El papel de la defensa en los procesos contenciosos ha sido incipiente, puesto que no logra ser efectiva en tanto no se visualiza un papel activo y con estrategias encaminadas a proteger el patrimonio Estatal. Es preocupante la vulnerabilidad en la que se encuentra el Estado, no la logra defensa sustentar las pruebas, antes por el contrario, es alto el desgaste jurídico.

Las entidades convocadas al proceso usualmente contestan la demanda mediante una defensa con discursos muy elementales como por ejemplo: “Inexistencia de falla del servicio”, “el demandante debe probar los hechos alegados”. “Nos ‘atenemos’ a lo que resulte probado en el proceso”, “nos ‘adherimos’ a la petición de pruebas formulada por el demandante”.

Con la obligación constitucional que adquiere el Estado, este debe proteger y garantizar los mínimos fundamentales de todos los ciudadanos lo que exige de él una mayor capacidad de reparación integral, cuando las actuaciones inherentes a la administración se convierten en lesivas. Asimismo, el conflicto permanente en que se encuentra inmerso el país lo lleva a una violación sistemática de los derechos humanos que ha obligado a la sociedad y al Estado a asumir el costo económico del conflicto armado, que genera una necesidad imperiosa de repensar una política pública de prevención del daño antijurídico, ante el desbordamiento paulatino de las finanzas públi-

cas y el riesgo inminente de un desequilibrio fiscal irreversible. El conflicto interno que ha padecido el país durante décadas y una defensa jurídica no empoderada, nos presenta un panorama bastante desalentador que nos lleva a pensar en una impotencia del Estado para ejercer sus funciones y que deja grandes interrogantes acerca de cómo asumirá, y que implicaciones tendrá su responsabilidad en el post conflicto con los grandes costos que puede acarrear.

Referencias

- AJ. Avance Jurídico. (2015, octubre 15). Ministerio de Relaciones Exteriores. Retrieved octubre 15, 2015, from Ministerio de Relaciones Exteriores: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/acuerdo_andje_0008_2015.htm
- BID. (2010). Programa de Apoyo a la Modernización de la Abogacía General de la Unión. Brasil.
- BID. (2014). *¿Es Efectiva la Defensa Jurídica del Estado?* América Latina: Copyright ©.
- Cartujo, I. B. (2000). Tesis Doctoral, Síndrome de Alienación Parental. Barcelona.
- Chile, B. d. (2009). Síndrome de Alineación Parental. Regulación y Jurisprudencia. Chile: Bcn.
- Estado, A. N. (2013). Informe sobre la Actividad Litigiosa de la Nación. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Fernando, C. F. (2013). Hacia un Sistema Integrado de Defensa Jurídica Estatal: situación y perspectivas de una política pública en Colombia. Clad Reforma y Democracia No. 56, 1-35.
- FORSTHOFF, Ernst. (1958) Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Pág. 467.
- Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts.64, 2357 y ss. Abril 15 de 1887(Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const].Art. 2, 90.Julio 7 de 1991(Colombia)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 32912

- (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Enero 28 de 2015).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 25334(M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Febrero 27 de 2013)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 31190(M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; Agosto 29 de 2014).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 63001-3331-002-2006-00069-01(M.P. Mónica Adriana Ángel Gómez; Marzo 27 de 2015)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado N° 18.800. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., 23 de Junio de 2.010.
- Irisarri Boada, C. (2.000). “El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano”. Pontificia universidad javeriana facultad de ciencias jurídicas de-
partamento de derecho público. Santafé de Bogotá, D.C.
- Martínez Rave, G. (1.988). “La responsabilidad civil extracontractual en Colombia” 4ª.ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Patiño, H. (2.008). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. *¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado.* Revista de Derecho Privado N°14
- República, C. G. (2013). Informe Auditoria Externa Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado. Bogotá.
- Sucre, C. U. (2013, Junio 25).
- Sucre, C. U. (2015, Septiembre 16). corposucre. Retrieved from corposucre: <http://orientacion.universia.net.co/universidades-98/noticias/el-sindrome-de-alienacion-parental-en-el-sistema-judicial-1577.html>
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). Tratado de *Responsabilidad Civil*. Tomo II, Bogotá D.C., Colombia: Editorial Legis.