

## **TEMA**

Daño Antijurídico ocasionado a los Menores Reclutados de manera forzosa en Colombia

## **TITULO**

Daño Antijurídico ocasionado a los Menores Reclutados de manera forzosa y que fueran desmovilizados luego de cumplir la mayoría de edad, a propósito de la ley de Víctimas del Conflicto Armado Interno.

### **Planteamiento del Problema**

¿Cuándo se limita con la ley 1448/2011 el acceso a los derechos de atención, asistencia y reparación integral para aquellos adultos desmovilizados que siendo menores fueron reclutados de manera forzosa, se ocasiona sobre estos sujetos un Daño Antijurídico imputable al Estado?

### **Objetivo General**

Determinar si el Estado Colombiano es responsable, cuando reconoce como víctimas a los menores reclutados de manera forzosa, pero se les restringe el acceso a los beneficios otorgados por la ley 1448/2011, por desmovilizarse al momento de ostentar la mayoría de edad.

### **Objetivos Específicos**

1. Comparar la doctrina existente en derecho Administrativo, acerca del concepto de Responsabilidad Estatal, cuando ocasiona un daño antijurídico y a partir de allí;
2. Describir los elementos para que se configure el Daño Antijurídico, analizando si quienes tienen calidad de víctimas al momento de negarse el acceso a los beneficios de protección, de asistencia, atención y reparación, se les ocasiona un daño que no están en el deber legal de soportarlo.

### **Justificación**

En virtud de los principios y derechos fundamentales avocados por la norma superior, encontramos el desarrollo y la noción donde ningún individuo está obligado a tolerar un daño sin encontrarse en la obligación de soportarlo, por disposición legal o vínculo jurídico, causado directa o indirectamente por la administración pública, de lo contrario este deberá responder patrimonialmente ante el sujeto, generando con ello la obligación vital de su resarcimiento”. (Constitución Política Art.90).

Es por ello que el Estado a través de la ley de Víctimas del Conflicto armado en Colombia (1448,2011), hace una extrapolación de la dilucidación de Víctima y la arraiga a la norma a fin de establecer políticas y planes en pro de estos individuos víctimas con ocasión del conflicto armado interno.

Según esta ley cuando el sujeto sobrepasa la mayoría de edad las circunstancias del reconocimiento al acceso a los derechos establecidos por la justicia transicional en su condición de víctima, cambian al momento de aplicar la especial protección que el Estado le deba brindar, el hecho de que se desmovilizaran luego de ser mayores de edad.

En salvamento de voto en sentencia C – 253A de la Corte Constitucional el Magistrado Luis Ernesto Vargas manifiesta que ese trato diferencial estatuido, lo hace bajo el único fundamento de que esta norma no pretende hacer una definición de víctima, si no que por el contrario trae consigo son los parámetros requeridos para poder acceder a ella, por lo que posee unos criterios objetivos concretos para quienes pueden ser beneficiarios de la medidas excepcionales de reparación y acceder a los derechos consagrados en esta ley bajo el marco de la justicia transicional.

Teniendo en cuenta lo anterior, se analizará teniendo en cuenta los planteamientos de la Responsabilidad Estatal, si se ocasiona a estos sujetos un daño que no están en el deber legal de soportarlo, al restringírseles, el acceso a los beneficios consagrados por la ley luego de haber cumplido la mayoría de edad.

## **Marco teórico**

La Constitución Política de Colombia consagra de manera expresa la responsabilidad del Estado en el artículo 90, por hechos atribuibles a la administración, inclusive por actuaciones lícitas de las cuales se deriven hechos perjudiciales.

Este estudio parte de la base de este artículo, que expresa que el Estado es responsable por los daños causados debido a la acción u omisión de las autoridades. De esta expresión constitucional, sobre responsabilidad se desprende la obligación de asumir los efectos de un acto. Acevedo (2003) afirma que “de acuerdo a lo expresado por el profesor Gustavo Penagos, Responsabilidad es la situación en que se encuentra el Estado o su representante (funcionario o empleado público), por el hecho antijurídico y lesivo de un interés legítimamente protegido” (p.730).

Por lo que a partir de esa responsabilidad precedida por el Estado, se desglosa el concepto de daño antijurídico que es concebida como la lesión de un interés legítimo, ya sea patrimonial o extra patrimonial que la víctima o individuo no está en la obligación de soportar, de tal manera que cuando se infiere un daño a una persona o a un patrimonio, es preciso determinar quién debe responder por él, por lo que deberá producir coercitivamente efectos en el campo del derecho.

En ese estado, surge el daño, cuando se causa por el comportamiento irregular de la administración o por una conducta que, aunque regular, es esta lesiva al principio constitucional de la igualdad frente a las cargas públicas. De manera que cuando ese daño se produjo por falla de la administración pero que el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, deberá demostrar el daño y el porqué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo (Acevedo, 2003).

El concepto de daño antijurídico contenido en el mandamiento constitucional del artículo 90, según Juan Carlos Henao alude a “una afectación a la víctima, por lo que se edifica la responsabilidad del Estado, a condición de que le sea imputable. El daño, en su sentido natural y obvio, es un hecho, consistente en el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos,

creencias, etc....” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de que goza un individuo” (Henaó, 2012).

Según se ha visto, la condición necesaria para que desencadene las reparaciones es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causas de justificación. Este punto lo explica así el profesor García de Enterría: “la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. el acceso a los derechos de atención, asistencia y reparación integral para aquellos adultos desmovilizados que siendo menores fueron reclutados de manera forzosa, se ocasiona sobre estos sujetos un Daño Antijurídico imputable al Estado. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto.”

Adviértase como, entendido así el daño antijurídico frente al cual la Constitución Política, impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado.

Solo una vez acreditado el daño dice Fernando Hinestrosa, “puede seguirse escuchando a ese reclamante o pretendiente, que lo que pretende, es el daño establecido ya, sufrido por él en uno o varios intereses legítimos, que lo está afectando, que recaído sobre su ser o sobre su patrimonio con determinadas consecuencias, pretende que sea mejor”.

La Doctrina administrativista Española, dice que el daño antijurídico es aquel que la víctima no está obligada a soportar, lo que significa a *contrario sensu*, que el daño

jurídico es aquel que sí está en la obligación de asumir, por lo que según Juan Carlos Henao “la noción de daño antijurídico se convierte en la clave para comprender, los perjuicios que debe indemnizar el Estado cuando le sean imputables”.

De manera que el hecho de que exista determinado daño, y que el sujeto que lo sufre no está en el deber legal de soportarlo, el Estado deberá asumir dicha responsabilidad pese a que en Colombia parezca existir la tendencia a aceptar la irresponsabilidad del Estado legislador, salvo cuando la constitución o la ley consagren expresa o tácitamente la obligación de indemnizar. (Rodríguez, Derecho Administrativo General Y Colombiano, 2002, pág. 452)

Sin embargo según los casos citados en que la Constitución misma consagra la responsabilidad por la expedición de una ley, en la experiencia pueden darse muchos otros en que, a pesar de su carácter general, la ley cause un daño especial, y por consiguiente viole el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. Perdomo (2008) expresa que “con el cambio de la Constitución en 1991 estos asuntos quedaron abiertos a la nueva jurisprudencia. Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado se examina el asunto de la responsabilidad del Estado por el hecho del constituyente” (p.578).

Por esta razón es necesario entrar a analizar si con la expedición de la ley 1448/2011 en su artículo 3 parágrafo 2, se causa o no un daño a aquellas víctimas del conflicto armado que fueran reclutadas de manera forzosa, al no poseer el deber legal de soportar la restricción a los beneficios avocados por esta, por el hecho de desmovilizarse al ser mayores de edad, teniendo en cuenta que la misma surgió como instrumento en la búsqueda de alternativas para la posible obtención de la paz, Gómez (2013) expresa que “la paz, como bien sumamente preciado, es preciso buscarla y obtenerla, pero no a cualquier costo; requerirá ser obtenida mediante mecanismos de verdad verdadera, justicia íntegra, preparación completa, garantías de no repetición, juiciosa y prudentes, como medidas plenas de satisfacción” (p.10).

Sin embargo y pese a lo anterior, como consecuencia de esta ley, solo tiene calidad de víctimas aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1ro de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, estatuye además que los miembros de los grupos al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en lo que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad. (Gómez, 2013, pág. 18)

### **Metodología y técnicas de recolección de información**

La metodología que se aplicará en esta investigación será de tipo cualitativo, como quiera que se realizará un análisis con base en el concepto de daño antijurídico indicando el concepto aplicado por nuestra legislación colombiano, además se realizará dicho estudio frente a la regulación de la ley de víctimas establecida en la legislación colombiana, con el fin de determinar la manera en cómo es aplicable dicha regulación dentro del conflicto armado interno y sus posibles consecuencias en el ámbito contencioso administrativo.

Este análisis cualitativo se realizará teniendo en cuenta elementos de recolección documental, como la jurisprudencia, doctrina, leyes entre otros.

### **Resumen**

El presente trabajo de investigación realiza un análisis respecto del posible Daño Antijurídico ocasionado a los Menores Reclutados de manera forzosa y que fueran desmovilizados luego de cumplir la mayoría de edad, en vigencia de la ley de Víctimas del Conflicto Armado Interno.

Lo que se pretende a través de este análisis, es conocer el alcance de la Responsabilidad del Estado, describiendo sus parámetros dentro del campo del daño antijurídico, a fin de comprender si existe o no un daño antijurídico, cuando el Estado a través de la ley 1448/2011 restringe el acceso a los medidas de protección, atención, asistencia y

reparación integral, a los menores reclutados de manera forzosa dentro del conflicto armado interno, y que fueran desmovilizadas al ser mayores de edad.

Se desprende entonces con esta ley en el artículo 3 parágrafo 2, que todos aquellos niños, niñas y adolescentes que fueran reclutados forzosamente dentro del conflicto armado interno, pero que fueron desvinculados luego de cumplir la mayoría de edad, no sólo no podrán acceder a la reparación, sino que tampoco podrán acudir a la justicia para ser reparados por las violaciones causadas el tiempo que permanecieron en el grupo armado.

A consecuencia de este desconocimiento se entra a realizar un análisis acerca de si existe o no un daño antijurídico y que por tal debe ser reparado, al desarrollarse la limitación de la definición de víctima en la ley, al no otorgar a todos atención, asistencia y reparación integral, a los sujetos que se desmovilizaron siendo adultos, pero que siendo menores fueron reclutados de manera forzosa, por lo que genera un detrimento en la función administrativa y a consecuencia de ello un daño antijurídico a quienes le es reconocido su condición de víctimas pero se les desconoce el acceso a las medidas de protección en ellas consagradas.

La ley 1448/2011, ley de Víctimas de Conflicto Armado Interno, otorga medidas de protección, de asistencia, atención y reparación, pero restringe el acceso de estos beneficios a determinado grupo.

Por lo que el legislador delimita su acceso para aquellos menores de edad reclutados de manera forzosa, desvinculados a través de la modalidad de la desmovilización al ser mayores de edad.

## INTRODUCCIÓN

En razón a la constante metamorfosis social, es que la función del derecho juega un papel de vital importancia, de manera que tanto los conceptos del derecho como su aplicación dentro de la sociedad para cada caso en concreto varían.

De manera que con base en el estudio propuesto desde la perspectiva del concepto de Daño Antijurídico y la ley de víctimas entre otros conceptos, parte de la base histórica, sobre qué vicisitudes se desarrollará para cada caso en concreto, teniendo como objetivo implantar según los parámetros establecidos por el legislador, para qué hechos es aplicable y para cuáles no la ley 1448/2011, por lo que el derecho a de desenvolverse en función de las necesidades y garantías que el Estado está obligado a otorgar por mandato constitucional a todos sus ciudadanos.

Así que, es preciso manifestar que el resarcimiento de ese daño causado ya sea por un acto lícito o ilícito derivado de la conducta de determinado agente del Estado, surge a raíz de la necesidad de garantizar esos principios fundamentales avocados, primordialmente por el de solidaridad e igualdad a los ciudadanos, de lo contrario si estos no son garantizados todo daño antijurídico causado por la administración a determinado individuo deberá ser reparado. Por lo que necesariamente debe existir una relación entre el hecho que origina la responsabilidad y el perjuicio causado. Esta directriz es aplicada, entonces, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño.

Esto hace que se configure la responsabilidad por daño antijurídico, donde se requiere de manera fundamental además de ser antijurídico, que esta provenga de una persona de derecho público, en otras palabras derivada por la conducta de un agente estatal y/o servidor público.

La obligación de resarcir determinado daño ocasionado por la administración, se deriva entonces con la expedición de la constitución de 1991 que abrió las puertas para que el Estado respondiera por aquellas conductas lesivas realizadas por sus agentes y que generaran un daño, daño que la víctima no se encontraba en el deber legal de soportarlo.



Por lo tanto encontramos en el ámbito habitual de su aplicación, que el daño antijurídico se enmarca dentro de los parámetros emanados del artículo 90 de nuestra constitución de 1991, fundamentalmente recabados en que si a x individuo se le ha generado un daño por la conducta lesiva proveniente por determinado funcionario del Estado, siempre y cuando la víctima haya demostrado su responsabilidad, se le deberá resarcir el perjuicio ocasionado.

En nuestro derecho interno, esa conducta lesiva deberá ser probada, y probada deberá ser resarcida de forma imperativa, siempre y cuando inicie el trámite administrativo correspondiente, por lo que ha de tener en cuenta los elementos básicos dentro de este concepto, determinar la responsabilidad en cabeza de quien se encuentra la misma, si este comportamiento por parte del servidor público, generó un daño antijurídico y si esta lesión causada se encontraba bajo los parámetros de un interés legítimamente protegido.

De manera que surgen planteamientos legales como la ley 1448/2011, en razón al conflicto armado interno vigente en Colombia, movido por la necesidad de garantizar a las minorías que en este caso toman el nombre de víctimas y se desarrollan parámetros a efectos de garantizar no solo los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo primero de la constitución, sino además a fin de garantizar tanto los derechos y principios fundamentales consagrados en la misma, como los mecanismos de participación de todos los asociados en los asuntos que los afectan, este desarrollo legislativo surge encaminado a que la Constitución política de Colombia tenga fuerza jurídica, sin embargo pese a su existencia, esta ley restringe el acceso a los beneficios otorgados para aquellos sujetos que poseen la calidad de víctimas.

Aunque el propósito del legislador con la expedición de esta ley, es la garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales por parte las personas víctimas del conflicto armado interno, por el hecho de haber sufrido vulneración de sus derechos por hechos ocurridos con ocasión del conflicto armado interno con independencia de la edad registrada al momento de ocurrencia del hecho victimizante (Gómez, 2013, pág. 22), pese a ello, reconoce como víctimas a todas las personas que hubieren sufrido un daño como consecuencia de los hechos que el mismo precepto determinó para esta ley, pero al

mismo tiempo niega su acceso efectivo creando una separación conceptual o razonada entre la definición y la condición de víctima y los derechos derivados de esta condición, al dejar por fuera a los adultos desmovilizados y que siendo menores de edad fueron reclutados de manera forzosa.

Es por lo tanto menester recabar lo determinado por la Corte al establecer que no sólo los actos u omisiones del Estado (o sus agentes) que lesionen uno o más de los derechos consagrados por la Convención Americana comprometen la responsabilidad del Estado, puesto que también puede haber responsabilidad del Estado por actos presumiblemente cometidos por sus agentes y/o particulares. De este modo, el Estado puede incurrir en responsabilidad de forma directa por las actuaciones de sus agentes, o puede hacerlo de manera indirecta, por omisión de actuar ante acciones de particulares que afectan los derechos de la Convención (Gómez y Montoya, 2006, p.39).

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta las víctimas que a lo largo de la historia colombiana ha arrojado cientos de ellas, el Estado entra a protegerlos, sin embargo lo hace en desigualdad de condiciones al sancionar la ley 1448 de 2011 y al impedir el acceso a los derechos de atención, asistencia y reparación integral para aquellos adultos desmovilizados que siendo menores fueron reclutados de manera forzosa, sanción realizada por agentes del Estado, que con ocasión a ella, generó un detrimento y/o daño que no se encuentran en el deber legal de soportar, por el sólo hecho de recibir la connotación de víctima.

## DESARROLLO DEL TRABAJO

El conflicto armado en Colombia, ha generado víctimas, por lo que el Estado, como estado social y democrático de derecho, pregona derechos y principios fundamentales estatuidos en la constitución, por lo que desarrolla con la entrada en vigencia de la constitución de 1991, la responsabilidad derivada del Estado por la acción o la omisión de sus agentes, que como consecuencia de ello generaron un daño a quien no se encontraba en la obligación legal de soportarlo, debiendo ser reparado.

Es así, como el Estado en la búsqueda de proveer de derechos y garantías a todos y cada uno de los individuos en su condición de ciudadanos, conceptúa derechos y principios fundamentales y por demás estamentos reglamentarios que deben ineludiblemente garantizarlos, significa que ningún individuo está obligado a tolerar un daño sin encontrarse en la obligación de soportarlo, por disposición legal o vínculo jurídico, causado directa o indirectamente por la administración pública, de lo contrario este deberá responder patrimonialmente ante el sujeto, generando con ello la obligación vital de su resarcimiento.

De manera que los diferentes acontecimientos sociales generados en nuestro Estado, y más concretamente los forjados en desarrollo del conflicto armado interno, se ha venido presentando en Colombia durante más de setenta años, hechos que han arrojado víctimas directas debido a el reclutamiento forzoso de menores, razón por el cual se desarrolla, la responsabilidad que tiene el Estado por el daño ocasionado a las víctimas en aras de garantizar su protección, se crea parámetros para quienes pueden acceder a estos beneficios a través de la Ley 1448/2011.

El autor administrativista Parada refiere en cuanto a la lesión y a los daños resarcibles y conceptos indemnizatorios se pregunta ¿Qué es lo que la Administración debe indemnizar? ¿Cuál es el alcance del concepto de daños y perjuicios? La Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo común extiende el deber de indemnizar a “*toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derecho*” y que “*éstos no tengan el deber de soportar*”, pero no todo daño que no hay obligación de soportarlo es indemnizable, es necesario que además sea un daño

efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. La Jurisprudencia incluye entre los daños indemnizables los causados a las propiedades y demás derechos reales y también los causados al cuerpo de la víctima, los daños corporales, así como los producidos por el dolor físico. (Parada, 2012, pág. 573)

En este orden de ideas en Colombia atendiendo a los anteriores postulados aquellas víctimas del conflicto, por el hecho de haber sufrido daños de los cuales no estaban obligados a soportarlos, le es aplicable el concepto y sus efectos del Daño Antijurídico a las luces del concepto dado por Parada Ramón.

Por consiguiente, se encuentran vigentes diferentes tipos de responsabilidades imputables al Estado que a la par se encuentran dogmáticamente señalados dentro de la teoría del Derecho Colombiano, como el Daño antijurídico tal como lo promueve el artículo 90 de la norma superior, de estos actos u omisiones que han generado a lo largo de la historia Colombiana se halla la responsabilidad Estatal para quienes poseen condición de víctimas, esta última noción, erigida normativamente a raíz del conflicto armado interno.

De esta manera, se logra inferir que el conflicto armado en Colombia ha sido un factor preponderante en el daño causado a determinados sujetos, generando perjuicios tanto morales como materiales a quienes los han padecido, es así que el Estado Colombiano en su política de Estado Social de Derecho, a fin de materializar los derechos constitucionales, establece los parámetros necesarios para garantizarlos dentro del marco de Justicia transicional; para el disfrute de los derechos de verdad, justicia y reparación integral con el fin último de que les sea reconocida su condición de víctimas y por tal, el acceso a las medidas de protección en ellas consagradas.

En razón a garantizar todos y cada des estos principios y derechos fundamentales plasmados en nuestra carta, entra en vigencia la ley 1448/2011, ley de Víctimas de Conflicto Armado Interno, otorgando medidas de protección, de asistencia, atención y reparación, haciendo de esta ley 1448/2011 (Ley 1448, 2011) una extrapolación de la

dilucidación de Víctima, arraigándola a la norma a fin de establecer políticas y planes en pro de estos individuos víctimas con ocasión del conflicto armado interno.

Esta ley surge a la vez, como un mecanismo administrativo para la reparación, es el resultado del esfuerzo por parte del Estado para proveer a estos sujetos los medios legales necesarios y así garantizar los principios y derechos estatuidos en la norma superior, encontrándose con determinadas complejidades al momento de su aplicación.

Sin embargo, el legislador delimita su acceso para aquellos menores de edad reclutados de manera forzosa, desvinculados a través de la modalidad de la desmovilización al ser mayores de edad, restricción que la hace en contravía de la constitución.

Según esta ley cuando el sujeto sobrepasa la mayoría de edad las circunstancias del reconocimiento al acceso a los derechos establecidos por la justicia transicional en su condición de víctima, cambian al momento de aplicar la especial protección que el Estado le deba brindar, el hecho de que se desmovilizaran luego de ser mayores de edad.

El Ministerio de Defensa Nacional en Sentencia C-253A/12 expresa que quienes no están incluidos en el ámbito de la ley no se encuentran en igualdad de condiciones con los que sí lo están y que no se viola el principio de igualdad, porque, a la luz de sus propias condiciones, esas personas tienen acceso a los mecanismo ordinarios de reparación previstos en la ley. Agrega que no son comparables las situaciones de quienes han sido víctimas del conflicto y quienes se desenvuelven en la ilicitud. Señala que el programa de reparaciones creado mediante la Ley 1448 de 2011 no agota las opciones reparativas que tienen las personas ni excluye la posibilidad de que existan otras víctimas, las que conservan su derecho a perseguir, en otras instancias, la reparación del daño sufrido. (Sentencia C- 253A, 2012)

En esta sentencia para los ciudadanos Rodrigo Uprimny Yepes, quienes obran como Director y miembros del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad –DeJuSticia- intervienen diciendo que esta exclusión no se justificó en la búsqueda de ninguna finalidad racional y que incluso la disposición fue aprobada a sabiendas de los evidentes reparos de inconstitucionalidad. (Sentencia C- 253A, 2012)

De esta manera la exclusión y trato diferencial estatuido en esta ley, lo hace bajo el único fundamento de que esta norma no pretende hacer una definición de víctima, si no que por el contrario trae consigo son los parámetros requeridos para poder acceder a ella, por lo que posee unos criterios objetivos concretos para quienes pueden ser beneficiarios de la medidas excepcionales de reparación y acceder a los derechos consagrados en esta ley bajo el marco de la justicia transicional.

Por tanto la ley de víctimas los reconoce como tal, hace una definición, pero limita e indica quiénes tienen calidad de tal, por lo que no todos tienen acceso a ella, y respecto a estos desconocimientos los constituyentes han entrado en oposición respecto de lo que se puede concebir como definición de víctima y lo que este concepto puede abarcar al momento del reconocimiento para cada caso concreto teniendo en cuenta los derechos conceptuales, analíticos, lógicos y normativos, el cual tiene como fundamento los derechos inherentes en su condición de víctimas para el acceso efectivo al derecho a la verdad, justicia y reparación integral.

Se desprende entonces que todos aquellos niños, niñas y adolescentes que fueran reclutados forzosamente dentro del conflicto armado interno, pero que fueron desvinculados luego de cumplir la mayoría de edad, no sólo no podrán acceder a la reparación, sino que tampoco podrán acudir a la justicia para ser reparados por las violaciones causados el tiempo que permanecieron en el grupo armado (Corte Constitucional, 2012).

A consecuencia de este desconocimiento se vislumbra la existencia de un daño que por tal debe ser reparado, al desarrollarse la limitación de la definición de víctima en la ley, al no otorgar a todos atención, asistencia y reparación integral, a los sujetos que se desmovilizaron siendo adultos, pero que siendo menores fueron reclutados de manera forzosa, por lo que genera un detrimento en la función administrativa y a consecuencia de ello un daño antijurídico a quienes le es reconocido su condición de víctimas pero se les desconoce el acceso a las de medidas de protección en ellas consagradas.

Es primordial entonces entrar a analizar la noción concebida por los teóricos del derecho en cuanto a la reparación de daño, concebida como la acción encaminada a enmendar o componer los efectos nocivos de un hecho, satisfaciendo de esa manera la ofensa causada a otro. Para cumplir con dicho propósito tradicionalmente se ha acudido a dos mecanismos que se consideran ajustados a él como son el de volver las cosas al estado en el que se encontraban antes del hecho, que se conoce como la reparación “*in natura*” y la reparación por equivalencia, consistente en satisfacer la ofensa entregando a cambio del daño cosas o valores equivalentes. (Ledesma, 1998, pág. 90)

Teniendo en cuenta lo anterior la definición de víctima es objetiva y por tal no puede observar a cada sujeto en particular, para ser llamados víctimas depende únicamente de los derechos que le fueran vulnerados al ser estos de carácter universal, por lo que no trae consigo exclusiones en su condición de tal, y a consecuencia de ello el reconocimiento en calidad de víctimas no puede excluir a unos u otros el acceso a determinados beneficios, ya que el Estado estaría desconociendo los derechos en calidad de víctimas, concretamente los derechos de verdad, justicia y reparación integral, por lo que no puede el legislador restringir el concepto de víctima a un determinado grupo, pues de lo contrario y teniendo en cuenta la reparación por equivalencia, esa ofensa debe ser satisfecha a cambio del daño ocasionado un valor equivalente al mismo daño.

Teniendo en cuenta los fundamentos de la responsabilidad por determinado daño ocasionado a una persona, se puede entrar a analizar lo que Ledesma (1998) afirma *que “el daño, que también se llama perjuicio, puede ser presente, pasado o futuro según el momento en que se aprecie”* (p.98). Por lo que la norma no debe basarse en cuestiones de tiempo, cuando se restringe el acceso a los beneficios consagrados por la ley luego de haber cumplido la mayoría de edad, es así como en diferentes fallos de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado manifiesta, que la base de todo deber de reparación es el daño antijurídico, en la medida en que la persona que lo padece no está legalmente obligado a soportarlo.

En último lugar la función del derecho no solo debe ser, el reconocimiento de víctima a los menores de edad que fueron reclutados de manera forzosa, pero que se desmovilizaron al ser mayores de edad, sino que como fin último del derecho es permitirles el acceso a los beneficios otorgados por la ley tanto de atención, asistencia y reparación integral en esta recabados, pues es contradictorio permitirles el acceso a unos y a otros no, aun cuando todos poseen la condición de víctima, de manera que el Estado a través de la creación de la Ley 1448/2011 en su artículo 3 parágrafo 2, ocasiona un detrimento en la función administrativa generando un daño antijurídico a aquellos adultos desmovilizados, que fueran reclutados de manera forzosa cuando eran menores de edad, como quiera que ineludiblemente, al restringir el acceso a los beneficios en la ley consagrados, desconoce el derecho que les asiste por el hecho de ser considerados de igual manera como víctimas del conflicto armado interno y que en su condición de tal también tienen derecho a la reparación por los perjuicios causados, al ser reclutados con la minoría de edad.

Conocer el alcance de la Responsabilidad del Estado, describiendo sus parámetros dentro del campo del daño antijurídico, nos permite así mismo comprender que sí existe un daño antijurídico, cuando el Estado a través de la ley 1448/2011 restringe el acceso a los medidas de protección, atención, asistencia y reparación integral, a los menores reclutados de manera forzosa dentro del conflicto armado interno, y que fueran desmovilizadas al ser mayores de edad.

Lo anterior teniendo en cuenta el marco en el que se desarrolló la constitución, al estatuir un sistema garantista y asegurador de los derechos a la igualdad, el trato justo, a través del cual da sentido desde su preámbulo con los preceptos constitucionales y las metas hacia las cuales el Estado debe orientar su acción y el rumbo de las instituciones jurídicas, por lo que estatuye la prohibición expresa de contravenir los mandatos contenidos en sus articulados, menos aún se permite la trasgresión de las bases sobre las cuales se soportan y cuyas finalidades apuntan, a fin de evitar que su trasgresión convierta la constitución en letra muerta, en vano propósito del constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace infecundo los fines por ella establecidos.



Así mismo la Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones que el preámbulo de la constitución, goza de poder vinculante, en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y por tanto, toda norma, sea de índole legislativa o de otro nivel, que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona los principios. De manera que el propósito del legislador es la garantía del pleno goce de los derechos fundamentales por parte de las personas víctimas del conflicto armado interno sin embargo la búsqueda de la asunción de la plena ciudadanía no implica como garantía la exclusión de aquellas personas que no tienen la calidad de ciudadanos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la constitución política, este es un aspecto de protección, sin perder de vista que la consecuencia fundamenta es la reivindicación de la dignidad humana para todas las personas que han sufrido vulneración de derechos por hechos ocurridos con ocasión del conflicto armado interno con independencia de la edad registrada al momento de la ocurrencia del hecho victimizante, el concepto de ciudadanía debe entenderse de manera amplia. (Gómez, 2013, pág. 23)

Es así que la legalidad como principio general del Derecho, reconocido por la Constitución, supone el sometimiento pleno de la Administración a la constitución y al Derecho, es decir, la sujeción de la Administración al bloque normativo.

Por lo que implica supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general frente a todos los poderes públicos. Modernamente se vuelve a entender la legalidad en su sentido originario, donde todas las actuaciones por parte del Estado deben estar legitimadas y previstas por la ley, de modo que el Estado sólo puede actuar allí donde la ley le concede potestades, es decir, la extensión de legalidad implica que la ley es el único mecanismo de atribución de potestades a la administración.

De esta manera, analizando los referentes normativos y estos respecto de su vinculación positiva que tiene la Administración y que exige que todos sus actos y disposiciones se

ajusten a derecho, por lo que nuestro régimen se aplicará según lo prescrito en la constitución y conforme a ella.

En ese orden de ideas, el Derecho no es para la administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda producirse con libertad y arbitrio, sino que por el contrario, el Derecho condiciona y determina de manera positiva la acción administrativa, lo cual no es válida si no responde a una previsión normativa, que para un Estado Social de Derecho deberá responder bajo los principios y derechos fundamentales avocados por la constitución en primera instancia.

De manera que la sujeción del Estado a sus propias normas implica que aun cuando puede modificar o derogar sus propios reglamentos, no puede, sin embargo incumplirlos o desconocerlos en casos concretos y determinados, haciendo excepciones a los mismos, con independencia de la jerarquía existente entre las normas.

Y es en virtud de esa sujeción que el Estado en aras de garantizar los principios y derechos fundamentales esgrimidos por la Constitución, aplica la figura de daño antijurídico imputable a la administración, en aras de reparar los perjuicios causados a aquellos ciudadanos reclutados de manera forzosa, otorgándoles la denominación de víctimas, al no poseer la obligación legal de soportar esos perjuicios y por ende debiendo ser reparados.

El concepto de lo que es concebido hoy como antijurídico, teóricamente se ha basado como aquella conducta contraria a derecho, que presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la ley, razón por el cual quien actúa antijurídicamente contraviene las leyes, juicio que recae sobre la acción realizada y aunque concurren elementos fundamentalmente de carácter objetivo, en algunos supuestos y de manera excepcional también hay que tener en cuenta los subjetivos. Este concepto esgrimido por diferentes autores, lo han direccionado en dos vías, tanto el material visto como aquella conducta que trasgrede el derecho y el formal como la puesta en peligro de determinado bien jurídico. (Castro, 1999, pág. 35)

Para la doctrina Colombiana esa responsabilidad por daño antijurídico se traduce en el sometimiento de la administración al derecho público, criterios cimentados en el artículo 90 de la constitución.

Dentro del contexto de este artículo, se requiere como fundamental que el daño sea antijurídico en el sentido, de que el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, la importancia de este concepto se traduce como lo ha expresado la jurisprudencia en que el fundamento de la Responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico. (Rodríguez, 2003. Pág. 429).

Por lo que en desarrollo de ese articulado, se encuentra características esenciales de ese concepto, a decir, que exista una lesión a un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonialmente, del que la víctima no está en la obligación de soportar, como la de que este daño antijurídico sea imputable a una persona de derecho público, condiciones que vienen a instituir así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de este supuesto.

Por tanto el daño antijurídico implica que el Estado es responsable cuando, independientemente de que su actuación haya sido irregular o no, ella produzca un daño a alguien que no tiene la carga o el deber de soportarlo, por lo que actualmente existe la posibilidad de la responsabilidad que pueda derivarse para el Estado por la expedición de las leyes, por lo que la solución tradicional ha sido sostener la irresponsabilidad del Estado por esta noción, por poseer el Estado un poder soberano y por el simple hecho de que este expresa la voluntad de la nación, por lo que no es posible reclamar al Estado por las consecuencias de esa voluntad, salvo cuando la ley misma consagra la indemnización por los daños causados.

Sin embargo, no faltan argumentos que permitirían afirmar la responsabilidad del Estado colombiano por el hecho de las leyes. En efecto, no puede sostenerse que el legislador

colombiano sea soberano, pues es evidente que debe respetar la Constitución. (Rodríguez, 2002, pág. 552).

Sin embargo, el legislador fijó y desarrolló determinados parámetros legales y los alcances que podría abarcar la responsabilidad estatal, con lo que se expresó que cuando la trasgresión es dirigida en concreto en razón del Estado, se produce una relación con las víctimas, o un daño especial, que si bien no es causado por el Estado, es padecido en razón de él y en ese caso surge un título de imputación que permite impetrar la reparación.

Así las cosas, se estatuyó respecto de estos perjuicios antijurídicos causados, siempre que se produzca un daño o un perjuicio imputable a la administración o sus agentes, deberá ser resarcido económicamente por parte de aquel.

En el campo que hoy nos ocupa, las víctimas del conflicto armado interno, más concretamente de aquellos menores reclutados de manera forzosa, se halla vinculado el concepto que el Estado a través de la ley 1448 de 2011 le ha dado, y por ende para que la legalidad se cumpla a través de los parámetros que establece para poder acceder a los beneficios de asistencia, atención y reparación a las víctimas, deberá responder consecuentemente al reconocimiento de los principios y derechos fundamentales legalmente establecidos en la norma superior, razón por la cual el Estado los vulnera, si limita el acceso a estos beneficios por meras políticas de sostenibilidad fiscal o por circunstancias diacrónicas, al indicar que aquellos menores reclutados de manera forzosa y que fueran desvinculados a través de la figura de la desmovilización luego de cumplir la mayoría de edad, no podrán acceder a los beneficios que otorga la ley de asistencia, atención y reparación integral, aún en su condición de víctima, encontrando vigente con ello una clara vulneración a los preceptos constitucionales al ser considerada norma de normas, estipulación que al ser contraria a esta trasgrede por ende la ley convirtiéndose automáticamente en ilegal, infracción del ordenamiento jurídico que priva actual y potencialmente su validez. De manera que si se carece de validez, carecerá por tanto de legalidad estos preceptos al contrariar la constitución.

En salvamento parcial de voto y aclaración realizado por el Mg. Luis Ernesto Vargas Silva en sentencia de la Corte constitucional, sentencia C- 253 A de 2012 argumentó que aunque no se está negando la condición de víctima, si se niega el acceso efectivo a los derechos de la ley 1448/2011, por lo que crea para él una separación conceptual o analítica entre la definición y condición de víctima, para los adultos que siendo menores de edad fueron reclutados de manera forzosa dentro del conflicto armado en Colombia.

En virtud de aquel salvamento de voto el Magistrado determinó que la Corte debió condicionar la exequibilidad, para los adultos que siendo menores de edad fueron reclutados de manera forzosa.

Esta sentencia argumenta condicionar a las víctimas respecto del acceso a los beneficios de reparación, atención y asistencia, el hecho de que la desmovilización haya ocurrido mientras las personas sean menores de edad, de lo contrario, en caso de poseer la mayoría de edad, les será restringido, argumentando su limitación a estas medidas de protección con base en los términos y las políticas de sostenibilidad fiscal por una parte. (Sentencia C- 253A, 2012)

De manera que el Estado reconoce a las personas que hubieren sufrido un daño como víctimas, como consecuencia de los hechos que el mismo precepto determina para esta ley, por lo que el concepto de daño se amplía, abarcando los distintos fenómenos usualmente aceptados como fuente generadora de responsabilidad; a saber lucro cesante, daño emergente, daño moral, daño a la vida relación entre otros, en este orden de ideas, sin embargo se les desconoce los derechos al acceso de los beneficios por esta ley adjudicados, para aquellos menores reclutados de manera forzosa, desmovilizados al ser adultos, desconociéndoles además un recurso judicial efectivo, en virtud de evitar acudir a los procesos largos y tediosos que por la vía internacional existen.

De tal manera, sistematizando el proceso en los diferentes escenarios referidos al ámbito que trae consigo la Constitución de 1991, analizo puntualmente el alusivo y novedosamente incorporado en el nuevo Estado Social de derecho en Colombia, y es el proporcionado por el artículo 90, a través del cual el Estado se hace partícipe, del cambio de ser el orientador jurídico en un derecho positivo, a ser un ente proteccionista y garantista de los derechos y principios fundamentales y sociales, y a consecuencia de ese estado garantista, se deriva la responsabilidad para el Estado, por aquellos daños causados a un ciudadano, por un acto derivado de este o de sus agentes.

Jurídicamente se hablaba para mitad del siglo XIX, que el Estado se caracterizaba por su irresponsabilidad absoluta, ello escudado en su poder soberano regido en su esencia, sin embargo aun cuando el Estado en su calidad de persona pública no respondía por los daños ocasionados, pasó luego a responder el agente que actuaba en nombre del Estado en su calidad de persona natural, y así finalmente se logró establecer una mínima responsabilidad sólo por aquellos perjuicios ocasionados por su actividad de gestión(Rodríguez, 2002, pág. 432).

Inmensurables hechos han marcado jurídicamente el concepto de lo que se tiene por daño, concepto vinculado con lo antijurídico cuando quien lo sufre no se encontraba en la obligación jurídica de soportarlo, aquella noción erigida previamente en Francia con el llamado “Fallo blanco” en 1873, y es allí donde el Tribunal de Conflictos Francés empieza a promover la Responsabilidad por parte del Estado, independiente de que su actividad se hubiese generado dentro del ámbito de poder o de gestión. Afirma Rodríguez (2011) que el *fallo Blanco* no modificó radicalmente la situación anterior, como se ha creído muchas veces. Esta decisión constituye más que todo un símbolo del nacimiento del derecho administrativo, con repercusiones en el tema de la responsabilidad del Estado (Rodríguez, 2002, pág. 511).

De manera que este fallo aun cuando surge la Responsabilidad del Estado de forma restrictiva en el campo de su aplicación, es a partir de allí donde se vislumbra la inexistencia de una irresponsabilidad por el simple hecho de ser un ente soberano, por lo que se empieza a acentuar diversos caracteres como la responsabilidad creciente del Estado en el derecho contemporáneo, donde tanto tribunales internacionales y de

derechos humanos empiezan a declarar la responsabilidad de los Estados por los perjuicios generados por la violación de derechos humanos.

Ya hacia finales del siglo XIX en Colombia a través de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 22 de octubre de 1896 se consagra la responsabilidad estatal en los siguientes términos: todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto el Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes. (Rodríguez, 2011, pág. 513)

De manera que el Consejo de Estado Colombiano, con posterioridad registra que esta responsabilidad debía ser reconocida dentro del campo del derecho administrativo y no bajo las normas de carácter civil dadas sus diferencias en las relaciones jurídicas presentadas en cada uno.

Razón por el cual a diferencia de Francia donde este concepto se desarrolló jurisprudencialmente, su aplicabilidad en Colombia se estatuyó por las normas de derecho público a través de la sentencia del Consejo de Estado del 28 de octubre de 1976, quien validó su aplicación con la Constitución Política de 1991 fundamentado no solo en su artículo 90, sino además en los principios y derechos fundamentales en ella estatuidos, como el principio de solidaridad del artículo 1 y 2, y los consagrados en el artículo 13, 58 y 83 de la misma carta política.

Por lo que es con base en la Constitución española de 1978, más exactamente en su artículo 106 desde las luces del derecho comparado, donde nace el concepto de daño antijurídico, concepto este desprendido a partir de la responsabilidad estatal.

Este término de responsabilidad se esquematizó como la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto, de una conducta, de modo que surgió al violentar las normas de conducta moral y/o material, por lo que esa responsabilidad para el caso que examinamos, nace por la necesidad de indemnizar a la víctima a raíz de la comisión del hecho dañoso, situación anterior que para entrar dentro del campo de lo

antijurídico se requiere que quien lo sufrió no se encontraba en el deber legal de soportarlo.

Es a través de ese tránsito que hoy se reconoce la configuración de la responsabilidad del Estado por el daño ocasionado a determinado sujeto, como lo expresa Rodríguez para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico se requiere la existencia de dos condiciones: que exista un daño de esa naturaleza y que ese daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público (Rodríguez, 2002, pág. 521).

Es por ello que ha analizarse la existencia de la responsabilidad del Estado por daño antijurídico desde la óptica de la legalidad, concepto este que exige unir el calificativo de principio y ser explayado como esa vinculación positiva que tiene la Administración y que exige que todos sus actos y disposiciones se ajusten a derecho, pues de lo contrario constituiría la disconformidad una infracción al ordenamiento jurídico que les priva actual o potencialmente la validez.

De manera que actualmente se ha entrado a estudiar y comprender dentro del marco en el que se desarrolla el concepto de daño antijurídico, el daño ocasionado por el hecho de las leyes, situación ésta, que en tiempo pasado aun no era considerado como responsabilidad estatal y por tal no se encontraba enmarcado dentro del ámbito administrativo, argumentando que este era independiente y era competencia exclusiva del campo legislativo y por tal motivo, no cabía una responsabilidad por parte del Estado, por el daño ocasionado a determinado(s) sujeto(s) en razón a las leyes, situación concebida de manera distinta actualmente.

Vidal (2009) afirma que “de manera indirecta los particulares pueden evitar nuevas cargas de la ley, pero todo condicionado a que esta viole un texto constitucional” (p.491), por lo que para el caso que nos ocupa se puede vislumbrar esa responsabilidad estatal por el hecho de las leyes, al vulnerar el derecho de igualdad, desconociendo los beneficios otorgados a las víctimas del conflicto armado interno con ocasión a la ley 1448/2011 al restringir el acceso de estos beneficios a los menores reclutados de manera forzosa pero desmovilizados siendo mayores de edad.



Esta ley de víctimas a raíz del conflicto armado interno, trae consigo una relación necesaria entre esta ley, y el concepto de daño antijurídico, en razón a los perjuicios ocasionados a los menores por el reclutamiento forzoso en desarrollo del conflicto armado interno, sin embargo, en la búsqueda por parte del Estado de garantizar todos y cada uno de los derechos y principios pregonados, por ser un Estado Social de Derecho, a través de la ley 1448/2011, restringió el acceso de los beneficios de asistencia, atención y reparación integral, para aquellos menores reclutados de manera forzosa y que con posterioridad, es decir, luego de haber cumplido la mayoría de edad lograron salir de estos grupos y reincorporarse a la vida civil, a través de la figura de la desmovilización.

Finalmente es por tanto primordial realizar un análisis de la extensión en el que se desenvuelve y aplica la legalidad, al sancionar cierta ley o determinado articulado, y como consecuencia de ello pueda generar un daño a un sujeto sin tener el deber legal de soportarlo, razón por el cual este fenómeno desde el punto de vista semiótico, por el hecho de causar un perjuicio, genera cohesión frente a los principios y derechos de la constitución, y por ende frente a todo el ordenamiento jurídico colombiano, de manera que para el caso que nos ocupa, esto transgrede derechos de igualdad al reconocerlos como víctimas, pero basados en políticas de sostenibilidad fiscal entre otros, se restringe los beneficios por la ley reconocidos, y por ende se les otorga solo a aquellos menores reclutados de manera forzosa, y que siendo menores se desvincularon de estos grupos, omitiendo el deber legal por parte del Estado de reconocerle estos mismos beneficios a los menores desvinculados de estos grupos al cumplir la mayoría de edad.

Es así como la transformación social o a lo que Durkheim denomina “*la transición social de la solidaridad mecánica (caracterizado por el derecho represivo) a la solidaridad orgánica (derecho restitutivo) constituye una de las mejoras evolutivas*”(Tirado, 2010:286) razón por el cual le impone al derecho la aplicación en su estructura interna teniendo como base la interrelación entre el orden social y el orden jurídico, esto a fin de obtener su institucionalidad, determinando el esencial valor que adquiere la función del derecho dentro de una sociedad en constante cambio.

En razón a esta constante metamorfosis social, es que la función del derecho juega un papel de vital importancia, de manera que tanto los conceptos del derecho como su aplicación dentro de la sociedad para cada caso en concreto varían.

De manera que con base en el estudio propuesto desde la perspectiva del concepto de Daño Antijurídico y la ley de víctimas entre otros conceptos, parte de la base histórica, sobre qué vicisitudes se desarrollará para cada caso en concreto, teniendo como objetivo implantar según los parámetros establecidos por el legislador, para qué hechos es aplicable y para cuáles no, por lo que el derecho a de desenvolverse en función de las necesidades y garantías que el Estado está obligado a otorgar por mandato constitucional a todos sus ciudadanos.

Se parte, con esto del estudio del artículo 90 de la norma superior que expresa que el Estado es responsable por los daños causados debido a la acción u omisión de las autoridades. De esta expresión constitucional, sobre responsabilidad se desprende la obligación de asumir los efectos de un acto, Acevedo (2003) afirma que *“de acuerdo a lo expresado por el profesor Gustavo Penagos, Responsabilidad es la situación en que se encuentra el Estado o su representante (funcionario o empleado público), por el hecho antijurídico y lesivo de un interés legítimamente protegido”* (Acevedo, 2003, pág. 730).

Razón por el cual se rompe el principio de no hacer daño a nadie, daño que al ser causado por el comportamiento irregular de la administración o por una conducta que, aunque regular, es esta lesiva al principio constitucional de la igualdad frente a las cargas públicas.

Por lo que a partir de esa responsabilidad precedida por el Estado, se desglosa el concepto de daño antijurídico que es concebida como la lesión de un interés legítimo, ya sea patrimonial o extrapatrimonial que la víctima o individuo no está en la obligación de soportar, de tal manera que cuando se infiere un daño a una persona o a un patrimonio, es preciso determinar quién debe responder por él, por lo que deberá producir coercitivamente efectos en el campo del derecho.

Así que, es preciso manifestar que el resarcimiento de ese daño causado ya sea por un acto lícito o ilícito derivado de la conducta de determinado agente del Estado, surge por la necesidad de garantizar esos principios fundamentales avocados, y primordialmente por el de solidaridad e igualdad a los ciudadanos, de lo contrario si estos no son garantizados todo daño antijurídico causado por la administración a determinado individuo deberá ser reparado, de esta manera necesariamente debe existir una relación de causalidad que es ese vínculo entre el hecho que origina la responsabilidad y el perjuicio causado.

Esta directriz es aplicada, entonces, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño.

Por la tanto, esto hace que se configure la responsabilidad por daño antijurídico, donde se requiere de manera fundamental además de ser antijurídico, que esta provenga de una persona de derecho público, en otras palabras derivada por la conducta de un agente estatal y/o servidor público.

Cuando ese daño se produjo sin falta o falla de la administración pero que el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, deberá demostrar el daño y el porqué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo (Acevedo, 2003)

De manera que cuando se causa una lesión, esta deberá ser resarcida, para muchos tratadistas sólo se ostenta cuando existe una relación de antijuridicidad frente al hecho causante, pero más concretamente el concepto de daño antijurídico ha de entenderse como ese daño que quien lo sufre no está forzado por un mandamiento legal a llevar ese peso, y que además este concepto puede promoverse desde un hecho también ajustado a la ley es decir derivado por una conducta lícita.

Esta obligación se deriva con la expedición de la constitución de 1991 que abrió las puertas para que el Estado respondiera por aquellas conductas lesivas realizadas por sus agentes y que generaran un daño, daño que la víctima no se encontraba en el deber legal de soportarlo.

Por lo tanto encontramos en el ámbito habitual de su aplicación, que el daño antijurídico se enmarca dentro de los parámetros emanados del artículo 90 de nuestra constitución de 1991, fundamentalmente recabados en que si a x individuo se le ha generado un daño por la conducta lesiva proveniente por determinado funcionario del Estado, siempre y cuando la víctima haya demostrado su responsabilidad, se le deberá resarcir el perjuicio ocasionado.

En nuestro derecho interno, esa conducta lesiva deberá ser probada, por lo que deberá ser resarcida de forma imperativa, siempre y cuando inicie el trámite administrativo correspondiente, por lo que se ha de tener en cuenta los elementos básicos dentro de este concepto, determinar la responsabilidad en cabeza de quien se encuentra la misma, si este comportamiento por parte del servidor público, generó un daño antijurídico y si esta lesión causada se encontraba bajo los parámetros de un interés legítimamente protegido.

Acevedo (2003) indica que *“las leyes que afectan los derechos garantizados por la Constitución son inconstitucionales y, en consecuencia, inaplicables por los jueces, pero como durante su aplicación podían haber ocasionado un daño a los particulares, cabe la correspondiente indemnización por ese motivo”* (Acevedo, 2003, pág. 791).

Sin embargo según los casos citados en que la Constitución misma consagra la responsabilidad por la expedición de una ley, en la experiencia pueden darse muchos otros en que, a pesar de su carácter general, la ley cause un daño especial, y por consiguiente viole el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. Perdomo (2008) expresa que *“con el cambio de la Constitución en 1991 estos asuntos quedaron abiertos a la nueva jurisprudencia. Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado se examina el asunto de la responsabilidad del Estado por el hecho del constituyente”* (Perdomo, 2008, pág. 578).

Por lo tanto dentro del marco del proceso de paz avocado por el gobierno colombiano se ha desarrollado diferentes tipos de leyes a fin de garantizar y enaltecer el preciado valor que tiene el ciudadano en su dignidad humana, por lo que en búsqueda de ese perfeccionamiento, crea la ley 1448 de 2011 denominada Ley de víctimas y restitución

de tierras, surgiendo como un mecanismo de conciliación, dentro del marco de la justicia transicional, generado a raíz del conflicto armado interno dilatado y deshumanizado.

Esta ley surge como instrumento en la búsqueda de alternativas para la posible obtención de la paz, Gómez (2013) expresa que *“la paz, como bien sumamente preciado, es preciso buscarla y obtenerla, pero no a cualquier costo; requerirá ser obtenida mediante mecanismos de verdad verdadera, justicia íntegra, preparación completa, garantías de no repetición, juiciosos y prudentes, como medidas plenas de satisfacción”* (Gómez, 2013, pág. 10).

Estos planteamientos legales surgen por la necesidad de garantizar a las minorías que en este caso toman el nombre de víctimas y se desarrollan parámetros a efectos de garantizar no solo los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo primero de la constitución, sino además a fin de garantizar tanto los derechos y principios fundamentales consagrados en la misma, como los mecanismos de participación de todos los asociados en los asuntos que los afectan, este desarrollo legislativo surge encaminado a que la Constitución política de Colombia tenga fuerza jurídica.

Por tanto a fin de determinar la estrecha relación existente entre la definición de víctima dada por el legislador y el posible detrimento de la administración pública en caso de desconocer derechos fundamentales a estos, puede generar ambigüedades al momento de su aplicación, de tal manera, el legislador al momento de preceptuar o limitar tal definición, limita por tanto el acceso a los beneficios en ella estatuidos.

En vigencia de esta ley, solo tiene calidad de víctimas aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1ro de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, estatuye además que los miembros de los grupos al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en lo que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.

En esta medida, aunque el constituyente dilucida que esta ley no pretende negar la condición de víctima, si niega el acceso a los derechos de la ley 1448/2011 creando una separación conceptualista al no dar aplicación a los beneficios consagrados por esta ley para aquellos adultos que siendo menores de edad fueron reclutados de manera forzosa dentro del conflicto armado en Colombia.

Por lo tanto, reconoce como víctimas a todas las personas que hubieren sufrido un daño como consecuencia de los hechos que el mismo precepto determinó para esta ley, pero al mismo tiempo niega su acceso efectivo creando una separación conceptual o razonada entre la definición y la condición de víctima y los derechos derivados de esta condición.

Es por ello que el constituyente yerra al realizar esta separación, por cuanto si se reconoce como víctima, tiene que reconocer los derechos conceptuales, legítimos y normativos, tales como los derechos de verdad, justicia y reparación integral, especialmente si son víctimas de los derecho humanos y el derecho internacional humanitario.

Por lo que finalmente al momento de materializar los derechos promovidos por la constitución, junto con sus fines esenciales, esta ley lo dirige única y exclusivamente en su aplicación, a un selecto grupo de víctimas aun cuando todas puedan ser consideradas como tal, estableciendo un límite para acceder a las medidas de protección en ellas consagradas, por el hecho de que se desmovilizaran mientras estos sujetos fueran menores de edad, por esta razón es necesaria hacer hincapié a que se trata de sujetos que se encuentran en situación semejante, al menos en lo referente a su condición de víctimas y por lo tanto será necesario gestionar un juicio de igualdad.

La aplicación en los casos de asistencia, atención y reparación integral, abarcados por esta ley a las víctimas del conflicto, deberá garantizar los principios constitucionales incoados, de los adultos desmovilizados, pero que siendo menores de edad fueron reclutados de manera forzosa dentro del conflicto armado en Colombia, por lo que surge como la necesidad en virtud del cual busca reivindicar la dignidad humana de todos los individuos.

El propósito del legislador con la expedición de esta ley, es garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales por parte las personas víctimas del conflicto armado interno, por el hecho de haber sufrido vulneración de sus derechos por hechos ocurridos con ocasión del conflicto armado interno con independencia de la edad registrada al momento de ocurrencia del hecho victimizante. (Gómez, 2013, pág. 22)

Concepto que actualmente se viene materializando bajo lo que esta ley considera como víctima, dejando por fuera a los adultos desmovilizados y que siendo menores de edad fueron reclutados de manera forzosa.

Esta limitación esgrimida por el legislador abarca una restricción temporal, por lo que genera dificultades ya que estas medidas de reparación de índole patrimonial deberían ser garantizadas a las víctimas y concretamente a todos los menores que hubiesen sido reclutados de manera forzosa por los grupos al margen de la ley en desarrollo del conflicto armado interno, independientemente de la edad en que se hubiesen desmovilizado, al haber sufrido un daño en sus derechos y del cual no se encontraban en la obligación de soportarlo, limitación que realiza el constituyente con el único fin de garantizar la sostenibilidad fiscal del Estado Colombiano.

La Corte Constitucional ha establecido que no sólo los actos u omisiones del Estado (o sus agentes) que lesionen uno o más de los derechos consagrados por la Convención Americana comprometen la responsabilidad del Estado puesto que también puede haber responsabilidad del Estado por actos presumiblemente cometidos por particulares. De este modo, el Estado puede incurrir en responsabilidad de forma directa por las actuaciones de sus agentes, o puede hacerlo de manera indirecta, por omisión de actuar ante acciones de particulares que afectan los derechos de la Convención (Gómez y Montoya, 2006, p.39).

Por otra parte aun cuando existen estas instancias internacionales a fin de que les sea reconocido la vulneración de sus derechos teniendo como responsable al Estado al ser víctimas del conflicto armado interno, el Estado debe evitar que sean esas instancias internacionales las que se pronuncien en contra de la administración, por lo que será

necesario reconocer la reparación como un derecho propio de las víctimas del conflicto armado colombiano, como en reiteradas ocasiones ha insistido el Consejo de Estado.

La jurisdicción colombiana ha reconocido la existencia del conflicto armado y, por tanto, ello impone al juez de lo contencioso un examen más profuso de los elementos y circunstancias que rodean los hechos puestos a su conocimiento para satisfacer, se repite, no solo el derecho de acceso a la administración de justicia, sino el de justicia y reparación, como derechos propios de estas víctimas en particular, por el hecho causado a raíz del conflicto, e impedir así, que sean otras instancias, por ejemplo, las internacionales, las que tengan que emitir un pronunciamiento.

De manera existe un daño antijurídico derivado de la responsabilidad del Estado, siendo aplicable frente al derecho colombiano, al momento de reconocer el acceso a todos los menores reclutados de manera forzosa, pero que siendo mayores de edad se desmovilizaron de estos grupos, se les desconoce el derecho a la igualdad, por cuanto al reconocerles su calidad de víctimas, con la ley 1448/2011 se restringe el acceso a los beneficios de atención, asistencia y reparación por esta avocados para estas víctimas en particular.



## CONCLUSIONES

En definitiva y partiendo de la Constitución de 1991, año en el que el Estado Colombiano asume la responsabilidades derivadas de la actuación de sus agentes y particulares, se desprende la obligación de responder económicamente a quienes se les ocasiona un daño al que no están en la obligación de soportarlo, es decir un daño antijurídico.

A su vez, existen diferentes formas y/o tipos en que el Estado genera esta clase de daños, por lo que no sólo se habla de daños materiales, físicos y de cualquier otra índole, sino que actualmente, movidos por el funcionalismo del derecho cambiante y dinámico, nuevos autores hablan de aquella responsabilidad del Estado por el hecho del constituyente, que el legislador por el hecho de desconocer derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991 genera un daño que en su calidad de víctima no se les debe desconocer.

Por tanto esta estrecha relación existente entre la definición de víctima dada por el legislador y el posible detrimento de la administración pública en caso de desconocer derechos fundamentales a estos, genera restricciones y por ende un daño antijurídico al momento de su aplicación, por el hecho de que el legislador al momento de preceptuar o limitar la definición de víctima, limita también el acceso en igualdad de condiciones a los beneficios en ella estatuidos, por quienes sufrieron los mismos o peores vejámenes dentro del conflicto armado, desde su infancia, pero que corrieron con la suerte de desmovilizarse luego de sobrepasar la mayoría de edad y por tal motivo no podrán recibir el mismo apoyo otorgado por el Estado en vigencia de esta ley, aun cuando poseen calidad de víctima.

En esta medida, aunque el constituyente dilucida que esta ley no pretende negar la condición de víctima, si niega el acceso a los derechos de la ley 1448/2011 creando una separación conceptualista al no dar aplicación a los beneficios consagrados por esta ley para aquellos adultos que siendo menores de edad fueron reclutados de manera forzosa dentro del conflicto armado en Colombia.

Por lo que al momento de materializar los derechos promovidos por la constitución, junto con sus fines esenciales, esta ley lo dirige única y exclusivamente en su aplicación, a un selecto grupo de víctimas aun cuando todos puedan ser considerados como tal, estableciendo un límite para acceder a las medidas de protección en ellas consagradas, por el hecho de que se desmovilizaran mientras estos sujetos fueran menores de edad, por esta razón es necesaria hacer hincapié a que se trata de sujetos que se encuentran en situación semejante, al menos en lo referente a su condición de víctimas y por lo tanto será necesario gestionar un juicio con ocasión al daño que se le genera a estos sujetos de especial protección con el desconocimiento de estos beneficios en la ley consagrados.

Al desconocer los beneficios a los menores reclutados de manera forzosa, pero que siendo mayores de edad se desmovilizaron de estos grupos, genera un detrimento y/o en su vida, ya que pese a ser reconocidos como víctimas con ocasión de la ley 1448/2011, se les restringe el acceso a los beneficios de atención, asistencia y reparación por esta ley avocados, y que pese a ser portadores de este concepto no pueden recibir el mismo trato y los mismos beneficios otorgados por el Estado, generando una carga que no deben soportar por capricho del tiempo y del legislador o tal vez por políticas de responsabilidad fiscal, sin tener presente que el conflicto genera un golpe aún más fuerte para quienes siendo menores de edad perdieron su infancia para ser reclutados forzosamente por grupos al margen de la ley, perjuicios que el Estado deberá asumir en igualdad de condiciones a todos y cada uno de los sujetos que tengan calidad de víctimas en virtud del conflicto armado interno en Colombia.

## Referencias

- Acevedo, J. R. (2003). En *Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano*. Medellín Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.
- Castro, M. P. (1999). *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Espasa Calpe S.A.
- Colombia, Corte Constitucional. (25 de 03 de 2012). *Sentencia C- 253A*. Recuperado el 08 de 04 de 2015, de Cosa Juzgada Constitucional en la Ley de Víctimas del Conflicto Arm-Configuración en relación con los límites temporales para aplicación de medidas de atención, asistencia y reparación potestad de configuración legislativa en materia de justicia transicio:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-253A-12.htm>
- Congreso de la República. (10 de Junio de 2011). Ley 1448/2011. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Jesus María Carrillo Ballesteros. (14 de Febrero de 2002). Expediente 13253. Bogotá, Colombia.
- Gómez, L. (2013). Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. En *Derechos y Garantías de las Víctimas en el Conflicto Armado Interno Colombiano* (pág. 22). Bogotá D.C.: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.
- Ledesma, A. B. (1998). *Derecho Administrativo Colombiano*. Medellín: Folium Editorial.
- Montoya, M. G. (2006). *Verdad, Justicia y Reparación*. Bogotá D.C.: Editorial Ibañez.
- Parada, R. (2012). *Derecho Administrativo I parte General Décimo tercera Edición*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Perdomo, J. V. (2008). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis Editores.
- Perdomo, J. V. (2009). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis.
- Rave, G. M. (1996). *Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia* (Vol. 9). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Rodríguez, L. (2002). *Derecho Administrativo General Y Colombiano*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Rodríguez, L. (2003). *Derecho Administrativo General y Colombiano Décimo tercera Edición*. Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Rodríguez, L. (2011). *Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Temis.
- Rousseau, J. J. (2007). *El Contrato Social*. Bogotá: Panamericana Ed. Ltda.

Tirado, M. (2010). La sociología jurídica desde sus fundamentos sociológicos.  
*Prolegómenos - Derechos y Valores.*