

MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ*

*Responsabilidad del Estado por daños causados
por actos violentos de terceros*

Sumario: Introducción. i. Los fundamentos de la responsabilidad del Estado. A. La falla del servicio. B. El riesgo excepcional. C. El daño especial. ii. Los planteamientos presentados por la jurisprudencia para fundar la responsabilidad objetiva del Estado por los daños causados por actos violentos de terceros. A. La responsabilidad por riesgo excepcional. B. La responsabilidad por daño especial. C. Otros casos. iii. Observaciones sobre los planteamientos de la jurisprudencia. A. La ausencia de distinción entre los distintos fundamentos de la responsabilidad del Estado. B. Los argumentos presentados para fundar la responsabilidad por daño especial. 1. La valoración de la imputación. 2. El recurso al principio constitucional de solidaridad. a. El concepto de solidaridad. b. La relación entre la solidaridad y la responsabilidad patrimonial del Estado. C. Los argumentos presentados para fundar la responsabilidad por riesgo excepcional. D. Consecuencias prácticas. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia colombiana ha encontrado fundamento en distintos criterios para declarar la responsabilidad del Estado, desde el siglo XIX hasta hoy. Así, inicialmente, cuando la Corte Suprema de Justicia tenía la competencia general para dirimir los negocios contenciosos en que tuviera parte la Nación, se recurrió a las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad de los particulares, las cuales fueron aplicadas analógicamente. Después, siguiendo los planteamientos de la jurisprudencia francesa, el Consejo de Estado, en un principio en ejercicio de las competencias especiales conferidas por la ley¹, y luego como titular de la competencia general para conocer las controversias de responsabilidad contra los entes públicos, conferida por el Decreto 528 de 1964, desarrolló ampliamente, mediante su aplicación en casos específicos, las teorías de la falla del servicio², el daño especial y el riesgo excepcional, siguiendo muy de cerca los planteamientos de la jurisprudencia francesa³.

* Profesora de la Universidad Externado de Colombia.

1 Se puede mencionar las leyes 130 de 1913, 38 de 1918 y 167 de 1941.

2 La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia había adoptado la noción de falla del servicio en la sentencia del 21 de agosto de 1939, entendida como la prestación inadecuada de los servicios públicos, con secundaria consideración de la falta de los agentes del Estado. Después se encuentra un importante desarrollo del concepto en la sentencia del 28 de abril de 1967, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del magistrado CARLOS PORTOCARRERO MUTIS, en la que se alude expresamente, como fundamento normativo, al artículo 16 de la Constitución Política de 1886.

3 Sobre esta evolución, JUAN CARLOS HENAO. "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", en *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 729 a 760.

No obstante lo anterior, el establecimiento de los límites entre los tres fundamentos o regímenes de responsabilidad ha sido un proceso no desprovisto de complejidades. Si bien el objeto de este ensayo no consiste en hacer un análisis general de dicho proceso, sí lo es estudiar cuál es el fundamento de la responsabilidad del Estado por daños causados —materialmente— por actos violentos de terceros. La tesis que pretende demostrarse puede presentarse en los siguientes términos: la responsabilidad del Estado por los perjuicios derivados de daños causados por actos violentos de terceros no puede fundarse en la teoría del daño especial. Dicha responsabilidad se configura, claramente, cuando se demuestra la existencia de una acción u omisión ilícita del Estado a la cual le sean imputables esos daños y, en algunos eventos específicos, que se precisarán, cuando el Estado, a pesar de obrar lícitamente, creó conscientemente el riesgo de que tales terceros actuaran. Así, el fundamento de la responsabilidad solo podría encontrarse en la falla del servicio o en el riesgo excepcional.

Para la demostración de esta tesis se tendrá como primera premisa el entendimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado como la obligación reparar los perjuicios que le resulten imputables, del cual ha partido siempre la jurisprudencia nacional, aun antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, que hoy la regula expresamente en el inciso primero de su artículo 90, al establecer que “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Esta norma, que contiene una verdadera regla general de responsabilidad del Estado, no deja dudas sobre la necesidad de que, en cada caso, para que ella sea declarada deben estar demostrados sus elementos estructurales, esto es, el daño antijurídico, la acción u omisión de una autoridad pública y la existencia de una relación de imputación entre esta acción u omisión y dicho daño.

Además, se partirá también del planteamiento teórico de los regímenes que han servido para fundar la responsabilidad del Estado, ya mencionados. Al respecto será necesario hacer una breve explicación, y a ello se dedicará el primer acápite del trabajo.

En los acápites siguientes, mediante la referencia a casos específicos, se presentarán los planteamientos hechos por la jurisprudencia para fundar objetivamente la responsabilidad del Estado por perjuicios derivados de daños causados por actos violentos de terceros; se expondrán, luego, las observaciones que, en opinión de la autora, merecen tales planteamientos, para lo cual se analizarán diversos aspectos relacionados con la verificación, en cada caso, de la existencia de los elementos estructurales de la responsabilidad. Luego, se mostrarán las consecuencias prácticas de la fundamentación en el daño especial de la responsabilidad del Estado por los perjuicios aludidos y de la aplicación

extensiva de la teoría del riesgo excepcional para el mismo efecto, y, por último, se presentarán las conclusiones.

I. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Como se ha explicado, el objeto de este acápite es presentar el planteamiento teórico de los distintos regímenes que sirven para fundar la responsabilidad del Estado. El entendimiento preciso de estos regímenes constituye una de las premisas de la tesis formulada, en cuanto permite su distinción y, en consecuencia, la verificación de que en ningún caso resulta procedente su aplicación alternativa o concurrente.

A. LA FALLA DEL SERVICIO

El concepto de falla del servicio ha tenido una evolución importante en el derecho nacional y, a falta de una definición legal, fue formulado, inicial y tímidamente, por la Corte Suprema de Justicia, y luego por el Consejo de Estado.

Hacer un estudio completo de tal evolución resulta extraño al objeto de este trabajo. Puede decirse, sin embargo, con el profesor JUAN CARLOS HENAO⁴, que del entendimiento de la falla debido a PAUL DUEZ⁵, como el mal funcionamiento, el no funcionamiento o el tardío funcionamiento del servicio público del que dispone el Estado para procurar la realización del bien común, conforme a lo dispuesto, entre nosotros, en el artículo 16 de la Constitución Política, y “con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio”⁶, se pasó, hace más de veinte años, a considerar que la falla se presenta cuando hay una “violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado [...], ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado”⁷ consagrada en la norma mencionada.

4 Ob. cit., pp. 748 y 749.

5 PAUL DUEZ. *La responsabilité de la puissance publique*, 2.^a ed., París, Dalloz, 1938, p. 20, citado por JUAN CARLOS HENAO. “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 62.

6 Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de abril de 1967, proferida con ponencia del magistrado CARLOS PORTOCARRERO MUTIS.

7 Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 30 de marzo de 1990, proferida con ponencia del magistrado ANTONIO JOSÉ DE IRISARRI.

El último concepto citado es, además, coherente con la Constitución Política de 1991, en cuanto con fundamento en ella se distinguen hoy los conceptos de servicio público y función pública, y es claro que solo respecto de esta última puede decirse que su cumplimiento corresponde de manera general a las autoridades públicas, quienes solo podrán delegarlas en los particulares excepcionalmente, en los casos previstos en la ley y siguiendo los procedimientos en ella previstos⁸.

Conforme a lo expresado, a partir de la década de los noventa la jurisprudencia nacional ha entendido la falla del servicio como la violación de una obligación a cargo del Estado⁹. De esta definición, y aun de la adoptada en el fallo de 1967 citado, resulta claro, en primer lugar, que la falla del servicio constituye un régimen subjetivo de responsabilidad, en cuanto supone un reproche a la conducta estatal, y, en segundo lugar, que tal reproche es abstracto, anónimo, en cuanto exige únicamente la verificación de que ha fallado el servicio, y no la demostración de la existencia de una conducta culposa o dolosa del agente estatal.

B. EL RIESGO EXCEPCIONAL

La teoría del riesgo excepcional fue aplicada por primera vez en Colombia para fundar la responsabilidad del Estado en la sentencia del 2 de febrero de 1984^[10]. Allí se expresó:

El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores *riesgo excepcional*. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a “un riesgo de naturaleza excepcional” (Laubadère) el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público.

8 Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Corte Constitucional C-037 del 28 de enero del 2003. En esta sentencia se expresa lo siguiente: “Si bien en un sentido amplio podría considerarse función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones [...] El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”.

9 Sobre esta noción de falla del servicio, puede consultarse el artículo de JUAN CARLOS HENAO “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés”, cit., pp. 57 a 114.

10 Expediente n.º 2744.

Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.

Los hechos estaban referidos a la caída de un cable de conducción de energía eléctrica, actividad que, en el caso concreto, estaba a cargo del Municipio de Quimbaya, demandado en el proceso. Al caer sobre una finca del demandante, causó la muerte y lesiones a algunos semovientes de su propiedad.

Debe advertirse, por una parte, que, a pesar de la amplitud del planteamiento teórico del régimen contenido en esta sentencia, conforme al cual su aplicación es procedente cuando el Estado, en cumplimiento de sus funciones, sin incurrir en falla del servicio, esto es, obrando lícitamente, utiliza recursos o medios que exponen a los particulares a un riesgo excepcional, y éste se realiza causándoles un daño, como lo ha advertido la doctrina¹¹ y se deduce claramente del seguimiento de la jurisprudencia posterior, hasta 1992 solo se recurrió a él para fundar la responsabilidad en los casos de daños resultantes del desarrollo de la actividad de conducción de energía eléctrica, que, si bien es una típica actividad peligrosa, es solo una de ellas.

Otros casos en que el daño se consideró imputable al ejercicio lícito de actividades peligrosas, como la conducción de vehículos automotores o el manejo de armas de fuego, se resolvieron, en los años siguientes, con fundamento en el régimen de falla presunta del servicio, que había sido presentado inicialmente en la sentencia del 20 de febrero de 1989^[12], y no en el de riesgo excepcional. La definición sobre la aplicación de la falla del servicio presunta se hizo siempre en los casos concretos¹³, y no se precisó, de manera general, en qué eventos resultaba procedente, lo cual facilitó, sin duda, la ausencia de distinciones necesarias entre los varios fundamentos de la responsabilidad estatal¹⁴.

11 ALIER HERNÁNDEZ y CATALINA FRANCO. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2007, p. 17.

12 Expediente n.º 4655. Si bien en el caso concreto el daño se causó como consecuencia de la caída de unos cables de energía, por lo cual se aplicó para resolverlo el régimen de riesgo excepcional, en la parte motiva del fallo se hizo alusión, por primera vez, al régimen de falla del servicio presunta, como otro de los fundamentos de la responsabilidad estatal.

13 Así, se aplicó también en los casos de daños sufridos por los conscriptos, por personas privadas de la libertad en las cárceles y por los usuarios del servicio médico asistencial. Al respecto, en su orden, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 3 de marzo de 1989, expediente n.º 5290; del 5 de marzo de 1991, expediente n.º 6691, y del 30 de julio de 1992, expediente n.º 6897.

14 Debe advertirse que la presunción de la falla del servicio se generalizó en los casos antes mencionados sin tener en cuenta la obligatoriedad de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el procedimiento contencioso administrativo en virtud de lo establecido en los artículos 168 y 267 del Código Contencioso Administrativo. Incluso, en la sentencia del 31 de

Conforme al régimen de falla presunta, la falla del servicio constituye un elemento estructural de la responsabilidad, pero su existencia se presume. Es, entonces, un régimen subjetivo de responsabilidad, en cuanto supone la valoración del incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado. El demandante debe probar el daño, la acción u omisión que lo causa y la relación de causalidad entre ellos. Se presume que tal acción u omisión es constitutiva de falla del servicio y el demandado puede exonerarse, bien desvirtuando la presunción, esto es, demostrando que obró lícitamente, cumpliendo las obligaciones a su cargo, bien probando la existencia de una causa extraña.

A partir de la sentencia del 24 de agosto de 1992^[15], sin embargo, se establecieron distinciones entre los diferentes casos resueltos con fundamento en el régimen de falla presunta del servicio. Se expresa, en efecto, que en los casos de daños causados en la prestación del servicio médico asistencial se presume la falla, mientras que en los demás –incluidos aquellos en que el daño es consecuencia del uso de armas de dotación oficial o de vehículos automotores, típicas actividades peligrosas– “no juega la falla, sino solo el daño antijurídico [...], produciéndose una presunción de responsabilidad más que de falta”, por lo cual el demandado no se exonera probando diligencia.

Al margen de las imprecisiones conceptuales contenidas en este fallo, que fueron advertidas y corregidas en las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 2 de marzo y 21 de septiembre del 2000^[16], es claro que, a partir de aquél, el régimen de falla del servicio presunta se aplicó, únicamente, a los casos de daños causados en desarrollo de la prestación del servicio médico. En los demás casos hasta ese momento resueltos con fundamento en dicho régimen la valoración de la existencia de una falla del servicio –probada o presunta– resultaba improcedente, por lo cual, evidentemente, el régimen aplicable era de naturaleza objetiva y, tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, debía ser el de riesgo excepcional, pues los hechos se ajustarían al planteamiento teórico de este último, conforme a los términos de la sentencia del 2 de febrero de 1984. Es esa la razón por la cual en las sentencias del 2000 que acaban de mencionarse se afirma lo siguiente:

julio de 1989, ya mencionada, se expresa que “la aplicación de la regla *actori incumbit probatio* se atenúa respecto de la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante, sino que el *onus probandi* no cobija la prueba de la falla del servicio, aunque sí la del hecho causante del daño y su relación con el mismo [*sic*]”.

15 Expediente n.º 6754.

16 Estas sentencias se profirieron, en su orden, en los expedientes 11401 y 11766.

Sea ésta la oportunidad para aclarar que no existe, en ningún caso, la llamada “presunción de responsabilidad”, expresión que resulta desafortunada, en la medida en que sugiere la presunción de todos los elementos que permiten configurar la obligación de indemnizar. Es claro, en efecto, que, salvo en contadas excepciones, generalmente previstas en la ley, en relación con el daño, siempre se requiere su demostración, además de la del hecho dañoso y la relación de causalidad existente entre uno y otro. El régimen así denominado por esta corporación en varias oportunidades tenía, sin duda, todas las características del régimen objetivo de responsabilidad, en el que si bien no tiene ninguna injerencia la calificación subjetiva de la conducta –por lo cual no se requiere probar la falla del servicio ni se acepta al demandado como prueba para exonerarse la demostración de que su actuación fue diligente–, los demás elementos de la responsabilidad permanecen y deben ser acreditados por la parte demandante. Re caerá sobre la parte demandada la carga de la prueba de los hechos objetivos que permitan romper el nexo de causalidad, únicos con vocación para exonerarlo de responsabilidad.

Por lo demás, como lo expresa la doctrina¹⁷, la referencia hecha en el fallo del 24 de agosto de 1992 al daño antijurídico, como único elemento que “juega” en los casos en que venía aplicándose el régimen de falla del servicio presunta, distintos del de la prestación del servicio médico, es claramente inexacta, puesto que tal elemento está presente en todos los regímenes que sirven para fundar la responsabilidad del Estado –subjetivos y objetivos– y nunca basta para establecer su existencia, puesto que, aun en estos últimos, será necesario demostrar la acción u omisión que lo causa y su imputación al Estado.

A partir del fallo referido, se ha aceptado amplia y definitivamente la aplicación del régimen de riesgo excepcional en los casos en que el daño constituye la concreción del riesgo creado por una actividad peligrosa ejercida por el Estado¹⁸. Así, en la sentencia del 16 de marzo del 2000, la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó:

[...] el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal, sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella [...] La actividad generadora del daño causado, en el caso que ocupa a la Sala, es una de aquéllas. En efecto, la conducción de vehículos automotores ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa.

17 HERNÁNDEZ y FRANCO. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, cit., p. 28.

18 Entre muchas otras, tratándose de la conducción de vehículos automotores, pueden consultarse las sentencias del 25 de mayo del 2000, expediente n.º 11253, y 19 de julio del 2000, expediente n.º 11842, y tratándose del uso de armas de fuego, pueden consultarse las del 3 de mayo del 2001, expediente n.º 12329, y 14 de junio del 2001, expediente n.º 12696.

No se trata, en consecuencia, como parece entenderlo el *a quo*, de un régimen de falla del servicio probada, ni como lo expresa el apelante, de un régimen de presunción de falla, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de culpa; *deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima* [énfasis añadido]¹⁹.

Por otra parte, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, desde la sentencia del 2 de febrero de 1984, varias veces mencionada, el planteamiento del régimen de riesgo excepcional se formuló en términos equívocos, que explican la confusión entre los varios regímenes que puede advertirse en fallos posteriores.

En efecto, en primer lugar, se consideró que debía tratarse de “un riesgo de naturaleza excepcional [...] el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público”, y se indicó que la teoría se construye “sobre el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, pilar insustituible de la responsabilidad administrativa”.

Si bien la doctrina²⁰ y la jurisprudencia²¹ han considerado que este principio es siempre el fundamento mediato de la responsabilidad del Estado, al margen del régimen que resulte aplicable, debe tenerse en cuenta que su valoración para la atribución de ésta solo se produce, efectivamente, cuando se trata de la aplicación del régimen de daño especial, al que se hará referencia a continuación. Es esto lo que explica el que se haya considerado que tal principio constituye el fundamento inmediato de la atribución de la responsabilidad con fundamento en el daño especial. Esta precisión, sin embargo, no ha logrado enervar, en muchos casos, la confusión entre los regímenes de riesgo excepcional y daño especial, como se verá más adelante²².

En segundo lugar, en esta sentencia del 2 de febrero de 1984 se expresó:

Pero el que no haya existido falta no puede llevar al extremo de dejar sin reparación el perjuicio causado, como lo hizo la sentencia apelada. Si ocurrió el perjuicio y si está

19 Expediente n.º 11670.

20 Cfr. G. TEISSIER; P. TIRARD; P. DUEZ; A. DE LAUBADÈRE y M. ROUGEVIN-BAVILLE, citados por RAMIRO SAAVEDRA, y una posición crítica de este último al respecto, en *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2004, pp. 429 a 431.

21 Cfr., entre otros pronunciamientos, la sentencia proferida el 20 de febrero de 1989, expediente n.º 4655.

22 En sentido similar, HERNÁNDEZ y FRANCO. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, cit., p. 18.

establecido además, que su causa directa fue la caída de un cable de energía de la Administración, ésta debe responder: así lo indican el artículo 16 de la Constitución que establece como uno de los fundamentos del Estado la protección de la vida, honra y bienes de los asociados así como el cumplimiento de los deberes sociales del Estado [...]

Es fácil advertir, en este párrafo, la pretensión de justificar normativamente el régimen de riesgo excepcional, recurriendo para ello al artículo 16 de la Constitución Política de 1886, dada la ausencia, antes de la Carta de 1991, de una disposición que consagrara una regla general de responsabilidad del Estado. Sin embargo, es claro que solo el régimen de falla del servicio podía encontrar un fundamento válido en esa norma, a menos que se considerara que la obligación en ella atribuida a las autoridades de la República de defender a los ciudadanos en su vida, honra y bienes fuera de resultado, lo cual es totalmente improcedente y a ello se ha referido la jurisprudencia en muchas ocasiones, aludiendo al concepto de relatividad de la falla del servicio, mejor designado como *relatividad de la obligación general de las autoridades públicas*²³. Cuando el daño constituye, en cambio, la concreción de un riesgo creado por el Estado en el desarrollo lícito de sus funciones, el cumplimiento del artículo 16 resulta irrelevante para la exoneración de responsabilidad.

C. EL DAÑO ESPECIAL

La primera aplicación de la teoría del daño especial en Colombia se produjo el 29 de julio de 1947, en la sentencia proferida por el Consejo de Estado en el caso de El Siglo S. A. contra la Nación. En ella se condenó a esta última a indemnizar los perjuicios sufridos por dicha empresa, propietaria del periódico del mismo nombre, por no haber podido publicarlo entre el 11 de julio y el 6 de agosto de 1944, lo cual tuvo su causa en las medidas tomadas por el gobierno provisional²⁴, por conducto del director general de la Policía, durante el estado

23 Cfr., entre otras, la sentencia del 10 de agosto del 2000, expediente n.º 11585.

24 Tales medidas, cuya adopción se encontró probada en el proceso, fueron las siguientes: (a) la revisión de todo el material impreso destinado a la publicidad en las redacciones de los periódicos de Bogotá, para lo cual fue nombrado un comandante para permanecer en cada una de las de los periódicos mencionados en la Resolución 882 del 10 de julio de 1944, entre las cuales no figuraba la de *El Siglo*, sin que por ello quedara eximido de las restricciones de publicación allí establecidas; (b) el envío, desde esa fecha, de una escolta de la Policía al edificio de *El Siglo* para impedir la entrada y salida de personas, según se alegó, para evitar la destrucción de las maquinarias del periódico, que intentaba una multitud que se había dirigido al sitio; y (c) la orden dirigida a los gerentes de la Compañía de Energía Eléctrica de Bogotá y de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, de que se abstuvieran de prestar los servicios en el inmueble donde funcionaba el periódico.

de turbación del orden público decretado el 10 de julio de 1944 como consecuencia del alzamiento militar de un grupo de oficiales del Ejército en Pasto, que pusieron preso al presidente de la República, ALFONSO LÓPEZ PUMAREJO.

La teoría fue presentada en los siguientes términos, citando al doctrinante CARLOS GARCÍA OVIEDO:

La responsabilidad *sin falta* [...] se plantea siempre que en la gestión de sus servicios produce el Estado a un particular un daño o le proporciona un perjuicio, por motivo de interés público y con autorización legal. Verbigracia, el Estado para la ejecución de una obra expropia un inmueble de propiedad particular, ocupa ciertos terrenos, perjudica una finca, desvía unas aguas de que nos aprovechamos, nos impone una prestación; o por motivo de instrucción militar causa daño en nuestra propiedad, etc. De la responsabilidad del funcionario que obró no hay que hablar, pues ajustó su conducta a la ley. Pero, ¿y el Estado? Deberá responder de estos daños.

[...] Domina, actualmente como mejor criterio el de daño especial. Parte esta teoría del gran principio básico del derecho público moderno, de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. En tanto que un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero el deber de indemnizar aparece desde el instante en que se produce una carga especial.

Luego, citando a MICHAUD, el Consejo expresó:

El daño producido por la Administración [...] no da lugar a reparación sino en el caso en que es anormal por su importancia y por su carácter excepcional. La Administración tiene el derecho de imponer este sacrificio especial como gestora suprema del interés público pero mediante indemnización, al efecto de restablecer la igualdad de las cargas.

Su aplicación al caso concreto se sustentó con base en esta argumentación:

[...] tanto por omisión como por acción, el periódico [...] fue objeto de tratamiento excepcional. Lo primero, porque no se le nombró censor, a tiempo que a los demás órganos de la prensa diaria de Bogotá se les designó el suyo; y, lo segundo, porque fueron suspendidos los servicios de fuerza eléctrica y de teléfonos en el edificio donde funciona, y éste rodeado de una escolta de la Policía Nacional, que impedía la entrada y salida de las personas, elementos sin los cuales y medida con la cual no podía actuar. Es cierto que esta última fue tomada, en primer término, para proteger la Empresa de una multitud amenazante, pero la prolongación de ese estado de cosas [...] colocó al prenombrado diario en situación excepcional.

Al margen de las observaciones que puedan formularse respecto de la aplicación de la teoría al caso resuelto en esta decisión²⁵, es claro que en ella se identificaron los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad por daño especial. Así, debe existir una acción u omisión del Estado que constituya la causa del perjuicio sufrido por un particular; este perjuicio, además, debe ser anormal, por su importancia o gravedad, y especial en cuanto el afectado soporta una carga que no tienen los demás miembros de la comunidad, en beneficio de la cual se realiza tal acción u omisión, que, por lo tanto, tiene carácter lícito y da lugar al surgimiento de una responsabilidad objetiva. Conforme a lo anterior, es claro que la especialidad del perjuicio, cuya valoración supone establecer el beneficio de la comunidad buscado con la acción u omisión estatal y el perjuicio de un ciudadano o un grupo de ciudadanos en particular que de éstas se deriva, permite verificar el rompimiento del equilibrio o la igualdad de éstos frente a las cargas públicas.

La teoría del daño especial se aplicó por segunda vez entre nosotros en la sentencia del 23 de mayo de 1973^[26]. Su presentación por el Consejo se hizo con expresa alusión al caso concreto, en los siguientes términos:

Resta decidir si la tesis planteada por el señor agente del Ministerio Público sobre distribución de las cargas públicas puede aplicarse al caso de autos dadas sus características especiales y que puede sintetizarse así: la acción armada ejercida para capturar a Efraín González en cumplimiento de una orden judicial expedida por funcionario competente no constituye falla del servicio y fue, por lo mismo, legítima, pero ella causó un perjuicio económico a un tercero ajeno a esos hechos, consistente en la destrucción de una casa de propiedad de ese tercero, razón por la cual al Estado corresponde indemnizar el perjuicio causado, lo que equivale a hacer una equitativa distribución de las cargas públicas entre todos los contribuyentes desde luego que tal indemnización deberá hacerse con cargo al presupuesto de la Nación.

25 Llama la atención el hecho de que el Consejo de Estado haya considerado lícita la actuación estatal sin verificar las razones por las cuales se produjo “la prolongación de ese estado de cosas”. Podría considerarse, en efecto, que la extensión en el tiempo de la situación que causó los daños sufridos por la parte demandante, y especialmente los derivados de la imposibilidad de publicar el periódico, en este caso, tuvo su causa, más bien, en una actuación arbitraria o, por lo menos, negligente de la entidad demandada, en cuanto, si bien designó censores para otros periódicos desde el 10 de julio de 1944, no lo hizo para el periódico *El Siglo* –cuyos directivos eran miembros del Partido Conservador, opositor al Gobierno y, en opinión de algunos, incitador del intento de golpe–, sino el 6 de agosto de 1944, casi un mes después, y hasta esta fecha mantuvo las órdenes de suspensión de los servicios de energía eléctrica y teléfono, sin que, aparentemente, ello resultara necesario. Así, podría considerarse que el fundamento de la responsabilidad, en el caso concreto, podía encontrarse en la falla del servicio, y no en el daño especial.

26 Expediente n.º 973.

Es evidente que, por lo menos, por razones de equidad y de justicia distributiva quien ha sufrido un perjuicio causado por la Administración debe ser indemnizado, y ciertamente en el caso de autos la señora Vitalia v. de Pinilla no tiene por qué sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la Administración, legítimo desde luego, al cual fue tan extraña como cualquier otro ciudadano.

Se consideró, para el efecto, probada la responsabilidad del Estado, en cuanto se encontraron acreditados “el daño y la relación de causalidad correspondiente”.

También sobre la aplicación de la teoría del daño especial en este caso concreto pueden formularse algunas observaciones, dada la descripción de los hechos contenida en la sentencia, de la cual podría inferirse falta de pericia y, eventualmente, una acción excesiva de la fuerza pública, lo cual sugeriría que el fundamento de la responsabilidad del Estado debió encontrarse en la falla del servicio²⁷. Por otra parte, en caso de que tal argumento se desechara, por considerarse legítima la actuación estatal, podría también considerarse que este es un típico caso de responsabilidad por riesgo excepcional²⁸, ya que el daño sufrido por la demandante constituyó la concreción del riesgo creado por la fuerza pública mediante el uso de armas de fuego. Es entendible, sin embargo, que esta última postura, mencionada someramente por la vista fiscal, no fuera acogida por la corporación, si se tiene en cuenta que, como se ha explicado, la teoría del riesgo excepcional solo comenzó a aplicarse a partir de la sentencia del 2 de febrero de 1984, y respecto de los casos relativos al ejercicio de actividades peligrosas distintas de la conducción de energía eléctrica, después de la sentencia del 24 de agosto de 1992.

Sin embargo, en lo que se refiere al planteamiento teórico del daño especial, la sentencia de 1973 es coherente con la anterior del 29 de julio de 1947, en cuanto en ella se reitera la necesidad de que estén presentes los elementos que estructuran dicho régimen, a saber: la demostración de la existencia de una acción u omisión legítima del Estado cuyo objetivo es el beneficio general, así como de la existencia de un daño grave causado por la misma acción u omisión a un particular y la relación de causalidad material entre éstas y dicho daño.

En el mismo sentido, en la sentencia del 28 de octubre de 1976^[29] se afirmó:

27 Se observa que también este fallo, como en el del 29 de julio de 1947, trata de encontrarse el fundamento normativo para la teoría del daño especial en el artículo 16 de la Constitución, del cual se dice que “da fundamento a la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio público, e igualmente fundamenta aquella responsabilidad por el perjuicio causado, no importando si este perjuicio que se ocasionó a alguna o algunas personas fuere en provecho del resto de la comunidad”.

28 En el mismo sentido, HERNÁNDEZ y FRANCO. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, cit., p. 19.

29 Expediente n.º 1482.

Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general en la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivos de principios generales de derecho público interno, suficiente para configurar la responsabilidad. El Estado ha cumplido, pero la Nación, tributaria de aquél y destinataria de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido por uno de los administrados y, por equidad, debe concurrir a compensar el daño causado.

Obvio que el beneficio de la comunidad no es necesariamente patrimonial, hay otros intangibles sociales y políticos más importantes para ella, como son la existencia del Estado, la seguridad de sus integrantes y la realización de los fines sociales, económicos y culturales que sirven de meta o norte a su organización jurídica.

Es muy relevante la mención de los casos regulados en los artículos 30 y 33 de la Constitución de 1886, referidos a la obligación de indemnizar al perjudicado con una expropiación. Éstos, junto con el de la obligación de indemnizar a quienes debieran quedar privados del ejercicio de una industria lícita en virtud de una ley que estableciera un monopolio, han sido considerados casos típicos de responsabilidad por daño especial, en cuanto suponen el cumplimiento de una actividad estatal en beneficio general, con la cual, sin embargo, se causa un daño grave a un particular.

Un caso muy interesante se resolvió por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 11 de abril de 1978^[30]. Demandó el actor la reparación de los perjuicios causados como consecuencia de la orden impartida por las autoridades militares y administrativas de abandonar la zona de Pato, en San Vicente del Caguán (Caquetá), a partir del mes de marzo de 1964, por haber sido declarada dicha región “zona de guerra”, orden que se mantuvo hasta el 6 de septiembre de 1972. Se reiteraron allí los planteamientos hechos en las sentencias que se acaban de citar y se expresó que si bien el Estado podía imponer a los habitantes de la región ese sacrificio, para restablecer el orden en ella y evitar la expansión de los insurgentes en el resto del territorio, debía también aquél indemnizar a aquellos habitantes los daños sufridos, puesto que “[l]a colectividad no podía beneficiarse del sacrificio de unos pocos, sin sacrificar con ello la justicia distributiva”.

En la presentación teórica del régimen, en esta sentencia, no se precisan sus elementos, pero es evidente que en el caso concreto estaban presentes: el demandante sufrió un daño grave (anormal) y especial como consecuencia de

30 Expediente n.º 1567.

una actuación del Estado que tenía por objeto garantizar la seguridad de los ciudadanos.

Sobre los elementos que configuran el régimen de daño especial ha habido claridad, desde el punto de vista teórico, en los pronunciamientos posteriores³¹, aun después de la Constitución Política de 1991. Así, en la sentencia del 13 de septiembre de 1991^[32], se expresó:

La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, el sacrificio de esta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la Ley. Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de la actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado.

Y precisamente sobre los requisitos, se afirmó en esta misma sentencia:

A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados;
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración.

Se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva dentro de la cual demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena,

31 Cfr., entre otras, la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 20 de febrero de 1989, expediente n.º 4655.

32 Expediente n.º 6453.

teniendo en cuenta [...] que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen.

En esta sentencia, a más de hacerse énfasis en los elementos que justifican la aplicación de la teoría del daño especial, entre ellos el mencionado en los literales *b* y *e*, consistente en la existencia de una relación de causalidad entre la acción u omisión del Estado y el daño, se alude, en el literal *f*, al carácter subsidiario del régimen. Ambos elementos resultan muy importantes para el análisis que se abordará luego.

Por último, llama la atención el hecho de que en esta sentencia se haya encontrado el fundamento normativo para la teoría del daño especial en el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y no en el artículo 2.º, que, en su inciso segundo, recogió el contenido del artículo 16 de la Constitución de 1886, al que se había recurrido en fallos anteriores³³.

CONCLUSIÓN

Precisados los requisitos de cada uno de los regímenes antes mencionados, que permiten configurar, en cada caso, los elementos estructurales de la responsabilidad, y afirmado el carácter subsidiario de aquellos de responsabilidad sin falta, y, específicamente, del daño especial, puede afirmarse, sin duda alguna, que tales regímenes que fundamentan la responsabilidad del Estado –falta del servicio, riesgo excepcional y daño especial– no pueden ser aplicados de manera alternativa o concurrente. En efecto:

– Si la acción u omisión del Estado que causa el daño es ilegítima, el fundamento de la responsabilidad será la falla del servicio;

– Si la actividad del Estado es, en cambio, legítima y además riesgosa y el daño es producto de la concreción del riesgo que ella crea, el fundamento será el riesgo excepcional; y

– Si la acción u omisión del Estado es legítima y –tratándose de una acción³⁴– no es riesgosa y se ha desarrollado en beneficio de la comunidad, pero con ella

33 En la sentencia se expresó: “El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas se acentúa de manera especial con el artículo 13 de nuestra nueva Constitución, cuando prescribe que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

34 Esta precisión tiene su sustento en el hecho de que el riesgo relevante para el derecho, en cuanto concepto que permite fundar la responsabilidad objetiva, es siempre el producto de una acción positiva.

se ha causado un perjuicio grave a un particular o a un grupo de particulares, el fundamento será el daño especial.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede concluirse, además, que, en relación con el tema objeto de este ensayo, la falla del servicio constituirá el fundamento de la responsabilidad por actos violentos de terceros en aquellos eventos en que las autoridades respectivas fueron advertidas previamente del peligro o, por las circunstancias del caso, debieron conocerlo con antelación y obrar espontáneamente y sin embargo omitieron adoptar las medidas para evitar tales actos³⁵. También constituirá la falla el fundamento adecuado cuando, incumpliendo sus obligaciones, la Nación o la entidad estatal respectiva haya puesto a personas civiles residentes en Colombia en situación de peligro, a pesar de su carácter previsible.

En estos eventos, el debate será esencialmente probatorio, en cuanto corresponderá al demandante acreditar la responsabilidad subjetiva del Estado, esto es, la acción o la omisión constitutiva de falla del servicio, además del daño y la relación de imputación entre ambos. Por la misma razón, en ellos no se genera un debate teórico relevante.

Tal debate se presenta, en cambio, en relación con la posibilidad de imputar al Estado responsabilidad por el daño causado por actos violentos de terceros con fundamento en regímenes objetivos. Al respecto, la discusión se ha planteado desde hace casi treinta años y está relacionada íntimamente con los problemas que, en los casos concretos, ha generado la distinción entre los regímenes de riesgo excepcional y daño especial. De ello se derivan, necesariamente, dificultades para establecer la configuración de los elementos estructurales de la responsabilidad y, por la misma razón, la procedencia de su declaración en cada

35 En ese sentido, sentencia del 10 de agosto del 2000, expediente n.º 11585. ALIER HERNÁNDEZ y CATALINA FRANCO citan como ejemplos de casos de responsabilidad por actos violentos de terceros resueltos con fundamento en el régimen de falla del servicio –al margen de que hubieran o no prosperado las pretensiones– los siguientes: “Muerte de un alto funcionario de la aduana, sentencia del 8 de noviembre de 1991, expediente n.º 6296; por quema de buses, sentencias del 21 de marzo de 1991, expediente n.º 5595, 12 de noviembre de 1993, expediente n.º 8233 y del 14 de diciembre de 1993, expediente n.º 8512; por la muerte de personas en la toma del palacio de justicia, sentencias del 12 de noviembre de 1993, expediente n.º 8233 y del 19 de agosto de 1993, expediente n.º 9273; atentado con explosivos contra el periódico *Vanguardia Liberal* de Bucaramanga, sentencia del 28 de abril de 1994, expediente n.º 7733; ataque de la guerrilla a un centro carcelario, sentencia del 11 de julio de 1996, expediente n.º 10822; muerte de un inspector de policía que pidió protección por amenaza, sentencia del 22 de julio de 1996, expediente n.º 11934; ataque de la guerrilla contra una comisión judicial en Usme (Cundinamarca), sentencia del 20 de noviembre de 1998, expediente n.º 11804; por la destrucción por la guerrilla de unas fincas en Valencia (Córdoba), sentencia del 3 de febrero del 2000, expediente n.º 14787; el atentado con explosivos contra la sede del DAS en Bogotá, entre varias sentencias, la más reciente del 14 de julio del 2004, expediente n.º 14592” (ob. cit., p. 611).

caso. Se trata, entonces, de un debate teórico importante que, como se explicará más adelante, en algunos eventos, tiene consecuencias prácticas relevantes.

Hecha esta precisión, se presentarán a continuación los argumentos construidos por la jurisprudencia para fundar la responsabilidad en uno y otro régimen objetivo. Para ello se hará referencia a diferentes sentencias y a los casos concretos objeto de estudio en cada una de ellas.

II. LOS PLANTEAMIENTOS PRESENTADOS POR LA JURISPRUDENCIA PARA FUNDAR LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS VIOLENTOS DE TERCEROS

A. LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO EXCEPCIONAL

En algunos casos, el Consejo de Estado ha fundado en el riesgo excepcional la responsabilidad del Estado por los daños causados por actos violentos de terceros. Se citarán brevemente, a continuación, algunas sentencias de la Sección Tercera de esa corporación que permiten sustentar esta afirmación.

1. En la sentencia del 22 de enero de 1996^[36] se pronunció el Consejo sobre la demanda presentada por los familiares de una persona que falleció como consecuencia de un ataque dinamitero que dirigió un grupo subversivo contra las fuerzas del orden, el 21 de julio de 1990, en la localidad de Lebrija. Se declaró la responsabilidad del Estado por los perjuicios reclamados, con base en los siguientes argumentos:

[...] el ciudadano [...] fue sometido por parte de la administración a soportar un RIESGO EXCEPCIONAL, el cual no estaba en la obligación de padecer. Riesgo este que fue creado por la actividad desarrollada por la fuerza policial en cumplimiento de la restauración del orden público que se vio alterado por los atentados dinamiteros perpetrados por grupos criminales del sector.

[...] eventos como el estudiado encuadran en la teoría que admite la responsabilidad estatal sin culpa, la cual constituye uno de los fundamentos de la responsabilidad patrimonial de la administración, y que tiene plena aplicación cuando las instituciones en ejercicio de sus misiones, vale decir en el control de las organizaciones criminales, aunque actúen dentro de los cánones del buen servicio, si crean una situación anormal y excepcional para la población civil que le genere daño, es justo que el Estado repare el menoscabo patrimonial que le irrogó a los ciudadanos [...]

36 Expediente n.º 10648.

2. Mediante el fallo del 28 de junio del 2006^[37], se condenó al Estado a pagar los perjuicios sufridos por el propietario de un establecimiento de comercio que resultó afectado como consecuencia de la explosión de una carga de dinamita dirigida contra un comando de la Policía. Para el efecto, consideró:

[...] aparece demostrado en el proceso que el demandante sufrió un daño antijurídico como consecuencia de la materialización de un riesgo creado por el Estado.

[...] la Sala reitera su posición de que los daños que sufran las personas como consecuencia del conflicto armado interno le son imputables al Estado cuando se demuestra que son consecuencia de una falla del servicio de la administración o del riesgo creado por la entidad estatal con el fin de cumplir su función de garantizar la vida e integridad de las personas y que el ataque estuvo dirigido concretamente contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal³⁸.

3. En la sentencia del 4 de diciembre del 2006^[39] se condenó a la Nación por los perjuicios sufridos por una persona que se encontraba en el lugar en el que se produjo un enfrentamiento armado entre la Policía y un grupo guerrillero. Se expresó en esa oportunidad:

En conclusión, en el caso concreto se demostró que en el Municipio de Santa Rosa del Sur, en el Departamento de Bolívar, se adelantó un combate entre las fuerzas del orden y grupos subversivos, circunstancia que generó un riesgo excepcional para la ciudadanía, en el caso concreto para el médico Freddy del Cristo Gómez Sierra, hecho que, por ende, conforme al criterio jurisprudencial expuesto, da lugar a afirmar que el daño por el cual se demanda indemnización es imputable a la entidad demandada.

4. Mediante la sentencia del 5 de junio del 2008^[40] se condenó, igualmente, a la Nación por los perjuicios derivados de la muerte de un menor, como consecuencia del atentado realizado por dos delincuentes contra un agente de la Policía. Manifestó el Consejo:

Una vez verificadas las circunstancias en las que se produjo la muerte del joven Hernán Alexander Obando Muñoz, la Sala considera que no se demostró que tal hecho hubiera sido producto de una falla en el servicio de la demandada [...]

37 Expediente n.º 16630.

38 Sentencia del 23 de septiembre de 1994, expediente n.º 8577.

39 Expediente n.º 15571.

40 Expediente n.º 17278.

[...] Tampoco se acreditó la existencia de daño especial, como quiera que la muerte de Hernán Alexander Obando Muñoz no la produjo directamente el Estado en cumplimiento legítimo de sus funciones.

[...] En pocas palabras, el Estado responde por los daños que cause de manera directa, bien en ejercicio de una acción legítima (daño especial) o como consecuencia de una falla en la prestación de los servicios que le corresponde cumplir, y de manera excepcional, por los daños que causen terceros, pero cuando tales daños constituyan la materialización de riesgos creados por el mismo Estado (riesgo excepcional).

[...] la aplicación de este régimen (el daño especial), conforme a la Jurisprudencia de la Sala, supone siempre la existencia de una relación de causalidad directa entre una acción legítima del Estado y el daño causado, lo cual descarta, por definición, todo daño en el que el autor material sea un tercero ajeno al Estado.

[...] El acervo probatorio analizado acredita la responsabilidad patrimonial del Estado por la muerte de Hernán Alexander Obando Muñoz, bajo el título de riesgo excepcional, en tanto se demostró que esta se produjo única y exclusivamente en consideración al riesgo a que se vio sometida la población civil con ocasión del enfrentamiento entre el Estado y grupos al margen de la ley, que decidieron convertir a los agentes de la policía en blanco concreto y determinado de sus atentados criminales, con lo cual la población civil que por alguna circunstancia estuviera a su alrededor, se veía sometida a un riesgo de naturaleza excepcional.

En el *sub lite*, se demostró que para la época en la que ocurrieron los hechos, la ciudad de Medellín se encontraba en una situación de alteración del orden público, en la cual los policías eran víctimas de la persecución por parte de sujetos pertenecientes a grupos de narcotráfico, situación por la cual los miembros de la población civil quedaban expuestos al riesgo de padecer los atentados que se dirigían en contra de la Institución y sus integrantes [...]

En otras sentencias, el Consejo, si bien ha negado las pretensiones formuladas en el caso concreto, por no encontrar demostrados los elementos de la responsabilidad, ha hecho precisiones respecto de los regímenes aplicables a los casos de daños causados por actos violentos de terceros.

Así, en la sentencia del 10 de agosto del 2000^[41] concluyó la corporación:

En efecto, con base en el análisis de los casos antes citados, se concluye que el Estado sólo fue condenado en aquéllos en que no se pudo establecer la existencia del hecho de un tercero, como causal de exoneración de responsabilidad, dado que el mismo

41 Expediente n.º 11585. Esta sentencia ha sido reiterada en varios fallos posteriores, entre ellos el del 14 de julio del 2004, expediente n.º 14592.

[sic] no resultaba ajeno a la acción u omisión del Estado. Y para ello, la Sala debió precisar, en cada caso, cuál era el alcance de su deber de vigilancia y protección. Es ésta la razón por la cual se acudió, en algunos eventos, al concepto de relatividad de la falla del servicio, que más precisamente alude a la relatividad de las obligaciones del Estado y, por lo tanto, permite determinar, en cada situación particular, si el daño causado resulta o no imputable a la acción u omisión de sus agentes. En otros eventos, como se vio, la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones [...].

En la sentencia del 23 de octubre del 2003^[42] expresó el tribunal:

El Consejo de Estado ha revisado su posición frente al tema de la responsabilidad por actos terroristas, y en la actualidad la orientación de la Sala descansa en las tesis sobre Falla del Servicio y Riesgo Excepcional.

[...] En concordancia con lo anterior, el Estado expone en riesgo a unas personas más que otras en su actuar legítimo, como, por ejemplo, el vivir cerca a instalaciones oficiales como lo son los CAI, que son apetecidas por este tipo de delinquentes.

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

De acuerdo a [sic] lo anteriormente expuesto, los regímenes actualmente aplicables frente a los atentados terroristas son la falla del servicio y el riesgo excepcional.

Y en el fallo del 21 de junio del 2007^[43], en el cual se pronunció el Consejo sobre la demanda formulada por los familiares de una persona que murió al explotar un petardo abandonado por grupos al margen de la ley, en una sucursal de Bancafé en la ciudad de Bogotá, afirmó:

[...] no existen pruebas que acrediten o hagan suponer la existencia de amenazas contra personas o entidades en particular, que debieran ser protegidas especialmente por el Estado, o que pudieran calificarse de objetivos militares de grupos al margen de la ley, de suerte que su sola existencia pudiera poner en situación especial de riesgo a los miembros de la población.

42 Expediente n.º 14211.

43 Expediente n.º 25627.

[...] se trató de un acto terrorista indiscriminado contra la población civil, cuyo propósito fue la alteración del orden público, razón por la cual, el daño que sufrieron los actores, con ocasión de la muerte de la señora Nossa Rodríguez, no le es imputable a aquélla, como quiera que el mismo [*sic*] fue obra de un tercero, cuyo hecho resulta, sin duda, extraño a la acción u omisión de esta última.

[...] Si bien todos estamos sujetos a un riesgo igual, su existencia, por sí sola, no resulta suficiente para que el daño se pueda imputar a los organismos estatales. La situación se torna distinta para determinados grupos de la población, cuando en virtud de acciones lícitas del Estado dirigidas, incluso, a la propia protección de los asociados, éstos resultan especialmente expuestos a ser blanco del ataque terrorista. Sin embargo, ello no ocurrió, en este caso, pues, como se advirtió, el atentado terrorista fue dirigido contra la población civil, con el único propósito de alterar el orden público.

B. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL

El daño especial ha sido aplicado en muchas oportunidades para fundar la responsabilidad del Estado por daños derivados de actos violentos de terceros. Aquí se presentan algunas sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferidas en la última década, en las que se alude de manera específica a este régimen de responsabilidad.

1. En la sentencia del 8 de agosto del 2002^[44] se resolvió un caso referido a los siguientes hechos, que es necesario relatar en detalle: Un señor fue secuestrado en su oficina, en la ciudad de Cúcuta, por delincuentes comunes que lo obligaron a abordar su propio vehículo. A la salida de la ciudad se encontraba un retén del Ejército, instalado con el fin de efectuar controles de rutina. Los militares no tenían conocimiento del secuestro. Al pasar el vehículo por ese lugar, los soldados le ordenaron al conductor que se detuviera, pero éste no atendió la orden, por lo cual el comandante obligó a sus ocupantes a detenerse. El conductor apagó el carro y bajó el vidrio de la ventana. Luego volvió a prender el carro, por lo cual se le reiteró enérgicamente la orden de apagarlo. El comandante se acercó y uno de los ocupantes del vehículo le disparó —o se aprestó a dispararle desdoblado la culata del arma⁴⁵—, por lo cual aquél se defendió y el resto de los militares comenzó igualmente a disparar. Siguió un fuego cruzado entre éstos y los ocupantes del carro, cuyo tanque de gasolina estalló y causó la incineración de estos últimos, incluido el ciudadano secuestrado. El Consejo declaró la responsabilidad de la Nación por los perjuicios

44 Expediente n.º 10952.

45 Obran en el proceso, al respecto, dos versiones distintas.

sufridos por los familiares de este último con fundamento en el daño especial, en los siguientes términos:

[...] como en el caso concreto se acreditó suficientemente que en desarrollo de la actuación legítima de la fuerza pública, enfrentada al grupo armado que la atacó, se produjo la muerte del señor Teódulo Gelves Albarracín, quien fue sometido, por lo tanto, a soportar, en razón del enfrentamiento armado, una carga que no estaba en el deber de asumir, hay lugar a reparar a los demandantes el perjuicio sufrido por éstos con el hecho.

Se advierte que el subteniente Fredy Duarte Pérez incurrió en contradicción en los informes que presentó ante el comandante del grupo mecanizado n.º 5, porque en una oportunidad manifestó que fue él quien comenzó a disparar contra los ocupantes del vehículo al percatarse de que el copiloto se dispuso a desasegurar la ametralladora que portaba y en otra ocasión afirmó que disparó porque lo había hecho antes el copiloto del vehículo. Sin embargo, esta circunstancia no incide en la decisión ni en la calificación que se hace de la actuación estatal, porque, en cualquier caso, *no era exigible al militar que esperara el ataque para poder defenderse cuando el riesgo ante el que se hallaba era inminente y grave*.

[...] *En el régimen del daño especial la atribución al Estado del daño sufrido por el particular se produce al margen de la normalidad o anormalidad en la prestación del servicio, o de la existencia de un riesgo creado por la administración*, pues lo relevante es que aquél sufra un daño con características de especialidad como consecuencia de la actividad estatal. Para que el demandante tenga derecho a la reparación le bastará acreditar la existencia del daño cualificado, es decir, el daño especial, que excede las cargas que el común de las personas debe soportar y su relación causal con la actividad de la administración.

En síntesis, son imputables al Estado los daños sufridos por las víctimas cuando éstos excedan los sacrificios que se imponen a todas las personas y en su causación interviene una actividad estatal.

[...] *En el caso concreto, la causa de la muerte del señor Gelves Albarracín fue la incineración producida por el Ejército al dispararle al tanque de la gasolina del vehículo donde se desplazaban la víctima y sus captores. Por lo tanto, el Estado es responsable del daño sufrido por los demandantes con la muerte de éste, porque dicho daño fue consecuencia de la actividad estatal, que impuso a la víctima un sacrificio superior al que deben soportar las demás personas en defensa de las instituciones y la seguridad pública* [énfasis añadido].

2. Mediante sentencia del 3 de mayo del 2007^[46] se condenó a la Nación colombiana por los perjuicios sufridos por una menor de edad y sus parientes

46 Expediente n.º 16696.

cercanos, como consecuencia de las heridas sufridas por la primera en virtud de estallido de una granada que entró a su casa de habitación en Medellín, luego de ser lanzada por delincuentes comunes que se enfrentaban en la calle con dos miembros de la fuerza pública, a los cuales pretendían atacar con dicho artefacto. Se sustentó la decisión en la siguiente forma:

En el presente caso la responsabilidad deviene [*sic*] [...] de la aplicación de la teoría del daño especial, régimen de responsabilidad que pone acento en el daño sufrido por la víctima [...]. Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad, la igualdad y la *solidaridad*, se enmarca dentro de los factores objetivos [...]

[...] la actuación en equidad se refiere a una particular decisión del juez, que exceptiona la aplicación de la regla general en virtud a que sus resultados se denotan [*sic*] ante él como lejanos a la idea de justicia que se quiere desarrollar. Y precisamente, esta es la filosofía que ha inspirado a la jurisprudencia en los casos de aplicación del daño especial, la cual inició su desarrollo con la idea de evitar que la inexistencia de falla en el servicio conllevara a [*sic*] la consolidación de situaciones con un claro desequilibrio en las cargas que debían soportar los administrados.

[...] Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es *reforzada en su razón de ser por la solidaridad*, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no solo por su calidad de social —y por ende redistributivo—, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el artículo 1.º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado [...]

[...] para el caso no resulta relevante que la granada [...] fuera lanzada por los sujetos al margen de la ley y no por los miembros de la Policía Nacional [...] Así, *una visión desarticulada de lo ocurrido podría guiar a la conclusión de que se trata de un daño fruto del hecho de un tercero*; sin embargo, esta posición asimilaría situaciones completamente diferentes para efectos de determinar la responsabilidad del Estado; verbigracia, tendrían la misma consecuencia el hecho que nos ocupa y aquella situación en donde un particular con intención de dañar a otro particular, y *sin que medie en el más mínimo detalle la acción del Estado*, lanza una granada al interior de la casa o pone un bomba al frente de ésta. En este caso se sufre un daño antijurídico, que por consiguiente debe ser resarcido, pero el título de imputación no conduce al Estado, pues es claro que este evento no contó con su *intervención*.

Por el contrario, el análisis de la situación planteada hace imposible obviar que el daño es consecuencia de la operación policial que se estaba desarrollando, haciendo que el resultado de la imputación cambie respecto del ejemplo propuesto. No podría contraponerse el argumento del hecho de un tercero o de la causa extraña, pues *un análisis funcional de lo ocurrido exige situar el lanzamiento de la granada por parte del sujeto al margen de la ley dentro de la acción de persecución y enfrentamiento de la delincuencia realizada por los agentes de la Policía Nacional, es decir, dentro del funcionamiento del servicio*.

[...] *En situaciones como la estudiada el principio constitucional de solidaridad adquiere eficacia indirecta*^[47], *en cuanto sirve como inspirador de la lectura y concretización de las funciones estatales, así como eficacia directa, pues funge como fundamento primordial del criterio de imputación del caso en estudio.* De esta forma, la idea de solidaridad, en cuanto principio constitucional que sirve como fundamento del daño especial, debe inspirar una lectura del mismo [*sic*] que cumpla con el contenido que se deriva de un Estado social, esto es, *que aplique criterios de igualdad real y justicia material en sus distintas instituciones, entre ellas la de la responsabilidad estatal* [énfasis añadido].

En este caso se consideró improcedente fundar la responsabilidad del Estado en el riesgo excepcional, por las siguientes razones:

Tampoco se aplica la teoría del riesgo excepcional en virtud de lo incierta y subjetiva que resulta para la determinación de la responsabilidad del Estado en asuntos como el que ocupa a la Sala. En efecto, en eventos de perjuicios derivados del manejo de armas de fuego, conducción de automotores o transporte de energía la determinación de la actividad riesgosa se muestra como fruto de parámetros objetivos que restan espacio a valoraciones sobre la existencia o no de un riesgo excepcional. Por el contrario, la imposibilidad de determinar con criterios generales cuando la persecución de delincuentes engendra un riesgo excepcional, crea el espacio propicio para determinaciones basadas en criterios propios del juez de cada caso, disminuyendo ostensiblemente el valor de la seguridad jurídica. Por otro lado, entender que siempre que se produce una persecución o un enfrentamiento de miembros de las fuerzas armadas contra delincuentes se está ante un riesgo excepcional, no sería nada distinto a desnaturalizar la concepción de actividad riesgosa –en cuanto actividad que de manera constante implica un riesgo extraordinariamente elevado [énfasis añadido]^[48].

3. En el fallo del 30 de julio del 2008^[49] se condenó a la Nación a pagar los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de las heridas sufridas por dos personas, “después de un abaleo originado en un atentado explosivo contra un vehículo de la Policía Nacional, en el que participaron los uniformados que se transportaban en él y una patrulla del Ejército perteneciente al Batallón Boyacá”. El Consejo afirmó que, en el caso concreto

[...] no resulta claro que se haya producido un enfrentamiento entre miembros de la fuerza pública y grupos al margen de la ley.

47 MANUEL ARAGÓN REYES. *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 93.

48 Razón que, precisamente, justifica la existencia de un régimen de responsabilidad especial que juzgue adecuadamente los perjuicios que se presenten en estos casos.

49 Proferido en el proceso radicado con el número 17206.

[...] pudieron darse dos situaciones que no están plenamente verificadas en el proceso; el enfrentamiento entre la fuerza pública con un grupo subversivo o un posible enfrentamiento entre patrullas del ejército y miembros de la Policía [...]

Y concluye:

[...] Así las cosas, *resulta acertado el título de imputación del daño especial* aplicado en la primera instancia, toda vez que sin lugar a dudas en los dos eventos se trató de una acción que involucra a miembros de la policía, razón por la cual, se torna pertinente aplicar el régimen aludido.

[...] habrá de confirmarse la providencia impugnada, en lo que respecta a la declaración de responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación deducido en la sentencia de primera instancia, toda vez que está demostrado que el daño que padecieron Segundo Martín Ceballos Jurado y Olga Lucía Ceballos Eraso, además de ser antijurídico, reviste condiciones de anormalidad y especialidad para los mismos [*sic*], pues se les impuso una carga desigual respecto de la que asumen los demás ciudadanos, como consecuencia de las acciones de la fuerza pública contra la delincuencia.

C. OTROS CASOS

En otros fallos, el Consejo de Estado parece fundar la responsabilidad, de manera concurrente o alternativa, en los regímenes objetivos de daño especial y riesgo excepcional, e incluso en alguno de ellos o en ambos y, además, en la falla del servicio.

1. En la sentencia del 30 de julio de 1992^[50], en la que se resolvió la demanda de una persona perjudicada como consecuencia de la explosión de un carrobomba del grupo guerrillero Ejército de Liberación Nacional con el que se atacó a un comando del Ejército Nacional, se expresó:

[...] la administración tiene el deber jurídico de indemnizar los perjuicios causados por el movimiento subversivo que llevó a cabo el atentado, con apoyo en la teoría del *daño especial*. Con esto se quiere significar que el comportamiento de la fuerza pública fue, desde todo punto de vista, lícito, pero el *daño* resulta anormal y excepcional, en relación con los que deben soportar los demás integrantes de la comunidad.

[...] En el caso subexámine no interesa determinar quién atacó primero a quién. El atentado iba dirigido contra el Ejército como ya se destacó en otro aparte de esta providencia, y todo indica que fue reivindicado por el Ejército de Liberación Nacional.

50 Expediente n.º 6828.

La teoría del *daño especial* se torna más de recibo, para manejar el caso en comento, habida consideración de que el Ejército Nacional hacia el año de 1.983 decidió organizar sus instalaciones en un sector residencial de la ciudad *colocando así a los habitantes del mismo, [sic] en especiales circunstancias de riesgo* pues nadie osaría negar que, dada la situación de orden público que hoy registra el país, las instalaciones militares son centros apetecidos por la guerrilla para hacer sus confrontaciones de guerra [énfasis añadido].

Se advierte que si bien el Consejo manifiesta expresamente que la responsabilidad declarada se funda en el daño especial, al explicar su procedencia en el caso concreto se alude, claramente, a la idea de riesgo.

A continuación, en el mismo fallo, se afirmó que el Estado social de derecho “está fundado en la *solidaridad*, en el cual la *paz* es un *derecho* y un *deber de obligatorio cumplimiento*”, y se agregó: “El verdadero lazo social del mundo moderno es *la solidaridad*, pues bajo su égida los hombres se agrupan juntos o se oponen a otros grupos”. Por ello, “Todo acontecimiento, todo accidente que sobreviene a uno de nosotros, repercutirá infaliblemente sobre un número mayor o menor de hombres” (La Comunicación de las Existencias. Ignace Lepp”).

2. Mediante la sentencia del 23 de septiembre de 1994^[51] se resolvió la demanda formulada por los parientes de una señora muerta en el atentado de que fue objeto el general Miguel Maza Márquez, en ese entonces jefe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), el 30 de mayo de 1989, perpetrado por la delincuencia organizada mediante la activación de una carga explosiva en un vehículo estacionado en la calle 57 con carrera 7.^a de la ciudad de Bogotá. En ella se afirmó:

[...] en el caso en comento sí es posible aplicar el régimen de *responsabilidad por daño especial*. Por ello se patrocina la argumentación que se recoge en el fallo impugnado, en uno de cuyos apartes se lee:

“De lo dicho, y para hechos como el que se dirime, observa la Sala, sí puede deprecarse declaratoria de responsabilidad. Esta tiene como razón, el reparar daños ocasionados como consecuencia de un *riesgo de naturaleza excepcional*, a que se ven sometidos los administrados, cuando el Estado combate las fuerzas ilegales que quieren aniquilarlo o destruirlo” (C.I, fol. 113). (Subrayas de la Sala).

[...] Ahora bien: si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal, son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que *el objeto directo de la agresión fue un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones, al servicio del mismo [sic], o un personaje representativo de la cúpula administrativa*, etc., se

51 Expediente n.º 8577.

impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado. En la *Ley 104 de 1993*, el legislador dotó al Estado colombiano de instrumentos orientados a asegurar la vigencia del Estado social de derecho, y a garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales, reconocidos en la Constitución de 1991 [...] Luego, en el artículo 19, pone en marcha los principios de solidaridad social y la perspectiva jurídica que informa la responsabilidad por daño especial, al disponer que las víctimas de actos terroristas “[...] recibirán asistencia humanitaria, entendiéndose por tal la ayuda indispensable para atender requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales de dichas personas que *hayan sido menoscabadas por la acción terrorista* [...]” *La filosofía jurídica que informa la anterior normatividad se alimenta de la que es esencia y vida en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades*. En el caso subexámine el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de éstas, no tiene por qué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, *frente a las fuerzas de la subversión*. El actuar de la administración, en estos casos, es *lícito*, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo.

Como se puede apreciar, el principio de responsabilidad por daño especial se informa, a su vez, en razones de equidad, criterio auxiliar en la actividad judicial.

[...] La definición misma de Colombia, como un Estado Social del derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de las personas que la integran, permite que el sentenciador maneje todo el campo de la responsabilidad del Estado con la solidez que tal normatividad tolera.

[...] La solidaridad, finalmente, demanda de cada una de las personas un altruismo universal, para no ver a los semejantes sólo como miembros de un determinado grupo secta, y un altruismo peligroso, para tener el valor de sacrificar la vida y los bienes por los que están en grave riesgo de perderlo todo [énfasis añadido].

En este fallo, nuevamente, se advierte una confusión entre el daño especial y el riesgo excepcional. Se indica que debe aplicarse el primero, para fundar la responsabilidad en el caso concreto, pero se afirma, también, que se reitera lo expresado por el tribunal, en el sentido de que se expuso a los demandantes a un riesgo de naturaleza excepcional.

3. En la sentencia del 9 de febrero de 1995^[52], en la que se condenó a la Nación a pagar los perjuicios derivados de las lesiones sufridas por un ciudadano como consecuencia de la explosión dinamitera dirigida contra el edificio

52 Expediente n.º 9550. Esta sentencia fue reiterada en el fallo del 22 de julio de 1996, expediente n.º 10396.

donde funcionaba el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), expresó el Consejo:

[...] Esa responsabilidad toma apoyo en la filosofía jurídica que informa la *responsabilidad por daño especial*, y encuentra respaldo jurídico en el artículo 90 de la Constitución Nacional [...]

El acervo probatorio [...] permite concluir [...] que *hubo negligencia e incumplimiento de las instrucciones impartidas por el director general de inteligencia*, en las comunicaciones [...] dirigidas al jefe de Seguridad Interna y al jefe de Sección de Vigilancia y Control.

[...] Para la Corporación resulta claro que el atentado contra las instalaciones del DAS tenía como finalidad socavar las instituciones, lo que explica la selección del objetivo [...]

[...] Ahora bien: Si la realidad expuesta se deja encuadrar dentro de un marco de guerra, de una guerra que el País vive desde hace ya muchos años y que hoy aparece como “*camino bloqueado*”, esto es, *sin salida* [...] se impone preguntar: ¿la población inocente que la padece y sufre, tendrá que soportar ella sola el daño que la misma [*sic*] le causa? No lo cree así la Sala. Y para llegar a esta conclusión no necesita buscar apoyo en la ley sino en el derecho, en la equidad, en los principios universales que informan la bella ciencia.

En este caso, se aplican, de manera concurrente, los regímenes de daño especial y falla del servicio. En efecto, a pesar de que se recurre expresamente al primero, se considera probado el incumplimiento de obligaciones propias de la entidad demandada.

4. Mediante el fallo del 5 de febrero de 1998^[53] se declaró la responsabilidad de la Nación por los perjuicios derivados de la muerte de una persona, causada por la guerrilla mientras aquella transportaba, en vehículos de Ecopetrol puestos a disposición del Ejército Nacional, víveres destinados a los miembros de esta institución. Fundó el Consejo su decisión en los siguientes términos:

[...] el mismo ente demandado reconoce expresa e inequívocamente que el transporte de víveres con destino al destacamento militar se realizaba a instancias de particulares precisamente como una estrategia militar tendiente a evitar que el enemigo detectara el aprovisionamiento de víveres y la presencia de la institución militar en la zona [...]

Y fue precisamente en ejecución de esa estrategia, en la cual perdió la vida el joven conductor Humberto Rueda Suárez, que como lo dicen las pruebas, fue sometido a

53 Expediente n.º 12043.

torturas y actos vejatorios de gravedad inusitada, precisamente por prestar los servicios de transporte al Ejército Nacional.

En este orden de ideas, resulta comprometida la responsabilidad del ente demandado, pues [...] la institución militar, desde luego que con ese proceder y muy a sabiendas de la existencia de un orden público beligerante en la zona, sometió, con la ejecución de dicha prestación de transporte a la víctima, a un *riesgo excepcional*, que nadie en un Estado social de derecho está obligado a soportar [...]

[...] En el caso concreto, a juicio de la Sala, existe suficiente fundamento para declarar la responsabilidad deprecada en la demanda desde el punto de vista de *la falla del servicio* si se quiere, en el entendido de que la omisión en adoptar las protecciones adecuadas y necesarias frente al riesgo de dicho transporte, configuran y ponen de presente la conducta deficiente e injustificada del ejército que trajo de consecuencia como causa eficiente la muerte del señor Humberto Rueda Suárez.

Ahora, vistas las cosas desde la óptica de la teoría del *daño especial*, también existen argumentos suficientes para declarar la responsabilidad del ejército en el presente asunto, pues como se ha señalado, no se justifica desde ningún punto de vista, el que el ejército regular de la república ante la evidente imposibilidad de superar las fuerzas de la subversión, haya tenido que acudir al servicio de particulares para satisfacer una necesidad esencial de las tropas, que paradójicamente el propio ejército no puede cumplir por su propia cuenta y precisamente por esa circunstancia pretenda exonerarse de responsabilidad.

Se podrá sostener incluso que razones de conveniencia y de seguridad militar hacían aconsejable la utilización de servicios particulares para el transporte de los víveres y que dicho proceder en manera alguna puede calificarse de irregular dadas las condiciones de guerra de la zona, más sin embargo, lo que no puede aceptarse, es que el costo de dicha maniobra militar, lo tengan que asumir los particulares, que a la sazón oficiaban de colaboradores del Ejército Nacional, así lo hubieren hecho por virtud del cumplimiento de un contrato de transporte [...]

La lectura de este pronunciamiento permite concluir que el Consejo considera válida, en el caso concreto, la aplicación alternativa de los regímenes de riesgo excepcional, falla del servicio y daño especial.

III. OBSERVACIONES SOBRE LOS PLANTEAMIENTOS DE LA JURISPRUDENCIA

A. LA AUSENCIA DE DISTINCIÓN ENTRE LOS DISTINTOS FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Con base en el análisis de los fallos citados en el acápite anterior, puede advertirse, por una parte, que, en ocasiones, el Consejo de Estado ha encontrado fundamento para declarar la responsabilidad del Estado por los daños causados por actos violentos de terceros, de manera concurrente o alternativa, en la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional. Otras veces, en el primero y el segundo, y en otras, si bien ha hecho referencia a este último, ha aludido a elementos propios del tercero.

Si se toma en consideración lo expresado en la conclusión del acápite I de este ensayo, en el sentido de que, dadas las especificidades de cada uno de estos regímenes o fundamentos, que resultan de su formulación teórica, la aplicación concurrente o alternativa de ellos para resolver un mismo caso resulta improcedente, puede afirmarse que la jurisprudencia nacional no ha hecho una distinción exacta y precisa entre ellos.

Sobre la aplicación concurrente o alternativa del régimen de falla del servicio y alguno de los dos regímenes objetivos, o ambos, puede observarse que, en los casos en que tal aplicación se ha considerado posible, no se ha tomado en cuenta que, si la conducta a la que se atribuye el daño es ilícita, en cuanto supone la violación de una obligación a cargo de la entidad estatal respectiva, esto es, si hay una falla del servicio, dichos regímenes objetivos no podrán constituir, de ninguna manera, el fundamento de la responsabilidad, dado que uno de sus elementos esenciales es la realización de una actividad o —eventualmente, tratándose del daño especial— la existencia de una omisión, en ambos casos lícitas por parte de la entidad demandada. La incompatibilidad, entonces, salta a la vista.

Y en lo que se refiere a la aplicación concurrente o alternativa del riesgo excepcional y del daño especial⁵⁴, puede considerarse que ella resulta de la verificación poco rigurosa de sus elementos y, especialmente, cuando se recurre al primero, de la existencia de una actuación lícita por parte del Estado que

54 Como se ha visto, esta aplicación concurrente o alternativa se afirma en algunos casos claramente, y en otros se deduce de la alusión a una conducta estatal que expuso al demandante a un riesgo excepcional, a pesar de que se funda la responsabilidad de manera expresa en el daño especial, o de la mención del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, a pesar de la aplicación expresa del riesgo excepcional.

genera un riesgo cuya concreción constituye el daño del cual se derivan los perjuicios reclamados, y cuando se recurre al segundo, de la existencia de una acción u omisión lícita del Estado, cuyo objeto es el beneficio de la comunidad en general, que causa directamente, sin embargo, un perjuicio grave a una persona o a un grupo de personas, situación que determina su carácter especial y permite establecer el rompimiento del equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas⁵⁵.

Como se demostrará más adelante, al margen de los problemas relativos a la confusión teórica que esta situación genera, también se advierten, en algunos casos, como consecuencia de ella, dificultades referidas al análisis de la imputación, como elemento estructural de la responsabilidad y, por ello, consecuencias prácticas de la mayor importancia.

Baste decir, por ahora, que la confusión entre los regímenes de riesgo excepcional y daño especial —que no por ello se justifica— parece tener su origen en el hecho de que el Consejo de Estado solo aplicó el primero, y de manera muy restrictiva, como se demostró en el acápite I.B de este ensayo, en el año 1984, mientras que el segundo fue considerado desde 1947. Además, tal confusión puede explicarse por el hecho de que el fundamento de ambos regímenes ha pretendido encontrarse en el rompimiento del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas. Lo anterior ha sido reconocido por el propio Consejo de Estado⁵⁶, y puede comprenderse fácilmente si se tienen en cuenta algunos textos de doctrina, incluso contemporánea. Así, la profesora francesa JACQUELINE MORAND-DEVILLER expresa lo siguiente, de manera general, sobre

55 Al respecto, el magistrado MAURICIO FAJARDO, en su salvamento de voto a la sentencia del 9 de junio del 2010, expediente n.º 18536, precisa lo siguiente: “Y en punto a la responsabilidad por actos terroristas, merece decir que ‘riesgo excepcional’ y ‘daño especial’ también se antojan necesitados de un deslinde conceptual, pero no solo porque el riesgo excepcional siempre se ubica del lado de la causa en tanto que el daño especial siempre lo hace del lado del efecto, sino también porque, si por aceptado se tiene que el título jurídico de imputación ‘daño especial’ es de aplicación estrictamente residual, frente a los demás títulos jurídicos de imputación, no tiene sentido aplicarlo al mismo tiempo que el ‘riesgo excepcional’. Otra de las diferencias entre el riesgo excepcional y el daño especial radica en que en el primero la idea de ‘magnitud’ se tiene en cuenta para calificar la actividad riesgosa que cumple la Administración, mientras que en el segundo tal idea se tiene en cuenta al evaluar los efectos que sufre la víctima por el quehacer legítimo de la Administración”.

56 La corporación se ha referido a ello en varias sentencias, entre las cuales puede citarse la del 23 de octubre del 2003, expediente n.º 14211. En esta sentencia se critica la aludida confusión y se agrega que ella también proviene de la alusión a la equidad como fundamento de ambos regímenes, “sin detenerse a pensar que la actividad legítima del Estado causante del daño puede ser riesgosa o no”. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ y FRANCO. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, cit., p. 53.

la responsabilidad sin falla, dentro de la cual contempla la fundada tanto en el riesgo excepcional como en la igualdad ante las cargas públicas:

Si bien ese régimen no ha cesado de desarrollarse, aplicándose a numerosos y diversos campos, las condiciones para que la responsabilidad sin falla sea declarada son severas, por el hecho, en particular, de la exigencia de un *perjuicio anormal y especial*. La responsabilidad sin falla es solamente *subsidiaria* en relación con la responsabilidad por falla.

[...] El juez aprecia soberanamente el *límite* de la anormalidad (la gravedad es con frecuencia reconocida) y de la especialidad (el número de víctimas debe ser muy limitado, lo cual ocurre raramente). De la jurisprudencia, surge:

- que esas características pueden ser complementarias;
- pero que ellas son irreductibles: todo perjuicio anormal no es necesariamente especial e inversamente [...]⁵⁷.

Es importante advertir, por lo demás, que, en algunos casos, el Consejo de Estado parece no tener claridad suficiente sobre la obligación que tienen las partes de un conflicto armado interno –como el que desde hace varios años se desarrolla en nuestro país–, conforme a los protocolos I y II adicionales a los convenios de Ginebra de 1949, de garantizar el respeto y la protección de la población civil, para lo cual deben distinguir, en todo momento, entre la población civil y los combatientes.

Así, llama la atención el que, en el caso resuelto mediante la sentencia del 5 de febrero de 1998, citada en el numeral II.C.4 de este ensayo, se dude sobre la existencia de una falla del servicio, a pesar de que se demostró la muerte de una persona, causada por la guerrilla, mientras aquella transportaba víveres destinados a los miembros del Ejército Nacional, en desarrollo de una “estrategia militar tendiente a evitar que el enemigo detectara el aprovisionamiento de víveres y la presencia de la institución militar en la zona”. En este caso, salta a la vista el incumplimiento, por parte del Ejército Nacional, de las normas del derecho internacional humanitario que lo obligan, como parte en el conflicto, a proteger a la población civil y a mantenerla al margen de éste⁵⁸. En ese sentido, la muerte

57 JACQUELINE MORAND-DEVILLER. *Curso de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 848 y 849. Debe advertirse, sin embargo, que la profesora MORAND-DEVILLER precisa que la responsabilidad sin falla fundada en la igualdad ante las cargas públicas se presenta en situaciones que no representan riesgos o peligros en sí mismas, pero que pueden causar daños a quienes, en nombre del interés general, han sufrido un sacrificio anormal y especial. Cfr., al respecto, p. 857.

58 En ese sentido, el magistrado ALIER HERNÁNDEZ, en su salvamento de voto a la sentencia del 8 de agosto del 2002, ya citada, hace aclaraciones muy útiles al referirse al caso resuelto por el Consejo en

de la persona que transportaba los víveres, a manos de la guerrilla, constituyó un resultado previsible de la conducta estatal que, por ser ilícita, constituía falla del servicio, por lo cual debió ser ésta, y no el daño especial o el riesgo excepcional, el fundamento para declarar la responsabilidad de la Nación⁵⁹.

B. LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS PARA FUNDAR LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL

I. LA VALORACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Con fundamento en la revisión de los fallos citados en los numerales II.B y II.C de este ensayo, se concluye que en ellos se pone especial atención en el daño causado a la víctima, pero no se estudia suficientemente la imputación, como elemento estructural necesario para declarar la responsabilidad del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política⁶⁰.

sentencia del 24 de febrero de 1995, expediente n.º 9405, referido a “la muerte del conductor de un vehículo que fue obligado a prestar el servicio de transporte de una tropa y en el trayecto militares fueron emboscados por un grupo de delincuentes”.

59 Observaciones similares pueden hacerse, desde otra perspectiva, respecto de la decisión adoptada por el Consejo de Estado el 13 de octubre de 1988, expediente n.º 3841, en el que se declaró, con fundamento en “el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas”, la responsabilidad de la Nación por la muerte de una persona en un enfrentamiento armado entre delincuentes comunes y la Policía Nacional, luego de haber sido obligada por agentes de ésta a perseguir en su carro particular a dichos delincuentes, que trataban de escapar después de asaltar una oficina de la Caja de Crédito Agrario en el municipio de Vista Hermosa. El Consejo consideró que no se presentó, en el caso concreto, una falla del servicio; entendió que “es deber de los ciudadanos prestar su mejor colaboración a la autoridad para el logro de los fines asignados a ésta [...], pero si de esa solidaridad particular resultaren el ciudadano o su familia perjudicados por la imposición de una carga excepcional, la Nación debe reparar el daño”. Sin duda, en este caso, a pesar de que no se trataba de la exposición de un civil en el marco del conflicto armado, igualmente puede advertirse, con claridad, la existencia de una falla del servicio. No se discute el derecho de la Policía de exigir al particular que pusiera a su disposición el vehículo automotor de su propiedad, conforme a lo previsto en el artículo 33 del Código Nacional de Policía –lo cual habría dado lugar, en caso de que éste resultara averiado, a declarar la responsabilidad de la Nación con fundamento en el riesgo excepcional–, pero es claro que los miembros de esa institución obraron ilegítimamente al obligar a dicho particular a conducir su vehículo, en cuanto de esa manera se le expuso a sufrir un daño y la ley no los autorizaba para ello. Así, su muerte fue el resultado previsible de la actuación oficial constitutiva de falla del servicio.

60 Ejemplos de ello pueden encontrarse en muchas otras sentencias del Consejo de Estado, adicionales a las citadas en los acápites anteriores. Así, por ejemplo, en la del 7 de abril de 1994, expediente n.º 9261, se expresó: “[...] La confusión que se presentó en el enfrentamiento donde hubo fuego cruzado, no permite saber si fue la Policía o la guerrilla la que lesionó a la menor [...] Pero lo que sí no ofrece ninguna duda es que la menor sufrió un daño antijurídico que no tenía porqué soportar, en un enfrentamiento entre fuerzas del orden y subversivos y si bien es cierto aquellas actuaron en cumplimiento de su deber legal, la menor debe ser resarcida de los perjuicios sufridos por esa carga excepcional que debió soportar [...]” (*sic*).

Para ilustrar lo anterior, puede hacerse un análisis detallado del fallo del 8 de agosto del 2002, citado en el numeral II.B.I. En él se expresó, en primer lugar, que “como en el caso concreto se acreditó suficientemente que en desarrollo de la actuación legítima de la fuerza pública, enfrentada al grupo armado que la atacó, se produjo la muerte del señor Teódulo Gelves Albarracín, quien fue sometido por lo tanto, a soportar en razón del enfrentamiento armado una carga que no estaba en el deber de asumir, hay lugar a reparar a los demandantes el perjuicio sufrido por éstos con el hecho”. Después se agrega que “[e]n el régimen de responsabilidad por daño especial, la antijuridicidad del daño se deriva de su especialidad, por exceder el sacrificio a que están sometidos todos los administrados en aras del bien común”.

En segundo lugar, si bien se consideró que “no era exigible al militar que esperara el ataque [de los delincuentes] para poder defenderse cuando el riesgo ante el que se hallaba era inminente y grave”, por lo cual, sin duda alguna, se concluyó que la fuerza pública actuó en legítima defensa, ello no sirvió al Consejo de Estado para concluir que el perjuicio sufrido por el secuestrado no era imputable al Estado, sino al hecho de terceros, esto es, a sus captores. En efecto, la corporación entendió que “en los eventos en los cuales un particular sufre un daño como consecuencia de la defensa que ejerce el Estado frente a una agresión, aquél debe responder solidariamente con éstos frente a las víctimas o los perjudicados con el hecho porque tal actuación fue concurrente en la producción del daño”.

Incluso, en la sentencia se precisó que, en el régimen de daño especial, “el hecho del tercero exonerará de responsabilidad a la administración solo cuando sea causa exclusiva del daño, es decir, cuando éste se produzca *sin ninguna relación con la actividad administrativa*. Pero no la exonerará cuando el daño se cause en razón de la defensa del Estado ante el hecho del tercero, porque si bien esa defensa es legítima, el daño sufrido por las víctimas ajenas a esa confrontación es antijurídico, en cuanto éstas no tenían el deber jurídico de soportar cargas superiores a las que se imponen a todos los demás asociados” (énfasis añadido).

Son varios los comentarios que pueden hacerse sobre estas afirmaciones del Consejo. Por una parte, se advierte que la corporación identifica el daño antijurídico con el daño especial, al entender que “la antijuridicidad del daño se deriva de su especialidad, por exceder el sacrificio a que están sometidos todos los administrados en aras del bien común”⁶¹. La asimilación de estos dos

61 Esta confusión es común en la jurisprudencia, como puede observarse, entre otras sentencias, en las del 2 de marzo y el 21 de septiembre del 2000, proferidas en los procesos radicados con los números 11401 y 11766, respectivamente, en las que se expresó: “En cuanto al daño, se ha dicho que éste es

conceptos, sin embargo, no es correcta, y tiene importantes consecuencias en relación con la comprensión de la imputación de la responsabilidad.

Mientras el daño antijurídico alude a aquellas afectaciones negativas sufridas por una persona que no está en la obligación de soportarlas, porque ninguna norma se lo impone, y constituye un elemento estructural de la responsabilidad en cualquiera de los regímenes –subjetivos y objetivos– que permiten fundarla, el daño especial constituye un elemento particular del régimen identificado con el mismo nombre y supone que una persona o un grupo de personas sufre una afectación como consecuencia de una acción u omisión lícita del Estado, cuyo fin es el beneficio de la comunidad en general; en ese sentido, el carácter especial del daño permite verificar la existencia de la ruptura del equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

Así las cosas, se comprende que la declaración de responsabilidad con base en el régimen de daño especial solo resulta procedente en los eventos en que el Estado ha causado directamente el daño del cual se derivan los perjuicios reclamados⁶². Dicho de otro modo, solo cuando la conducta del Estado realizada en cumplimiento de sus funciones, en beneficio de la generalidad, causa igualmente un daño grave a un ciudadano o a un grupo de ellos, puede apreciarse la desigualdad que se genera entre aquélla y éstos en virtud de tal conducta y,

antijurídico cuando la víctima no tiene el deber de soportarlo o, lo que es lo mismo, cuando el Estado no tiene derecho a causarlo. Así las cosas, tratándose de una situación como la mencionada, considera la Sala que el daño será antijurídico cuando en virtud de él resulte roto el equilibrio frente a las cargas públicas, es decir, cuando, dada su anormalidad, implique la imposición de una carga especial e injusta al conscripto o a sus familiares en relación con las demás personas”. De igual manera, la doctrina suele asimilar los dos conceptos; así, ALIER HERNÁNDEZ y CATALINA FRANCO, al referirse al riesgo excepcional y al daño especial, afirman que en este último régimen, la ruptura del principio de igualdad de las personas ante las cargas públicas “no se presenta en el título de imputación sino en el daño mismo que, por esa razón, deviene antijurídico; de este modo la antijuridicidad del daño dependerá, precisamente, de tal desequilibrio que, en ese caso, deberá revestir las características de anormalidad y especialidad [...]”: HERNÁNDEZ y FRANCO. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, cit., p. 53.

62 Al respecto, es muy ilustrativa la crítica formulada por el consejero JORGE LAMUS GIRÓN sobre la aplicación de la teoría del daño especial en el caso resuelto mediante el fallo del 29 de julio de 1947, ya citado. En su salvamento de voto, expresó: “Por ello es por lo que hubiera querido, ya que se llegó en este caso a decretar indemnizaciones, por perjuicios causados sin falta [...], que se estableciera de una vez, como condición [...] que haya, relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y el perjuicio del particular. Y esto no es de mi invención, sino que Duguit lo enseña y predica como condición esencial de la responsabilidad sin falta”. Si bien con base en este argumento pretendía sustentarse la opinión según la cual, en el caso concreto, no había responsabilidad del Estado, lo cual resulta discutible conforme a lo expresado en la nota al pie n.º 25 este ensayo, el entendimiento de daño especial por parte del consejero disidente resulta coherente con el planteamiento teórico de dicho régimen.

por lo tanto, puede apreciarse también la especialidad del daño, y justificarse su imputación⁶³.

En ese sentido, la aplicación del daño especial como fundamento de la responsabilidad en eventos en los que el perjuicio no ha sido causado directamente por el Estado, sino por un tercero, resulta incoherente con el planteamiento teórico de esta teoría⁶⁴. Deben recordarse, por lo demás, las sentencias citadas en el numeral 1.C de este ensayo, y especialmente la del 13 de septiembre de 1991, en la que se expresa claramente que uno de los “requisitos tipificadores” de dicho régimen es la existencia de “un nexo causal entre la actividad legíti-

63 No se comparte, por esa razón, lo expresado por los doctrinantes ALIER HERNÁNDEZ y CATALINA FRANCO respecto de que la gravedad o anormalidad del daño es lo que determina el rompimiento del principio de proporcionalidad que debe regir la distribución de las cargas públicas, y que, “en estos casos, no es necesario recurrir a título jurídico de imputación de ninguna naturaleza”, porque “[e]l nexo de causalidad resulta suficiente para demostrar la imputabilidad del daño al Estado” (HERNÁNDEZ y FRANCO. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, cit., p. 619). Por una parte, el rompimiento de tal principio se funda no solo en la gravedad del daño, sino, principalmente, en su especialidad, esto es, de la existencia de una conducta estatal que beneficia a la comunidad pero perjudica a una persona o a un grupo particular de personas. Tal especialidad constituye, entonces, precisamente, el fundamento para imputar o, en los términos de los autores citados, el “título para imputar”. En otras palabras, si existe nexo de causalidad entre una actuación lícita del Estado y un perjuicio causado a un particular, éste no resultará imputable a aquél, salvo que se pruebe que hay una razón que permita atribuírselo, y si se trata de un caso regido por la teoría del daño especial, tal razón, que excede el simple análisis de causalidad, que no basta, está referida al carácter anormal y también especial del daño inferido.

64 Al respecto, el profesor GUSTAVO QUINTERO NAVAS advierte que “[e]n el derecho francés, antes de la entrada en vigor de la ley del 9 de septiembre de 1986 relativa a la lucha contra el terrorismo y demás atentados contra la seguridad del Estado, las víctimas de esos actos intentaban procesos de responsabilidad contra el Estado ante el juez administrativo. Pero a los demandantes [...] que optaron por el régimen de responsabilidad objetiva, el Consejo de Estado les hacía comprender que en la ausencia de una disposición legislativa que previera de manera expresa la responsabilidad del Estado, no se les podía indemnizar automáticamente basándose en el principio de igualdad frente a las cargas públicas [...] En realidad, la dificultad para obtener reparación sobre la base de ese principio residía en el hecho de que el perjuicio no era causado directamente por el Estado”: GUSTAVO QUINTERO NAVAS. “Conflicto armado y responsabilidad del Estado: análisis del derecho colombiano a la luz del derecho francés”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 10, Bogotá, Universidad de los Andes, mayo de 1999, p. 178. Sobre la situación en el derecho colombiano, el ex magistrado RAMIRO SAAVEDRA manifiesta lo siguiente, respecto de la responsabilidad del Estado por los daños causados por atentados terroristas perpetrados por terceros: “Tal responsabilidad no puede darse, sin embargo, con fundamento en la teoría del ‘daño especial’. Ello es así porque el daño especial es la consecuencia de una actividad lícita de la Administración que le impone al ciudadano una carga excepcional, violatoria del principio de igualdad de las personas ante la ley. En el acto terrorista el Estado no solo no realiza actividad alguna sino que casi siempre es, por el contrario, el objetivo principal e inmediato del ataque” (SAAVEDRA. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, cit., p. 498). Igualmente, los doctrinantes ALIER HERNÁNDEZ y CATALINA FRANCO expresan que, cuando se trata de atentados terroristas, “el causante del daño no es el Estado [...] sino un tercero: el terrorista. Esa sola circunstancia hace inaplicable el régimen del ‘daño especial que [...] requiere de una acción estatal, lícita, como causante del daño” (HERNÁNDEZ y FRANCO. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, cit., p. 54).

ma de la administración y el daño causado”. En efecto, si el daño es causado directamente por un tercero, no se ve cómo podría verificarse la existencia de una conducta estatal lícita, cuyo objeto sea el beneficio general, que produzca, sin embargo, un perjuicio especial a una persona o a un grupo de personas. En estos casos, la sola antijuridicidad del daño no bastará para que nazca la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios que de él se deriven, puesto que no estará establecido que aquél es imputable al Estado.

Por otra parte, se observa que, en el caso concreto, tampoco se tiene en cuenta lo expresado en varias sentencias, entre ellas la que acaba de citarse, en el sentido de que el daño especial es un régimen subsidiario de responsabilidad, del que solo puede echarse mano cuando no resultan aplicables la falla del servicio o el riesgo excepcional. Así, el Consejo no toma en consideración que la muerte del señor Gelves fue causada por el Estado en el ejercicio de una típica actividad peligrosa, el disparo de armas de fuego, por lo cual el proceso debió decidirse con fundamento en este último régimen.

Y en cuanto se refiere al estudio de las causas extrañas, que dan lugar a la exoneración del demandado en cualquiera de los regímenes⁶⁵, porque permiten establecer que el daño no le es imputable, se observa que el análisis del Consejo en la sentencia del 8 de agosto del 2002 es contradictorio, en cuanto concluye que el Ejército obró en legítima defensa, frente al hecho de los secuestradores, pero considera que la Nación debe responder por los perjuicios reclamados por los familiares de la víctima.

Si se entendió, en el caso concreto, que el Ejército obró en legítima defensa frente a la agresión de los secuestradores, no podía concluirse, sin más, que el perjuicio sufrido por el señor Gelves Albarracín era atribuible jurídicamente al Estado. No parece suficiente la afirmación del Consejo, en el sentido de que, como “el hecho del tercero exonerará de responsabilidad a la administración solo cuando sea causa exclusiva del daño”, ello sucederá “cuando éste se produzca sin ninguna relación con la actividad administrativa”. La existencia de esta simple “relación” no permite la realización de un análisis riguroso de la imputación, sobre todo si, como se ha expresado, aunque los agentes del Estado causaron materialmente el daño, su actuación constituyó una reacción lícita frente al hecho de un tercero⁶⁶. En ese sentido, en principio, este último constituiría la causa jurídica exclusiva del daño.

65 Tales causas extrañas son la fuerza mayor y los hechos exclusivos de la víctima o de un tercero.

66 En sentido similar, el magistrado ALIER HERNÁNDEZ expresó lo siguiente, al sustentar su salvamento de voto respecto de la misma sentencia: “Sin duda, se trata de un desafortunado suceso en el que perdió la vida una persona inocente, lo que dio lugar, a su vez, a la causación de daños antijurídicos a

Por lo demás, dado que el daño se causó en ejercicio de una actividad peligrosa, el caso concreto debió resolverse con apoyo en la teoría del riesgo excepcional, para lo cual habría sido necesario analizar cuidadosamente las circunstancias en las que se produjo la muerte del señor Gelves Albarracín, pues bien podría considerarse que ella no constituyó un riesgo “conscientemente” creado por el Estado —en los términos usados por el mismo Consejo, entre otras sentencias, en la del 10 de agosto del 2000, expediente n.º 11585, y aun en algunas posteriores, como las del 14 de julio del 2004, expediente n.º 14592, y del 21 de junio del 2007, expediente n.º 25627—, dado que los miembros de la fuerza pública que realizaban el retén no tenían conocimiento de la presencia de una persona secuestrada en el automóvil.

La insuficiencia en el análisis de la imputación puede observarse, igualmente, en el caso resuelto mediante sentencia del 3 de mayo del 2007, citado en el numeral II.B.2. En ella se expresa que “no resulta relevante que la granada [...] fuera lanzada por los sujetos al margen de la ley y no por los miembros de la Policía Nacional” y que “una visión desarticulada de lo ocurrido podría guiar a la conclusión de que se trata de un daño fruto del hecho de un tercero”, pero el Consejo no analiza si los elementos de esta causa extraña se presentan en el caso concreto. A renglón seguido, en efecto, la corporación simplemente afirma que ello implicaría asimilar situaciones muy distintas y, por medio de un ejemplo, aduce un *argumentum ad absurdum*, para demostrar que la configuración del hecho de un tercero, en el caso concreto, resultaría inadmisibile. Así expresa: “verbigracia, tendrían la misma consecuencia el hecho que nos ocupa y aquella situación en donde un particular con intención de dañar a otro particular, y *sin que medie en el más mínimo detalle la acción del Estado*, lanza una granada al interior de la casa o pone un bomba al frente de ésta” (énfasis añadido). Concluye, entonces, que “[e]n este caso se sufre un daño antijurídico, que por consiguiente debe ser resarcido, pero el título de imputación no conduce al Estado, pues es claro que este evento no contó con su *intervención*” (énfasis añadido). Más adelante, el Consejo concluye que el daño es “consecuencia de la operación policial” y que “un análisis funcional de lo ocurrido exige situar el lanzamiento de la granada por parte del sujeto al margen de la ley *dentro*

terceras personas, que resultaron afectadas con su muerte. Y aunque puede concluirse que el estallido del tanque de gasolina y el incendio del vehículo fueron causados directamente por los miembros del Ejército Nacional, esta circunstancia sólo genera una imputabilidad aparente, que es desvirtuada con la demostración de la provocación injusta hecha por un tercero. En efecto, la forma en que tal provocación se produjo, permite darle el tratamiento propio de la causa extraña, dadas sus condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad, así como su desvinculación total respecto de la actividad de los agentes del Estado [...].”

de la acción de persecución y enfrentamiento de la delincuencia realizada por los agentes de la Policía Nacional, es decir, dentro del funcionamiento del servicio” (énfasis añadido).

La revisión de esta argumentación permite advertir que la corporación no verifica realmente la demostración de los requisitos de la teoría del daño especial, en la que se funda, dado que el daño fue causado directamente por un tercero, y tampoco la existencia del elemento imputación. Muy frágiles parecen, en efecto, las expresiones resaltadas, si se tiene en cuenta que la imputación supone la realización de valoraciones de orden jurídico que permitan establecer que un determinado daño es atribuible a una persona concreta. No resulta suficiente, entonces, que medie en “mínimo detalle” la acción del Estado, o que éste haya tenido “intervención” en los hechos; mucho menos el que la acción del tercero se haya producido “dentro de la acción” oficial, expresión que resulta, además, imprecisa, en cuanto parece sugerir que la sola actuación del Estado, aunque ella no cause el daño, justifica, en todos los casos, que éste se le impute.

Observaciones similares pueden hacerse respecto de la motivación del fallo del 30 de julio del 2008, citado en el numeral II.B.3, en cuanto se consideró procedente la resolución del proceso con fundamento en el daño especial, aduciendo que “se trató de una acción que involucra a miembros de la policía”, y luego solo se precisó que el daño sufrido por las víctimas revestía “condiciones de anormalidad y especialidad [...], pues se les impuso una carga desigual respecto de la que asumen los demás ciudadanos, como consecuencia de las acciones de la fuerza pública contra la delincuencia”. Sin embargo, las circunstancias en que tales acciones se realizaron, que habrían determinado el régimen aplicable y, con fundamento en él, la posibilidad de imputarle el daño al Estado, no fueron consideradas relevantes.

Como se verá más adelante, otras consideraciones más plausibles habrían permitido fundar válidamente la responsabilidad, en los dos últimos casos citados, en el riesgo excepcional, régimen cuya aplicación, además, según lo explicado, determina la improcedencia de la aplicación del daño especial, de carácter subsidiario.

2. EL RECURSO AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOLIDARIDAD

En varios de los fallos citados en el numeral II se alude al principio de solidaridad, como fundamento de la responsabilidad por daño especial.

Así, por ejemplo, en la sentencia del 30 de julio de 1992, citada en el numeral II.C.1, el Consejo de Estado expresa que el Estado social de derecho está fun-

dado en la solidaridad, que es “[e]l verdadero lazo social del mundo moderno, pues bajo su égida los hombres se agrupan juntos o se oponen a otros grupos”. Por ello, se agrega, citando a IGNACE LEPP, que “[t]odo acontecimiento, todo accidente que sobreviene a uno de nosotros, repercutirá infaliblemente sobre un número mayor o menor de hombres”.

Por otra parte, en algunos fallos se ha hecho mención a disposiciones normativas que prevén la obligación de algunas entidades estatales de dar asistencia humanitaria a las víctimas de atentados terroristas, y se ha planteado que ellas tienen su fundamento en el principio constitucional de solidaridad y en la responsabilidad por daño especial. Así, en la sentencia del 23 de septiembre de 1994, citada en el numeral II.C.2, se expresa que el artículo 19 de la Ley 104 de 1993 “pone en marcha los *principios de solidaridad social* y la perspectiva jurídica que informa la responsabilidad por *daño especial*, al disponer que las víctimas de actos terroristas “[...] recibirán asistencia humanitaria [...]”, y se precisa que “[l]a filosofía jurídica que informa la anterior normatividad se alimenta de la que es esencia y vida en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades”.

En una sentencia posterior, del 3 de mayo del 2007, citada en el numeral II.B.2, se afirma que el daño especial tiene sus bases en la equidad, la igualdad y la solidaridad, y que este último, como principio constitucional, adquiere, en situaciones como la estudiada, “eficacia indirecta, en cuanto sirve como inspirador de la lectura y concretización de las funciones estatales, así como eficacia directa, pues funge como fundamento primordial del criterio de imputación [...]”.

Así las cosas, se advierte que en algunas ocasiones el Consejo de Estado ha considerado, por una parte, que las normas que prevén ayudas o beneficios para las víctimas de atentados terroristas se informan de la misma “filosofía” de la responsabilidad por daño especial y, por otra, que la solidaridad es cimiento de la teoría del daño especial y, en ese sentido, fundamento de la imputación de responsabilidad al Estado.

La referencia expresa a que la solidaridad, en algunos casos, puede tener eficacia directa, en la medida en que constituiría el “fundamento primordial del criterio de imputación”, permite concluir, además, que el Consejo de Estado ha considerado a este principio constitucional fundamento autónomo de la responsabilidad del Estado.

Lo anterior resulta evidente, por lo demás, si se tiene en cuenta que la mencionada corporación ha condenado a la Nación a pagar los perjuicios sufridos por víctimas de daños causados directa y materialmente por terceros –lo que,

conforme a lo explicado en varios apartes de este ensayo, especialmente en el numeral 1.C, impediría recurrir a la teoría del daño especial— en circunstancias en que se ha considerado improcedente el recurso a la falla del servicio y al riesgo excepcional como fundamentos de la responsabilidad.

Con el fin de examinar la validez de estos planteamientos de la jurisprudencia, se estudiarán, a continuación, en primer lugar, el contenido del concepto de solidaridad, y en segundo lugar, la relación existente entre dicho concepto y el instituto de la responsabilidad patrimonial.

a. EL CONCEPTO DE SOLIDARIDAD

Para determinar el contenido del concepto de solidaridad se considera necesario recurrir, en primer lugar, a la Constitución Política⁶⁷, que hace referencia expresa a ella en varios artículos⁶⁸ y en otros consagra claros desarrollos de los deberes que impone.

Tal vez, su expresión general más clara, en cuanto se refiere a la concepción de la solidaridad como deber del Estado, se encuentra en el artículo 13, que consagra el derecho a la igualdad y prevé, además, lo siguiente:

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

67 En Colombia, como en otros países de Europa y América, el principio de solidaridad ha adquirido una gran relevancia en el ámbito del derecho y especialmente en el campo del derecho constitucional. Al respecto, el profesor español JAVIER DE LUCAS llama la atención sobre el hecho de que la expresión “solidaridad” tiene hoy en día un uso poco frecuente en el ámbito de las ciencias sociales—salvo entre los durkheimianos, normalmente en relación con las tesis de DURKHEIM— y encuentra, en cambio, su utilidad más frecuente en el ámbito de la ética, de la política y del derecho. En este último, dice el autor, “ha dejado de ser un elemento exclusivamente ligado al derecho de obligaciones, para aparecer cada vez con más peso en la teoría de los derechos humanos [...] y aún en el derecho constitucional”: JAVIER DE LUCAS. *El concepto de solidaridad*, Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho y Política, n.º 29, México, D. F., Fontamara, 1993, p. 20. Por su parte, el profesor italiano PIETRO TRIMARCHI observa que la concepción del Estado social encuentra su expresión desde la norma de apertura de la Constitución italiana, referida a los principios fundamentales, y en el artículo 2.º, en la enunciación del principio de solidaridad política, económica y social, y precisa que el deber de solidaridad a veces es cumplido por los ciudadanos en sus relaciones particulares, pero la mayor parte de las veces corresponde a la organización pública, que asume la actividad que se requiere para el cumplimiento de los fines sociales y reparte el costo entre los ciudadanos equitativamente, por medio de la imposición de obligaciones tributarias. PIETRO TRIMARCHI. *Istituzioni di diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 34 y 41.

68 En los artículos 1, 48, 49 y 95, en su orden, se prevé que la solidaridad es fundamento de la República de Colombia, como estado social de derecho, que a ella se sujeta la prestación de los servicios públicos de seguridad social y de salud, y que obrar conforme a ella es deber de toda persona.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Otras disposiciones desarrollan, en casos particulares, estas obligaciones del Estado. Así, los artículos 50, 350 y 366 se refieren, en su orden, a la prestación del servicio de salud a los menores de un año no cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social, a la obligación de incluir el gasto público social como componente de la ley de apropiaciones, y al carácter prioritario de dicho gasto sobre cualquier otra asignación.

Y en cuanto se refiere a la concepción de la solidaridad como deber de los particulares, el artículo 95, en sus numerales 2 y 9, expresa que es deber de la persona y del ciudadano, por una parte, “[o]brar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”, y, por otra, “[c]ontribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”.

También regula la Constitución casos en que el Estado y los particulares concurren al cumplimiento del deber de solidaridad. Así, el artículo 44 prevé que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio de sus derechos, y el artículo 46 dispone que aquéllos concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria, y que el Estado les garantizará los servicios de seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Con base en estas disposiciones, la Corte Constitucional ha expresado que el principio de solidaridad “se despliega como un deber que pesa en cabeza del Estado y de todos los habitantes del país. Yendo en el primer caso de lo público hacia lo privado, a tiempo que en el segundo del núcleo familiar hacia el ámbito social”, y ha agregado lo siguiente:

El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo [sic]. *En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta [...]* Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento

comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad⁶⁹ [énfasis añadido].

En sentido similar, en la Sentencia T-225 del 10 de marzo del 2005, la misma Corte afirmó que “la solidaridad como fundamento de la organización política se traduce en la exigencia dirigida especialmente al Estado, de intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos”.

En la Sentencia T-516 del 30 de julio del 2009 se refirió la Corte, concretamente, a la relación existente entre los principios de igualdad y solidaridad, al precisar que “el principio de solidaridad está estrechamente vinculado con el cumplimiento de las demandas de igualdad derivadas del artículo 13 de la Constitución. Para que la igualdad sea real y efectiva, el artículo exige la adopción de medidas a favor de grupos discriminados o marginados, y la protección especial de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental [...]”.

Igualmente, se refiere la Corte en esta sentencia a varios casos en los que, mediante órdenes de tutela, se han protegido derechos fundamentales, por encontrarse vulnerado el principio de solidaridad. Así, expresó:

En diversas oportunidades la Corte ha encontrado que la omisión o la inacción del Estado que atenta contra el principio de solidaridad ha significado una vulneración de los derechos fundamentales de las personas. Buena parte de ellas está relacionada con el derecho a la salud [...] Así por ejemplo, la Corte ha ordenado la prestación de servicios médicos o medicamentos excluidos del POS cuando ellos no pueden ser cubiertos por la persona o por su grupo familiar debido a su incapacidad económica⁷⁰, y ha ordenado el acceso a la salud de los enfermos de VIH/sida⁷¹. No obstante, la solidaridad del Estado también se ha materializado en otros ámbitos: la Corte ha garantizado el acceso a los programas municipales tendientes a brindarles un subsidio económico mensual a la población en condición de indigencia; ha dispuesto la reclusión o la terminación de la misma [*sic*] de enfermos mentales; ha ordenado proteger el derecho de los adultos mayores a tener una vivienda, etc.⁷².

69 Sentencia C-459, del 11 de mayo del 2004.

70 Sobre la regla de incapacidad económica como proyección del principio de solidaridad respecto de la realización del derecho a la salud, ver las sentencias T-248/97, T-350/03, T-666/04, T-1233/04 y T-760/08.

71 Sentencias T-697/04, T-177/99 y T-505/92.

72 Entre otras, ver las sentencias T-523/06, T-225/05 y T-1031/04.

[...] Con todo [...] las circunstancias de debilidad manifiesta deben ser analizadas en cada caso atendiendo a la situación particular de la persona en los ámbitos económico, físico y mental, tal como lo ordena el artículo 13 de la Constitución⁷³ [...]

Ahora bien: la misma corporación ha advertido que el principio de solidaridad, si bien es vinculante para todas las personas que integran la comunidad, no tiene carácter absoluto. Esta afirmación, contenida en varias sentencias, entre ellas la T-666, del 9 de julio del 2004, se precisa por la Corte cuando explica que “no es tan amplio [...] como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de los demás [...]”, y que “es un principio que se activa y se torna vinculante para las personas e instituciones, especialmente cuando de por medio está la salud y la vida de los individuos, sobre todo de aquellos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, aspecto que debe ser analizado en el caso concreto”⁷⁴.

En la Sentencia C-434, del 30 de mayo del 2002, afirmó que el deber de solidaridad, “que vincula y condiciona el actuar tanto del Estado, como de la sociedad y la familia, no es ilimitado, y por esta razón el intérprete en cada caso particular debe establecer los límites precisos de su exigibilidad”. Por ello, en el caso concreto, recordó que el Sisben es un programa de focalización del gasto social, que “constituye el primer paso del proceso de asignación de unos recursos públicos que tienden a subvenir las necesidades materiales más acuciantes de los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana”. Con base en esta argumentación, se declaró la exequibilidad de la norma de la Ley 797 del 2003, que establece topes máximos de cotización obligatoria, a fin de mantener una cierta proporcionalidad frente al monto de la pensión, que tiene también límites máximos.

En sentido similar, en la Sentencia C-1054 del 26 de octubre del 2004 la corporación expresó que “el principio de solidaridad, si bien es uno de aquellos considerados fundamentales por el primer artículo de la Constitución, no tiene por ello un carácter absoluto, ilimitado, ni superior frente a los demás que definen el perfil del Estado social de derecho, sino que la eficacia jurídica de otros valores, principios y objetivos constitucionales puede acarrear su restricción, mas no su eliminación [...]”⁷⁵. Así, agregó, el principio de solidaridad, como

73 T-149/02.

74 *V. gr.*, el caso de las personas que conviven con el VIH/sida. Sentencia SU-645 de 1997.

75 Este planteamiento ha sido reiterado en sentencias posteriores, entre otras la C-032, del 23 de enero del 2008, en la que se alude expresamente a en la que se recurre a la solidaridad como “parámetro de control de constitucionalidad”, que “condiciona la validez de la ley”.

el de igualdad, puede ser limitado “para dar efectividad jurídica a otros principios, derechos u objetivos constitucionalmente válidos, siempre y cuando la limitación sea razonable y no resulte desproporcionada”.

Una clara aplicación de este planteamiento puede observarse en la Sentencia T-348, del 18 de mayo del 2009, en la que se aludió, expresamente, al deber de las entidades territoriales de aplicar criterios de focalización y priorización en la asignación de los recursos escasos asignados por el Gobierno para el reconocimiento de un subsidio económico directo a personas de la tercera edad. Indicó la Corte que debía verificarse que se tratara de las personas que se encontraran más gravemente afectadas en su vida autónoma y digna, esto es, en circunstancias que no fueran soportables o resistibles.

Igualmente, en la Sentencia T-516 del 2009, ya citada, al decidir un caso relacionado con la solicitud de prestación del servicio de salud formulada por un joven que, mientras prestaba el servicio militar obligatorio, sufrió una enfermedad no imputable al servicio, que le generó una incapacidad permanente parcial, la Corte consideró, con fundamento en el deber de solidaridad del Estado con las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, que se justificaba el deber del Ejército de continuar brindando atención médica integral, pero precisó: “Sin embargo [...] la cobertura solo debe garantizarse hasta que el accionante sea inscrito en el régimen subsidiado o contributivo de salud”.

Con base en lo anterior, puede concluirse, por una parte, que la solidaridad es un principio fundante del Estado social de derecho colombiano, que impone al Estado y, en algunos eventos, también a los particulares, la realización de acciones en beneficio de las personas más vulnerables o menos favorecidas de la sociedad. En ese sentido, tiene una estrecha relación con la igualdad, especialmente en cuanto, como deber del Estado, supone la promoción, por su parte, de condiciones para que esta última sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas a favor de quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Por otra parte, es claro que la solidaridad no tiene carácter absoluto e ilimitado, por lo cual no tiene un valor superior frente a los demás principios que rigen el Estado social de derecho. En ese sentido, su eficacia jurídica puede ser restringida –aunque no eliminada– para garantizar la de otros valores, principios y objetivos constitucionales, para lo cual, en cada caso, deben evaluarse la razonabilidad y la proporcionalidad de la limitación correspondiente.

En ese sentido, puede también concluirse que la igualdad y la solidaridad permiten justificar, de manera autónoma, la ayuda humanitaria prevista en algunas disposiciones normativas a favor de personas que se encuentran en especiales condiciones de inferioridad. El alcance de esta ayuda humanitaria,

además, puede estar limitado en los casos concretos, según las condiciones de los beneficiarios y las posibilidades económicas reales del Estado y de los particulares.

b. LA RELACIÓN ENTRE LA SOLIDARIDAD Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Como se expresó en la primera parte de este ensayo, la responsabilidad patrimonial del Estado se configura cuando se demuestra la existencia de sus elementos estructurales, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política. Esta norma, cuyo contenido constituye una de las premisas de este ensayo, dispone que “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Así, tales elementos estructurales son el daño antijurídico —entendido como la alteración negativa de una situación favorable, que la víctima no está obligada a soportar—, la existencia de una acción u omisión de alguna autoridad pública y la relación de imputación existente entre éstas y aquél.

Por su parte, la solidaridad, como deber del Estado, conforme a lo expuesto en el numeral inmediatamente anterior, se configura cuando determinadas personas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por lo cual deben ser protegidas especialmente, mediante la adopción de medidas que permitan garantizar su igualdad real y efectiva con los demás miembros de la sociedad. No obstante, dado que este deber no es absoluto y su alcance está determinado, entre otros factores, por las posibilidades económicas del Estado, la valoración de tales circunstancias de debilidad debe hacerse con criterios de focalización y priorización; así, el deber de solidaridad del Estado solo puede ser exigido por quienes se encuentren en circunstancias de especial inferioridad, cuya existencia debe ser establecida en cada caso concreto.

Puede decirse, entonces, que mientras la responsabilidad consiste en la obligación del Estado de indemnizar un daño que le es imputable, la solidaridad, como deber de aquél, surge en situaciones que no necesariamente suponen la existencia de un daño, dado que pueden constituir el resultado de circunstancias que no han surgido de la alteración de una situación anterior⁷⁶, y aun cuando el daño existe, surge para el Estado al margen de que a él no le sea atribuible. Dicho de otra manera, el deber de solidaridad existe, en cabeza del Estado,

76 Como lo expresa la Corte Constitucional en la Sentencia T-505 del 28 de agosto de 1992, “[e]l principio de solidaridad social no solo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social [...]”.

aun en eventos en los que las situaciones de especial inferioridad en que se encuentran determinadas personas no le son imputables⁷⁷, mientras que la responsabilidad de éste solo se configura cuando tales situaciones constituyen un daño que le es imputable.

Sobre la distinción entre la solidaridad y la responsabilidad, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente, en la Sentencia T-248, del 27 de mayo de 1997:

[...] las responsabilidades penal y civil que se deriven de la actividad médica, son independientes de lo que deba ordenarse y hacerse en favor de la satisfacción de los derechos constitucionales fundamentales conculcados en razón de aquéllas [...] el Estado es el llamado a buscar la satisfacción de tales derechos, *no porque haya sido agente de su violación*, sino porque una norma de carácter constitucional, debidamente desarrollada legalmente, así se lo impone [énfasis añadido].

El Consejo de Estado, por su parte, al referirse a las víctimas de atentados terroristas y a los beneficios que en su favor ha previsto el legislador, ha precisado:

El empleo de la fuerza, y la práctica de la violencia a veces sectorizada y en otras ocasiones generalizada—cuando proviene de particulares o terceros—, ha sugerido adicionalmente respuestas legislativas en procura de alivio para los damnificados, pero solo y muy excepcionalmente ha llegado a comprometer bajo el régimen de responsabilidad tradicional, en forma patrimonial al Estado.

[...] el Estado ha previsto mecanismos de ayuda humanitaria para las víctimas de actos terroristas, que no implican la aceptación de responsabilidad por esos hechos [...]

[...] casos como éste no quedan dentro del marco de la responsabilidad [...], y si pudieran ser objeto de una legislación particular que posiblemente esté en mora de expedirse y para la cual el legislador adoptará las políticas que a bien tenga, y tratándose de una expresión de la solidaridad nacional dentro del Estado social de derecho es también probable que dicha asistencia no sea automática y absoluta, sino modulada [...]

[...] Siendo claro que la obligación de reparación en nuestro sistema jurídico requiere del elemento *imputación*, para la Sala no es posible predicar responsabilidad administrativa de las Fuerzas Militares en el caso sub *lite* en donde no existen razones para considerar,

77 Así, en la Sentencia C-032, del 23 de enero del 2008, la Corte Constitucional consideró: “[...] A pesar de que la obligación de reconocimiento y pago pensional corresponde, en principio, a las entidades educativas superiores empleadoras, quienes tienen personería jurídica propia, patrimonio y autonomía financiera, el legislador consideró necesario y oportuno exigir que la Nación, los municipios, los distritos y los departamentos concurren solidariamente a dichos pagos. Luego, la concurrencia en el pago del pasivo pensional desarrolla el principio de solidaridad en la seguridad social en pensiones”.

en los términos del artículo 90 de la C. P., que el daño sufrido por la sociedad Minera Ibirico como consecuencia del ataque terrorista perpetrado en la noche del 13 de enero de 1991 ofrezca un evidente vínculo de imputación⁷⁸.

Sobre el mismo tema, el ex magistrado RAMIRO SAAVEDRA afirma:

[...] entre el concepto de responsabilidad estatal y el reconocimiento indemnizatorio que por varias razones puede contemplar la ley, existen diferencias de fondo que impiden su identificación. Mientras el primero corresponde a un proceso de imputación, el segundo obedece a diversos motivos, bien de conveniencia, interés general, solidaridad o seguridad social.

Los progresos de la idea de la socialización de los riesgos corresponden a este último movimiento: la víctima está autorizada a poner en movimiento un mecanismo colectivo de compensación financiera, en la medida en que el daño encuentra su origen en un acontecimiento que el legislador ha estimado que no debería quedar a cargo exclusivo de quien lo sufre, sino beneficiarse de la solidaridad social⁷⁹.

Conforme a lo anterior, el ex magistrado afirma que la normatividad contenida, inicialmente, en el Decreto 444 de 1993, y luego en las leyes 104 de 1993, 241 de 1995 y 418 de 1997, que previeron medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas en Colombia, “se inspira expresamente en razones de solidaridad y asistencia social. Y dado que el Estado no se considera responsable de los daños, es necesario acudir a la consagración legal de compensaciones indemnizatorias que remedien la desprotección de las víctimas”⁸⁰. Precisa, al respecto, que “[l]a existencia de estas obligaciones indemnizatorias por ministerio de la ley [...] no impiden que la Administración deba responder por vía de responsabilidad cuando la causación del daño le sea efectivamente imputable con el fundamento o causal que corresponda”^{81/82}.

78 Sentencia de la Sección Tercera del 27 de enero del 2000, expediente n.º 8490.

79 SAAVEDRA. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, cit., p. 75.

80 *Ibid.*, pp. 496 y 497.

81 El Tribunal Supremo español (sentencias del 21 de mayo de 1987 –art. 3423–, 27 de diciembre de 1987 –art. 9706– y 31 de enero de 1996 –art. 475) se refiere, por ejemplo a la compatibilidad de las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo, previstas por vez primera en el Decreto-Ley 31/1979 y desarrolladas actualmente por el Real Decreto 673/1992, con la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, y “ello porque la finalidad de la indemnización legal no es cubrir la responsabilidad estatal, sino aminorar, en lo que cabe, las graves perturbaciones que los hechos de esta naturaleza ocasionan en la vida ciudadana”, y mostrar “la solidaridad de la sociedad con las víctimas del terrorismo, y no tiene, pues, su origen en el funcionamiento anormal o anormal de los servicios públicos” (STS del 21 de mayo de 1987).

82 *Ibid.*, p. 506.

No obstante, el Consejo de Estado, en algunos fallos, no ha sido suficientemente claro sobre la distinción entre la solidaridad y la responsabilidad⁸³. En la sentencia de la Sección Tercera del 23 de septiembre de 1994, citada en el numeral II.C.2 de este ensayo —en la que se condena a la Nación a indemnizar los perjuicios derivados de las lesiones sufridas por un ciudadano como consecuencia de la explosión dinamitera dirigida contra el edificio donde funcionaba el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)—, dicha corporación se refirió, inicialmente, al sacrificio sufrido por algunos ciudadanos inocentes como consecuencia del atentado terrorista dirigido contra un personaje representativo de la cúpula administrativa, por lo cual concluyó que “en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado”, planteamiento que justifica, según lo allí expuesto, la declaración de la responsabilidad. Sin embargo, inmediatamente, aludió a la Ley 104 de 1993 —mencionada por el ex magistrado RAMIRO SAAVEDRA en el texto citado—, de la cual resalta que “pone en marcha los *principios de solidaridad social y la perspectiva jurídica que informa la responsabilidad por daño especial*, al disponer que las víctimas de actos terroristas “[...] recibirán asistencia humanitaria [...]”. Incluso, en esta sentencia se afirma que “[l]a filosofía jurídica que informa la anterior normatividad se alimenta de la que es esencia y vida en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades”.

La referencia que en este texto jurisprudencial se hace a la solidaridad y a la responsabilidad, sin las distinciones necesarias, demuestra un entendimiento incorrecto de las dos figuras⁸⁴. Al respecto, llama la atención el ex magistrado

83 El profesor QUINTERO NAVAS expresa al respecto: “Paradójicamente, el principio adoptado por el derecho francés para justificar la creación de un régimen legislativo de responsabilidad ha servido de fundamento a la extensión del régimen común de responsabilidad del Estado en el derecho colombiano [...]” (QUINTERO NAVAS. “Conflicto armado y responsabilidad del Estado: análisis del derecho colombiano a la luz del derecho francés”, cit. p. 174).

84 Refiriéndose a esta distinción, el profesor JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ precisa que “[...] las posibilidades en el derecho francés de utilizar la responsabilidad por ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas en materia de terrorismo son poco probables, pues en un tal caso se confundiría ‘cargas públicas’ con ‘cargas sociales’ (Th. Renoux. “L’indemnisation publique des victimes d’attentats”, *Economica*, 1988, p. 90) y se pasaría de la ‘igualdad frente a las cargas públicas’ a la ‘solidaridad frente a las cargas públicas’ (P. Lavigne. “Risque social et charges sociales”, *D.* 1948, chr., 48)”: JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo*, *Temas de Derecho Público* n.º 61, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 82.

ALIER HERNÁNDEZ, en su salvamento de voto a la sentencia del 11 de diciembre del 2003^[85], al manifestar:

[...] en lo que se refiere al recurso al principio de solidaridad para fundar la responsabilidad del Estado [...] considero necesario precisar que el mismo [*sic*] es totalmente improcedente. En efecto, la solidaridad constituye un principio constitucional en el que se funda la organización de Colombia como Estado social de derecho... y si bien está relacionada con el principio de igualdad, en cuanto el Estado está obligado a buscar su realización efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados [...] su desarrollo se impone al margen de la existencia o inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad en los casos concretos, es decir, al margen de que la condición de debilidad o inferioridad de dichas personas pueda o no atribuirse jurídicamente a alguna entidad estatal.

[...] Por la misma razón, es claro que las normas contenidas en el Decreto Legislativo 444 de 1993 y, posteriormente, en las leyes 104 de 1993, 241 de 1995 y 418 de 1997 [...] constituyen un desarrollo típico del principio de solidaridad, y no del de responsabilidad. Lo mismo puede decirse de las distintas disposiciones que, en algunos eventos, se han adoptado con el fin de ofrecer ayuda urgente a las víctimas de desastres naturales, que, como hechos generalmente constitutivos de fuerza mayor, excluyen de modo evidente la responsabilidad estatal.

Es especialmente relevante el siguiente aparte del mismo salvamento de voto, en el que, con gran acierto, se interpreta una disposición normativa que, en principio, podría generar alguna perplejidad:

Así las cosas, el artículo 16 de la Ley 418 [...], en cuanto alude a la ayuda humanitaria que deben recibir las víctimas de aquellos hechos, “[e]n desarrollo del principio de solidaridad social, y dado *el daño especial*” (se subraya) por ellas sufrido, no puede llevar a confusión. La norma se refiere, sin duda alguna, a la afectación particular padecida por determinadas personas, que las somete a condiciones de inferioridad respecto del resto de la comunidad y justifica, por lo tanto, el ofrecimiento a su favor de una ayuda urgente, independientemente de las circunstancias concretas en que tal afectación se haya producido en el marco del conflicto armado. No podría pensarse, entonces, ni por asomo, que esta norma pretende encontrar la razón de ser de tal ayuda en la teoría del daño especial, que sirve para fundar la responsabilidad del Estado.

Lo anterior explica que, en el artículo 47 de la misma ley, se haya establecido que la asistencia prestada a las víctimas “no implica el reconocimiento por parte de la Nación

85 Expedientes acumulados 12916 y 13627.

o de la respectiva entidad de responsabilidad alguna por los perjuicios causados por tales actos”⁸⁶.

Es curioso, además, que la confusión advertida por el ex magistrado ALIER HERNÁNDEZ al salvar su voto respecto de la sentencia del 11 de diciembre del 2003 parecía haber sido descartada por el Consejo en un fallo 23 de octubre del mismo año⁸⁷, en el que precisó:

Es importante aclarar que el decreto 444 de marzo 8 de 1993, a que hizo referencia el demandante, fue expedido con fundamento en estado de excepción, donde se estableció medidas de apoyo a las víctimas de atentados terroristas. De acuerdo con este ordenamiento, y *en desarrollo del principio de solidaridad social*, las víctimas de atentados terroristas recibirán asistencia humanitaria [...] Dicha asistencia será prestada por el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, en desarrollo de su objeto constitucional, y por las demás entidades públicas dentro del marco de su competencia legal (art. 2.º) [...]

Igualmente se aclara, que la asistencia que la Nación o las entidades públicas presten a las víctimas de atentados terroristas, en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto y de los programas de atención que al efecto se establezcan, *no implica reconocimiento por parte de la Nación o de la respectiva entidad pública responsabilidad alguna por los perjuicios causados por el atentado terrorista* (art. 29) [énfasis añadido]⁸⁸.

Un planteamiento bien distinto del que se ha cuestionado en este acápite lo constituye aquel según el cual la solidaridad puede ser un fundamento complementario —no autónomo— de la responsabilidad del Estado, conforme al artículo 95, numeral 9, de la Constitución Política, en la medida en que las condenas se pagan con dineros de los presupuestos públicos. En ese sentido, y solo en ese sentido, puede aceptarse que la solidaridad constituiría un fundamento de la responsabilidad del Estado, y lo sería en todos los casos, al margen de que ella se declare con apoyo en un régimen subjetivo u objetivo, cuyos elementos, además, tendrían que estar claramente establecidos.

86 Normas similares a las contenidas en los artículos 16 y 47 de la Ley 418 de 1997 se encontraban en los artículos 19 y 46 de la Ley 104 de 1993.

87 Expediente n.º 14211.

88 En sentido similar, el magistrado MAURICIO FAJARDO, al aclarar su voto respecto de la sentencia del 9 de junio del 2010, proferida en el proceso radicado con el número 18536, expresó que “[...] en casos como el presente, en el que *no es posible imputar el daño a la acción o a la omisión de la autoridad*, sino a la acción criminal que se da en medio de fatales circunstancias sociales y políticas, el resarcimiento que con toda justicia merece la víctima [...] debe ser dispensado con cargo a los fondos de indemnización que funcionan para realizar el principio constitucional de la solidaridad social, pero nunca bajo la noción de responsabilidad extracontractual”.

En la Sentencia C-333, del 1.º de agosto de 1996, la Corte Constitucional expresó, al referirse al artículo 90 de la Constitución Política:

Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1.º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, *si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1.º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1.º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado*. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado [énfasis añadido]⁸⁹.

Se observa que en esta sentencia la Corte se refiere, de manera particular, al régimen de daño especial, para indicar que la responsabilidad fundada en él “armoniza” con los principios de igualdad y solidaridad. Debe advertirse, sin embargo, que esta inflexión verbal indica que la solidaridad no constituye el fundamento autónomo de la obligación de indemnizar, sino apenas un fundamento complementario, y ello resulta claro si se tiene en cuenta el ejemplo que se cita, en el que se alude claramente a la existencia de una razón para imputarle responsabilidad al Estado, consistente en la ejecución, por éste, de una obra legítima de interés general que, sin embargo, ocasiona un claro perjuicio a una persona o a un grupo particular de personas. Están allí presentes, entonces, según lo explicado en el numeral I.C de este ensayo, los elementos de la teoría del daño especial, como título de imputación, concretamente la relación de causalidad material existente entre la acción del Estado y el daño causado, y el

89 Este parece ser, también, el entendimiento del Consejo de Estado en la sentencia del 23 de mayo de 1973, ya citada, en la que se expresó: “Porque la razón de ser del erario público es satisfacer mediante la contribución económica de todos los asociados, precisamente aquellas necesidades a las cuales cada uno, por sí solo, no podría atender: en primer lugar, las que se refieren a la protección de la vida, honra, y bienes, al mantenimiento del orden y la tranquilidad sociales. Para la consecución de estos fines puede preverse la necesidad de algunas erogaciones (salarios, dotación de implementos necesarios, gastos de administración, construcciones, etc.); *pero hay otras erogaciones que no se pueden prever y cuya carga, en ocasiones, es soportada por uno o algunos de los asociados: en ambos casos se busca beneficiar al conglomerado entero y los recursos económicos necesarios deben allegarse de la tributación general*” (énfasis añadido).

rompimiento del equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas, que determina su carácter especial y justifica su imputación.

Entonces, si bien la solidaridad constituye un fundamento complementario de la responsabilidad del Estado en todos los casos, dado que las condenas que a éste se imponen se pagan siempre con dineros del presupuesto público, dicho principio no permite justificar autónomamente tal responsabilidad, puesto que para que ella se configure se requiere que el perjuicio resulte imputable al Estado, por haberlo causado materialmente, obrando ilícita o lícitamente, en este último caso rompiendo el equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas; por haber propiciado o facilitado, con su actuación ilícita, la causación del daño por terceros, o por haber creado conscientemente, en ejercicio de una actuación lícita, el riesgo de que ellos actuaran.

Conforme a lo expresado, puede concluirse, por una parte, que la consideración de la solidaridad como fundamento “primordial” de la responsabilidad patrimonial del Estado, en los eventos en los que a él no le es imputable el daño, supone confundir indebidamente los dos conceptos, prescindiendo de la verificación necesaria de la existencia de los elementos estructurales de la obligación de indemnizar y, entre ellos, especialmente, la imputación. Si ésta existe, en cambio, la solidaridad constituirá un fundamento apenas complementario de la responsabilidad, en cuanto, en virtud de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 95 de la Constitución, todas las personas deben contribuir a los gastos del Estado, dentro de conceptos de justicia y equidad, y uno de ellos es el que resulta de la necesidad de pagar las condenas que le son impuestas.

Por otra parte, puede afirmarse que tal consideración de la solidaridad supone darle a dicho principio un carácter absoluto e ilimitado, que no tiene, conforme a lo expresado claramente por la Corte Constitucional, según lo expuesto en el numeral anterior. En efecto, de él se derivaría la obligación del Estado de corregir integralmente todos los desequilibrios y las desigualdades existentes entre los miembros de una sociedad, imputables a terceros y no a aquél, al margen de la valoración de las condiciones especiales de los afectados y de la existencia de recursos suficientes en los presupuestos públicos, en cada caso. Esta obligación, además, resultaría impuesta en procesos de responsabilidad, sin competencia, por el juez contencioso administrativo, y no por el legislador —que mediante la expedición de leyes sí está autorizado, conforme al artículo 13 de la Constitución, para disponer la entrega de ayudas a personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta— o por el juez constitucional, que, como se expresa en la Sentencia T-149 del 1.º de marzo del 2002, ya citada, en sede de tutela está obligado a revisar si la omisión del Estado

que atenta contra el principio de solidaridad ha significado una vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

En ese sentido, no es válido considerar a la solidaridad cimiento “primordial” de la imputación de responsabilidad al Estado, cualquiera que sea el régimen en que ella deba fundarse, incluso el de daño especial. Si se concluyó, en algunos casos, que el daño no podía atribuirse al Estado a título de falla del servicio –por no encontrarse demostrada–, ni de riesgo excepcional –por resultar “incierta y subjetiva” esta teoría para determinar la responsabilidad del Estado en los casos de persecución de delincuentes por la fuerza pública o de enfrentamiento entre aquéllos y ésta, como se expresó en la sentencia del 3 de mayo del 2007, citada en el numeral II.B.2–, y se recurrió al daño especial a pesar de que no existía una relación de causalidad entre la acción del Estado y el perjuicio, no cabe duda de que la solidaridad fue considerada fundamento suficiente para declarar la responsabilidad del Estado por dicho perjuicio. Y la afirmación en el sentido de que, en tales casos, la solidaridad es el cimiento de la teoría del daño especial permite advertir que se hace una aplicación forzada de ella, sin tener en cuenta los elementos que permiten su configuración y especialmente, la existencia de tal relación de causalidad, que en los casos concretos se echa de menos.

Por lo expresado, no pueden compartirse las siguientes afirmaciones del magistrado ENRIQUE GIL BOTERO, contenidas en su aclaración de voto respecto de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de abril del 2008^[90]:

En nuestro medio la normatividad que deviene desde 1993, de manera reiterada ha invocado no solo el mismo principio (el de solidaridad), sino además el del “daño especial” que reciben dichas víctimas, pero en el plano de la realidad lo contemplado en dichas disposiciones se torna insuficiente porque no cumple un verdadero papel indemnizatorio, se trata como allí se destaca de una simple asistencia humanitaria coyuntural, lo que demanda indudablemente ante su insuficiencia que el juez en el horizonte de esos dos principios –solidaridad y daño especial– encumbre el estado actual de la jurisprudencia, para realizar lo que la normatividad enuncia pero no cumple ante su propia limitación de “asistencia humanitaria”, que le da más un entorno de retórica legislativa que de verdadero compromiso con las víctimas inocentes de una guerra que no les pertenece. Puede el juez, teniendo como punto de partida la unidad del ordenamiento jurídico, desarrollar y dar aplicación al bloque de constitucionalidad y a las leyes de ayuda humanitaria, para encontrar los fundamentos de imputación que predicen algunos como algo insustituible y sacramental que les permite seguir anclados

90 Expediente n.º 18769.

en el universo utópico de los conceptos, ignorando el incumplimiento de los fines del Estado que son los que justifican su existencia [...]

[...] Por consiguiente, en cuanto el acto terrorista se dirige contra la sociedad en su conjunto, pero se localiza materialmente en el perjuicio excepcional y anormal respecto de un ciudadano o grupo de ciudadanos muy reducido, será toda la sociedad la que soporte, de forma equitativa, esa carga.

Tampoco es correcto considerar que las normas que prevén ayudas o beneficios para las víctimas de atentados terroristas se informan de la misma “filosofía” de la responsabilidad por daño especial, que, como título de imputación, supone la valoración de distintos elementos –a los que se ha hecho referencia en varios apartes de este ensayo– que permitan concluir que el daño sufrido por la víctima puede atribuirse al Estado. La solidaridad no permite hacer un análisis de imputación, ni justifica su elusión.

Debe advertirse, por lo demás, que estas afirmaciones no pretenden negarle a la solidaridad su carácter de principio constitucional cuyo respeto, como se ha visto, puede exigirse tanto del Estado como de los particulares. Pretende, sí, por una parte, precisar cuáles son su contenido y su alcance, y por otra, poner en evidencia los elementos que configuran el instituto de la responsabilidad del Estado, esto es, la obligación de éste de indemnizar el daño que le sea imputable, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, con el fin de deslindar el ámbito de aplicación de aquel principio y este instituto.

C. LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS PARA FUNDAR LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO EXCEPCIONAL

Mediante las sentencias citadas en los numerales II.A.1 a II.A.4 de este ensayo, se declaró la responsabilidad del Estado por daños derivados de actos violentos realizados materialmente por terceros, con fundamento en la teoría del riesgo excepcional. Se planteó, en todos los casos, que la víctima fue sometida por la Administración a soportar un riesgo excepcional que se materializó en el daño sufrido, razón por la cual ésta estaba obligada a indemnizar los perjuicios probados.

Dado que, en estos casos, quien causó directamente el daño no fue un agente del Estado y este último obró lícitamente –lo que supone que no hubo falla del servicio–, la razón para imputárselo se encontró en una aplicación muy particular de la teoría del riesgo, que excede los alcances de esta noción

en el derecho civil⁹¹ e, incluso, la formulación teórica coincidente con tal noción, efectuada por la jurisprudencia contencioso-administrativa en el año 1984, expuesta en el numeral I.B de este ensayo, conforme a la cual el riesgo excepcional se aplica “cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a “un riesgo de naturaleza excepcional” [...] el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público”.

En efecto, el planteamiento hecho por el Consejo de Estado en 1984 se refiere a la típica responsabilidad por riesgo creado por el ejercicio de actividades peligrosas, conforme a la cual quien realiza una actividad lícita que, sin embargo, genera un peligro especial para los asociados debe responder por el daño causado materialmente por el Estado en ejercicio de esa actividad, derivado de la concreción de ese peligro. En cambio, en las sentencias en las que se ha fundado en la teoría del riesgo excepcional la responsabilidad del Estado por actos violentos de terceros, se parte de que, si bien el Estado no realiza una actividad peligrosa que causa materialmente el daño, sí crea el riesgo de que un tercero lo cause⁹².

Este entendimiento de la teoría del riesgo excepcional, que podría considerarse “extensivo” y propio del ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, parece ser reconocido por la doctrina francesa. Así, la profesora JACQUELINE MORAND-DEVILLER⁹³ se refiere expresamente a que la responsabilidad sin falla por riesgo derivado del uso de armas de fuego se aplica “incluso cuando los disparos no fueron hechos por las fuerzas de policía”, y precisa que “[e]l riesgo es creado por la operación de policía [...] y es normal que el régimen de responsabilidad sin falla pueda jugar también cuando los daños han sido causados a las víctimas por disparos hechos por los mismos malhechores”.

En ese sentido, es claro que el Estado no podrá ser declarado responsable, con fundamento en el régimen de riesgo excepcional, de cualquier daño causado

91 En ese sentido, ALIER HERNÁNDEZ y CATALINA FRANCO afirman que se trata de un sistema “propio y exclusivo del ordenamiento jurídico colombiano”: ob. cit., p. 612.

92 En ese sentido, JUAN CARLOS PELÁEZ afirma que “[l]a utilización de la jurisprudencia relativa a la noción de responsabilidad por la utilización de “cosas peligrosas” parece no ser de mucha utilidad en la materia que nos ocupa, pues si bien es cierto que el terrorismo es el resultado de la utilización de objetos peligrosos como armas o explosivos, entre otros, éstos son manipulados por los mismos terroristas” (PELÁEZ GUTIÉRREZ. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo*, cit., pp. 95 y 96).

93 MORAND-DEVILLER. *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 885.

por terceros, dado que el hecho de éstos, en principio, constituirá una causa extraña que permitirá la exoneración de aquél. En cada caso, será necesario verificar que la actuación dañina de tales terceros constituye la concreción de un riesgo creado por el Estado.

Y ello puede ocurrir en aquellos eventos en que se produce un enfrentamiento entre la fuerza pública y delincuentes, cualquiera que sea la naturaleza de éstos, y, como consecuencia de tal enfrentamiento resultan afectadas determinadas personas o sus bienes. En efecto, si bien, al enfrentarse a los delincuentes, la fuerza pública obra lícitamente, su actuación, que supone el uso de la fuerza y de armas, pone en una situación de riesgo excepcional a quienes se encuentran cerca del lugar de los hechos o a aquéllos cuyos bienes están en la zona. El daño podrá, eventualmente, ser causado de manera directa por los delincuentes, pero constituirá la concreción del riesgo creado por el Estado.

Así, como ya se expresó, los casos resueltos mediante sentencias del 3 de mayo del 2007 y 30 de julio del 2008^[94] debieron resolverse con fundamento en el riesgo excepcional, cuya aplicación, además, hacía improcedente el recurso a la teoría del daño especial acogida por el Consejo de Estado, de carácter subsidiario. Ello habría permitido asimismo declarar la responsabilidad del Estado. En efecto, en el primer caso la granada lanzada por los delincuentes en desarrollo del enfrentamiento que, en plena calle, sostenían con miembros de la Policía Nacional, causó daños a una niña que se encontraba dentro de la casa hacia la cual se desvió el artefacto explosivo. Y en el segundo, las víctimas resultaron heridas en un abaleo originado en un atentado explosivo contra un vehículo de la Policía Nacional. En ambos podía concluirse válidamente que el Estado creó el riesgo que se concretó en el daño del cual se derivaron los perjuicios cuya indemnización se reclamaba.

Ahora bien: en los eventos en los que no se trata de enfrentamientos entre la fuerza pública y grupos delincuenciales, sino de ataques realizados por éstos contra bienes o agentes estatales, sin reacción de dicha fuerza, la responsabilidad administrativa solo podrá configurarse cuando, conforme a lo expresado, pueda considerarse que el Estado ha creado el riesgo de la actuación del tercero.

Ello ocurrirá, sin duda, en los casos en que los bienes o agentes estatales atacados en el marco de un conflicto armado interno –como el que vive Colombia– constituyen objetivos militares. En efecto, dado que, conforme al derecho internacional humanitario, los bienes y las personas civiles no pueden ser objeto de ataques, dado que éstos únicamente pueden dirigirse contra los

94 Citadas en los numerales II.B.2 y II.B.3 de este ensayo.

objetivos militares, solo los atentados contra los bienes o personas que tengan este carácter resultan esperables para el Estado y, en ese sentido, cuando se producen, puede considerarse que este último, a pesar de no haber incurrido en una falla del servicio, ha creado el riesgo de la actuación del tercero, que será la otra parte del conflicto.

Distinta deberá la conclusión en los eventos en que, si bien se ha dirigido el ataque contra un bien o un agente estatal, ellos no son objetivos militares, puesto que no podrá considerarse que el Estado ha creado el riesgo de la actuación del tercero. Al respecto, resulta acertado el criterio del magistrado ALIER HERNÁNDEZ, quien al salvar su voto respecto de la sentencia del 11 de diciembre del 2003^[95] precisó:

[...] tratándose de actos violentos –no necesariamente terroristas– realizados en el marco del conflicto armado interno, debe distinguirse entre aquéllos que se consideran legítimos –sin perjuicio de su condición de actos delictivos–, a la luz de las normas del derecho internacional humanitario, y aquéllos que se encuentran expresamente prohibidos.

Una regulación detallada en tal sentido [...] está contenida en los protocolos I y II adicionales a los convenios de Ginebra de 1949 [...] conforme a tal regulación, existen personas y bienes protegidos por el DIH, que no pueden ser considerados objetivos militares por las partes en conflicto.

Conforme al artículo 48 del Protocolo I mencionado, con el fin de “garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre la población civil y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

El artículo 52 del mismo Protocolo establece que los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque, ni de represalias, y que tienen tal carácter todos aquéllos que no son objetivos militares. También dispone que los objetivos militares, en lo que respecta a los bienes, “se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”.

Así las cosas, no cabe duda, en mi opinión, de que los daños causados en el marco del conflicto armado interno, como consecuencia de los actos violentos realizados por la subversión no podrán ser considerados válidamente previsibles para el Estado colombiano y, por lo tanto,

95 Proferida en el proceso correspondiente a los expedientes acumulados 12916 y 13627.

como la concreción de un riesgo lícita y conscientemente creado por él, sino en cuanto estén dirigidos contra un objetivo militar.

[...] Visto lo anterior, resulta incorrecta, según mi criterio, la argumentación contenida en el fallo del que me aparto, en el sentido de que, para imputar el daño al Estado a título de riesgo resultaba suficiente que la subversión hubiera identificado al Oleoducto Transandino como “un objetivo de ataque en su lucha contra las políticas gubernamentales”. En efecto, con fundamento en ella podría declararse la responsabilidad de la Nación en todos los casos en los que se produjera un ataque contra un bien estatal cualquiera, al margen de que el mismo [*sic*] no contribuyera, en modo alguno, a la acción militar, o de que su ataque no generara para el enemigo una ventaja militar. En otras palabras, la imputación al Estado de los daños causados por actos violentos perpetrados por la guerrilla podría establecerse aun en los eventos en que éstos resultaran ilegítimos y, por lo tanto, válidamente imprevisibles para aquél, a la luz de las normas que regulan los conflictos armados internos. *El riesgo, en estas condiciones, dejaría de tener concreción, y podría considerarse creado por el Estado por el solo hecho de existir, lo cual, sin duda, excede con creces la configuración que la jurisprudencia ha hecho del régimen de riesgo excepcional [énfasis añadido].*

No obstante lo anterior, como se ha observado, en ocasiones el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad administrativa, con fundamento en el régimen de riesgo excepcional, en eventos en que el autor del ataque no es una de las partes del conflicto armado, sino un delincuente común, y, por supuesto, aunque los bienes o las personas contra las que se dirige son, en su orden, estatales o servidores públicos, no puede considerarse que son un objetivo militar. Así, en la sentencia del 5 de junio del 2008, citada en el numeral II.A.4, se condenó a la Nación a pagar los perjuicios derivados de la muerte de un menor, como consecuencia del atentado realizado por delincuentes comunes contra un agente de la policía que se encontraba en vacaciones. Bastó, para ello, considerar el “riesgo a que se vio sometida la población civil con ocasión del enfrentamiento entre el Estado y grupos al margen de la ley, que decidieron convertir a los agentes de la policía en blanco concreto y determinado de sus atentados criminales [...]”.

Parece claro, sin embargo, que un planteamiento de tal naturaleza resulta excesivamente abstracto y supone la eliminación indebida del hecho del tercero como causal de exoneración, en todos los casos en que éste dirige su ataque contra un bien o un agente estatales, cualquiera que sea su naturaleza y, por lo tanto, al margen de que no pueda considerarse, válidamente, que el Estado ha creado el riesgo de la actuación de aquél^[96].

96 En sentido contrario y en desarrollo de un planteamiento que iría aún más lejos que el defendido por el Consejo de Estado, el profesor JUAN CARLOS PELÁEZ afirma: “Es en este punto donde se observan los

Debe advertirse, por lo demás, que se han hecho otros planteamientos dignos de consideración conforme a los cuales la responsabilidad del Estado por los daños provenientes de actos violentos de terceros, cuando se trata de un ataque realizado por éstos contra bienes o agentes estatales, aun cuando éstos tienen el carácter de objetivos militares, solo podría declararse con fundamento en el régimen de falla del servicio, de modo que no sería procedente recurrir al régimen de riesgo excepcional.

Así, el magistrado RAMIRO SAAVEDRA afirmó lo siguiente, en su salvamento de voto respecto de la sentencia del 4 de diciembre del 2006, proferida en el proceso radicado con el número 15571:

[...] la teoría del riesgo [...] se funda especialmente en los peligros surgidos del desarrollo tecnológico, como las instalaciones de las redes eléctricas, la creación de equipos de guerra de largo alcance y potencialidad, etc., que se caracterizan por generar un riesgo excepcional, cosa distinta al riesgo que se pretende crear por la sola existencia de las dependencias encargadas de la defensa y vigilancia de la Nación [...] Ciertamente la cercanía a las instalaciones militares y de policía implica posibilidades de atentados terroristas, pero si dichas posibilidades no son previsibles, por cuanto no existen indicios que demuestren la inminente ocurrencia de los mismos [*sic*], el Estado no puede constituirse en un ente omnisciente, omnipresente ni omnipotente para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia, pues no tiene la oportunidad de programarse para un eventual enfrentamiento, poniendo a salvo previamente a la población y bienes civiles [...]97.

Por otra parte, en su aclaración de voto respecto de la sentencia del 9 de junio del 2010, proferida en el proceso radicado con el número 18536, el magistrado

límites actuales de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de actos de terrorismo. Al exigir, en ausencia de falla del servicio y de participación directa de las fuerzas del orden en el hecho dañino, que la acción terrorista haya sido dirigida contra los objetivos a que expresamente hace referencia la jurisprudencia, son muchas las víctimas de acciones terroristas que son excluidas automáticamente de toda posibilidad de reparación. Pensamos, entre muchos otros ejemplos, en los graves perjuicios [...] que sufrió el humilde celador como consecuencia del acto terrorista perpetrado contra el diario *Vanguardia Liberal*; perjuicios que [...] constituyen sin lugar a dudas un daño antijurídico pero que, por razones jurídicas –que no compartimos– no pudieron ser indemnizados. Nos preguntamos ¿qué debe pensar la víctima y su familia sobre la justicia en Colombia?” (PELÁEZ GUTIÉRREZ. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo*, cit., p. 108).

97 Se advierte que el magistrado SAAVEDRA modificó, así, la posición planteada previamente en su libro *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, conforme a la cual “[...] puede ser conveniente acudir en algunos casos a la noción de riesgo excepcional, sobre todo para proteger a las víctimas, como en los mencionados casos en los que las instalaciones públicas se vuelven peligrosas por efecto de la situación de orden público [...]” (ob. cit., pp. 505 y 506).

MAURICIO FAJARDO expresó una opinión similar a la del magistrado SAAVEDRA, al considerar lo siguiente:

[...] [l]a aplicación del “*riesgo excepcional*” como título jurídico de imputación se ha llevado demasiado lejos, a escenarios en los que la relación de causalidad en verdad deja de ser un *hecho* —que como tal debe estar sujeto a prueba y ser verificable—, para convertirse en un *discurso* en el que la constatación para nada cuenta, por lo que se torna el régimen de responsabilidad, en ese punto, en una yuxtaposición de razones que recibe *toda* su consistencia de una fundamentación ideológica.

[...] [e]n casos como el presente, en el que no es posible imputar el daño a la acción o a la omisión de la autoridad, sino a la acción criminal que se da en medio de fatales circunstancias sociales y políticas, el resarcimiento que con toda justicia merece la víctima [...] debe ser dispensado con cargo a los fondos de indemnización que funcionen para realizar el principio constitucional de la solidaridad social, pero nunca bajo la noción de responsabilidad extracontractual.

[...] Cosa distinta es la que ocurre cuando resulta sacrificado un inocente si la Fuerza Pública, no en razón de su mera localización, presencia o existencia, sino al realizar operaciones orientadas a cumplir los deberes constitucionales y legales que le son inherentes, despliega lícitamente la fuerza para emprender, o para repeler, un ataque. Frente a tales casos, sí compartiré la idea de que a la institución, a cuyo cargo haya estado la operación, se le podrá imputar con toda la claridad necesaria el daño experimentado por la víctima [...].

Estas opiniones autorizadas muestran que la discusión, en el ámbito nacional, está lejos de cerrarse y que son muchos los aspectos que deben ser objeto de reflexión.

D. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

Al margen de las discusiones teóricas abordadas en este ensayo, que se generan a partir de la definición de los fundamentos de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de actos violentos de terceros, debe advertirse que la falta de distinciones necesarias entre el daño especial y el riesgo excepcional y su aplicación en situaciones en las que no se configuran estrictamente sus requisitos tienen, en algunos casos, consecuencias prácticas de gran relevancia.

Si bien, en ciertos eventos, como en los estudiados en los fallos citados en los numerales II.B.2, II.B.3 y II.C.1, la responsabilidad declarada con fundamento en la teoría del daño especial, que no resultaba procedente, habría podido establecerse con apoyo en la teoría del riesgo excepcional, en otros, a pesar de

haberse condenado al Estado con base en una u otra teoría, su aplicación estricta habría permitido exonerar a éste de responsabilidad.

Así, por ejemplo, en las varias sentencias que resolvieron los procesos adelantados a partir de las demandas formuladas por las víctimas del atentado dirigido contra el jefe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), el 30 de mayo de 1989, realizado por la delincuencia organizada mediante la activación de una carga explosiva en un vehículo estacionado en la calle 57 con carrera 7.^a de la ciudad de Bogotá, entre ellas la sentencia del 23 de septiembre del 2004, citada en el numeral II.C.2 de este ensayo, se condenó al Estado a pagar perjuicios que, sin duda, no le eran imputables.

Como se advirtió, en la mencionada sentencia se confunden el daño especial y el riesgo excepcional –que no podrían ser aplicados alternativamente respecto de un mismo evento–. Ninguno de estos fundamentos, sin embargo, permitía fundar la responsabilidad administrativa en el caso concreto.

En efecto, la aplicación del daño especial se descarta fácilmente, por el solo hecho de que el daño no fue causado materialmente por el Estado. Dicho de otro modo, el daño no fue el resultado directo de una actividad lícitamente realizada por el Departamento Administrativo de Seguridad en beneficio de toda la comunidad. Y, en cuanto se refiere al riesgo excepcional, por tratarse del atentado realizado por un tercero, sin reacción de las fuerzas del orden que generaran un enfrentamiento, su aplicación exigía demostrar que el Estado había creado el riesgo concreto de su ocurrencia, lo cual, como se ha explicado, solo podría lograrse en el evento en que su autor fuera una de las partes en el conflicto armado interno y estuviera dirigido contra un objetivo militar. Sin embargo, ninguno de estos elementos fue establecido, dado que el hecho fue realizado por delincuentes comunes –miembros de grupos narcotraficantes– cuyos actos no se rigen por el derecho internacional humanitario.

Por lo demás, tampoco se demostró la existencia de una falla del servicio que hubiera propiciado o permitido el atentado. Así las cosas, se imponía, en el caso concreto, la absolución de la Nación (DAS). No obstante, se le condenó, a pesar de que se encontraba demostrada la imputación del daño al hecho exclusivo de un tercero, imprevisible e irresistible para ella y absolutamente externo y ajeno a su actividad.

Por otra parte, el recurso al daño especial para fundar la responsabilidad declarada en algunas sentencias, como la del 9 de febrero de 1995, citada en el numeral II.C.3, en la que se condenó a la Nación a pagar los perjuicios derivados de las lesiones sufridas por un ciudadano como consecuencia de la explosión dinamitera dirigida contra el edificio donde funcionaba el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), además de demostrar el inexacto entendimiento

de la teoría, pone en evidencia el peligro de que, como en el caso anterior, se condene en eventos en los que está demostrada la existencia de una causa extraña que permitiría la exoneración del Estado.

El atentado dirigido, igualmente por el narcotráfico, contra las instalaciones del DAS tampoco habría podido imputarse a la Nación con fundamento en el daño especial, ni en el riesgo excepcional. Podrían reiterarse, al respecto, las observaciones que acaban de hacerse respecto del fallo del 23 de septiembre de 1994, dado que el hecho fue materialmente causado por un tercero –lo cual descarta el recurso válido a la primera teoría– y la actuación de éste no constituyó un riesgo creado por el Estado. Por esta razón, en el caso planteado la responsabilidad administrativa no habría podido declararse si no se hubiera demostrado la existencia de una falla del servicio que permitió la actuación de dicho tercero. En ese sentido, la decisión adoptada, entre otras sentencias en la del 9 de febrero de 1995, solo puede considerarse acertada en la medida en que, como se expresa en algunos de sus apartes, “hubo negligencia e incumplimiento de las instrucciones impartidas por el director general de Inteligencia [...]”, dado que, de haberse atendido, se habría evitado el atentado, que, además, era claramente previsible, dadas las amenazas previas de la delincuencia común contra la institución y sus directivos. No es plausible, en cambio, el argumento, también contenido en dicha sentencia, según el cual la responsabilidad podría imputarse a título de daño especial⁹⁸.

Otro caso que permite advertir las consecuencias prácticas de la falta de coherencia entre la concepción teórica de los distintos fundamentos de la responsabilidad del Estado y su aplicación en los casos concretos es el fallado en la sentencia del 11 de diciembre del 2003^[99]. Por medio de ella se condenó a Ecopetrol a pagar los perjuicios sufridos por los demandantes, víctimas del incendio ocurrido tras la explosión del oleoducto Trasandino, en el kilómetro 175, paralelo a la vía Pasto-Tumaco, causada por el grupo guerrillero Farc.

El Consejo de Estado consideró que en el caso concreto no hubo falla del servicio en la protección del oleoducto, “pues no era posible establecer una vigilancia permanente sobre todo su recorrido, en razón de su extensión” y tampoco podía concluirse que la intervención de la fuerza pública hubiera sido tardía o inoportuna, pues se determinó que llegó en “el tiempo necesario para

98 Esto explica el que en sentencias posteriores, entre ellas la del 17 de abril de 1997 y la del 14 de julio del 2004, proferidas en los procesos radicados con los números 9889 y 14592, el Consejo de Estado haya precisado que el perjuicio sufrido por las víctimas del atentado contra la sede del DAS en Bogotá, realizado el 6 de septiembre de 1989, podía imputarse a una falla del servicio a cargo de dicha entidad.

99 Proferida por la Sección Tercera en los procesos acumulados identificados con los números 12916 y 13627.

su desplazamiento al lugar del hecho”. Sin embargo, se condenó a Ecopetrol con apoyo en los siguientes argumentos:

[...] se trata de un atentado contra un bien estatal, producido por la subversión, que lo ha identificado como un objetivo de ataque en su lucha contra las políticas gubernamentales y por lo tanto, los demandantes como víctimas inocentes de esa confrontación, no tienen porqué soportar las consecuencias dañinas del mismo [*sic*].

En otros términos, a pesar de que no hay razón para imputar una falla del servicio contra Ecopetrol [...] esa entidad debe reparar los perjuicios causados a los demandantes porque el ataque estuvo dirigido contra un bien estatal; tuvo como finalidad crear condiciones de zozobra e inestabilidad colectiva; fue realizado por un grupo organizado que se opone en forma abierta al gobierno y en especial a la política petrolera del Estado; la entidad es propietaria de las redes que transportan el combustible.

Para justificar esta conclusión, en el mismo fallo, ya el Consejo había manifestado lo siguiente:

Se aclara que los actos terroristas son imputables al Estado no solo cuando el riesgo que crea el Estado y que permite establecer el vínculo causal surge de una actividad dirigida a proteger a la comunidad, como un establecimiento militar o policivo, sino, además, cuando el ataque se dirige directamente contra un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal [...] o en forma más general, cuando el blanco es “un objeto claramente identificable como del Estado”¹⁰⁰.

Considera la Sala que no hay razón para limitar la responsabilidad estatal a los eventos en los cuales el ataque terrorista se dirige contra un objetivo militar o policivo, sino que debe extenderse a todos aquellos casos en los que el blanco sea “un objeto claramente identificable como del Estado”, ya que la justificación para establecer el vínculo causal es la misma: el riesgo particular que se crea con una actividad que ha sido elegido por los terroristas como objetivo. Tal es el caso del oleoducto [...] [énfasis añadido].

En contra de lo expresado por el Consejo, no puede considerarse que la justificación para establecer el vínculo de imputación —más que de causalidad, dado que éste sólo se predica estrictamente respecto del tercero— sea la misma cuando el atentado ha sido causado por uno de los actores en la guerra interna contra un objetivo militar y cuando éstos actúan contra bienes o personas protegidas o cuyo ataque está prohibido por el derecho internacional humanitario. Conforme a sus disposiciones, en efecto, al margen de la ilicitud de los actos de

100 Sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente n.º 11.518.

la guerrilla según el derecho penal nacional, sus acciones contra los objetivos militares constituyen actos esperables en el desarrollo de la guerra interna, mientras que las que se realizan contra bienes o personas protegidas o cuyo ataque está prohibido no tienen tal condición. En ese sentido, no podría considerarse, en este último caso, que el Estado ha creado el riesgo de la actuación del tercero, so pena de darle a la noción de riesgo un carácter absolutamente abstracto que impondría la responsabilidad administrativa en todos los casos en que los grupos insurgentes, violando el derecho internacional humanitario, dirijan su ataque contra bienes estatales o servidores públicos protegidos. Así, se entendería, absurdamente, que el Estado crea el riesgo del acto del tercero por el solo hecho de existir¹⁰¹.

Por lo demás, conforme a lo dispuesto en los protocolos I y II adicionales a los convenios de Ginebra, los oleoductos deben ser considerados bienes protegidos, aun cuando son objetivos militares, si su ataque puede causar pérdidas importantes en la población civil. En ese sentido, en el salvamento de voto respecto de dicha sentencia, algunos de cuyos apartes han sido citados, el magistrado ALIER HERNÁNDEZ advirtió, con razón, lo siguiente, para defender su posición en el sentido de que en el caso concreto se imponía la absolución de la entidad demandada:

[...]

De otra parte, los artículos 56, párrafo 1, del Protocolo I, y 15 del Protocolo II, disponen que “[l]as obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil [...]”.¹⁰²

101 En sentido contrario, el magistrado ENRIQUE GIL BOTERO expresa lo siguiente al manifestar su acuerdo con la sentencia del 11 de diciembre del 2003: “Si la lucha es contra el Estado y el atentado terrorista deviene de un ataque al mismo [*sic*], debe tenerse en cuenta que éste se beneficia de privilegios, que los ciudadanos contribuyen con sus cargas, deberes y obligaciones al mantenimiento de la organización sociopolítica y de la fuerza pública, contribución que es impuesta equitativamente, de allí que con la misma razón resulta adecuado deducir que cuando el Estado es objeto de actos desestabilizadores, debe reparar los daños de quienes fueron ajenos a ese objetivo directo, que no era la víctima misma, sino la organización política de la cual el individuo hace parte”. ENRIQUE GIL BOTERO. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, tercera edición, Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, 2006, p. 224.

102 El título II del Libro Segundo del Código Penal vigente tipifica los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, y entre otros, en su artículo 157, incluye el “ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”.

Y el mismo artículo 56, en su párrafo 2, literal, c, prevé que la protección especial contra todo ataque prevista en el párrafo 1 cesará para los objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas o en sus proximidades, distintas de las presas o diques y de las centrales nucleares de energía eléctrica, “solamente si se utilizan en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo”.

Al respecto, se considera pertinente el siguiente comentario sobre las normas mencionadas:

4819 El alcance de la protección de las obras e instalaciones que otorga el presente artículo, se limita a los casos en que el ataque pueda acarrear muchas pérdidas entre la población civil. Esos bienes no están, pues, protegidos en sí mismos, sino solamente en la medida en que su destrucción puede liberar fuerzas peligrosas para la población civil.

4820 Esto significa que, en la eventualidad de que alguna de esas obras o instalaciones fuera un objetivo militar, podría ser atacada si con ello no se pone seriamente en peligro a la población civil. En cambio, la protección es automática, sin tener en cuenta la utilización civil, militar o mixta de la instalación o de la obra, cuando el ataque puede provocar la liberación de fuerzas peligrosas capaces de causar pérdidas importantes entre la población civil.

4821 La expresión “pérdidas importantes” se ha tomado del vocabulario militar y requiere, naturalmente, una apreciación de buena fe basada en elementos objetivos, como la existencia de concentraciones de civiles (aldeas o aglomeraciones) en la zona que resultaría siniestrada por la liberación de fuerzas peligrosas.¹⁰³

De acuerdo con lo anterior, es claro, en mi opinión, que los oleoductos, como instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, son bienes expresamente protegidos por el DIH. Por esta razón, no puede considerarse, en ningún caso, que un ataque perpetrado contra ellos por la guerrilla constituye la concreción de un riesgo válidamente asumido por el Estado en el marco del conflicto armado y, por lo tanto, que su ocurrencia permita atribuirle a éste responsabilidad por los daños causados.

[...] En este orden de ideas, considero que, en el caso concreto, debió exonerarse de responsabilidad a las entidades demandadas.

El caso resuelto mediante la sentencia del 5 de junio del 2008, citada en el numeral II.A.4 de este ensayo, permite mostrar asimismo que el riesgo excepcional

103 SYLVIE STOLAYANKA JUNOD. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos convenios*, Bogotá, Plaza y Janés, 1998.

ha servido para fundar la responsabilidad del Estado a pesar de que la actuación del tercero no podía ser considerada la concreción de un riesgo creado por el Estado. Como se explicó, por medio de ella se condenó a la Nación a pagar los perjuicios derivados de la muerte de un menor, como consecuencia del atentado realizado por delincuentes comunes contra un agente de la policía que se encontraba en vacaciones.

En el fallo se expresa que “mayoritariamente la Sala reitera su posición de que los daños que sufran las personas como consecuencia del conflicto armado interno le son imputables al Estado cuando se demuestra que son consecuencia de una falla del servicio [...] o del riesgo creado por la entidad estatal [...] y que el ataque estuvo dirigido concretamente contra un establecimiento militar o policivo [...]”, no obstante lo cual, para fundar la condena, se tomó en consideración el “riesgo a que se vio sometida la población civil con ocasión del enfrentamiento entre el Estado y grupos al margen de la ley (sujetos pertenecientes a grupos de narcotráfico), que decidieron convertir a los agentes de la policía en blanco concreto y determinado de sus atentados criminales [...]”. El desajuste del planteamiento salta a la vista, puesto que los delincuentes comunes no son actores del conflicto armado interno.

Se encontró probado, según la sentencia, que el menor se dirigió a la vivienda del agente de la policía, “con quien conversaba en el momento en que aparecieron dos sicarios con armas de fuego y empezaron a dispararle al agente de la policía, que salió huyendo perseguido por uno de los sicarios que le causó una herida en el brazo derecho, mientras que el otro sujeto se quedó disparándole al menor y le causó la muerte”. Al respecto puede observarse que aun si se hubiera tratado de un hecho ocurrido en el marco de la guerra interna, esto es, si su autor fuera un miembro de la guerrilla, lo esperable era que, como resultado del atentado contra el policía, se causara un daño colateral, “de rebote”, a quien se encontrara en el mismo lugar. En cambio, aquí el sicario decidió voluntariamente matar a este último, a pesar de que el policía había emprendido la huida. Esto contribuye a mostrar que el hecho del tercero resultaba claramente imprevisible e irresistible para el Estado, y claramente ajeno a los riesgos concretos generados por su actuación, por lo cual se imponía, también en esta ocasión, la exoneración de la Nación, que, sin embargo, fue condenada.

CONCLUSIONES

Con base en los argumentos expuestos en este ensayo, puede concluirse que la responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros se configura claramente cuando se demuestra la existencia de una violación de

una obligación constitucional o legal a la cual le sean imputables esos daños. En estos casos, el fundamento de la obligación de indemnizar será la falla del servicio.

También se configura tal responsabilidad cuando puede establecerse que el Estado, obrando lícitamente, ha causado el riesgo de la actuación del tercero y este riesgo se realiza y se causa un daño. En estos casos, el fundamento de la obligación de indemnizar será el riesgo excepcional, conforme a una concepción ampliada del planteamiento original de la teoría del riesgo creado. En efecto, el Estado no ejecuta materialmente una actividad riesgosa, sino que crea el riesgo de que un tercero realice una conducta dañina. Se aplicará, entonces, la teoría del riesgo excepcional cuando, en desarrollo de un enfrentamiento armado, entre la fuerza pública y delincuentes, cualquiera que sea la condición de éstos, resulten afectadas determinadas personas o sus bienes por la acción material de tales delincuentes. Así mismo, cuando se trate de ataques realizados por actores del conflicto armado interno contra bienes o agentes estatales que tengan la condición de objetivos militares, conforme al derecho internacional humanitario, como consecuencia de los cuales resulten afectadas personas civiles o sus bienes. En este caso, por la condición especial de objetivos militares en el desarrollo de la guerra, el ataque en su contra resulta esperable para el Estado, a pesar de que su conducta no sea constitutiva de falla del servicio.

No es procedente, en cambio, fundar en la teoría del daño especial la responsabilidad del Estado por daños derivados de actos violentos de terceros. Se ha demostrado que el recurso a ella supone desconocer su planteamiento teórico y eludir, en los casos concretos, el estudio de la imputación, que constituye un elemento estructural de dicha responsabilidad, según lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, sin el cual no puede configurarse. Por otra parte, supone aceptar la intervención del juez contencioso administrativo, sin competencia, para ordenar reparaciones integrales con apoyo en el principio de solidaridad, que, de esa manera, adquiere un carácter absoluto que no le corresponde.

Debe precisarse, por último, que este planteamiento no se opone, en absoluto, a la realización del principio constitucional de solidaridad, sino que delimita su campo de aplicación y lo distingue de aquel en que debe actuar el instituto de la responsabilidad. En ese sentido, sin duda, la colectivización de los riesgos sociales, perfectamente plausible en todo Estado social del derecho, no puede ser entendida como una aplicación de la responsabilidad, ni como una nueva perspectiva de esta. Por el contrario, puede constituir un sucedáneo de ella, desde el punto de vista estrictamente práctico, no jurídico, en cuanto su extensión —que se ha producido sobre todo en países industrializados y no en aquéllos en vías de desarrollo, como Colombia— ha generado importantes

consecuencias respecto de la responsabilidad civil, y una de las más evidentes ha sido el estrechamiento de las posibilidades de aplicación de esta última. En efecto, si bien la víctima puede dirigirse contra el responsable para buscar la reparación, su decisión de hacerlo estará seguramente afectada –normalmente en dirección negativa– por otras variables, como la valoración de los costos y esfuerzos que supone la iniciación y el trámite de un proceso judicial, y la cuantía del saldo susceptible de reclamación, cuando la demanda deba dirigirse contra una entidad estatal y la ley prevea que de la condena deba deducirse el valor de las sumas recibidas del Estado en desarrollo del principio de solidaridad¹⁰⁴.

Queda claro, sin embargo, que la aplicación de la solidaridad como fundamento de la previsión de mecanismos de colectivización de los riesgos sociales no toma en cuenta –ni tendría que hacerlo– los elementos estructurales de la responsabilidad, por lo cual no se confunde con ella¹⁰⁵. En efecto, en virtud de su puesta en práctica, se desdibujan la condición del deudor –que muchas veces no responde–, la imputación –porque la responsabilidad no se hace valer frente al autor del daño¹⁰⁶– y la naturaleza de la prestación –que no es, en estricto sentido, una “indemnización”, sino el pago de un dinero como resultado del cumplimiento del contrato de seguro o de una obligación legal–, cuyo valor reparador, por lo demás, es normalmente limitado.

104 Al respecto, MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, refiriéndose a los casos de las reparaciones realizadas por el Estado en cumplimiento del Decreto 1290 del 2008, por el cual se creó el “Programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley”, a cargo de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social), precisa que “[...] la reparación inicialmente reconocida en aplicación del principio de solidaridad adquirirá carácter indemnizatorio, en cuanto en virtud de la posibilidad de deducir su valor del monto de la condena por imponer (prevista en el artículo 12 de dicho decreto), sólo podrá ser entendida como parte de la prestación debida por concepto de la responsabilidad patrimonial declarada”. MARÍA CECILIA M'CAUSLAND. *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 88 y 89.

105 En sentido similar, GENEVIÈVE VINEY. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 74.

106 Los profesores ALTERINI y LÓPEZ CABANA precisan, al respecto, que la asunción de daños por el Estado, mediante mecanismos de colectivización de los riesgos sociales, “opera en último extremo, cuando no es posible asignar un daño”, y el fundamento de ello se encuentra en el principio de solidaridad, como “mecanismo alternativo de la responsabilidad [...]”. Cfr. Atilio ALTERINI y Roberto LÓPEZ CABANA. *Responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Diké, 1995, p. 59. En el mismo sentido, la profesora GENEVIÈVE VINEY, al referirse a las “mutaciones provocadas por la socialización directa de ciertos riesgos”, precisa que “con el fin de paliar las insuficiencias de la responsabilidades individual en su función reparadora, pareció necesario recurrir a procedimientos de indemnización muy diversos, cuyo único punto en común consiste en que todos ellos efectúan una socialización directa de la reparación, sin pasar por la etapa del individuo designado como ‘responsable’.” (cfr. VINEY. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, cit., p. 63).

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS DOCTRINALES

- ALTERINI, ATILIO y ROBERTO LÓPEZ CABANA. *Responsabilidad civil*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Diké, 1995.
- ARAGÓN REYES, MANUEL. *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- DUEZ, PAUL. *La responsabilité de la puissance publique*, 2.^a ed., París, Dalloz, 1938.
- GIL BOTERO, ENRIQUE. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, tercera edición, Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, 2006.
- HENAO, JUAN CARLOS. “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, en *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- HENAO, JUAN CARLOS. “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- HERNÁNDEZ, ALIER y CATALINA FRANCO. *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2007.
- LUCAS, JAVIER DE. *El concepto de solidaridad*, Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho y Política, n.º 29, México, D. F., Fontamara, 1993.
- M’CAUSLAND, MARÍA CECILIA. *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- MORAND-DEVILLER, JACQUELINE. *Curso de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- PELÁEZ GUTIÉRREZ, JUAN CARLOS. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo*, Temas de Derecho Público n.º 61, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- QUINTERO NAVAS, GUSTAVO. “Conflicto armado y responsabilidad del Estado: análisis del derecho colombiano a la luz del derecho francés”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 10, Bogotá, Universidad de los Andes, mayo de 1999.

SAAVEDRA, RAMIRO. *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2004.

STOLAYANKA JUNOD, SYLVIE. *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos convenios*, Bogotá, Plaza y Janés, 1998.

TRIMARCHI, PIETRO. *Istituzioni di diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1986.

VINEY, GENEVIÈVE. *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-505 del 28 de agosto de 1992.

Sentencia C-333 del 1.º de agosto de 1996.

Sentencia T-248 del 27 de mayo de 1997.

Sentencia C-434 del 30 de mayo del 2002.

Sentencia C-037 del 28 de enero del 2003.

Sentencia C-459 del 11 de mayo del 2004.

Sentencia T-666 del 9 de julio del 2004.

Sentencia C-1054 del 26 de octubre del 2004.

Sentencia T-225 del 10 de marzo del 2005.

Sentencia T-248 del 27 de mayo del 2007.

Sentencia C-032 del 23 de enero del 2008.

Sentencia T-348 del 18 de mayo del 2009.

Sentencia T-516 del 30 de julio del 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA DE CASACIÓN CIVIL)

Sentencia del 21 de agosto de 1939.

CONSEJO DE ESTADO (SECCIÓN TERCERA)

Sentencia del 29 de julio de 1947.

Sentencia del 28 de abril de 1967.

Sentencia del 23 de mayo de 1973, expediente n.º 973.

Sentencia del 28 de octubre de 1976, expediente n.º 1482.

Sentencia del 11 de abril de 1978, expediente n.º 1567.

Sentencia del 2 de febrero de 1984, expediente n.º 2744.

Sentencia del 13 de octubre de 1988, expediente n.º 3841.

Sentencia del 20 de febrero de 1989, expediente n.º 4655.

Sentencia del 3 de marzo de 1989, expediente n.º 5290.

Sentencia del 31 de julio de 1989, expediente n.º 2852.

Sentencia del sentencia del 19 de diciembre de 1989, expediente n.º 4484.

Sentencia del 30 de marzo de 1990.

Sentencia del 5 de marzo de 1991, expediente n.º 6691.

Sentencia del 13 de septiembre de 1991, expediente n.º 6453.

Sentencia del 30 de julio de 1992, expediente n.º 6828.

Sentencia del 30 de julio de 1992, expediente n.º 6897.

Sentencia del 24 de agosto de 1992, expediente n.º 6754.

Sentencia del 7 de abril de 1994, expediente n.º 9261.

Sentencia del 23 de septiembre de 1994, expediente n.º 8577.

Sentencia del 9 de febrero de 1995, expediente n.º 9550.

Sentencia del 24 de febrero de 1995, expediente n.º 9405.

Sentencia del 22 de enero de 1996, expediente n.º 10648.

Sentencia del 22 de julio de 1996, expediente n.º 10396.

Sentencia del 17 de abril de 1997, expediente n.º 9889.

Sentencia del 5 de febrero de 1998, expediente n.º 12043.

Sentencia del 27 de enero del 2000, expediente n.º 8490.

Sentencia del 2 de marzo del 2000, expediente n.º 11401.

Sentencia del 16 de marzo del 2000, expediente n.º 11670.

Sentencia del 25 de mayo del 2000, expediente n.º 11253.

Sentencia del 19 de julio del 2000, expediente n.º 11842.

Sentencia del 10 de agosto del 2000, expediente n.º 11585.

Sentencia del 21 de septiembre del 2000, expediente n.º 11766.

Sentencia del 3 de mayo del 2001, expediente n.º 12329.

Sentencia del 14 de junio del 2001, expediente n.º 12696.

Sentencia del 8 de agosto del 2002, expediente n.º 10952.

Sentencia del 23 de octubre del 2003, expediente n.º 14211.

Sentencia del 11 de diciembre del 2003, expedientes acumulados 12916 y 13627.

Sentencia del 14 de julio del 2004, expediente n.º 14592.

Sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente n.º 15571.

Sentencia del 28 de junio del 2006, expediente n.º 16630.

Sentencia del 3 de mayo del 2007, expediente n.º 16696.

Sentencia del 21 de junio del 2007, expediente n.º 25627.

Sentencia del 5 de junio del 2008, expediente n.º 17278.

Sentencia del 9 de abril del 2008, expediente n.º 18769.

Sentencia del 30 de julio del 2008, expediente n.º 17206.

Sentencia del 9 de junio del 2010, expediente n.º 18536.