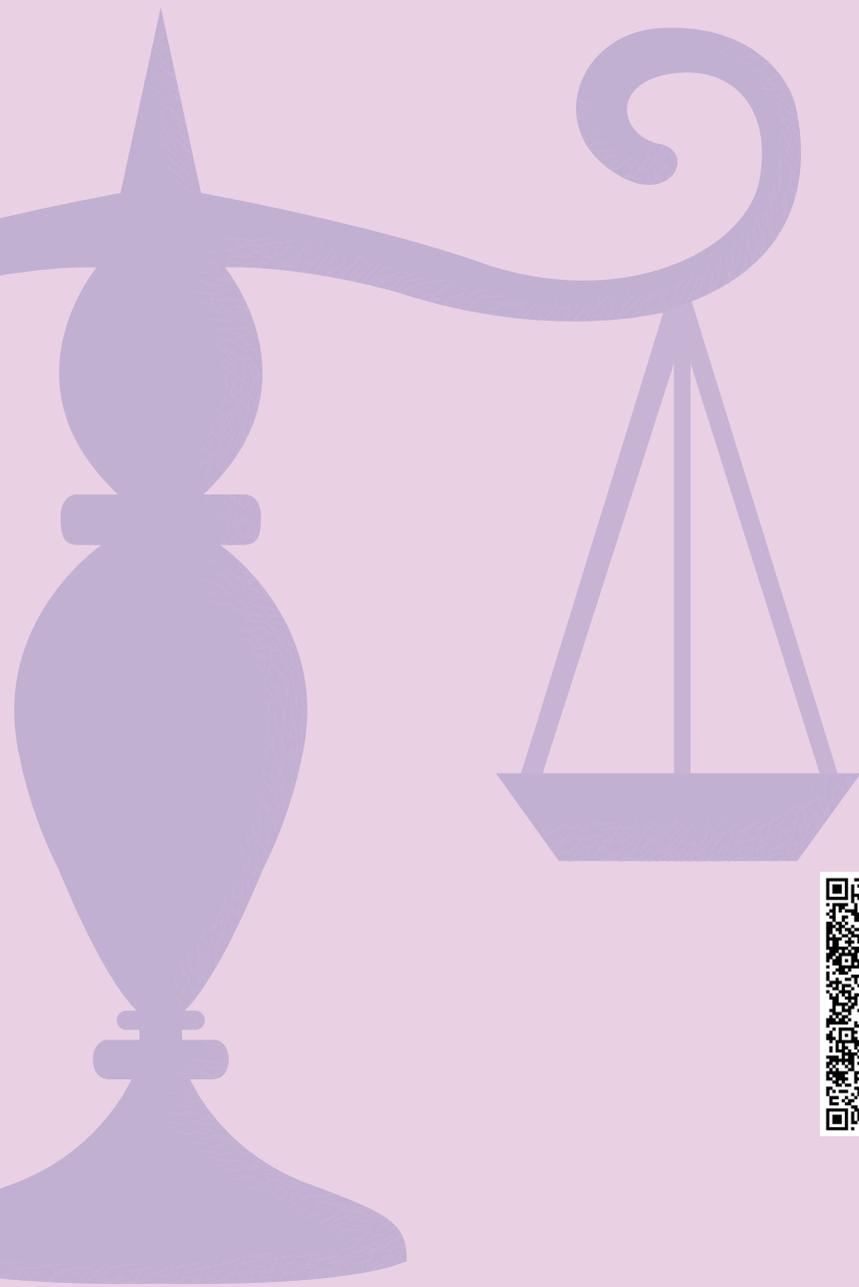


Capítulo 5



El régimen de responsabilidad objetiva y aplicación de los conceptos de daño especial y riesgo excepcional por parte del Consejo de Estado Colombiano (2017-2019)¹

Lucía Cohen Urzola², Maira Vergara Arrieta³,
Karol Vergara Guerra⁴

Resumen

La necesidad de una adecuada utilización de los conceptos de riesgo excepcional y de daño especial dentro del régimen objetivo fue la principal motivación de este trabajo de investigación, en el cual se analizaron las sentencias emitidas por el Consejo de Estado. El estudio se caracterizó por ser de tipo descriptivo, analítico y jurídico; se utilizó el método inductivo para sacar conclusiones generales de hechos particulares; asimismo, la metodología estuvo basada en la revisión y la observación directa, así como también en el análisis documental con referencia a la temática a tratar. La finalidad de la investigación consistió en hacer un análisis para conocer la aplicación que se les ha dado a las figuras de riesgo excepcional y de daño especial por parte del Consejo de Estado colombiano, basados en las sentencias de los años 2017, 2018 y 2019. En este estudio se logró

1 Resultado de investigación del proyecto de convocatoria interna de CECAR: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre, Colombia.

2 Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Correo: lucia.cohenu@cecar.edu.co. ORCID: 0000-0001-8977-2637

3 Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Correo: maira.vergaraa@cecar.edu.co. ORCID: 0000-0002-5669-2902

4 Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Correo: karol.vergarag@cecar.edu.co. ORCID: 0000-0002-4204-9895

concluir que el Consejo de Estado no les ha dado una aplicabilidad clara y unívoca a las figuras jurídicas del régimen objetivo. Ante esto, se sugiere analizar cada caso detalladamente para así aplicar el régimen que corresponde y emitir una sentencia de unificación, en la cual se delimiten los conceptos del régimen objetivo con el fin de que estos se puedan aplicar de manera coherente y uniforme.

Palabras clave: responsabilidad objetiva, daño especial, riesgo excepcional y derecho a la igualdad.

The strict liability regime and the application of the concepts of special damage and exceptional risk by the Colombian Council of State (2017-2019)

Abstract

The need for an adequate use of the concepts of exceptional risk and special damage within the objective regime was the main motivation for the research work; where the sentences issued by the Council of State were analyzed. The study was characterized by being descriptive, analytical and legal, using the inductive method to draw general conclusions from particular facts, and the methodology was based on the review and direct observation as well as documentary analysis with reference to the subject matter. The purpose of the research was to make an analysis to understand the application given to the figures of exceptional risk and special damage by the Colombian Council of State, based on the sentences of the years 2017, 2018 and 2019. The conclusion was that the Council of State has not given a clear and univocal applicability to the legal figures of the objective regime. In view of this, it is suggested that each case be analyzed in detail in order to apply the corresponding regime and, likewise, that a unification judgment be issued, in which the concepts of the objective regime are delimited so that they may be applied in a coherent and uniform manner.

Keywords: objective liability, special damage, exceptional risk and right to equality.

Introducción

En el Estado colombiano, el desarrollo de la responsabilidad extracontractual se ha dado de manera exclusiva por vía jurisprudencial basado en los principios constitucionales. “La mencionada es entendida como la obligación de reparar el daño causado a los particulares y es un pilar fundamental en el Estado social de derecho” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 13). La finalidad es garantizar a los particulares la protección de sus derechos, ya que el Estado, en todo momento, debe mantener un equilibrio e igualdad de cargas públicas a las que son sometidos los administrados. En la Constitución Política de 1991, específicamente en el artículo 90, se expresa la cláusula de responsabilidad estatal:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 28).

Lo anteriormente mencionado manifiesta que, aunque la actividad administrativa representa legalidad y legitimidad, siempre que haya un daño antijurídico este debe ser reparado. El Consejo de Estado ha venido implementando estas herramientas jurídicas de los ciudadanos para que exista una reparación económica por daños ocasionados; esto, con el tiempo, permitió que se desarrollara el régimen objetivo de responsabilidad del Estado, aunque se debe mencionar que el riesgo excepcional y daño especial fueron establecidos desde antes del año 1991. En un principio, el riesgo excepcional se aplicaba en ciertos casos en los que el Estado, en cumplimiento de su función, prestaba un servicio o en la construcción de una obra: allí se daba la creación del riesgo excepcional, lo cual siempre ocasionaba perjuicios que violaban los principios de igualdad de las cargas públicas.

Cabe mencionar que, para el Consejo de Estado, un daño especial “se presenta cuando un actuar legítimo administrativo causa una lesión inequitativa a los particulares y se viola el principio de igualdad ante las cargas públicas” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 13). Los conceptos

de riesgo excepcional y daño especial siguen siendo erigidos por el Consejo de Estado, pero sin una base legal completa que los defina. Generalmente, entre ambos conceptos existen similitudes, ya que son clasificados bajo el mismo régimen y se basan en el mismo fundamento legal de la Constitución Política colombiana; además, se caracterizan por que reúnen semejanzas en su configuración e imputación. En la actualidad, la aplicación de estos conceptos es un poco vacía, en ciertos casos se confunden las figuras o se les da un trato distinto. Es por ello que el presente trabajo de investigación busca crear y contextualizar los conceptos, los propósitos y la estructura jurídica de las figuras, para que se les dé el debido tratamiento y que no se mezclen las concepciones en la jurisdicción contenciosa. En otras palabras, la finalidad es ayudar a la construcción de una teoría coherente y uniforme.

Planteamiento del problema

En la Constitución de 1886 no existía una norma que regulara la responsabilidad extracontractual del Estado, pero sí se consagraba el ordenamiento jurídico de las instituciones para asegurar el cumplimiento de los deberes estatales. La responsabilidad del Estado durante este periodo se posicionó en varios artículos: se consagró en el artículo 16, en el cual “se estipulaba la obligación de las autoridades de la república para proteger a los nacionales” (Asamblea Nacional Constituyente, 1886) y en el artículo 20 se establece:

Que los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas (Asamblea Nacional Constituyente, 1886, p. 8).

En el periodo final de la Constitución Política de 1886 “se formaron los diversos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado y esto facilitó la entrada de la cláusula de responsabilidad de naturaleza constitucional consagrada en la Constitución Política actual” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 22). Asimismo, se dio el desarrollo de nuevos temas, como los regímenes de responsabilidad sin culpa, de allí nacen las teorías de riesgo excepcional y daño especial que fueron profundizadas por la jurisprudencia. En cambio, en la Constitución de 1991 aparece

un ordenamiento con responsabilidad patrimonial en el cual se ordena al Estado a reparar los daños antijurídicos imputables. En el artículo 90 se establece que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 16).

En Colombia, los regímenes de responsabilidad extracontractual se mueven entre las teorías de responsabilidad objetiva y subjetiva. Cabe mencionar que la responsabilidad objetiva ayuda a una mejor comprensión conceptual del daño especial y del riesgo excepcional, los cuales son clasificados como de tipo objetivo. La responsabilidad objetiva se focaliza en el daño producido, “esta clase de regímenes se compadecen más con la denominación del Estado social de derecho que se centra en garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos” (Rodríguez, 2012, p. 118). Las teorías de riesgo excepcional y daño especial tuvieron su origen en las normas del Código Civil, sus conceptos fueron tomados de doctrinas de otros países y se desarrollaron de acuerdo al sistema imperante en ese periodo de la historia. “La teoría de riesgo excepcional se empezó a estructurar en el ordenamiento jurídico del año 1938 y la teoría de daño especial se vino desarrollando desde antes de 1991” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 31). Las teorías mencionadas presentan similitudes, por esta razón en la actualidad no se les da un buen uso, pues no se tiene claridad del marco legal que las define; teniendo en cuenta esto, nuestro propósito es ayudar a la construcción de conceptos claros que formen una teoría coherente y uniforme.

El tratamiento que le ha dado el Consejo de Estado colombiano en su jurisprudencia a los conceptos de riesgo excepcional y de daño especial no ha sido el propicio; al no tener claras sus diferencias, se pueden presentar confusiones a la hora de emitir fallos bajo el régimen de responsabilidad objetiva. Estas situaciones tienden a generar un ambiente de inseguridad jurídica en lo contencioso administrativo y en su abordaje académico. Por lo tanto, se ha planteado la siguiente pregunta problema: en el régimen

de responsabilidad objetiva, ¿cuál es la aplicación de los conceptos de daño especial y de riesgo excepcional por parte del Consejo de Estado colombiano, según la jurisprudencia, en los años 2017–2019?

En la actualidad, “hay muchas inconsistencias en la utilización de los distintos títulos jurídicos de imputación, lo cual hace imposible la construcción de una teoría coherente y uniforme” (Galindo Sánchez, 2002, p. 7). El propósito consiste en tener una aproximación de contenido teórico de los determinados títulos jurídicos con sus principios bien definidos, para que se puedan utilizar adecuadamente y así resolver procesos instaurados por responsabilidad extracontractual del Estado. “En un principio la aplicación del concepto jurídico de daño especial dentro de la jurisprudencia era netamente excepcional y se acudía a este régimen cuando no se podía deducir una falla de servicio” (Galindo Sánchez, 2002, p. 27).

Aunque siempre se ha reconocido la independencia del riesgo excepcional como título jurídico de imputación, el objetivo inicial del mencionado no se logró, debido a la confusión de los conceptos de las figuras de imputación objetiva de responsabilidad. Han existido escasas sentencias sobre la materia, sin embargo “siempre se ha tenido claro que el daño especial es un concepto jurídico excluyente de la falla del servicio y este, de manera general, implica la actuación de la Administración ajustada al derecho” (Galindo Sánchez, 2002, p. 29). El objetivo de este trabajo es hacer un análisis detallado de la aplicación que le ha venido dando el Consejo de Estado al régimen de responsabilidad objetiva y a los conceptos de daño especial y de riesgo excepcional desde el año 2017 al 2019. El propósito es que las figuras puedan utilizarse debidamente y en las situaciones legales correspondientes, logrando una interpretación coherente de ambos regímenes para así mantener un equilibrio frente a las cargas públicas.

Metodología

Todo estudio de tipo investigativo se caracteriza por realizar una indagación profunda sobre un tema de interés, a fin de que la información encontrada facilite su desarrollo. Existen diferentes tipos de investigaciones, entre las cuales se encuentran la descriptiva, la experimental y la

documental. Este proyecto es de tipo descriptivo y jurídico que enmarca un paradigma analítico, según Rivas (Rivas, 1995, p. 54), “este tipo de investigación es caracterizada por hacer descripciones de hechos a partir de un criterio o modelo teórico”. Para Hernández, Fernández y Baptista (2014) “al momento de analizar se debe mostrar objetividad, con base a la información encontrada” (p. 98) La finalidad fue hacer un estudio sobre la aplicación que le ha dado el Consejo de Estado colombiano a los conceptos de riesgo excepcional y de daño especial según la jurisprudencia en los años 2017-2019.

Es importante mencionar que el enfoque del trabajo fue cualitativo, ya que se examinó la jurisprudencia del Consejo de Estado para saber cómo ha aplicado los conceptos de daño especial y de riesgo excepcional en los años 2017-2019. Asimismo, la recolección de información se llevó a cabo a través de la fuente primaria, pues se revisaron y analizaron las sentencias de fondos emitidas por el Consejo de Estado en los años 2017, 2018 y 2019:

- Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18860). Actor: Rosa Elena Puerto Niño y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Defensa, Policía Nacional. Referencia: acción de reparación directa.
- Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: María Adriana Marín, Bogotá D.C, diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 68001-23-31-000-2001-00452-01(40437). Actor: Luz Marí Hernández Ramírez y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional. Referencia: acción de reparación directa.
- Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00735 01(48538). Actor: William Alfredo López Briceño y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Justicia y

del Derecho–INPEC. Referencia: acción de reparación directa (apelación sentencia). Complementado con la sentencia emitida por el Consejo de Estado.

Como fuentes secundarias se utilizaron las fichas bibliográficas y de contenido, con el objetivo de obtener información relacionada con el problema de investigación, utilizando las bases de datos institucionales como Vlex, Proquest, Leyes, Info, entre otras. Se utilizó el método inductivo para sacar conclusiones generales, partiendo de hechos particulares (los de cada jurisprudencia).

Población

Para Arias (2006, p. 81), “la población es el conjunto finito e infinito de elementos con características comunes, que son de relevancia para desarrollar la investigación”. Dentro de este estudio, la población fueron las sentencias o decisiones de fondo emitidas por el Consejo de Estado colombiano.

Muestra

En este estudio, la muestra seleccionada fue la jurisprudencia del Consejo de Estado, específicamente, de los años 2017, 2018 y 2019.

Instrumento de recolección de información

Para el presente estudio, se utilizó como instrumento de recolección de información la revisión y observación directa de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado y el análisis documental. Según Pinto (1992) “el análisis es indispensable y a la vez facilita la comprensión e interpretación de un grupo de fallos proferidos, sean por las Altas Cortes o por los juzgados de instancias menores” (p. 89). El propósito consistió en conocer la aplicabilidad que se les ha dado a los conceptos de riesgo excepcional y de daño especial por parte del Consejo de Estado colombiano, basados en las sentencias de los años 2017, 2018 y 2019.

Marco conceptual

Responsabilidad objetiva

Dentro del derecho, “la responsabilidad son las consecuencias de una acción, que derivan la obligación de satisfacer el daño de una pérdida causada” (Rodríguez & R, 2009, p. 1). El objetivo de la responsabilidad es reparar, es decir, colocar las cosas en el estado que se encontraban antes del daño, logrando un equilibrio. La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo nació con la finalidad de reparar un daño o salvaguardar víctimas que sufrían daños, “se basa en el resultado y a la vez manifiesta que, si una acción es cometida con dolo o culpa, lo principal es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho y el daño” (Martínez Ortiz, 2018, p. 12). La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido, basta este para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. “Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad” (Alessandri, 1981, p. 10).

La responsabilidad objetiva “se caracteriza por prescindir de la conducta del sujeto y de su culpabilidad; el Estado se compromete a responder por el daño causado y la base para la declaración es de tipo de responsabilidad” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 25). Para su estudio, se analizan varias situaciones que son concretas y declaran si hay o no responsabilidad objetiva, las cuales son: “el accionar del Estado, en cuanto este sea una acción u omisión de una autoridad pública dentro de las funciones legales y el daño antijurídico como consecuencia del accionar del Estado” (, 2013, p. 27).

Daño especial

El daño especial es cuando se da el rompimiento de las cargas públicas. Según el Consejo de Estado “se presenta cuando el actuar legítimo del Estado causa una lesión inequitativa a los particulares y estos deben ser indemnizados” (Consejo de Estado, 1990). Existen requisitos determinantes y concurrentes para que proceda como título de imputación: actuación legítima administrativa (aplica en los casos en que los daños son

causados dentro del accionar del Estado y buscan proteger algún derecho); rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas (rompimiento de la igualdad); nexo de causalidad, “este hace referencia a que el rompimiento de las cargas públicas debe ser una consecuencia directa e irrefutable de la actuación u omisión legítima del Estado” (, 2013, p. 42).

Riesgo excepcional

La teoría del riesgo excepcional está fundamentada en el principio de igualdad, esta busca un equilibrio en las cargas procesales del ciudadano y del Estado:

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 esta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado (Consejo de Estado, 2000, p. 15).

Según el Consejo de Estado, se establecen tres elementos que concurren para que se declare la responsabilidad estatal, los cuales son:

Creación de un riesgo de naturaleza excepcional (es de naturaleza extraordinaria o excepcional, el Estado no se mantiene al margen aunque no sea el causante directo y este responde por el impase, a la vez atiende a los daños causados); Creación del riesgo de naturaleza excepcional creado (es un nexo causal que une la actividad de la Administración, con el perjuicio causado); y el riesgo excepcional creado y materializado, es una responsabilidad sin falta, sin embargo, se da un cumplimiento de los deberes jurídicos por medio de una actuación legal (, 2013, p. 37).

Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad es el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto, es decir, el objeto de tratamiento es igualitario. “El derecho a la igualdad no excluye necesariamente dar un tratamiento diferente a sujetos colocados en las mismas condiciones, cuando exista motivo razonable que lo justifique” (Corte Constitucional, 1993).

La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien sea por las circunstancias concretas que los afectan, o por las condiciones en medio de las cuales actúan, pues unas y otras hacen imperativo que el Estado procure el equilibrio, que en derecho no es cosa distinta que la justicia concreta (Corte Constitucional, 1993).

Marco jurídico del régimen de responsabilidad objetiva

Este régimen de imputación “siempre tiene presente el daño que ocasiona el Estado sin determinar si lo realiza en conformidad con la ley o en cumplimiento de un deber legal” (Burbano, 2016, p. 9). La jurisprudencia, desde tiempo atrás, ha hecho un esfuerzo significativo con la finalidad de crear un régimen diferente de los particulares, con el propósito de reparar daños causados por la actividad estatal. En un principio, los fundamentos de este régimen se basaron en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886: las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Asamblea Nacional Constituyente, 1886). En la búsqueda de un régimen propio de responsabilidad para el Estado, se apoyó en las normas del Código Contencioso Administrativo a fin de complementar el mencionado, esencialmente en los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941. El artículo 67 precisa:

La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto

se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho (Congreso de la República, 1941, párr. 67).

El artículo 68 de la Ley 167 de 1941 menciona:

También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes (Congreso de la República, 1941, párr. 68).

Es claro precisar que la construcción del régimen de responsabilidad del Estado con base en la Constitución Política de 1886 se hizo con la ayuda de la jurisprudencia, en un principio el régimen carecía de un cuerpo jurídico propio y era muy diferente del que conocemos en la actualidad. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de junio 30 de 1962, expresa que “la responsabilidad del Estado debe fundamentarse en normas de la propia Constitución, más que en las del Código Civil” (Corte Suprema de Justicia, 1962). A su vez, también ha manifestado, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 2341 del Código Civil, que: “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (Congreso de la República, 1887). Además, en el artículo 2343 del mencionado manifiesta que “es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos” (Congreso de la República, 1887).

Ante la falta de un texto legal y de un cuerpo jurídico estructurado con referencia al régimen, en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 se dio a conocer que “cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho” (Congreso de la República, 1887). Cabe mencionar que lo elaborado por la jurisprudencia “planteó como título de imputación: la falla del servicio, probada y presunta de carácter subjetivo y los de carácter objetivo, el daño especial y el riesgo excepcional” (Ramos, 2010, p. 12). Es fundamental recordar que, dentro del régimen objetivo, lo determinante siempre es el daño y su antijurídica. En

la jurisprudencia, se explicó que “la indemnización de los daños procede, porque a las víctimas se les han excedido las cargas habituales, es decir, el particular está asumiendo una carga mayor a la que habitualmente les corresponde a los ciudadanos” (Ramos, 2010, p. 20). Ante esto, el Consejo de Estado, en la Sentencia de 23 de mayo de 1973, afirma que:

Se condena a la Administración, independientemente de que la actuación oficial haya sido o no culposa, en la sola consideración de que la víctima ha sufrido un daño especial que ha roto el principio de la igualdad ante las cargas públicas (Consejo de Estado, 1973, como se citó en Ramos, 2010, p. 15).

En el nuevo régimen estatal, que se introduce a partir de la Constitución de 1991, se modifica un poco el objeto, es decir, se le da mucha más importancia a la situación del afectado con el daño que al que lo causó, en otras palabras, se enfoca en la necesidad de brindar ayuda y protección a la víctima. En la Sentencia del 22 de noviembre de 1991, el Consejo de Estado manifestó que “el daño antijurídico, debe ser indemnizado, independientemente de si hubo o no culpa del Estado” (Consejo de Estado, 1991). El Estado debe reparar el daño antijurídico y, al declararse la responsabilidad, debe proceder a indemnizar. El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece que:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 16).

Es relevante dar a conocer que la Corte Constitucional, en el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, explica que “no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo” (Congreso de la República, 1993), es decir, ninguna norma de inferior jerarquía debe excluir la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución.

La responsabilidad objetiva prescinde la conducta del sujeto y de su culpabilidad y el Estado se compromete en responder por el daño causado, sin necesidad de que el hecho que lo provocó haya sido causa de una falla en su servicio o el proceder de sus funciones (, 2013). Esta clase de regímenes de responsabilidad objetiva eliminan el estudio de la culpa (responsabilidad subjetiva) en aquellos eventos donde no es fácil delimitar la culpa, ni asignarla a persona o personas, puede decirse que esta clase de regímenes de responsabilidad se compadecen más con la denominación del Estado social de derecho, que busca garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos (Rodríguez, 2012).

Según (Irisarri, 2000, p. 34), “es un régimen residual, opera en los supuestos de hechos establecidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado y es de nexo causal, es decir un factor determinante de imputación que solo demuestra la ocurrencia del hecho”. “En el régimen objetivo proceden las causales que rompen el nexo causal como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero” (Irisarri Boada, 2000).

Marco jurídico de daño especial

El daño especial tiene muchas definiciones y su argumento fundamental es el rompimiento de las cargas públicas, nace con una acción residual por excelencia y se acude a esta cuando ningún medio eficaz puede responsabilizar al Estado, por quebrantar el equilibrio frente a las cargas públicas. El Consejo de Estado en la Sentencia del 20 de febrero de 1989 retoma un concepto expuesto por el mismo órgano:

Aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad, pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que la Administración se ha beneficiado de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de igualdad ante las cargas del poder público (Consejo de Estado, 1989, como se citó en Rojas, 2018, p. 29).

El daño especial es aplicable, según lo expresado en la jurisprudencia, cuando concurren los siguientes elementos:

Cuando se desarrolle una actividad legítima de la Administración, debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona y a la vez debe darse el origen del rompimiento del principio de la igualdad a la ley y a las cargas públicas; este quebrantamiento de igualdad debe causar daño grave y especial y tiende a caer sobre alguno o algunos administrados, de esa manera se desarrolla el nexo causal entre la Administración y el daño causado (Araque & Castillo, 2013, p. 39).

La Asamblea Constituyente francesa, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, manifiesta que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común” (Asamblea Constituyente francesa, 1789) y “con base a esto se desprende el fundamento de la responsabilidad del Estado por daño especial, como una forma de indemnización al particular lesionado” (Cuello Iriarte, 2009 , p. 13). Este concepto tiene presente el principio de igualdad, buscando un trato equitativo con un tratamiento justo. La Corte Constitucional en la Sentencia C-1125 de 2004 expresa:

El legislador está vinculado íntimamente al principio de igualdad, de manera que debe dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no exista una razón suficiente que permita dispensarle un tratamiento desigual (mandato de tratamiento igual) y, además, está obligado a otorgar un trato desigual o a establecer diferenciaciones o a dar un trato distinto a supuestos de hecho diferentes (mandato de tratamiento desigual). Así mismo, le está permitido que trate de manera idéntica supuestos de hecho diferentes cuando ello resulte razonable y siempre que no exista una razón suficiente que imponga dicha diferenciación. De esa manera, se incurre en una discriminación normativa cuando dos condiciones fácticas semejantes son tratadas por el legislador de manera desigual

sin que exista una justificación objetiva y razonable. Por contera, si el legislador ha reconocido un determinado beneficio a un grupo de personas determinado y ha excluido del mismo a otros que, por compartir los mismos supuestos fácticos, deberían ser

sujetos de igual tratamiento, se incurre entonces en violación del principio de igualdad y debería la Corte proferir una sentencia integradora para garantizar la igualdad (Corte Constitucional, 2004, párr 90).

Para el año 1947, el Consejo de Estado hace una apreciación sobre daño especial desde un punto de vista objetivo y dicho fallo fue histórico en el país.

Solicito que el Consejo de Estado por los trámites de un juicio administrativo, con audiencia y citación del agente del Ministerio Público o sea del Fiscal del Consejo de Estado, se (sic) decrete a favor de la sociedad anónima El Siglo, S. A. domiciliada en Bogotá, y en contra de la Nación, las indemnizaciones correspondientes que esta debe pagar a aquella, como consecuencia de la clausura y suspensión del periódico El Siglo que, por una vía de hecho de la Administración, dejó de imprimirse y salir al consumo del público desde el día 11 de julio del corriente año hasta el 6 de agosto también del corriente año, inclusive. Pido desde ahora que, como monto de la indemnización, se señale la cuantía que fijen peritos expertos, nombrados legalmente por las partes dentro del término de prueba (...) El daño producido por la Administración no da lugar a reparación, sino en el caso que es anormal por su importancia y por su carácter excepcional. La Administración tiene el derecho de imponer ese sacrificio especial como suprema gestora del interés público, pero mediante indemnización, al efecto de restablecer la igualdad de las cargas (...) (Consejo de Estado, 1947, pp.1-45).

En ese año, “el Consejo de Estado acuña un nuevo título de responsabilidad y fue una demanda interpuesta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y fue allí donde se dio una apreciación profunda de daño especial” (Calvo Anillo, 2015, P. 31). El Consejo de Estado muestra una excepción en la regla general, en el fallo de 1989 menciona:

Apartándonos del esquema del daño por intención dolosa o culposa, lo que examinamos está basado en un tipo de responsabilidad objetiva, no se entra a estudiar o hacer juicios de la conducta estatal, solo debe comprobarse la existencia del

daño, si se llegare a establecer la indemnización es inmediata y sujeta a los perjuicios ocasionados (Consejo de Estado Fallo, 1989).

Dentro del daño especial se requiere que el Estado esté en el ejercicio de sus atribuciones legales y constitucionales, no excediendo los límites de su autoridad. La figura mencionada se caracteriza porque a esta “se debe recurrir cuando no exista otro medio para imputar al Estado y al no darse la debida imputación se quebranta el principio de equidad y equilibrio, los cuales siempre deben existir para mantener las cargas públicas” (Irisarri Boada, 2000, p. 39).

Marco jurídico del riesgo excepcional

Dentro del riesgo excepcional no es necesario que el Estado sea quien cause el perjuicio al particular, en otras palabras, este régimen permite que el Estado se responsabilice de la situación del perjuicio del particular, aunque este no sea quien haya causado el daño directamente. En la Sentencia del 20 de febrero de 1989, el Consejo de Estado define que:

La mencionada teoría compromete su responsabilidad cuando en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, a favor de la comunidad, utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, y al experimentar la situación de quedar expuestos al riesgo excepcional, se van a exceder las cargas que normalmente han soportado los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o prestación del servicio (Consejo de Estado, 1989, p. 24).

Así mismo, en la Sentencia del 10 de agosto del 2000, para esta fecha el Consejo de Estado establece y anexa ideas al concepto de riesgo excepcional a la creación del riesgo excepcional, a medida que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, a causa de una actividad dirigida a proteger a la comunidad; aquí no se trata de la existencia de una acción u omisión reprochable de la Administración, sino de la producción de un daño que tiende a ser causado por un tercero y es allí donde surge el riesgo excepcional, creada en cumplimiento de sus funciones

y es la excepcionalidad del riesgo que hace que sea evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita la responsabilidad por parte del Estado (Consejo de Estado, 2000).

Esta teoría es caracterizada por tener presente el principio de igualdad ante los ciudadanos, ley y cargas públicas, buscando siempre “la indemnización en contrapartida de las ventajas obtenidas por las obras realizadas o por aquellos servicios prestados” (Irisarri Boada, 2000, P. 41). El Consejo de Estado se ha encargado de analizar el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), este menciona:

Cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de libertad de una persona y esta es absuelta, porque no tuvo nada que ver con el delito investigado, podrá demandar al Estado, porque su equivalente al hecho no existió, por ende, podrá ser indemnizado ante lo que le fue interpuesto (Código de Procedimiento Penal, 1991, p. 17).

En la actualidad, los jueces tienden a hacer estudios minuciosos para saber con exactitud cuándo se da una situación riesgosa o no. Estos se basan en los elementos que el Consejo de Estado afirma y de acuerdo a esos elementos se establece si se da el riesgo excepcional. En la Sentencia de 16 de agosto del 2006 se explican tales elementos: “El interés de la Administración es cumplir con los deberes legales que son inherentes de manera legítima a sus administrados y esto sitúa a los asociados bajo un riesgo especial al que está obligado a tolerar” (Consejo de Estado, 2006). La naturaleza de este riesgo es diferente a la que todos los ciudadanos se encuentran sometidos, “este es un régimen con una naturaleza extraordinaria y es donde el Estado debe reconocer su responsabilidad y aunque este no es el causante directo, atiende al resarcimiento de los daños causados” (Araque García & Castillo Morales, 2013, p. 35).

Cabe mencionar que este riesgo se debe formalizar y materializar para que el daño se pueda comprender como antijurídico y, de esa forma, se pueda indemnizar a la víctima. Siempre es importante la cristalización del riesgo para saber si es dañino y anormal. Por otra parte, la terminología de “responsabilidad sin falta” manifiesta que, aunque el Estado obre de modo legal, esto no lo exime de responder por los daños antijurídicos, “la idea es potencializar a una actuación legal bajo los parámetros jurídicos”

(Consejo de Estado, 2006). Este título es sobre todo utilizado cuando la entidad estatal, en desarrollo de sus funciones legales y constitucionales, crea riesgos para los habitantes de la población, y al momento de causarse daños estos deben ser reparados. La finalidad es que el Estado encuentre un equilibrio de las cargas públicas y ante esto se ha decidido indemnizar a las personas que resulten perjudicadas en el desarrollo de estas actividades riesgosas y altamente peligrosas.

Diferencias de los títulos de imputación

Es fundamental tener clara la diferencia entre los títulos de imputación de la responsabilidad objetiva. La principal diferencia entre daño especial y riesgo excepcional se encuentra en sus elementos esenciales: en la teoría de riesgo excepcional, la entidad cree que es un riesgo cuando se concrete que el resultado es engañoso para los asociados; y en la de daño especial, lo principal es que el Estado haya creado una situación de desequilibrio frente a las cargas públicas por una acción y omisión suya de su actuación legítima dentro de sus atribuciones constitucionales. El título de riesgo excepcional debe ser utilizado cuando se encuentre en la situación en la que la Administración haya creado un riesgo a los asociados y el daño especial solo podrá ser utilizado cuando el Estado, en su accionar legítimo, genere desequilibrio en las cargas públicas; aquí el asociado no tiene la obligación jurídica de soportar, porque no proviene de ningún riesgo creado.

Sentencia del año 2017

Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación: 25000-23-26-000-1995-00595-01 (18860). Actor: Rosa Elena Puerto Niño y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Defensa–Policía Nacional. Referencia: acción de reparación directa. Inducción de la convergencia de ambos títulos de imputación objetiva:

(...) En la jurisprudencia del Consejo de Estado la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva por daños ocasionados por actos violentos de terceros no logra ser clara y unívoca, en cuanto al título de imputación específico, por esta razón, se han venido aplicando extrañamente de manera concurrente

o alternativa los títulos de daño especial y riesgo excepcional (...) Las sentencias en las que se declaró la responsabilidad por los daños causados por actos violentos por parte de terceros enmarcados dentro de la teoría del daño especial fueron menos recurrentes, pues la razón de la atribución no era el desequilibrio frente a las cargas públicas de la víctima, sino el riesgo excepcional al cual el Estado lo exponía lícita y legítimamente (...) (Consejo de Estado, 2017, p. 4).

El pasado 30 de enero de 1993, hacia las 18:20, un automóvil Renault que se encontraba cargado con 100 kilos de dinamita, el cual fue puesto por órdenes de Pablo Emilio Escobar Gaviria, detonó en la carrera 9 entre las calles 15 y 16, en el barrio Veracruz de la localidad de Santa Fe en la ciudad de Bogotá. Varias personas que transitaban por el lugar fueron afectadas a causa del impacto, “pero en especial la señora Rosa Elena Puerto Niño y su hija Mónica Viviana Fierro Puerto, las cuales fueron gravemente afectadas en su integridad física, como también varios establecimientos de comercio fueron afectados” (Consejo de Estado, 2017). Para sintetizar la sentencia mencionada se explica que, en los casos de declaratoria de responsabilidad estatal por daños ocasionados a causa de actos violentos perpetrados por un tercero, generalmente, no se acredita una falla del servicio. Sin embargo, pueden ser examinados a la luz del título de imputación objetivo de riesgo excepcional como un acto de violencia que proviene de un tercero y que va dirigido en contra de una institución estatal; “aunque en algunos casos la jurisprudencia menciona que hay eventos que le son imputables al Estado por estos daños causados por terceros, pero bajo la teoría de daño especial” (Consejo de Estado, 2017, p. 40).

Para que pueda imputarse responsabilidad al Estado bajo el título de riesgo excepcional por los actos violentos de terceros, el acto debe ir directamente en contra de altos funcionarios o representantes del Estado y “tal riesgo debe estar caracterizado por exceder las cargas públicas en relación con el provecho o utilidad para la Administración y la sociedad” (Consejo de Estado, 2017, p. 100). Se configuró el daño y este no es imputable jurídicamente, desde el punto de vista del riesgo excepcional a la Administración, este hecho se trató de un acto indiscriminado en contra de la población civil, en otras palabras, “no hay certeza de que el acto fuera dirigido al Estado, no se materializó un riesgo de naturaleza excepcional

creado conscientemente por la Administración” (Consejo de Estado, 2017, p. 104). Dentro del caso hay que declarar la responsabilidad a terceros con base al riesgo excepcional y se estaría imputando un daño en donde el Estado no tuvo nada que ver con el suceso. No obstante, la sala manifiesta que el título de imputación de riesgo excepcional por los daños ocurridos, debido al conflicto, podría superarse por razones de orden jurídico; es decir, al terminar el conflicto, el Estado estaría obligado a ejercer sus funciones constitucionales y legales sin mayores obstáculos y, como consecuencia, no podría atribuirse un riesgo de naturaleza excepcional para la población civil. Al momento de “estos grupos desmovilizarse, el riesgo originado por el conflicto tiende a desaparecer y el peligro de la población de padecer los efectos indeseados de hostilidades, estaría llamado a superarse” (Consejo de Estado, 2017, p. 104).

La sección retomó definitivamente el título de daño especial, donde se sostuvo que la obligación de indemnizar por actos violentos a terceros que estuvieran involucrados en un ataque hacia el Estado y allí surgiría un rompimiento de las cargas públicas al ser sometidos a dicho ataque. Es por esto que el título de imputación de responsabilidad del Estado, en este caso, es de daño especial; esto se ajusta a lo mencionado en el artículo 90 de la Constitución Política, teniendo en cuenta el daño antijurídico que tuvieron los demandantes y “esto implica que el Estado tenga la obligación jurídica de equilibrar las cargas que debieron soportar de forma excesiva algunos de sus asociados, logrando de este modo el principio de igualdad” (Consejo de Estado, 2017).

Desde tiempo atrás se ha dicho que los fundamentos de imputación, en los casos en que se le atribuye responsabilidad al Estado por daños producidos a terceros, presentan variantes. Cuando la conducta estatal bajo la acción u omisión se deriva en daño antijurídico, se tiene en cuenta como ilícito, es decir que, al imputarse, el resultado dañoso será subjetivo por la falla del servicio. Por otra parte, si la conducta estatal es realmente generada por el daño tiende a ser lícita y a la vez riesgosa, y el riesgo que se debe aplicar es el excepcional, “pero si se rompe el equilibrio de las cargas públicas y la conducta del Estado es lícita, pero no es riesgosa, el fundamento y el riesgo se debe tomar como de daño especial” (Consejo de Estado, 2017). En lo expuesto anteriormente, el factor común en los títulos de imputación de responsabilidad objetiva es la legítima y lícita cuando

el Estado genera el daño, pero si esto se deriva del actuar de un tercero diferente a la Administración no se le puede atribuir tal responsabilidad al mencionado, “pero cuando el acto terrorista es por terceros y la responsabilidad se le atribuye al Estado, el título de imputación es de daño especial, la intervención viene siendo legítima y lícita por parte de la entidad estatal” (Consejo de Estado, 2017). Por otra parte, se necesita un elemento de relación causal entre la conducta estatal y el perjuicio reclamado, el objetivo es analizar el causante del daño grave y especial, “con la finalidad de comprobar el rompimiento del principio de igualdad que rige la distribución de las cargas entre los asociados, pero siempre se debe justificar la imputación para comprobar la gravedad del daño” (Consejo de Estado, 2017).

Análisis de la Sentencia del año 2017

El caso expuesto anteriormente es una demanda que se interpone al Ministerio de Defensa–Policía Nacional por parte de la señora Rosa Elena Puerto Niño y otros. En primera instancia, el Consejo de Estado manifiesta que la aplicación del régimen objetivo por los daños causados debido a los actos ocasionados por terceros no es muy clara. Inicialmente se examina el caso con el título de imputación de riesgo excepcional, ya que el daño viene de un tercero para perjudicar a la entidad estatal, pero en la jurisprudencia se menciona que esto es mejor aplicarlo bajo el régimen de daño especial, es decir, para que pueda imputarse bajo el riesgo excepcional el acto debe ser en contra del mismo Estado y el mencionado debe actuar bajo sus funciones legales y constitucionales. Luego, el caso se examinó como daño especial, debido a que el ataque también ocasionaría un rompimiento de las cargas públicas y un desequilibrio de estas; la entidad estatal ante estos hechos debe buscar equilibrar las cargas públicas y así lograr el principio de igualdad.

Es evidente que no se tiene claridad sobre cuándo realmente hay que aplicar los conceptos del régimen objetivo, como son el riesgo excepcional y el daño especial. Se debe tener en cuenta que si la conducta estatal es generada por el daño y es lícita como riesgosa se puede aplicar el régimen excepcional, sin embargo, si se rompe el equilibrio de las cargas públicas y la conducta estatal es lícita, pero no riesgosa, se puede aplicar como daño especial. Ante tal situación es importante conocer la relación causal para

poder justificar la imputación y así conocer la magnitud de la gravedad, lo ideal es tener claro los acontecimientos para poder aplicar el régimen objetivo que realmente corresponde.

Sentencia del año 2018

Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Consejero Ponente: María Adriana Marín, Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 68001-23-31-000-2001-00452-01(40437). Actor: Luz Mary Hernández Ramírez y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional. Referencia: acción de reparación directa. Inducción de la convergencia de ambos títulos de imputación objetiva:

La sala plena estableció que la falla del servicio y el riesgo excepcional son por regla general los títulos de imputación que permiten atribuir el daño proveniente de ataques violentos ocasionados por terceros, sin excluir los demás títulos de imputación en el análisis de los casos concretos (...) Falla del servicio será el régimen llamado a resolver la controversia cuando se advierta un desconocimiento obligacional por parte del Estado, frente a sus obligaciones de prevención y atención (...) El riesgo excepcional se tendrá en cuenta en aquellos eventos en que realmente se demuestre que el atentado iba dirigido contra un elemento o funcionario estatal, sin que se haya producido un incumplimiento a los deberes normativos estatales (...) Se aplicará el daño especial en situaciones cuando el daño es producto del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas (...) La teoría de riesgo excepcional resulta aplicable a los eventos en los que se somete una persona al peligro que desborda la normalidad (...) La sección ha sostenido que en casos violentos contra la institucionalidad (atentados terroristas) no es necesario establecer que la herida o lesión fueron producidas por elementos estatales (...) Ante esto, el Estado no podrá exonerar de responsabilidad bajo el argumento del cumplimiento a su deber de diligencia, pues a la luz de esta causal de imputación, es causal exonerativa de responsabilidad (Consejo de Estado, 2018 , p. 3).

El 8 de agosto de 2000, en el municipio de Barrancabermeja, el señor Gilberto Hernández Ramírez fue víctima de un disparo que le ocasionó una muerte inminente, estos hechos sucedieron mientras se movilizaba en un taxi. Dentro de la demanda se aduce que el daño es imputable al Ejército Nacional, debido a que el proyectil impactó a la víctima en medio de un enfrentamiento armado entre soldados y miembros de las milicias insurgentes; “la entidad demandada sostiene que el daño es imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero, porque se produjo en medio de un enfrentamiento entre las FARC y el ELN por el control del territorio” (Consejo de Estado, 2018).

Para sintetizar lo expuesto en la mencionada sentencia, ante este suceso la sala plena de la sección estableció que la falla del servicio y el riesgo excepcional “son títulos de imputación que deben atribuirse cuando el daño es proveniente de ataques violentos, ocasionados por terceros con la finalidad de desestabilizar a la institución, sin excluir los demás títulos de imputación” (Consejo de Estado, 2018, p. 28). Lo ideal es resolver lo controversia y se aplicará el riesgo excepcional cuando se determine “que el atentado iba dirigido contra un funcionario de la entidad estatal y ante lo manifestado se recalca que el daño especial, se aplicaría en aquellos eventos donde se da el rompimiento de las cargas públicas” (Consejo de Estado, 2018, p. 28). “La Corte Constitucional ha elevado el criterio de riesgo excepcional para aquellas situaciones donde el daño es generado a raíz de la lucha del Estado por la violencia, el terrorismo, el narcotráfico y la subversión” (Consejo de Estado, 2018, p. 29).

Se afirma que el daño es imputable a la entidad demandada de forma objetiva, ya que los hechos se desencadenaron como consecuencia de un ataque directo y violento contra la institución, “es allí donde se analiza que no es necesaria la acreditación o demostración de una falla del servicio, esto es, por el incumplimiento y desatención al contenido obligacional estatal” (Consejo de Estado, 2018, p. 29). Como se aprecia, el riesgo excepcional es sobre todo aplicable a situaciones en las que la persona está expuesta al peligro y en las que son utilizados, dentro del enfrentamiento, “instrumentos y elementos de la institución, los cuales presenten características que puedan causar daño y es en esa situación donde se responsabiliza por las actividades peligrosas” (Consejo de Estado, 2018, p. 29).

La sección sostiene que, ante esos ataques violentos contra la institucionalidad, no es realmente necesario establecer que las heridas por el enfrentamiento sean producidas por elementos estatales y esto exonera a la Administración; pero si estos ataques van dirigidos a las instalaciones oficiales, como la estación de Policía o cuarteles del Ejército, y a su vez estas instituciones reaccionan y se ocasionan disturbios internos, “estos eventos sí tienden a colocar a la Administración en una situación de riesgo potencial debido a los daños colaterales y por el hecho que incentiva a los actos violentos” (Consejo de Estado, 2018 , p. 30). En otras palabras, “el Estado no podrá exonerarse de la responsabilidad argumentando que es por el cumplimiento diligente a su deber, porque ante este régimen de imputación este causal exonerativo resulta inane” (Consejo de Estado, 2018, P. 30).

Análisis de la Sentencia del año 2018

El caso expuesto anteriormente es una demanda que interpone Luz Marí Hernández Ramírez y otros a la Nación y al Ministerio de Defensa–Ejército Nacional. En primera instancia, el Consejo de Estado manifiesta con claridad cuándo se puede dar la imputación del régimen excepcional, esto es cuando los daños como las heridas son ocasionados por los elementos estatales. A su vez, menciona que se aplicaría el daño especial siempre y cuando se rompa el equilibrio de las cargas públicas. En este caso, el Consejo de Estado tiene claridad de las situaciones en las que realmente se deben aplicar los conceptos, pues el mencionado plantea con exactitud cuándo se debe imputar bajo el régimen excepcional y cuándo se tiene que hacer bajo el daño especial. Sin embargo, se le da la responsabilidad estatal cuando el impacto en medio del enfrentamiento se da por un proyectil o instrumento propio de la institución y en esta situación el Estado no podrá exonerarse de la responsabilidad, ya que en este régimen el causal exonerativo resultaría inane.

Sentencia del año 2019

Sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación: 15001-23-31-000-2007-00735 01(48538). Actor:

William Alfredo López Briceño y otros. Demandado: Nación–Ministerio de Justicia y del Derecho – INPEC. Referencia: acción de reparación directa. Inducción de la convergencia de ambos títulos de imputación objetiva:

(...) Frente a los daños ocasionados a personas que se encuentren privadas de su libertad en razón de condena penal, interpuesta en su contra, con daños ocasionados con arma de dotación oficial; el Consejo de Estado reitera que debe ser estudiado bajo el régimen de responsabilidad objetiva, debido a la relación de especial sujeción entre persona detenida y el Estado (daño especial) y la realización de las actividades peligrosas (riesgo excepcional), la mencionada también ha manifestado que en aquellos eventos en los que se advierta la falla en la prestación del servicio, el juzgador debe preferir el título de imputación subjetivo, con la finalidad de dejar en evidencia el error cometido y de esa forma el fallo se convierta en una herramienta para evitar el daño antijurídico y así advertir de la posible repetición estatal contra el funcionario o empleado público en cumplimiento de sus funciones estatales, donde ocasionó el daño con dolo o culpa grave (Consejo de Estado, 2019 , p. 1).

El 31 de julio de 2007, el señor William Alfredo López Briceño sufrió una lesión que lo dejó con limitaciones visuales en su ojo derecho, mientras se encontraba recluso en el centro carcelario “El Barne”, ubicado en el municipio de Cóbbita (Boyacá). Frente a lo sucedido, “tanto la víctima como su familia deciden demandar la responsabilidad extracontractual del Estado, al considerar que el INPEC ocurrió en una falla del servicio por manipular indebidamente el arma de dotación oficial por parte de uno de sus agentes” (Consejo de Estado, 2019).

En este caso, el Consejo de Estado aborda la aplicación de los términos del régimen objetivo de la siguiente manera: frente a los daños ocasionados a personas privadas de la libertad en razón de condena penal impuesta en su contra, como daños ocasionados con arma de dotación oficial, la jurisprudencia ha sido pacífica y reitera que se debe “aplicar el régimen de responsabilidad objetivo de daño especial, cuando se da una relación especial de sujeción entre la persona detenida y el Estado, pero cuando la realización es de actividades peligrosas se aplica el de régimen

excepcional” (Consejo de Estado, 2019). Pero también expresa que “en aquellas situaciones donde se advierte la existencia de una falla del servicio, el juzgador debe preferir el título de imputación subjetivo y así evitar que el daño antijurídico se vuelva a producir” (Consejo de Estado, 2019); la idea es advertir sobre la posible repetición del Estado contra el funcionario público “en cumplimiento de sus funciones y deberes”, “si en dado caso el daño fue con dolo y culpa grave” (Consejo de Estado, 2019).

Análisis de la Sentencia del año 2019

El caso expuesto anteriormente es una demanda que interpone el señor William Alfredo López Briceño y otros a la Nación y al Ministerio de Justicia y del Derecho, ya que recibió un disparo y el demandante aduce que fue responsabilidad estatal por el uso indebido del arma de dotación oficial por parte de uno de sus agentes. El Consejo de Estado, en este caso, indica de manera breve la aplicabilidad de los títulos de responsabilidad objetiva, los cuales son el régimen excepcional y el daño especial. Sin embargo, el Consejo de Estado no detalla a profundidad y tampoco maneja la claridad para la debida aplicación de los términos, es decir, en este caso no se especifica sobre el título que realmente se debe imputar, solo menciona que se aplica el daño especial, cuando se da una relación de sujeción entre la persona detenida y el Estado; asimismo, manifiesta que se aplica el régimen excepcional cuando la realización de la actividad es netamente riesgosa.

Conclusión

Se ha logrado analizar que el régimen de responsabilidad objetiva y la aplicación de los conceptos de daño especial y de riesgo excepcional por parte del Consejo de Estado colombiano, en los años 2017 – 2019, no es clara y unívoca. En la sentencia emitida del año 2017, se evidencia claramente que no se tiene una definición específica para aplicar los conceptos, es por ello que, ante los hechos, es mejor realizar un estudio profundo del caso para imputar el régimen objetivo que realmente corresponde. En la sentencia del año 2018, sí hay más claridad para aplicar los conceptos, aquí se explica que se responsabiliza al Estado cuando los hechos se ocasionan con los instrumentos propios de la institución, siempre y cuando este reaccione frente al enfrentamiento o a los ataques violentos.

Por otra parte, en la sentencia emitida del año 2019 tampoco hay claridad para aplicar las figuras de imputación del régimen objetivo y es allí donde se crea un ambiente de inseguridad jurídica no solo en lo contencioso administrativo, sino también en el abordaje académico de la misma. Por lo tanto, se sugiere al Consejo de Estado emitir una sentencia de unificación, en donde se traten y se delimiten los conceptos del título de imputación objetiva, entre estos, el de daño especial y el de riesgo excepcional; la idea es tener un concepto universal de cada figura jurídica para aplicar cada teoría de una manera coherente y uniforme.

Referencias

- Alessandri, A. (1981). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal. Obtenido de <https://1bestlinks.net/ZjEfF>
- Araque Garcia , S. J., & Castillo Morales, M. T. (2013). *La Aplicación del Daño Especial y Riesgo excepcional en Colombia: Análisis de caso en el tribunal administrativo de Santander años 2008 A 2012* . Obtenido de tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>
- Arias , F. (2006). *El proyecto de investigación, Introducción a la Metodología Científica* . Caracas, Venezuela: Episteme.
- Asamblea Constituyente francesa. (1789). *Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789*. Obtenido de Conseil-Constitutionnel: <https://1bestlinks.net/FORZv>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1886). Constitución política 1 de 1886 Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de 1886*. Colombia. Obtenido de Función Pública: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>
- Asamblea Nacional Constituyente. (14 de julio de 1991). Artículo 90 Constitución Política. *Artículo 90 Constitución Política*. Colombia. Obtenido de Constitución Política: <https://1bestlinks.net/tPTHl>
- Asamblea Nacional Constituyente. (21 de junio de 1991). Constitución Política de Colombia. *Art.25*. Bogotá, Colombia: Norma.
- Burbano Romo, M. R. (2016). *Régimen Objetivo de la Responsabilidad del Estado, En Privación Injusta de la Libertad*. Obtenido de Repository: <https://1bestlinks.net/nBPSy>

El régimen de responsabilidad objetiva y aplicación de los conceptos de daño especial y riesgo excepcional por parte del Consejo de Estado Colombiano (2017-2019)

- Calvo Anillo, K. (2015). El Daño Especial: Una Construcción Jurisprudencial. *Revista de Derecho*, 36(1), 29-35. Obtenido de <https://1bestlinks.net/YaJoQ>
- Cecar Leyes Info. (07 de julio de 2019). *Leyes Info*. Obtenido de Leyes.info: <https://cecar-leyex-info.ezproxy.cecar.edu.co:2443/buscar?id=&mod=&search=acoso+laboral&opt=YWxs>
- Código de Procesamiento Penal. (1991). Artículo 414 Código de Procesamiento Penal decreto 2700 de 1991 / Primera línea Jurisprudencial. *Código*. Colombia. Obtenido de consejo de estado: <https://1bestlinks.net/yIKcq>
- Congreso de la República. (1887). Ley 153 de 1887. *Ley 153 de 1887*. Colombia. Obtenido de presidencia: <https://1bestlinks.net/HCMqb>
- Congreso de la República. (1887). Responsabilidad Común Por los Delitos y las Culpas. *Código Civil Colombiano*. Colombia. Obtenido de Secretariassenado: <https://1bestlinks.net/ifzLN>
- Congreso de la República. (1941). Ley 167 de 1941. *Ley 167 de 1941*. Colombia. Obtenido de redjurista: <https://1bestlinks.net/uRAQu>
- Congreso de la República. (28 de Octubre de 1993). Ley 80 de 1993, Octubre 28, por lo cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Bogotá. *Ley 80 de 1993*. Colombia. Obtenido de repository: <https://1bestlinks.net/bRTUS>
- Consejo de Estado. (23 de mayo de 1973). Sentencia de 23 de mayo de 1973, Consejero Ponente: Alfonso Castilla Saiz. *Sentencia 23 de mayo 1973*. Colombia. Obtenido de <https://1bestlinks.net/bRTUS>
- Consejo de Estado. (20 de Febrero de 1989). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 20 de Febrero de 1989 C.P Antonio José Irrisari. *Sentencia 20 de Febrero de 1989 C.P Antonio José Irrisari*, 38. Colombia. Obtenido de tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>
- Consejo de Estado. (20 de Febrero de 1989). Sección Tercera, Febrero 20 de 1989 Expediente N- 4655 MP. Antonio J. De Irrisari Restrepo. *sección*, 41. Colombia. Obtenido de Javeriana: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>
- Consejo de Estado. (17 de Octubre de 1990). Sala Contencioso Administrativo. sección Tercera. Sentencia del 17 Octubre. *Sentencia del*

17 octubre. Colombia. Obtenido de Tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>

Consejo de Estado. (22 de noviembre de 1991). Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 1991, expediente 6454, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta. *Sentencia*. Colombia. Obtenido de repository: <https://1bestlinks.net/bRTUS>

Consejo de Estado. (10 de agosto de 2000). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto. *Sentencia del 10 de agosto*. Colombia. Obtenido de tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>

Consejo de Estado. (10 de agosto de 2000). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2000. C.P Alier E. Hernández Enriquez. *Sentencia*, 33. Colombia. Obtenido de Tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>

Consejo de Estado. (16 de agosto de 2006). Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 16 de agosto. *Sentencia*. Colombia. Obtenido de Tangara: <https://1bestlinks.net/ZCEAR>

Consejo de Estado. (20 de Junio de 2017). Sentencia 18860 Sala de los Contencioso Administrativo. C. P Ramiro Pazos Guerrero. *Sentencia 18860*. Bogotá D,C, Colombia. Obtenido de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&text=doc&file=2098816>

Consejo de Estado. (19 de abril de 2018). Sentencia 40437, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera C.P Maria Adriana Marín. *Sentencia 40437 de 2018*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&text=doc&file=2115043>

Consejo de Estado. (30 de octubre de 2019). Sentencia 48538 sala de los contencioso administrativo, sección tercera C.P Ramiro Pazos Guerrero. *Sentencia 48548 de 2019*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&text=doc&file=2144860>

Consejo de Estado Fallo. (1989). SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Sección Tercera. (1989). M.P. Antonio J de Irisarri Restrepo. Identificación E-4655. 20 de Febrero de 1989. *Fallo*, 32.

Colombia. Obtenido de Revista de Derecho: file:///C:/Users/usuario/Downloads/2647-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8814-1-10-20160519.pdf

Consejo de Estado, Fallo. (1947). Sala de lo Contencioso Administrativo 1947 C.P Gustavo A. Valbuena. *Fallo*. Colombia. Obtenido de Said.ramajudicial: <https://1bestlinks.net/mzqjQ>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, SEccion Tercera xxx. (16 de febrero de 2017). Sentencia Xxx. *Radicado 520000*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1993). Sentencia 040 Derecho de la igualdad. *Sentencia 040*. Colombia. Obtenido de alcaldiabogota: <https://1bestlinks.net/AWBtw>

Corte Constitucional. (1993). Sentencia 345 Documentos para Derechos: Derecho a la igualdad. *Sentencia 345*. Colombia. Obtenido de alcaldiabogota: <https://1bestlinks.net/AWBtw>

Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-1125/04 Control de Constitucionalidad de Omisión Legislativa. *Sentencia C-1125/04*. Colombia. Obtenido de Corte Constitucional: <https://1bestlinks.net/rnajV>

Corte Suprema de Justicia. (30 de junio de 1962). Sala de casación Civil. Sentencia del 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez. *Sentencia 1962*. Colombia. Obtenido de hipertexto: <https://1bestlinks.net/uGbaz>

Cuello Iriarte, G. (2009). *El Daño Especial, Como título de Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Instituto de estudios del ministerio público. Obtenido de file:///C:/Users/usuario/Downloads/2647-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8814-1-10-20160519.pdf

Galindo Sanchez, R. (2002). *Los Titulos Jurídicos de Imputación en la Responsabilidad Extracontractual del Estado Por Actos Terroristas*. Tesis De Grado, Bogota D.C. Obtenido de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-27.pdf>

Fernández Collado, C., Baptista Lucio, P., & Hernández Sampieri, R. (2014). Metodología de la Investigación. Editorial McGraw Hill.

Irisarri Boada, C. (2000). *El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*. Obtenido de Javeriana: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>

- Martinez Ortiz, H. M. (2018). *Análisis Descriptivo del Concepto de Riesgo Excepcional y Responsabilidad Objetiva en Colombia: El Derecho a Reparar y Ser Reparado*. Obtenido de Repository: <https://1bestlinks.net/wrYTaf>
- Parra Quijano, J. (2015). *Responsabilidad Objetiva*. Bogotá: Temis.
- Pinto Molina, M. (1992). *El Resumen Documental, Principios y Métodos*. Madrid: Piramide.
- Ramos Huertas , R. (2010). *La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia por vulneración del principio de confianza legítima del tratamiento de exenciones tributarias*. Obtenido de repository: <https://1bestlinks.net/bRTUS>
- Rivas, I. (1995). *Técnicas de Documentación, Investigación I*. Caracas, Venezuela: S, N.
- Rodriguez, L., & R, K. (2009). *Responsabilidad (Derecho)*. Obtenido de Monografias: <https://1bestlinks.net/jLOWG>
- Rodriguez, S. M. (2012). *La utilidad Jurídica del titulo de imputación Riesgo Excepcional para el estudio de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Tesis Para Magister en Derecho Administrativo, Bogota D.C.