

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena

SÍNTESIS DEL CASO: El día 19 de mayo de 1999, se produjo un ataque subversivo contra la Estación de Policía del municipio de Silvia (Cauca), en el cual resultaron afectadas varias viviendas circundantes, dada su cercanía con el cuartel policial.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA PARA CONOCER PROCESOS DE REPARACIÓN DIRECTA - Factor cuantía / ALCANCE Y LÍMITES DEL RECURSO DE APELACIÓN

La Sección es competente para conocer del asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión Sede Cali, el 20 de diciembre de 2001, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, pues la pretensión mayor se estimó en la demanda en 50 millones de pesos, suma correspondiente al monto de los perjuicios materiales solicitados, mientras que el monto exigido en ese año para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia, era de \$18.850.000. (...) En vista de que se trata de una sentencia condenatoria apelada únicamente por la entidad estatal llamada a responder, encuentra la Sección que la competencia al momento de resolver se encuentra restringida en lo que respecta solamente a los aspectos que le sean desfavorables a la apelante, sin que pueda en forma alguna agravarse la condena impuesta de conformidad con el principio de la no reformatio in pejus.

FUENTE FORMAL: DECRETO 597 DE 1988

EJERCICIO OPORTUNO DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Caducidad / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Cómputo. Término / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No operó. Demanda interpuesta en tiempo

[L]a acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos. En el sub examine la responsabilidad administrativa que se impetra se origina en los daños sufridos a raíz del ataque subversivo acaecido el día 19 de mayo de 1999, lo que significa que los demandantes tenían hasta el día 19 de mayo de 2001 para presentar oportunamente su demanda y, como ello se hizo el 22 de junio de 1999, resulta evidente que la acción se propuso dentro del término previsto por la ley.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136

ACREDITACIÓN Y CONFIGURACION DEL DAÑO ANTIJURÍDICO - Destrucción de bien inmueble en toma guerrillera / ACREDITACIÓN DE LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE

[E]l día 19 de mayo de 1999, se presentó un hostigamiento por parte de un grupo guerrillero en contra de la Estación de Policía de Silvia, Cauca, la que fue finalmente destruida por efecto de la fiereza del ataque y la naturaleza de las armas utilizadas para ello. (...) Así mismo se encuentra acreditado que en medio de dicho ataque subversivo se vio afectada la vivienda de la señora CARMEN HERMENZA TUNUBALA, inmueble que sufrió daños parciales. (...) en lo que hace a la titularidad del inmueble afectado, se tiene debidamente acreditado que pertenece a la señora

MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA, conclusión a la que se llega con fundamento en lo que indican las copias auténticas del folio de registro de matrícula inmobiliaria y de la Escritura Pública No 17 de 29 de enero de 1996, pasada en la Notaría Única del Circuito de Silvia, elemento probatorio, este último, en el cual se describió el bien.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ATENTADOS TERRORISTAS DIRIGIDOS DIRECTAMENTE CONTRA SUS INSTITUCIONES / AUSENCIA DE FALLA DEL SERVICIO / HECHO DE UN TERCERO / DAÑO ANTIJURÍDICO / DAÑO ESPECIAL / RIESGO EXCEPCIONAL

[E]sta Sección, de manera casi general, ha propendido por declarar la responsabilidad estatal para los eventos de los ataques subversivos desarrollados dentro del conflicto armado interno, recurriendo a diferentes conceptos tales como el de daño especial, el de riesgo excepcional o incluso a regímenes que combinan elementos de los dos anteriores, pero que conservan el común denominador de la búsqueda de justicia y la reparación de los daños sufridos por las víctimas, dado el carácter antijurídico de los mismos.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS OCASIONADOS POR ATAQUES TERRORISTAS CON ANTERIORIDAD A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

[D]esde antes de la expedición de la Constitución de 1991, puede afirmarse sin dubitación alguna que la jurisprudencia nacional, encabezada por la de esta Sala, había decantado los pilares de la responsabilidad del Estado superando el modelo de corte civilista basado en la culpa de los agentes estatales para, en su lugar, encontrar un sistema completo de protección de los bienes de los asociados que materializaba los fines y principios del ordenamiento constitucional anterior.

SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD ESTATAL / CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD

Con la expedición de la Carta Política de 1991, se introdujo una cláusula general de Analizados los antecedentes históricos de esta disposición se tiene que el Constituyente estimó la necesidad de fundamentar un sistema de responsabilidad estatal que, en concordancia con la jurisprudencia ya decantada en principio por la H Corte Suprema de Justicia y posteriormente por esta Sección, fuera comprensiva no sólo de los regímenes tradicionales de falla y culpa, sino que, además, abarcara los de estirpe objetiva, entre ellos, expresamente, la concepción del daño especial. (...) la razón de ser del artículo 90 fue la de resaltar el papel central de la víctima - y no del Estado- en la dilucidación de los casos en los cuales se controvertiera la existencia de la responsabilidad estatal. Tal visión resulta concordante con la consagración del Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho en el cual la dignidad de los individuos ha pasado a ser la base y el centro del ordenamiento jurídico. (...) la consagración del nuevo ordenamiento constitucional resulta omnicomprensiva de todos los regímenes de imputación decantados por la jurisprudencia. (...) no aparecen como razonables, ni histórica, ni jurídicamente, las voces que pretenden entender el artículo 90 constitucional como una norma basada únicamente en el criterio de la causalidad fáctica, dirigida a la acción u omisión de los agentes estatales, toda vez que dicha hermenéutica desconoce el verdadero alcance y sentido del precepto superior que consulta la totalidad de valores y principios asentados en la Carta Política, debiéndose recalcar que su consagración como norma de rango superior fue la conclusión de un proceso histórico que venía encontrando la obligación del Estado de responder no solo en caso de falla o culpa de sus agentes, sino también en otros eventos en los que el daño ocurría por efecto de circunstancias

fácticas desligadas físicamente del actuar de la entidad estatal, pero que comprometían su responsabilidad toda vez que obedecían a causas que jurídicamente le eran imputables y porque, además, ocasionaban el rompimiento de las cargas públicas de los individuos. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de julio 12 de 1993, exp. 7622

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTÍCULO 90

TÍTULOS DE IMPUTACIÓN - Naturaleza / DERECHO DE DAÑOS

En lo que refiere al derecho de daños (...) se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación. (...) el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN DE 1886 - ARTÍCULO 161 / CONSTITUCIÓN DE 1886 - ARTÍCULO 163 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 55 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 170

DAÑOS CAUSADOS EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO / AUSENCIA DE UNA FALLA EN EL SERVICIO / HECHO DE UN TERCERO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO BAJO EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE DAÑO ESPECIAL / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

En el presente caso se encuentra probada la ocurrencia de un ataque perpetrado por subversivos a la estación de policía de Silvia (Cauca), confrontación en la cual, los atacantes causaron averías y destrozos a las viviendas circundantes, entre ellas, la de la señora MARIA HERMENZA TUNUBALA. No se encuentra probado que la demandada hubiese omitido tomar las medidas preventivas adecuadas en este evento, así como tampoco que hubiere sido informada previamente de la inminencia del ataque, ni existe prueba en el proceso indicativa de alguna circunstancia reprochable de su actuar en este caso; es decir, bajo esa perspectiva no existe la posibilidad de imputar la responsabilidad del Estado a título de falla en el servicio. No obstante lo anterior, la ausencia de falla en el servicio en estos casos no puede llevar automáticamente a la exoneración de responsabilidad estatal, por cuanto el nuevo orden constitucional impone que se analice el daño antijurídico desde la óptica de las víctimas, quienes se han visto obligadas a soportar un daño que en ningún momento tenían por qué asumirlo. Como sea que los hechos que dieron lugar al daño por el cual hoy se reclama ocurrieron en el marco del conflicto armado interno y resulta evidente que es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar sentencia de 9 de febrero de 1995, exp. 9550.

DESTRUCCIÓN DE BIEN INMUEBLE / DAÑO CAUSADO POR UN TERCERO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO / INEXISTENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO / DAÑO ESPECIAL / IMPUTACIÓN JURÍDICA / DEBER DEL ESTADO DE BRINDAR PROTECCIÓN Y CUIDADO A SUS ASOCIADOS

[E]n cuanto al título de imputación como herramienta de motivación que debe ser aplicado para dar respuesta al caso concreto, la Sala considera que, en aras de materializar el valor justicia, la responsabilidad del Estado en este caso se ha comprometido a título de daño especial, por entenderse que no hay conducta alguna que pueda reprochársele a entidad demandada, quien actuó dentro del marco de sus posibilidades, así como tampoco se puede reprochar la conducta de la actora, quien se presenta como habitante del pequeño poblado de Silvia, víctima indirecta de un ataque dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil y que, en tales circunstancias le causó un perjuicio en un bien inmueble de su propiedad, trayendo para ella un rompimiento de las cargas públicas que debe ser indemnizado. Y es que si bien ha sido claro para la Sección Tercera que la teoría del daño especial exige un factor de atribución de responsabilidad al Estado, es decir, que el hecho causante del daño por el que se reclame pueda imputársele jurídicamente dentro del marco de una "actuación legítima", esta "actuación" no debe reducirse a la simple verificación de una actividad en estricto sentido físico, sino que comprende también aquellos eventos en los que la imputación es principalmente de índole jurídica y tiene como fuente la obligación del Estado de brindar protección y cuidado a quienes resultan injustamente afectados. En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado.

HECHO DE UN TERCERO / EXCEPCIÓN A LA CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD / DEBER DEL ESTADO DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS / APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA Y EQUIDAD / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Finalmente, en cuanto al hecho de un tercero propuesto por la parte demandada como eximente de responsabilidad, ha de decir la Sala, como consecuencia de todo lo anteriormente dicho, no aparece configurado en este caso por cuanto la obligación indemnizatoria que se deduce no parte de la determinación del causante del daño, - fuerzas estatales o miembros de los grupos alzados en armas-, sino que, como se vio previamente, proviene del imperativo de protección de la víctima en aplicación de los principios de justicia y equidad.

ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA IMPUESTA EN PRIMERA INSTANCIA / PERJUICIOS MATERIALES / DESTRUCCIÓN DE INMUEBLE EN ACTO TERRORISTA / APRECIACIÓN DE DICTAMEN PERICIAL

Revisada la condena impuesta, encuentra la Sección que el Tribunal a quo acogió las conclusiones a que llegó el dictamen pericial practicado en el proceso y que no fue objetado por las partes dentro del mismo. En dicho elemento probatorio se estableció

que el inmueble no resultó ciertamente destruido, sino que había sufrido daños internos susceptibles de ser reparados y, con fundamento en una relación de costos anexa, estimó el valor total de las obras a realizar en la suma de \$10.836.400. Del análisis del dictamen al que se acaba de hacer referencia, la Sección encuentra que su formulación se halla ajustada a la realidad probada dentro del proceso, toda vez que se limitó a detallar cuáles fueron los daños causados al inmueble por el ataque subversivo, a lo que aparejó una relación pormenorizada de costos de reparación debidamente sustentada, sin que pueda decirse con fundamento que los valores en ella consignados fuesen arbitrarios, por lo que no existe razón alguna para alejarse de las conclusiones en él contenidas y por ello, deberán desestimarse los reparos expuestos respecto de este punto en el recurso de la demandada al encontrarlos carentes de sustento probatorio.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia proferida en Sala Plena de la Sección Tercera, con aclaración de voto de los doctores Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth y salvamento de voto de los doctores Mauricio Fajardo Gómez y Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012).

Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515)

Actor: MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 20 de abril de 2001 por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en los siguientes términos:

“PRIMERO. Declarar administrativamente responsable a la NACION- MIN DEFENSA- POLICIA NACIONAL por los daños sufridos en su vivienda por la señora MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA en hechos sucedidos el día 19 de mayo de 1999 en la población de Silvia (Cauca) con motivo del ataque perpetrado por un grupo guerrillero en contra de las instalaciones de la Policía.

SEGUNDO. Condenar a la NACION - MIN DEFENSA - POLICIA NACIONAL al pago de la suma de DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS TRENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS PESOS autorizándose a la entidad demanda (sic) a efectuar los descuentos a que hubiere lugar conforme al art 47 de la ley 104 de 1993 prorrogada por la 241 (sic) de 1995, o cualquier subsidio que hubiere recibido la actora por la misma causa jurídica.

TERCERO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. Dese cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.”

I.-ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA, en nombre propio, por intermedio de mandatario judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa enderezada en contra de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, POLICIA NACIONAL- a quien señaló como parte demandada, mediante libelo presentado el día 22 de junio de 1999, solicitó que, previos los trámites de ley, con citación y audiencia de la parte demandada y del Señor Agente del Ministerio Público, se declare la responsabilidad administrativa de la demandada por los daños causados a un bien inmueble de su propiedad en el curso de una incursión guerrillera dirigida en contra la Estación de Policía de Silvia (Cauca).

A título de indemnización solicitó el pago de la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) por la totalidad de perjuicios materiales que con ello le fueron causados.

Como fundamento de hecho de sus pedimentos narró la demanda que el día 19 de mayo de 1999 se presentó un enfrentamiento armado entre grupos guerrilleros y la fuerza policial acantonada en la estación del Municipio de Silvia, ataque en el que se produjeron graves daños a los bienes muebles e

¹ Fls 1-10 Cdno Principal.

inmuebles ubicados en los alrededores del cuartel policial dentro de los cuales se encontraba la vivienda de la actora que resultó destruida en su totalidad.

2. Trámite en primera instancia.

La demanda así formulada se admitió por auto de 8 de julio de 1999², el que se notificó en debida forma a la parte demandada y al señor Agente del Ministerio Público³.

Dentro del término de fijación en lista, la Policía Nacional dio contestación al libelo y se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que se encontraba demostrado que los daños causados a la actora fueron causados por la guerrilla lo que, a su juicio, configura una causal eximente de responsabilidad, como es el hecho de un tercero⁴.

Posteriormente se decretaron y practicaron pruebas, luego de lo cual se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión⁵, oportunidad procesal frente a la cual, las partes demandante y demandada guardaron silencio.

El Ministerio Público rindió concepto de fondo en el que solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda por cuanto estaba demostrada la ocurrencia del ataque guerrillero, así como la causación con tal hecho de los daños al bien inmueble de la actora, razones por las cuales el Estado debía responder con fundamento en el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. De otra parte consideró que debía ordenarse el descuento de las sumas que la actora hubiera recibido a título de subsidios o ayudas estatales por el hecho ocurrido⁶.

² Fl 25 Cdno Principal.

³ Fls 27-30 Cdno Principal.

⁴ Fls 36-39 Cdno Principal.

⁵ Fls 58 Cdno Principal

⁶ Fls 62-65 Cdno Principal.

3. La sentencia apelada⁷.

Después de realizar la correspondiente valoración probatoria, el Tribunal a quo consideró que las pretensiones de la demanda se encontraban llamadas a prosperar toda vez que estaba demostrada la ocurrencia del ataque guerrillero en contra de la Estación de Policía de Silvia, la cual quedó al término del mismo completamente destruida. Estimó que era procedente la declaratoria de responsabilidad estatal, ya fuera a título de daño especial o de riesgo excepcional.

En cuanto al monto de la indemnización, negó los perjuicios derivados de la pérdida de bienes muebles al considerar que no se encontraba probada su causación y se acogió al dictamen pericial en lo que refiere a los daños sufridos por el bien inmueble.

4. El recurso de apelación⁸.

En tiempo oportuno la parte demandada interpuso recurso de alzada con el fin de solicitar la revocatoria de la sentencia de instancia, por cuanto la teoría del daño especial, en su concepto, sólo hubiese sido aplicable en caso de que los policías hubieren utilizado los bienes de los civiles para defenderse, presupuesto fáctico que en el caso traído a consideración no se configuró.

Estimó que el presente evento se trataba de un ataque terrorista indiscriminado ya que, además del cuartel de policía, resultaron destruidas edificaciones de otras instituciones como el Banco Agrario, Telecom, Casa de la Cultura, entre otras, situación que consideró, de conformidad con jurisprudencia de esta Corporación, no generaba la existencia de responsabilidad estatal, dado lo imprevisible e irresistible del ataque.

Finalmente cuestionó el monto de los perjuicios reconocidos por el Tribunal al considerar que el dictamen practicado dentro del proceso era contradictorio, ya que varios de los montos ahí consignados hacían referencia a elementos

⁷ FI 69-76 Cdno Principal.

⁸ FIs 90-93 Cdno Principal.

tales como ventanales, puertas metálicas y puntos eléctricos, los cuales no se encontraban en concordancia con la magnitud de los daños sufridos por la vivienda, la cual después del ataque guerrillero había quedado en condiciones de habitabilidad.

5. Trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación se admitió mediante auto de 6 de noviembre de 2001⁹, trámite luego del cual se dispuso en providencia de 5 de diciembre de la misma anualidad, correr traslado a las partes para alegar de conclusión¹⁰, oportunidad frente a la cual sólo se pronunció la entidad demandada y ello para reiterar su oposición a las pretensiones de la demanda¹¹

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

La Sección es competente para conocer del asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión Sede Cali, el 20 de diciembre de 2001, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, pues la pretensión mayor se estimó en la demanda en 50 millones de pesos, suma correspondiente al monto de los perjuicios materiales solicitados, mientras que el monto exigido en ese año para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia, era de \$18.850.000 (Decreto 597 de 1988).

En vista de que se trata de una sentencia condenatoria apelada únicamente por la entidad estatal llamada a responder, encuentra la Sección que la competencia al momento de resolver se encuentra

⁹ FI 99 Cdno Principal

¹⁰ FI 101 Cdno Principal.

¹¹ FI 103 Cdno Principal.

restringida en lo que respecta solamente a los aspectos que le sean desfavorables a la apelante, sin que pueda en forma alguna agravarse la condena impuesta de conformidad con el principio de la *no reformatio in pejus*.

2. El ejercicio oportuno de la acción.

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se impetra se origina en los daños sufridos a raíz del ataque subversivo acaecido el día 19 de mayo de 1999, lo que significa que los demandantes tenían hasta el día 19 de mayo de 2001 para presentar oportunamente su demanda y, como ello se hizo el 22 de junio de 1999, resulta evidente que la acción se propuso dentro del término previsto por la ley¹².

3. Lo probado en el proceso. Los daños causados al inmueble de la demandante fueron ocasionados dentro de un hostigamiento subversivo en contra de la estación de Policía de Silvia (C).

Se encuentra acreditado que el día 19 de mayo de 1999, se presentó un hostigamiento por parte de un grupo guerrillero en contra de la Estación de Policía de Silvia, Cauca, la que fue finalmente destruida por efecto de la fiereza del ataque y la naturaleza de las armas utilizadas para ello. Así, en efecto, fue consignado en el informe rendido por el Comandante de la Estación, SS ALBERTO CASTAÑEDA VALERO, quien expresó a su superior:

¹² FI 23 Cdno Principal

"Comedidamente me permito informar a mi Coronel que el día 19/05/99 siendo aproximadamente las 17.30 horas, un grupo de aproximadamente 200 subversivos pertenecientes al grupo JACOBO ARENAS de las FARC, incursionó en la población de Silvia atacando con toda clase de armas, las instalaciones policiales, Caja Agraria y otras entidades públicas.

"Es de anotar que en el momento del ataque a las instalaciones del cuartel se encontraban cinco policiales los cuales repelieron el ataque hasta las 02.30 horas aproximadamente, hora en que las instalaciones quedaron totalmente en el suelo, ya que fueron derribadas por la acción de los cilindros de gas utilizados por los subversivos, como consecuencia de la arremetida fueron muertos los agentes ARIAS BARBOSA LINCER y FLOR FIDEL, igualmente fue herido en la pierna derecha con esquirla de granada el PT. INSUASTI QUINTERO CARLOS. ..

"...Después de ser derribadas las instalaciones y evacuadas por el personal que repelió el ataque, los subversivos procedieron a hurtarse el material de guerra, intendencia y comunicaciones que más adelante se relaciona:..."

Así mismo se encuentra acreditado que en medio de dicho ataque subversivo se vio afectada la vivienda de la señora CARMEN HERMENZA TUNUBALA, inmueble que sufrió daños parciales que fueron certificados por el Personero Municipal de Silvia en los siguientes términos:¹³

"Certifica: que en la incursión guerrillera de que fue objeto la población de Silvia Cauca, el pasado 19 de mayo de 1999, en la propiedad de la señora CARMEN HERMENZA TUNUBALA, identificada con la cédula de ciudadanía 25.692.078 de Silvia, ubicada en la carrera 3 11,49 presenta techo fracturado, fractura muro y muro de 5 metros totalmente destruido, ventana destruida y puerta totalmente destruida por impactos de proyectil y otros artefactos explosivos".

Los daños sufridos por el mentado inmueble también fueron descritos por quienes declararon en el proceso contencioso. En efecto, el señor **JORGE ENRIQUE CUCHILLO MASAGUALLI**¹⁴, vecino de la localidad, de oficio motorista, de 55 años de edad, al ser preguntado sobre los hechos acontecidos el 19 de mayo de 1999, respondió:

*"Pues ese día debido a la incursión guerrillera en este municipio le dañaron la casa a la señora MARÍA HERMENZA, porque era **al lado de la Policía**, ellos me llamaron para que fuera a ver y me di cuenta que toda la pared del lado derecho de la casa se dañó y también una pieza quedó totalmente destruida eso está tapado con hojas de zinc, la mayor parte del techo de la casa se cayó por la explosión de las granadas, se partieron como unas cinco puertas más o menos de eso fue lo que me di cuenta".*

En igual forma, la señora YOLANDA PAZ, vecina del lugar, ama de casa, de

¹³ fl 17 Cdno principal

¹⁴ Fl 87 Cdno de pruebas

47 años de edad, indicó:

"Ese día se entró la guerrilla, yo al otro día fui a mirar y encontré la casa toda destruida, las piezas estaban cuarteadas (sic), los vidrios dañados, las paredes caídas, el techo dañado, lo único que no estaba tan destruido era la cocina, de resto esa casa quedó inservible...".

También la señora LUCIA FERNÁNDEZ, comerciante, residente en el lugar, respecto de los daños sufridos por la vivienda de la hoy actora se permitió señalar:

"Ese día ocurrió una toma guerrillera en esta población y cuando fui a ver como habían quedado las casas vecinas al lugar donde funcionaba la policía observé que la mayoría estaban casi destruidas debido a las bombas lanzadas por la guerrilla a la policía, esta casa queda enseguida del local que ocupa la Policía, que aunque no se cayó totalmente, si se veía que fue en gran parte destruida".

Ahora bien, en lo que hace a la titularidad del inmueble afectado, se tiene debidamente acreditado que pertenece a la señora MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA, conclusión a la que se llega con fundamento en lo que indican las copias auténticas del folio de registro de matrícula inmobiliaria y de la Escritura Pública No 17 de 29 de enero de 1996¹⁵, pasada en la Notaría Única del Circuito de Silvia, elemento probatorio, este último, en el cual se describió el bien con los siguientes linderos:

*"SUR o frente: con la carrera 3ª en una longitud aproximada de seis metros (6 mts) ORIENTE: pared de ladrillo o tapia medianera con casa lote hoy de RAQUEL ALVARADO DE LA TORRE con un fondo aproximado de treinta y nueve metros (39 mts), NORTE: con solar de la casa de la señora DE LA TORRE, en una longitud de cuatro metros. OCCIDENTE. Predio del Municipio, hoy el edificio **donde funciona el cuartel de la Policía Nacional**, pared propia del inmueble vendido"(Negrillas de la Sala).*

Así las cosas, los elementos probatorios atrás referenciados permiten a la Sección tener por debidamente establecido en el proceso que el día 19 de mayo de 1999, se produjo ciertamente, como señala la demanda, un ataque subversivo contra la Estación de Policía del municipio de Silvia, en el cual resultó afectada la vivienda de la señora TUNUBALA ARANDA, dada su colindancia con el cuartel policial.

¹⁵ Fls 13-15 Cdno Principal

4. La responsabilidad del Estado por atentados terroristas dirigidos directamente contra sus instituciones. En caso de ausencia de falla del servicio la Sección Tercera ha considerado que el Estado se encuentra llamado a responder dada la necesidad de dar cumplimiento a los cometidos constitucionales de solidaridad y equidad con sus ciudadanos.

El debate sobre la responsabilidad estatal en casos como el que hoy se estudia, ha sido objeto de diferentes pronunciamientos por parte de esta Sección, situación claramente comprensible en un país como el nuestro, caracterizado por una larga tradición de enfrentamientos protagonizados por grupos alzados en armas en contra de los diferentes órdenes estatales, conflicto en el que se ha visto afectada la población civil, tanto en su integridad como en sus bienes. Sin embargo, en este tipo de eventos siempre ha existido dificultad al momento de encuadrar el juicio de responsabilidad, pues en muchos de tales casos el daño por el cual se reclama indemnización ha sido causado por el actuar de los grupos subversivos y no por el de los agentes del Estado, con lo que, aparentemente, se estaría en presencia de una causal eximente de responsabilidad como es el hecho de un tercero.

Es por lo anterior que la Sección, cuando en esos casos no ha podido vislumbrar la existencia de una falla en el servicio, ha considerado que el Estado no por ello se encuentra exonerado de responder, sino que, ha encontrado fundamento a la declaratoria de responsabilidad en el daño sufrido por la víctima en tanto que ha considerado que el padecimiento de ese daño desborda el equilibrio de las cargas públicas y rompe con los principios de solidaridad y equidad. Así lo entendió la Sección en sentencia de 5 de julio de 1991 al analizar el caso de la destrucción de un cuartel militar instalado en una vivienda arrendada¹⁶. Dijo entonces:

“Del análisis probatorio que atrás hizo la Sala, no cabe duda alguna que el grupo guerrillero M - 19 irrumpió injustamente en ataque bélico contra el cuartel de la policía de la población de Herrera, Departamento del Tolima, el 1 de julio de 1985 desde tempranas horas de la madrugada, efectuando desmanes de todo género en contra de la vida, la integridad personal y bienes pertenecientes no solamente a la institución policíva allí localizada, sino

¹⁶ Exp 6014. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

además contra múltiples de los ciudadanos allí radicados.

“La Sala entiende, como también entendió el demandante, que el exiguo número de agentes policiales destinados a mantener el orden público y a garantizar la vida, honra y bienes de los habitantes de aquél alejado rincón del país, obrando dentro del límite de sus capacidades, hasta el punto de que los supervivientes bien merecieron distinciones y condecoraciones por coraje y valentía al tratar de defenderse y defender a los pobladores del lugar, del cobarde ataque irrogado por el comando guerrillero, pero ello no es óbice para que con aplicación de las tesis antes esbozadas la Nación Colombiana resulte condenada por responsabilidad administrativa y tenga que indemnizar los daños que aquí se demandan.

“No puede perderse de vista que de no hacerse responsable a la Nación Colombiana, como se enuncia en el párrafo anterior bien, aplicando el principio de responsabilidad por daño especial, ora siguiendo las enseñanzas de quienes abogan por la responsabilidad originada en el desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas (o desigualdad de los ciudadanos ante la Ley), o, por último, como lo entiende esta Sala, según la teoría de la “lesión” al patrimonio del administrado, se desconocería la noción de equidad. Nadie comprendería cómo un modesto ciudadano (Aníbal Orozco Cifuentes), que demostró ánimo de colaboración para con las autoridades de policía al confiarle a título de arrendamiento el inmueble que poseía en la población de La Herrera, tuviera que soportar, de manera exclusiva, la pérdida de uno de los elementos integrantes de su patrimonio”.

En similar sentido, en sentencia del 29 de abril de 1994, en un caso relativo a los perjuicios sufridos por una persona como consecuencia de la explosión de un carro bomba que fue activado por la guerrilla cerca de un cuartel militar, se dijo:

“La actividad de la fuerza pública y la ubicación de sus instalaciones era legítima y en beneficio de la comunidad, pero como por razón de ellas el actor sufrió un daño que desborda y excede los límites que normalmente están obligados a soportar los administrados, la indemnización de los perjuicios correrá a cargo del Estado...”¹⁷

Dicho planteamiento fue reiterado meses después, insistiéndose en el sentido de indicar como fundamento de la imputación los principios de solidaridad y equidad que tienen asiento en la Carta Política, y se hizo bajo la óptica de la teoría del daño especial derivado de la existencia de un conflicto armado entre grupos insurgentes y el Estado respecto del cual se tornaba notoriamente injusto que los habitantes -víctimas inocentes- tuvieran que soportar solos el daño que se les irrogaba. Así lo consideró la Sección en sentencia de 23 de septiembre de 1994¹⁸ y razonó entonces como sigue:

¹⁷ Expediente 7136.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp 8577. Consejero Ponente Julio César Uribe Acosta.

"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, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc., se 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. Por ello en su Título II., y bajo el rubro 'Atención a las víctimas de atentados terroristas', se precisa, en su artículo 18, que son 'VICTIMAS' '...aquellas personas que sufren directamente PERJUICIOS por razón de los atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos y las tomas guerrilleras que afecten en forma indiscriminado a la población'. 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, entendiendo 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 ACCION TERRORISTA...' La filosofía jurídica que informa la anterior normatividad se alimenta de saque (sic) es esencial 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".

Del anterior pronunciamiento debe destacarse que, pese a señalarse que el régimen de responsabilidad seguía siendo el del daño especial, se introdujo un elemento nuevo, como fue el establecer un objetivo directo de la agresión -establecimiento militar, de comunicaciones o personaje de la cúpula administrativa- como requisito para deprecar la responsabilidad. Dicha variación llevó a que la Sección precisara con posterioridad que resultaba más apropiado indicar que la responsabilidad estatal para estos casos se desprendía de la circunstancia según la cual ese elemento objetivo creaba **un riesgo - de naturaleza excepcional-** que, aunque legítimo, rompía el equilibrio de las cargas públicas, y lo dijo así:

"La jurisprudencia allí referida ha admitido, sólo de manera excepcional, que puede imputarse responsabilidad al Estado por actos terroristas. Uno de esos eventos extraordinarios se presenta cuando la imputación deriva de la creación de un riesgo excepcional para un determinado grupo de personas, supuesto en el que no se requiere la prueba de una acción u omisión atribuible al Estado, aunque se esté delante del hecho de un tercero. Es el caso de ataques con bomba dirigidos a inmuebles oficiales, o personas representativas de funciones institucionales susceptibles de convertirse en "blanco" de la insurgencia, el narcotráfico o grupos paramilitares y que, por lo mismo, exigen del Estado una especial protección. En una palabra, aunque el

*daño fuere causado por un tercero, este se imputa al Estado en tanto que generó el riesgo; así para los habitantes cercanos de dichos inmuebles, su sola presencia constituye un riesgo excepcional y -por lo mismo- de presentarse el daño, este no viene a ser nada distinto que la "materialización" del riesgo al que ha sido expuesto el administrado"*¹⁹.

La concepción del riesgo excepcional, así planteada, fue aceptada por algún tiempo por la Sección como fundamento del régimen de responsabilidad aplicable. Sin embargo, posteriormente surgieron pronunciamientos que la cuestionaron al indicar que resultaba ilógico aceptar que la ubicación de centros militares, como las estaciones de policía, pudieran considerarse como fuentes creadoras de riesgo, máxime si se tiene en cuenta que precisamente la instalación de dichas estaciones obedecía al cumplimiento de las normas constitucionales y legales que imponen a la fuerza pública el deber de la vigilancia y cuidado de la vida, integridad y los bienes de los habitantes del territorio. En consecuencia, se consideró que resultaba abiertamente injusto condenar a las instituciones militares por el hecho de cumplir con su deber.²⁰ A lo anterior también se agregaron críticas consistentes en indicar que tales hechos tenían la connotación de ser atentados terroristas de carácter indiscriminado y, por lo tanto, imprevisibles para el Estado²¹.

Acogiendo parcialmente dichos argumentos, la Sección nuevamente viró el título de imputación para retomar el de daño especial, pero abordado desde la visión que había inspirado los pronunciamientos iniciales de la Sección sobre el tema y que fueron transcritos con anterioridad, es decir con apoyo en los valores constitucionales que se quebrantarían en caso de no responder el Estado, con lo que se buscó dar prevalencia a los principios de solidaridad y equidad como fundamento de la imputación jurídica. Así, en efecto, se expuso la señalada concepción por parte de la Sección en el caso de una menor afectada con la explosión de una granada lanzada contra policiales

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero ponente Dr Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia de 14 de julio de 2004 . Exp 14318. En similar sentido Sentencia de 27 de noviembre de 2002, Cons Ponente María Elena Giraldo Gómez. Exp 13774.

²⁰ Salvamento de voto. Dr Mauricio Fajardo. Exp 28459

²¹ Bajo la concepción de la naturaleza imprevisible de los ataques terroristas a cuarteles de policía, el Consejo de Estado profirió las sentencias de 27 de noviembre de 2003 y 20 de mayo de 2004, con ponencia del Dr Ramiro Saavedra Becerra. Sin embargo, la Sección en sentencia de 5 de diciembre de 2006 retomaría nuevamente la tesis del riesgo excepcional como fundamento de responsabilidad. La decisión fue aprobada por la Sección con una mayoría de tres votos a favor contra dos salvamentos de voto del Dr Mauricio Fajardo Gómez y del Dr Ramiro Saavedra.

que se encontraban en el interior de un domicilio particular²². Las siguientes son las reflexiones que precedieron la decisión:

“En situaciones como la estudiada el principio constitucional de solidaridad adquiere 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 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 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.

“En resumen, el utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implica la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrió la niña Angélica María Osorio; que asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea de la administración pública, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad”.

Tal posición la Sección la utilizó también para el caso de ataques guerrilleros a las Estaciones (o “Puestos”) de Policía. Así, en providencia de 2 de octubre de 2008, al examinar los resultados de una ofensiva contra la Estación de Policía de La Cruz, Nariño, ocurrida entre el 15 y el 17 de abril de 2002, se razonó como sigue²³:

“En el caso no podría imputarse la responsabilidad del Estado por falla del servicio, teniendo en cuenta que el ataque fue perpetrado por un grupo guerrillero, sin que haya obedecido a alguna conducta omisiva de la autoridad demandada; y tampoco podría adecuarse bajo el régimen de riesgo excepcional invocado por los demandantes, al no poder afirmarse que la autoridad pública haya creado unas condiciones o una situación particularmente peligrosa o riesgosa, pues queda claro que fueron guerrilleros de las FARC quienes iniciaron el ataque contra la estación de policía del Municipio de La Cruz.

“Hechas las anteriores precisiones, la Sala abordará el estudio del presente asunto bajo la óptica del régimen de daño especial, tomando como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron las víctimas, como consecuencia del ataque guerrillero contra la base de la Policía Nacional en el municipio de La Cruz, Departamento de Nariño, asumiendo el daño causado desde un punto de vista jurídico, como fruto de la actividad lícita del Estado.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16695, M.P. Enrique Gil Botero.

²³ Acción de grupo radicada 52001-23-31-000-2004-00605-02(AG) con ponencia de la Dra Myriam Guerrero de Escobar.

(...)

"...considerar los actos de terrorismo como el hecho exclusivo de un tercero, en términos del nexo de causalidad, implicaría condenar a la población a la impotencia, dado que el Estado tiene el deber jurídico de protegerla, por ejercer el monopolio legítimo de la fuerza, encarnado en sus fuerzas militares y de policía.

"Por las razones anteriores, el título de imputación de responsabilidad del Estado, en este caso es el de daño especial, que además se ajusta al artículo 90 constitucional al tomar como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; y que implica la obligación jurídica del Estado de equilibrar nuevamente las cargas que debieron soportar, en forma excesiva, algunos de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad".

La anterior posición se mantuvo, prácticamente sin alteraciones, hasta el año 2010, fecha en la cual, la Sección negó las pretensiones de una demanda al considerar que la teoría del daño especial necesariamente exigía una actuación legítima por parte del estado, descartando de esta manera los eventos en los cuales el daño se ocasiona por parte de un tercero. Así lo expuso la Sección:²⁴

"Cabe precisar que 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).

Y el Estado responde bajo el título de imputación de daño especial, cuando concurren los siguientes elementos: 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 administración²⁵.

En el sub lite no se demostró que la muerte de la joven Caro Pinto provino de los disparos que hicieron los agentes de la Policía Nacional. Si bien se acreditó que inicialmente los agentes que laboraban en la Estación de Policía de Gámeza (Boyacá), ubicada en el Palacio Municipal, intentaron repeler el ataque de los guerrilleros, lo cierto es que finalmente debieron ceder ante la superioridad numérica de aquéllos.

²⁴ Consejo de Estado. Sentencia de 9 de Junio de 2010. Consejera Ponente Dra Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, Radicación No. 6453, Actor: Tomás A. Badillo de Ángel y otros, C.P. Daniel Suárez Hernández.

En este sentido, vale destacar que los daños causados durante una confrontación armada entre el Estado y un grupo subversivo, a las personas ajenas al conflicto que para su infortunio estuvieran cerca, no son imputables al Estado a título de daño especial, porque la aplicación de este régimen, 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”.

Como puede verse del anterior recuento jurisprudencial, esta Sección, de manera casi general, ha propendido por declarar la responsabilidad estatal para los eventos de los ataques subversivos desarrollados dentro del conflicto armado interno, recurriendo a diferentes conceptos tales como el de daño especial, el de riesgo excepcional o incluso a regímenes que combinan elementos de los dos anteriores, pero que conservan el común denominador de la búsqueda de justicia y la reparación de los daños sufridos por las víctimas, dado el carácter antijurídico de los mismos.

5. La jurisprudencia anterior a la expedición de la Constitución del 91 sustentó la responsabilidad estatal generalmente con base en regímenes de tipo subjetivo y, excepcionalmente, objetivo. La aplicación de estos últimos surgió de la necesidad de garantizar los principios constitucionales de solidaridad y equidad.

La idea de un Estado responsable patrimonialmente por los daños que llegare a causar resultaba inimaginable en regímenes totalitarios o absolutistas anteriores a la segunda mitad del siglo XIX por cuanto se partía de un axioma consistente en que los actos del gobernante resultaban ser incuestionables para sus receptores, llámense siervos, súbditos o similares, toda vez que no aparecía coherente la posibilidad de limitar el poder soberano, considerado de origen divino.

Fue solamente con la llegada de los estados liberales de tipo constitucional que se abrió paso la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, una vez se aceptó que, en veces, la actuación de los agentes estatales causaban daños a los administrados, situación que contrariaba abiertamente los postulados constitucionales fundantes del Estado. Admitida entonces la

falibilidad de la Administración, se hizo evidente, también, que debía responder patrimonialmente por los daños causados por "su culpa", vale decir, por falla en la prestación del servicio.

Lo anterior resulta destacable en el caso Colombiano, si se tiene en cuenta que la Constitución Política de 1886 no estableció cláusula de responsabilidad estatal, lo que tuvo como resultado que el derecho de daños tuviera que desarrollarse obligadamente - al igual que en otras latitudes - con fundamento en pronunciamientos de tipo pretoriano que tuvieron apoyo en las normas del código civil, el derecho comparado europeo, y los principios consagrados en la Constitución.

Fue así como la Corte Suprema de Justicia, decantó en un primer momento un criterio de la responsabilidad estatal de corte civilista, en donde la noción de culpa resultaba indispensable para comprometer el patrimonio estatal. Bajo esa perspectiva el Estado únicamente respondería cuando los actos realizados por sus agentes estuviesen signados por un elemento subjetivo (dolo, culpa, negligencia, impericia o imprudencia), dando paso así a la hoy extinta teoría organicista y a la típica teoría de la falla en el servicio.

Por su parte, el Consejo de Estado introdujo otros elementos, entre los cuales se debe destacar la adopción del artículo 16 del anterior texto constitucional como fundamento normativo de la responsabilidad del Estado, en el entendido que los asociados gozaban de una serie de derechos que debían ser respetados por todos los habitantes del territorio nacional, incluyendo, obviamente, a las autoridades estatales.

Paralelamente a dichas nociones, se abrió paso a la existencia de regímenes de responsabilidad de naturaleza objetiva para aquellos casos en los cuales, pese a no evidenciarse una falla o "culpa" en la conducta de la administración - ya sea por no haber causado directamente el daño o porque su actuación se encontrara acorde a derecho-, lo cierto era que el daño se causaba dentro del marco de su funcionamiento y, por consiguiente, de no repararse, se daría la espalda a los principios de solidaridad, equidad e igualdad de las cargas públicas que son base de cualquier estado que se

tilde de democrático²⁶.

En consecuencia, desde antes de la expedición de la Constitución de 1991, puede afirmarse sin dubitación alguna que la jurisprudencia nacional, encabezada por la de esta Sala, había decantado los pilares de la responsabilidad del Estado superando el modelo de corte civilista basado en la culpa de los agentes estatales para, en su lugar, encontrar un sistema completo de protección de los bienes de los asociados que materializaba los fines y principios del ordenamiento constitucional anterior. Así lo reconoció la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, entre ellos el que en seguida se dijo²⁷:

"De esta suerte, conforme a la evolución jurisprudencial del instituto resarcitorio, se puede señalar que antes de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se fundaba en un principio autónomo de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos. Se estructura un sistema de naturaleza objetiva y directa, que gira en torno a la posición jurídica de la víctima, quien ve lesionado su interés jurídico como consecuencia de las actuaciones de las autoridades públicas, independientemente que éstas fueran legítimas o ilegítimas, normales o anormales, regulares o irregulares..."

"...Por lo anterior, puede señalarse que al momento de expedirse la Constitución de 1991, nuestro derecho se encontraba a tono con las legislaciones más progresistas en el marco del derecho comparado, en lo atinente a la responsabilidad patrimonial del Estado".

6. La consagración constitucional de una cláusula general de responsabilidad debe ser entendida como el resultado del proceso histórico de consolidación de los sistemas de responsabilidad estatal.

Con la expedición de la Carta Política de 1991, se introdujo una cláusula general de responsabilidad del Estado que expresamente señala: "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*²⁸".

Analizados los antecedentes históricos de esta disposición se tiene que el

²⁶ La teoría del daño especial fue postulada por el Consejo de Estado por primera vez en la Sentencia de 29 de julio de 1947. Diario el Siglo S.A.

²⁷ Corte Constitucional. C-831 de 2001

²⁸ Artículo 90. Constitución Política

Constituyente estimó la necesidad de fundamentar un sistema de responsabilidad estatal que, en concordancia con la jurisprudencia ya decantada en principio por la H Corte Suprema de Justicia y posteriormente por esta Sección, fuera comprensiva no sólo de los regímenes tradicionales de falla y culpa, sino que, además, abarcara los de estirpe objetiva, entre ellos, expresamente, la concepción del daño especial. Así lo explicó el Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero al rendir ponencia ante la Asamblea Nacional:

“Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal, De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del servicio público”, dentro de la cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de “la responsabilidad por daño especial”.

“En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de un título jurídico válido y que exceda el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social”.

Resulta claro, entonces, que la razón de ser del artículo 90 fue la de resaltar el papel central de la víctima - y no del Estado- en la dilucidación de los casos en los cuales se controvertiera la existencia de la responsabilidad estatal. Tal visión resulta concordante con la consagración del Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho en el cual la dignidad de los individuos ha pasado a ser la base y el centro del ordenamiento jurídico. Así, en efecto, lo explicó la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos:

“La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece pues sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social.

El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho.

En este sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia”.

En ese orden de ideas, la Sección Tercera ha entendido que la consagración del nuevo ordenamiento constitucional resulta omnicompreensiva de todos los regímenes de imputación decantados por la jurisprudencia. Así lo ha expuesto esta Sala:

"No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (imputatio iure) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política²⁹".

"De la misma línea de pensamiento ha sido la Corte Constitucional, Corporación que en sentencia C--333 de 1996 estudió la constitucionalidad del artículo 50 de la ley 80 de 1993 que prescribe "las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas", para concluir que si bien en el caso planteado por la norma -conducta antijurídica- era clara la obligación de responder a cargo del Estado, lo cierto es que esa disposición no abarcaba la totalidad de los supuestos contemplados por el artículo 90 superior que parte, no de la conducta, sino del daño antijurídico causado, razón por la cual debió declarar su exequibilidad condicionada, y explicó así su criterio:

"La simple lectura de la norma muestra que el título para poder imputar al Estado la responsabilidad por un daño en materia contractual es el carácter antijurídico, no del daño en sí mismo considerado, sino de las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones de las entidades. Ahora bien, ninguna objeción constitucional se puede hacer a que el Estado deba responder por un daño derivado de una conducta antijurídica que le sea imputable. Sin embargo, el problema reside en que el intérprete puede considerar que éste es el único fundamento de la responsabilidad contractual del Estado, lo cual genera interrogantes pues, como bien lo plantea la actora, ello implica potencialmente una reducción del alcance del artículo 90 de la Carta en el ámbito contractual, ya que si bien toda actuación antijurídica del Estado que provoca un perjuicio a un particular implica la existencia de un daño antijurídico indemnizable, lo cierto es que, como ya se mostró, no todo daño antijurídico supone una conducta antijurídica de la administración pues ésta puede ser legítima (...)

"...Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 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".

Como viene a resultar de todo lo anteriormente visto, no aparecen como razonables, ni histórica, ni jurídicamente, las voces que pretenden entender el

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

artículo 90 constitucional como una norma basada únicamente en el criterio de la causalidad fáctica, dirigida a la acción u omisión de los agentes estatales, toda vez que dicha hermenéutica desconoce el verdadero alcance y sentido del precepto superior que consulta la totalidad de valores y principios asentados en la Carta Política, debiéndose recalcar que su consagración como norma de rango superior fue la conclusión de un proceso histórico que venía encontrando la obligación del Estado de responder no solo en caso de falla o culpa de sus agentes, sino también en otros eventos en los que el daño ocurría por efecto de circunstancias fácticas desligadas **fisicamente** del actuar de la entidad estatal, pero que comprometían su responsabilidad toda vez que obedecían a causas que **jurídicamente** le eran imputables y porque, además, ocasionaban el rompimiento de las cargas públicas de los individuos.

7. Al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos. Los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia.

En la actualidad, las decisiones judiciales que se consideran admisibles son únicamente aquellas que tienen como sustento, criterios o parámetros distinguibles que puedan ser revisados y analizados desde una órbita externa a la decisión misma. Bajo esa perspectiva, cada providencia judicial conlleva una elección entre diferentes opciones de solución, que, según el criterio del fallador, se escoge por mostrarse como la más adecuada al caso concreto.

En ese orden de ideas, la razón por la cual se exige al juez dicha motivación tiene que ver con la necesidad de observar el itinerario recorrido para la construcción y toma de la decisión adoptada, de manera que se disminuya el grado de discrecionalidad del fallador quien deberá siempre buscar la respuesta más acertada, garantizando así una sentencia argumentada, susceptible de ser controvertida en tal motivación por vía de impugnación por las partes que se vean perjudicadas.

En el caso colombiano, la obligatoriedad de motivación de las sentencias judiciales, encuentra su antecedente más cercano en el artículo 163 de la Constitución de 1886³⁰, regla ésta que fue excluida de la Carta Política de 1991 y que vino a ser incorporada de nuevo con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia³¹. Así mismo, el Código Contencioso Administrativo contempla los elementos esenciales que deben contener las sentencias judiciales, entre los cuales aparece de manera expresa la necesidad de motivación³².

En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad

³⁰ Inicialmente correspondía al Artículo 161 que disponía: "Toda sentencia deberá ser motivada".

³¹ Artículo 55: "Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales. La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: "Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley". La pulcritud del lenguaje, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios".

³² Artículo 170. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.

extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia.

- 8. El caso concreto. Al estar demostrado que el daño causado a la actora, pese a ser desde luego causado por subversivos ajenos a la demandada, se dio dentro del marco del conflicto armado interno, se compromete la responsabilidad estatal a título de daño especial.**

En el presente caso se encuentra probada la ocurrencia de un ataque perpetrado por subversivos a la estación de policía de Silvia (Cauca), confrontación en la cual, los atacantes causaron averías y destrozos a las viviendas circundantes, entre ellas, la de la señora MARIA HERMENZA TUNUBALA.

No se encuentra probado que la demandada hubiese omitido tomar las medidas preventivas adecuadas en este evento, así como tampoco que hubiere sido informada previamente de la inminencia del ataque, ni existe prueba en el proceso indicativa de alguna circunstancia reprochable de su actuar en este caso; es decir, bajo esa perspectiva no existe la posibilidad de imputar la responsabilidad del Estado a título de falla en el servicio.

No obstante lo anterior, la ausencia de falla en el servicio en estos casos no puede llevar automáticamente a la exoneración de responsabilidad estatal, por cuanto el nuevo orden constitucional impone que se analice el daño antijurídico desde la óptica de las víctimas, quienes se han visto obligadas a soportar un daño que en ningún momento tenían por qué asumirlo.

Como sea que los hechos que dieron lugar al daño por el cual hoy se reclama ocurrieron en el marco del conflicto armado interno³³ y resulta evidente que es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones

³³ En lo que concierne a la definición de Conflicto Armado Interno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Tablada" – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997, lo definió de la siguiente manera.

"En contraste con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados".

que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas. No otra cosa es lo que la Sección entendió cuando plasmó las siguientes reflexiones³⁴:

"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, para utilizar la conceptualización del jurista y filósofo Dr. NORBERTO BOBBIO, se impone preguntar: la población inocente que la padece y sufre, tendrá que soportar ella sola el daño que la misma le causa?. Para ese hombre del común, que no tiene el control de la guerra, ya que prácticamente no tiene miedo a morir, sino vergüenza de sobrevivir, podrá un estado que se dice Social de Derecho y Solidario y fundado en la dignidad de la persona humana, dejarlo solo, abandonado, sin indemnizarle el daño que el conflicto que él no ha creado le produce?. 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".

(...)

"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. Como es bien sabido, ella es la idea fundamental en el concepto de justicia, como lo recuerda John Rawls, en su obra 'Justicia como Equidad'. Por ello enseña:

" 'La cuestión de la equidad surge cuando personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras se embarcan en una actividad conjunta y establecen o reconocen entre ellas las reglas que definen esa actividad y que determinan las respectivas cuotas en LOS BENEFICIOS y LAS CARGAS. Una práctica parecerá equitativa a las partes si ninguno siente que, por participar en ella, él o alguno de los demás está sacando ventaja, o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. Esto implica que cada uno tiene una concepción de lo que son pretensiones legítimas, y piensa que es razonable que los otros la reconozcan tanto como él. Si se piensa en los principios de justicia como surgiendo de la forma descrita, entonces esos principios definen ese tipo de concepción. Una práctica es justa o equitativa, pues, cuando satisface los principios que los que en ella participan podrían proponerse unos a otros para su mutua aceptación en las circunstancias antes mencionadas. Las personas embarcadas en una práctica justa, o EQUITATIVA, pueden mirarse unas a otras abiertamente y defender sus respectivas posiciones -si es que parecieran cuestionables- por referencia a principios que es razonable esperar que cada uno acepte.

" 'Es esta idea de la posibilidad de un mutuo reconocimiento de principios por personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras la que hace que el CONCEPTO DE EQUIDAD sea fundamental para la justicia'.

"Al dejar bien precisado que esta sentencia se informa también en la EQUIDAD, quede en claro que para llegar a ella la Sala ha hecho suya la

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera Consejero ponente: Julio César Uribe Acosta. Sentencia de 9 de febrero de 1995, Exp 9550

perspectiva de cuestionamiento que el ilustre filósofo aconseja al Juez, cuando le exige: '...determinar qué pensaría que es justo e injusto si cada uno de esos intereses fuera tan enteramente el suyo como de hecho son los de otras personas, y de prestar su juicio sobre el caso tal como le parece que su sentido de la justicia exige tras haber articulado en su mente con todo cuidado los problemas que hay que decidir' (Obra citada, pág.3). En otras palabras: Cualquiera de los magistrados que integran la Sala, de encontrarse en las mismas circunstancias externas de los demandantes, también habrían demandado del Estado la indemnización correspondiente, pues el derecho es justicia o no es".

C) Frente a los sectores de opinión pública que suelen inquietarse por la lluvia de condenas millonarias contra el Estado, por deducción de responsabilidad, a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Nacional, debe quedar en claro que si bien ellas pueden ser una vena rota en el presupuesto, su monto no da margen para criticar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues el texto citado de la Carta no fue elaborado por sus integrantes, sino que obedece a la más pura filosofía jurídica universal, y fue fruto del sentimiento discrepante de la Asamblea Nacional Constituyente. Tradicionalmente se ha enseñado que quien causa un daño a otro debe indemnizarlo, y que la reparación del mismo, debe ser total. Para llegar a estas verdades jurídicas no es menester indagar si el país es atrasado o no. Basta, simplemente, responder el interrogante que se formula el Profesor Jean Rivero cuando indaga: QUE PODIA DEMANDARSE DEL SERVICIO?. Y al contestar la pregunta, la respuesta es clara: Un Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos. Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al Juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no lo condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana. En la época en que organismos internacionales tienen competencia para examinar la conducta de la administración, a la luz de la ley y el derecho, será bueno que jueces extranjeros detecten falencias de valoración jurídica, en el contenido de los fallos nacionales por consideraciones que bien se pueden centrar en el miedo, la ignorancia o motivaciones de orden económico-presupuestal?: Llama la atención que para pagar cincuenta mil o cien millones de pesos anuales, por condenas contra la administración, no alcancen los recursos fiscales. Sin embargo, para atender otros frentes de la vida comunitaria, no ha faltado el dinero necesario. El presupuesto nacional acudió presuroso, en el pasado, a redimir el sector financiero, que mal administrado, bordeó la quiebra. Para buscar la paz, se han invertido grandes sumas de dinero en busca de la readaptación de los guerrilleros, y para mantener el régimen democrático se invierten en elecciones populares, bien frecuentes, de veinte mil a treinta mil millones de pesos. Sin embargo, a qué persona se le ocurre predicar que no haya más elecciones, o que no se inviertan sumas cuantiosas en la búsqueda de la paz.

"Hace mucho tiempo que los jueces en la justicia contencioso-administrativa han dejado, con imaginación, buena parte de las tesis jurídicas francesas, con el fin de idear soluciones para una realidad social bien distinta, como la colombiana. Sólo así se ha podido hacer justicia, para que no se predique que tenemos una Colombia en el papel y otra en la realidad, esto es, una Constitución muy moderna, pero unos jueces muy anclados en el pasado, con la filosofía de que el Estado no puede cometer error. La línea de conducta fue trazada hace mucho tiempo por HAURIOU cuando predicaba: 'Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en

estos dos vocablos: QUE ACTUE, pero que obedezca la ley; que ACTUE, pero que PAGUE EL PERJUICIO'.

"Es verdad que en la materia es necesario ATERRIZAR, pero ese mensaje no puede ser para la justicia contencioso-administrativa, que ha mucho tiempo tocó pista sin perder el manejo de los valores y de los principios que informan la bella ciencia del derecho, y que permiten también DECOLAR cuando sea necesario. La invitación a hacer un derecho a la medida del país no podrá entenderse nunca como "MEDIDA DE LO ARBITRARIO", de lo "INJUSTO", de lo "VIOLENTO", porque cuando se trata de tomar tales medidas no aparecen mensajes muy alentadores. "El Juez colombiano, si quiere ser justo, tiene que volar más alto, porque el medio social en que se mueve no es paradigma de las mejores virtudes sociales. Tampoco debe permitir que sus decisiones sean ambientadas en ningún medio, o por persona alguna, no obstante la prestancia política, jurídica, o académica que ella ostente".

Ahora, en cuanto al título de imputación como herramienta de motivación que debe ser aplicado para dar respuesta al caso concreto, la Sala considera que, en aras de materializar el valor justicia³⁵, la responsabilidad del Estado en este caso se ha comprometido a título de daño especial, por entenderse que no hay conducta alguna que pueda reprochársele a entidad demandada, quien actuó dentro del marco de sus posibilidades, así como tampoco se puede reprochar la conducta de la actora, quien se presenta como habitante del pequeño poblado de Silvia, víctima indirecta de un ataque dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil y que, en tales circunstancias le causó un perjuicio en un bien inmueble de su propiedad, trayendo para ella un rompimiento de las cargas públicas que debe ser indemnizado.

Y es que si bien ha sido claro para la Sección Tercera que la teoría del daño especial exige un factor de atribución de responsabilidad al Estado, es decir, que el hecho causante del daño por el que se reclame pueda imputársele jurídicamente dentro del marco de una "actuación legítima", esta "actuación" no debe reducirse a la simple verificación de una actividad en estricto sentido físico, sino que comprende también aquellos eventos en los

³⁵ *De lo anterior se desprende, entonces, que el título jurídico más correcto para determinar la responsabilidad de reparar un daño será aquel que pase el análisis como el más justo. Pero ¿Qué es lo justo?. Es bien sabido que el tema es particularmente álgido en nuestros días y admite muchos enfoques de escuelas del pensamiento jurídico. No obstante si partimos de la aceptación de que la justicia es dar a cada uno lo suyo según la celeberrima sentencia de Ulpiano podemos explorar una respuesta. En efecto, esta definición, permite comprender lo que es la injusticia, que contrario a reconocer el Derecho, implica desconocerlo, lesionarlo, negarlo.*

que la imputación es principalmente de índole jurídica y tiene como fuente la obligación del Estado de brindar protección y cuidado a quienes resultan injustamente afectados.

En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado.

Finalmente, en cuanto al hecho de un tercero propuesto por la parte demandada como eximente de responsabilidad, ha de decir la Sala, como consecuencia de todo lo anteriormente dicho, no aparece configurado en este caso por cuanto la obligación indemnizatoria que se deduce no parte de la determinación del causante del daño, -fuerzas estatales o miembros de los grupos alzados en armas-, sino que, como se vio previamente, proviene del imperativo de protección de la víctima en aplicación de los principios de justicia y equidad³⁶.

³⁶ Lo antes dicho, no resulta un razonamiento novedoso, sino que, por el contrario, proviene de vieja data. En sentencia de 7 de abril de 1994, exp 9261 ya la Sección había dicho:

"Así las cosas, la Sala concluye que no hay prueba que permita establecer quien disparó el arma que lesionó a la menor. 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, sin que exista la posibilidad de practicar una prueba técnica sobre el proyectil por cuanto éste salió del cuerpo de la menor. Pero lo que sí no ofrece ninguna duda es que la menor sufrió un daño antijurídico que no tenía por qué 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; por consiguiente, la decisión correcta fue la tomada por el a - quo, en virtud de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda".

En caso similar al hoy estudiado, en sentencia de 8 de agosto de 2002, con ponencia del Dr Ricardo Hoyos Duque se afirmó:

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

En este régimen el hecho del tercero exonerará de responsabilidad a la administración sólo 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.

Así las cosas, fue acertada la decisión del a quo al declarar la existencia de responsabilidad estatal en este caso y, en consecuencia, se impone, en este aspecto, la confirmación de la sentencia impugnada, siendo del caso analizar ahora el otro motivo de inconformidad planteado en el recurso de alzada, como es el referido al monto del perjuicio material reconocido, el que -a juicio de la demandada- resulta exagerado.

Revisada la condena impuesta, encuentra la Sección que el Tribunal a quo acogió las conclusiones a que llegó el dictamen pericial practicado en el proceso y que no fue objetado por las partes dentro del mismo. En dicho elemento probatorio se estableció que el inmueble no resultó ciertamente destruido, sino que había sufrido daños internos susceptibles de ser reparados y, con fundamento en una relación de costos anexa, estimó el valor total de las obras a realizar en la suma de \$10.836.400.

Del análisis del dictamen al que se acaba de hacer referencia, la Sección encuentra que su formulación se halla ajustada a la realidad probada dentro del proceso, toda vez que se limitó a detallar cuáles fueron los daños causados al inmueble por el ataque subversivo, a lo que aparejó una relación pormenorizada de costos de reparación debidamente sustentada, sin que pueda decirse con fundamento que los valores en ella consignados fuesen arbitrarios, por lo que no existe razón alguna para alejarse de las conclusiones en él contenidas y por ello, deberán desestimarse los reparos expuestos respecto de este punto en el recurso de la demandada al encontrarlos carentes de sustento probatorio.

9. Actualización de la condena.

Finalmente es del caso realizar la actualización de la condena reconocida en primera instancia para lo cual se tendrá en cuenta la siguiente fórmula:

Y todo esto sin importar quién sea el autor material del daño que se cause durante la confrontación, es decir, si durante un enfrentamiento armado entre agentes estatales y un grupo al margen de la ley, por ejemplo, se causa una lesión a un particular ajeno a esa confrontación, para efectos de establecer la responsabilidad del Estado no es necesario que la lesión haya sido causada por uno de sus agentes. (Negritas fuera de texto).

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

Ra: Valor actualizado a obtener

Rh: Valor reconocido por el dictamen.

Ipc (f): Último índice de precios conocido (marzo de 2012)

Ipc (i): Índice de precios a la fecha del dictamen (julio de 2000)

Fecha dictamen 25 de julio de 2000

Fecha de la providencia. Marzo de 2012

$$Ra = \$10.836.400 \times \frac{110,76}{60,96}$$

Ra= 19.688.970,86

10. Costas.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sección se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el día 20 de abril de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, la cual quedará de la siguiente manera:

"PRIMERO. Declarar administrativamente responsable a la NACION- MIN DEFENSA- POLICIA NACIONAL por los daños sufridos en su vivienda por la señora MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA en hechos sucedidos el día 19 de mayo de 1999 en la población de Silvia (Cauca) con motivo del ataque perpetrado por un grupo guerrillero en contra de las instalaciones de la Policía.

SEGUNDO. CONDENAR a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL al pago de la suma de DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS CON OCHENTA Y SEIS PESOS (\$19.688.970,86) a favor de la señora MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA, autorizándose a la demandada a realizar los descuentos a que hubiere lugar en caso de demostrarse que se le han entregado subsidios o ayudas económicas por la misma causa jurídica.

TERCERO. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. Dese cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A."

QUINTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO. Sin costas (Art. 55 de la ley 446 de 1998.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE, PUBLIQUESE Y DEVUELVASE.

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

PRESIDENTE

**HERNAN ANDRADE RINCON
PALACIO**

RUTH STELLA CORREA

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ
BOTERO**

ENRIQUE GIL

**DANILO ROJAS BETANCOURTH
GAMBOA**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

**OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
BARRERA.**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO

**SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA**

**INAPLICACIÓN DEL DAÑO ESPECIAL / FALLA EN EL SERVICIO / HECHO DE UN
TERCERO - Inexistencia / NEXO DE CAUSALIDAD / AUSENCIA DE IMPUTACIÓN**

La responsabilidad de la administración con fundamento en un régimen de daño especial se genera cuando el Estado, a través de sus servidores, realiza una

actividad legítima con la cual ocasiona un daño a miembros de la sociedad, rompiendo así el equilibrio de las cargas públicas, situación que no tiene porque ser soportada por parte de los administrados. Se observa entonces, que debe existir un rompimiento en la igualdad de cargas que los administrados deben sobrellevar y una clara relación de causalidad entre la actividad legítima desplegada por la administración y el daño que ha sufrido el perjudicado, por ende, no le serán imputables al Estado las conductas que hayan sido desarrolladas por terceros. (...) la actuación desplegada por los miembros de la Policía se desarrolló en concordancia con los deberes constitucionales y legales que se le han endilgado a esta institución, y por tanto, resulta equivocada la imputación de responsabilidad que se hace en cabeza de esta entidad ya que por el hecho de que ésta combata el ataque guerrillero no la hace responsable por los daños que el grupo insurgente ocasione a los habitantes de este territorio. Considero que las acciones ejecutadas por la parte demandada no tienen una relación directa con los daños sufridos por la demandante, es decir, no es evidente la existencia de un nexo de causalidad entre una acción u omisión de la entidad demandada y los perjuicios que debió soportar la actora en el caso concreto. (...) los daños que deben ser indemnizados por el Estado deben provenir de situaciones en donde se encuentre plenamente probado el nexo de causalidad existente entre la acción u omisión estatal en la respuesta a una situación concreta y el daño que con dicha conducta se generó al administrado, en todo caso los perjuicios originados en hechos de un tercero, serán una causal de eximente de responsabilidad estatal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012).

Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515)

Actor: MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

SALVAMENTO DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar las razones que me llevan a separar de la posición acogida por la mayoría de los miembros de la Sección Tercera en el presente asunto.

La providencia de la cual me aparto declara administrativamente responsable y condena patrimonialmente a la entidad demandada a indemnizar a la parte demandante por los daños que sufrió en el inmueble de su propiedad, con ocasión al ataque guerrillero dirigido en contra de la estación de la Policía Nacional ubicada en el municipio de Silvia (Cauca), el día 19 de mayo de 1999.

En este fallo, la Sala consideró que no era posible imputar la responsabilidad del Estado por una falla en la prestación del servicio de la demandada, sin embargo, esta situación, según se afirma, no genera una exoneración en la responsabilidad de la misma, toda vez que al estudiar el caso desde el enfoque de las víctimas se puede vislumbrar que se comprometió la responsabilidad del Estado a título de daño especial.

La responsabilidad de la administración con fundamento en un régimen de daño especial se genera cuando el Estado, a través de sus servidores, realiza una actividad legítima con la cual ocasiona un daño a miembros de la sociedad, rompiendo así el equilibrio de las cargas públicas, situación que no tiene porque ser soportada por parte de los administrados.

Se observa entonces, que debe existir un rompimiento en la igualdad de cargas que los administrados deben sobrellevar y una clara relación de causalidad entre la actividad legítima desplegada por la administración y el daño que ha sufrido el perjudicado, por ende, no le serán imputables al Estado las conductas que hayan sido desarrolladas por terceros.

En el asunto *sub examine* se encuentra acreditado " ... que el día 19 de mayo de 1999, se produjo ciertamente, como señala la demanda, un ataque subversivo contra la Estación de Policía del municipio de Silvia, en el cual resultó afectada la vivienda de la señora TUNUBALA ARANDA, dada su colindancia con el cuartel policial". (mayúsculas del texto original)

Igualmente, cabe señalar, de acuerdo con el material probatorio reseñado, que los miembros de la Policía Nacional intentaron repeler la agresión hasta que las instalaciones quedaron en el suelo, por lo que es dable afirmar que los daños que se ocasionaron a varios inmuebles del municipio de Silvia, en la

fecha antes mencionada, se originaron en el ataque inminente e imprevisible que el grupo subversivo de las FARC lideró en contra de la estación de Policía ubicada en este municipio.

Por lo anterior, resulta evidente que, la actuación desplegada por los miembros de la Policía se desarrolló en concordancia con los deberes constitucionales y legales que se le han encomendado a esta institución, y por tanto, resulta equivocada la imputación de responsabilidad que se hace en cabeza de esta entidad ya que por el hecho de que ésta combata el ataque guerrillero no la hace responsable por los daños que el grupo insurgente ocasione a los habitantes de este territorio.

Considero que las acciones ejecutadas por la parte demandada no tienen una relación directa con los daños sufridos por la demandante, es decir, no es evidente la existencia de un nexo de causalidad entre una acción u omisión de la entidad demandada y los perjuicios que debió soportar la actora en el caso concreto.

Condenar a la Policía Nacional por el hecho de participar en el enfrentamiento armado sin ser ésta la causante directa de los perjuicios, conlleva a una indeterminación en el actuar de esta entidad, ya que si no hace frente a las instigaciones armadas, omite el cumplimiento de sus funciones, pero si las cumple podrá ser responsable de los perjuicios que sean ocasionados por la única razón de que actuó.

Resulta distinta la posición en donde se le imputa responsabilidad al Estado cuando ejecuta operaciones que buscan cumplir los deberes y obligaciones constitucionales y legales que se les ha encomendado y con esta específica conducta se causa un perjuicio a un ciudadano, el cual sobrepasa las cargas que toda persona debe soportar por el hecho de vivir en comunidad.

Por ende, los daños que deben ser indemnizados por el Estado deben provenir de situaciones en donde se encuentre plenamente probado el nexo de causalidad existente entre la acción u omisión estatal en la respuesta a una situación concreta y el daño que con dicha conducta se generó al

administrado, en todo caso los perjuicios originados en hechos de un tercero, serán una causal de eximente de responsabilidad estatal.

Finalmente, debo resaltar que, la posición aquí adoptada no conlleva un olvido de las víctimas que han sido afectadas por ataques de estos grupos subversivos, la que quiero destacar es que el Estado debe ser condenado patrimonialmente solamente en aquellos asuntos en los cuales se demuestre el nexo de causalidad existente entre la acción u omisión estatal con el daño sufrido, en los demás casos deberán actuar los mecanismos que han sido creados legislativamente con el propósito de proveer asistencia a las personas que han sido afectadas con estos hechos.

En consecuencia, considero respetuosamente que la decisión tomada en la providencia de la cual me aparto debió revocar la sentencia de 20 de abril de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, ya que, a mi juicio, no se demostraron los elementos necesarios para declarar administrativamente responsable a la entidad demandada.

Por lo anteriormente expuesto, explico las razones que me llevaron a discrepar con la decisión tomada en la sentencia de la referencia.

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Consejero de Estado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL DOCTOR DANILO ROJAS BETANCOURTH

DAÑOS CAUSADOS POR UN TERCERO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO / INAPLICACIÓN DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DEL DAÑO ESPECIAL / INEXISTENCIA DE ACTUACIÓN LEGÍTIMA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CAUSACIÓN DEL DAÑO

En el caso sometido a la consideración de la Sala, no está probado que el daño se haya originado en una actuación legítima de la administración, puesto que no existe evidencia de que las afectaciones de la vivienda de propiedad de la demandante hayan sido causadas por los agentes de la Policía Nacional. De hecho, dado el tipo de armamento empleado por los insurgentes

para atacar la estación de policía y otros edificios públicos -cilindros de gas y granadas- y la proximidad de la vivienda a estas instalaciones, es perfectamente posible que dichas afectaciones sólo sean atribuibles a la acción de los guerrilleros. (...) Esta circunstancia hacía inaplicable el título de daño especial al caso concreto, pues éste necesariamente exige que el daño se origine en una actuación legítima de la administración y que ella comporte para quien lo padece el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando la construcción de una obra pública genera fisuras o agrietamientos a los inmuebles aledaños y ocasiona, por tanto, un perjuicio material a sus propietarios o poseedores.

DAÑOS CAUSADOS POR UN TERCERO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD NO ES CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

[E]l principio de solidaridad, del cual se deriva la obligación de "brindar protección y asistencia a las víctimas de la confrontación", no puede tomarse como criterio de atribución de responsabilidad sin desconocer los principios que sustentan la obligación de reparar que es exigible al Estado en casos de graves violaciones a los derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno. (...) el deber de solidaridad -en el cual descansa enteramente la teoría del daño especial- no puede servir como criterio para atribuir responsabilidad al Estado por los daños ocurridos en el marco del conflicto armado interno pues ello implica desconocer que el Estado es una de las partes enfrentadas en la confrontación y que, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene a su cargo la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción.

DAÑOS CAUSADOS POR UN TERCERO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO / DAÑO IMPUTABLE AL ESTADO CON FUNDAMENTO EN EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD / RIESGO CONFLICTO

En el caso concreto, considero que el daño podía imputarse al Estado con fundamento en el principio de responsabilidad, no de solidaridad, y con apoyo en una nueva categoría de riesgo, distinta a las ya definidas por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (riesgo-peligro, riesgo-beneficio y riesgo-álea), que se deriva de la confrontación armada con los grupos armados ilegales que le disputan al Estado el control del territorio y el monopolio del uso de la fuerza. (...) Esta categoría de riesgo, que podría denominarse riesgo-conflicto, surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades.

DAÑOS CAUSADOS POR UN TERCERO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO / DAÑOS OCASIONADOS POR GRUPOS SUBVERSIVOS

**CONTRA BIENES E INSTALACIONES DEL ESTADO Y SUBSECUENTEMENTE
CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL / RIESGO EXCEPCIONAL**

[L]os atentados cometidos por la guerrilla contra un "objeto claramente identificable como Estado" en el marco del conflicto interno armado, tales como estaciones de policía o cuarteles militares, pueden ser imputados al Estado a título de riesgo excepcional no porque estos bienes e instalaciones puedan ser considerados peligrosos en sí mismos -como sí ocurre con los objetos que encuadran dentro de la categoría riesgo-peligro (p.e. armas de dotación oficial, químicos o instalaciones eléctricas)-, sino porque la dinámica misma del conflicto armado ha hecho que la cercanía a ellos genere para la población civil el riesgo de sufrir afectaciones en su vida, su integridad personal y su patrimonio en razón a que son blanco de continuos y violentos ataques por parte de la guerrilla que los considera objetivos militares. (...) para que pueda imputarse responsabilidad administración a título de riesgo excepcional por los daños derivado, ataques guerrilleros contra bienes o instalaciones del Estado es necesario que el factor de imputación, esto es, el riesgo, exista realmente, lo cual puede acreditarse a través de documentos, informes oficiales u otro medio probatorio, que den cuenta de la situación de orden público en la región, o también puede inferirse a partir de la existencia de antecedentes de ataques similares al mismo municipio o de municipios aledaños, de la noticia de la presencia de actores armados en la región, y de los medios que se utilizaron para perpetrar el ataque. (...) Sin perjuicio de lo anterior, estimo que en la medida en que el Estado participa consciente y deliberadamente en la creación del riesgo, debe adoptar todas las medidas de precaución, contención y defensa a su alcance para minimizarlo y para evitar que se materialice, pues si no lo hace y facilita la actuación de los grupos armados ilegales, se configura una ostensible falla del servicio que da lugar a un juicio de responsabilidad de naturaleza distinta, fundado en el incumplimiento del deber positivo de protección que le es exigible, no sólo respecto de las personas civiles, sino de quienes participan en las hostilidades.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012).

Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515)

Actor: MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

ACLARACIÓN DE VOTO

1. Al decidir de fondo el asunto de la referencia, la Sala consideró que los títulos de imputación desarrollados por la jurisprudencia son solo "una manera práctica de justificar y encuadrar, desde una perspectiva constitucional y legal, los diversos casos traídos a su consideración, sin que ello signifique que existe un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado título de imputación".

2. Y con base en esta perspectiva, concluyó que "el uso de tales títulos debe estar en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado (. ..)".

3. No obstante, considero que el uso que se hizo en este caso del régimen de daño especial para atribuir responsabilidad al Estado por los daños causados a la señora María Hermenza Tunubalá durante el ataque perpetrado por la guerrilla de las FARC a la estación de policía del municipio de Silvia (Cauca), no solo no estuvo en consonancia con la realidad probatoria del proceso, sino que tampoco se ajusta a los principios que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado en hechos que, como el que ahora se discute, comportan infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno.

4. En el caso sometido a la consideración de la Sala, no está probado que el daño se haya originado en una actuación legítima de la administración, puesto que no existe evidencia de que las afectaciones de la vivienda de propiedad de la demandante hayan sido causadas por los agentes de la Policía Nacional. De hecho, dado el tipo de armamento empleado por los insurgentes para atacar la estación de policía y otros edificios públicos - cilindros de gas y granadas- y la proximidad de la vivienda a estas

instalaciones, es perfectamente posible que dichas afectaciones sólo sean atribuibles a la acción de los guerrilleros.

5. Esta circunstancia hacía inaplicable el título de daño especial al caso concreto, pues éste necesariamente exige que el daño se origine en una actuación legítima de la administración y que ella comporte para quien lo padece el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando la construcción de una obra pública genera fisuras o agrietamientos a los inmuebles aledaños y ocasiona, por tanto, un perjuicio material a sus propietarios o poseedores.

6. Ahora bien, la sentencia de la cual me aparto toma en cuenta esta objeción al señalar que fue justamente la imposibilidad de establecer una relación de causalidad entre la actuación de la administración y los daños que se originan en ataques guerrilleros contra cuarteles militares o estaciones de policía -en los cuales no existe certeza si el daño es atribuible fácticamente a la fuerza pública o a los guerrilleros- lo que motivó que en años anteriores la Sección Tercera del Consejo de Estado abandonara - aunque no de forma definitiva- este título de imputación para casos semejantes³⁷.

7. Pero, intenta superarla indicando que la noción de "actuación legítima", sobre la cual descansa la teoría del daño especial, "no debe reducirse a la simple verificación de una actividad en estricto sentido físico, sino que comprende también aquellos eventos en los cuales la imputación es de índole principalmente jurídica y tiene como asidero la obligación del Estado de brindar protección y cuidado a quienes resultan injustamente afectados con [la] confrontación" armada que el Estado sostiene desde hace varios años atrás con los grupos subversivos.

8. A mi juicio, este planteamiento resulta equivocado porque el principio de solidaridad, del cual se deriva la obligación de "brindar protección y asistencia a las víctimas de la confrontación", no puede tomarse como criterio de

³⁷ Al respecto véase la sentencia de 9 de junio de 2010, esp. 17.623, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

atribución de responsabilidad sin desconocer los principios que sustentan la obligación de reparar que es exigible al Estado en casos de graves violaciones a los derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno.

9. Uno de esos principios es justamente el de responsabilidad que se deriva de los artículos 2 y 90 de la Constitución Política y de varios instrumentos internacionales de derechos humanos, que establecen a cargo del Estado la obligación de reparar a las víctimas de acciones y omisiones que le resulten atribuibles³⁸.

10. En concordancia con este planteamiento, la doctrina ha señalado que el principio de solidaridad puede servir para justificar el deber de prestar asistencia humanitaria a las poblaciones afectadas por las hostilidades³⁹, pero no la obligación de reparar a cargo del Estado, pues este encuentra fundamento en un principio distinto, que es el de responsabilidad:

(...) la atención humanitaria tiene como fuente, en el caso de los particulares, el humanitarismo o el principio de humanidad, que en el ordenamiento jurídico colombiano encuentra fundamento en el principio de solidaridad (art. 95, inciso 2 de la Constitución Política), y en relación con el Estado, en sus deberes de protección de los derechos fundamentales de las personas⁴⁰. Su propósito es ofrecer una ayuda temporal a las víctimas de desastres (derivados de catástrofes naturales o de conflictos armados), tendiente a garantizar la subsistencia, aliviar su sufrimiento y proteger su dignidad y derechos fundamentales en situaciones de crisis (. ..).

³⁸ Al respecto, los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobadas por la antigua Comisión de Derechos Humanos mediante resolución n.º 2005/35 del 19 de abril de 1995, establecen que “conforme a su derecho interno y sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones **que puedan atribuirse al Estado** y constituyen violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario” (principio 15).

³⁹ Al efecto, el artículo 9 de la Ley 782 de 2002, prorrogada por las Leyes 1106 de 2006 y 1421 de 2010 establece lo siguiente: “En desarrollo del principio de solidaridad social, y dado el daño especial sufrido por las víctimas, estas recibirán asistencia humanitaria, entendida por tal la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos esenciales, a fin de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados por los actos enunciados en el artículo 15 (...).”

⁴⁰ [19] Véase Corte Constitucional, sentencia SU-256 de 1996.

En tercer y último lugar, la fuente del deber estatal de reparación está conformada por los daños sufridos por las víctimas de crímenes atroces y el objetivo de dicho deber consiste en reparar tales daños a través de diversos mecanismos, como la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición, de forma tal que los efectos de los mismos desaparezcan y que se restablezca la dignidad de las víctimas. De conformidad con los estándares internacionales y constitucionales en la materia, el deber de reparar integralmente a las víctimas está en cabeza del Estado, incluso cuando los crímenes atroces no han sido cometidos por sus agentes⁴¹.⁴²

11. En similar sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional:

(. ..) no puede confundirse (. ..) la atención humanitaria que se presta de forma temporal a las víctimas en situaciones calamitosas, con la reparación debida a las víctimas de tales delitos, que comprende tanto el deber de procurar que sean los victimarios quienes en primera instancia reparen a las víctimas, como de manera subsidiaria sea el Estado quien deba asumir esa reparación en caso de renuencia de los victimarios o insuficiencia de la reparación brindada por estos⁴³.

12. De conformidad con lo anterior, considero que el deber de solidaridad - en el cual descansa enteramente la teoría del daño especial- no puede servir como criterio para atribuir responsabilidad al Estado por los daños ocurridos en el marco del conflicto armado interno pues ello implica desconocer que el Estado es una de las partes enfrentadas en la confrontación y que, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene a su cargo la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción.

⁴¹ [20] Véase, al respecto, Corte Constitucional, sentencia c-370 de 2006.

⁴² Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon, "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", en Catalina Díaz y otros (eds.), Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión. Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Bogotá, 2009, p. 45.

⁴³ Sentencia C-1199 de 2009, M.P. Nilson Pinilla. En el mismo sentido, véase la sentencia T-085 de 2009, M.P. Jaime Araújo Rentería y T-458 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

13. Afirmar que la tragedia que desangra al país desde hace años, y que ha significado para miles colombianos la destrucción de sus proyectos de vida, la desintegración de sus familias y la pérdida definitiva de sus posesiones ocasiona el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas no es más que un eufemismo. Esta tragedia es causa de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y, por tanto, hacerle frente a sus efectos no es un deber fundado en la solidaridad, sino una verdadera obligación a cargo del Estado.

14. Con lo dicho hasta el momento no quiero significar que el Estado tenga que responder patrimonialmente por todos los daños que surjan en el marco de la confrontación armada, pues un análisis cuidadoso de las circunstancias fácticas del caso puede llevar válidamente a la conclusión que no existe ninguna actuación u omisión atribuible a alguno de sus agentes que pueda tenerse como causa del mismo. Lo que intento sostener es que si el daño es imputable al Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política el criterio de atribución de responsabilidad no puede ser el principio de solidaridad porque éste se opone al de responsabilidad, que es justamente el que sustenta la obligación de reparar en casos de graves violaciones a los derechos humanos o de infracciones al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado interno.

15. En el caso concreto, considero que el daño podía imputarse al Estado con fundamento en el principio de responsabilidad, no de solidaridad, y con apoyo en una nueva categoría de riesgo, distinta a las ya definidas por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (riesgo-peligro, riesgo-beneficio y riesgo-álea), que se deriva de la confrontación armada con los grupos armados ilegales que le disputan al Estado el control del territorio y el monopolio del uso de la fuerza.

16. Esta categoría de riesgo, que podría denominarse riesgo-conflicto, surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la

.población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades⁴⁴

17. De esta forma, considero que los atentados cometidos por la guerrilla contra un "objeto claramente identificable como Estado" en el marco del conflicto interno armado, tales como estaciones de policía o cuarteles militares, pueden ser imputados al Estado a título de riesgo excepcional no porque estos bienes e instalaciones puedan ser considerados peligrosos en sí mismos -como sí ocurre con los objetos que encuadran dentro de la categoría riesgo-peligro (p.e. armas de dotación oficial, químicos o instalaciones eléctricas)-, sino porque la dinámica misma del conflicto armado ha hecho que la cercanía a ellos genere para la población civil el riesgo de sufrir afectaciones en su vida, su integridad personal y su patrimonio en razón a que son blanco de continuos y violentos ataques por parte de la guerrilla que los considera objetivos militares.

18. Ahora, desde un enfoque de teoría administrativa resulta extraña, por decir lo menos, la afirmación según la cual la simple presencia institucional constituye un factor generador de riesgo, máxime cuando muchas veces es esa presencia -lograda, por ejemplo, mediante el acantonamiento de la fuerza pública- la que permite al Estado conjurar o repeler las amenazas que para la vida y los bienes de la población civil implican las acciones de la delincuencia. Sin embargo, considero que de cara a la realidad del país, resulta imposible negar que existen zonas afectadas por fenómenos graves de violencia política en las que la cercanía a ciertos bienes e instalaciones del Estado, genera un riesgo cierto para las personas que viven o desarrollan sus actividades cotidianas en sus proximidades ya que éstos son blanco de continuos ataques de la guerrilla.

19. En el caso de las estaciones de policía, el riesgo adquiere un carácter tan cierto, grave y evidente que la Corte Constitucional, mediante sentencias de

⁴⁴ En este sentido, véase Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, exp. 18.536, C.P. Ruth Stella Correa.

tutela, ha señalado que, en ciertas condiciones, procede ordenar su traslado y reubicación con el fin de amparar los derechos fundamentales de las personas civiles y de evitar que con ocasión de la prestación del servicio de seguridad, protección y vigilancia, los ciudadanos se vean expuestos a cargas desproporcionadas que afecten su vida, su integridad o su patrimonio⁴⁵.

20. Es verdad que desde un enfoque normativo, no todos los objetos "claramente identificables como Estado" pueden ser considerados como factores generadores de riesgo, sino solamente aquellos que, según las normas del derecho internacional humanitario, revisten carácter militar⁴⁶, pues ellos no están protegidos por la prohibición general de convertirlos en blancos de ataques o represalias, como sí lo están los bienes de carácter civil. No

⁴⁵ Sentencia T-1206 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. De acuerdo con la Corte, para la prosperidad de la acción de tutela en estos casos es necesario que (i) el peligro o amenaza efectivamente se configuren, esto es, que exista una alta probabilidad de que ocurra un ataque armado de la guerrilla contra la estación de policía; (ii) exista un riesgo subjetivo excepcional contra la vida o la integridad física de un grupo de personas determinadas o determinables; y (iii) el retiro de la estación de policía no constituya una desmejora significativa y comprobada en la eficacia y eficiencia del servicio que su establecimiento en otro lugar no comporte un riesgo para la vida o la integridad de otro grupo humano en situación de igual o mayor indefensión. Con base en similares consideraciones, relativas a la observancia de los principios humanitarios de distinción, precaución y necesidad militar, pero con fundamento además en las normas del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, la Corte Constitucional, mediante auto de 23 de julio de 2012, C.P. Luis Ernesto Vargas Silva, ordenó al Ministerio de Defensa Nacional el retiro de la Escuela de Fuerzas Especiales e Infantería de Marina del territorio colectivo perteneciente al resguardo del pueblo indígena Jiw.

¹⁰ Según lo dispuesto en el artículo 52 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, los ataques se limitarán exclusivamente a los objetivos militares, los cuales comprenden *"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"*.

¹¹ Si bien el artículo 218 de la Constitución Política define a la Policía Nacional como "un cuerpo permanente de naturaleza civil", en Colombia se trata de un cuerpo armado que materialmente cumple funciones de contrainsurgencia y ello lo ubica dentro de la categoría de población combatiente. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, aunque desde una perspectiva conceptual puede afirmarse la conveniencia y necesidad de mantener la naturaleza civil de la policía, en la práctica esta división conceptual encuentra limitaciones derivadas del aumento de la violencia social, entre otros factores perturbadores del desarrollo institucional. En efecto, *"[e]stas circunstancias han determinado la existencia de una especie de 'zona gris' o 'fronteriza' en la cual se superponen los criterios de seguridad y defensa. Una parte de la doctrina sostiene que la ambigüedad propia de esta zona límite, es el resultado de la realidad social impuesta por los grupos armados que operan contra el Estado. El fenómeno de la militarización de la policía -esto es, la adopción de armas y actitudes propias de la táctica bélica-, según este punto de vista, corresponde a la adaptación que dicho cuerpo debe sufrir para cumplir sus objetivos en condiciones de perturbación del orden público. Es la gravedad de los delitos y de las amenazas lo que determina el papel defensivo y no meramente preventivo de la policía"*. Corte Constitucional, sentencia C- 453 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁴⁶ Según lo dispuesto en el artículo 52 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, los ataques se limitarán exclusivamente a los objetivos militares, los cuales comprenden *"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"*.

obstante, desde un punto de vista fáctico muchos bienes e instalaciones del Estado están ubicados en una "zona gris" entre lo civil y lo militar, por lo cual igual puede considerárselos como factores generadores de riesgo. Tal es el caso de las estaciones de policía⁴⁷, las cuales de hecho son objeto de continuos y violentos ataques por parte de la guerrilla que, en su afán por desestabilizar el poder político, emplea métodos de guerra indiscriminados y contrarios al principio, de distinción que comprometen la seguridad de la población civil.

21. De lo dicho hasta el momento podría inferirse que la proximidad a cualquier objeto claramente identificable como Estado genera para la ciudadanía, independientemente de cualquier otra consideración un riesgo de carácter excepcional. Sin embargo, es necesario precisar que, en tanto este riesgo se deriva de la existencia del conflicto armado e interno, su naturaleza es contextual, porque no en todos los municipios del país es factible que se produzca una incursión armada de la guerrilla un atentado grave contra la infraestructura del Estado. Y este hecho es, justamente, lo que le atribuye al riesgo su carácter excepcional. En efecto, es un hecho notorio que estas acciones tienden a concentrarse en pequeñas poblaciones, ubicadas en zonas del territorio nacional que ofrecen una ventaja estratégica desde el punto de vista militar, y en donde los actores armados ejercen una fuerte presencia y están en capacidad de perpetrar un ataque armado de gran impacto.

22. Así las cosas, para que pueda imputarse responsabilidad administración a título de riesgo excepcional por los daños derivado, ataques guerrilleros contra bienes o instalaciones del Estado es necesario que el factor de imputación, esto es, el riesgo, exista realmente, lo cual puede

⁴⁷ Si bien el artículo 218 de la Constitución Política define a la Policía Nacional como "un cuerpo permanente de naturaleza civil", en Colombia se trata de un cuerpo armado que materialmente cumple funciones de contrainsurgencia y ello lo ubica dentro de la categoría de población combatiente. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, aunque desde una perspectiva conceptual puede afirmarse la conveniencia y necesidad de mantener la naturaleza civil de la policía, en la práctica esta división conceptual encuentra limitaciones derivadas del aumento de la violencia social, entre otros factores perturbadores del desarrollo institucional. En efecto, "[e]stas circunstancias han determinado la existencia de una especie de 'zona gris' o 'fronteriza' en la cual se superponen los criterios de seguridad y defensa. Una parte de la doctrina sostiene que la ambigüedad propia de esta zona límite, es el resultado de la realidad social impuesta por los grupos armados que operan contra el Estado. El fenómeno de la militarización de la policía -esto es, la adopción de armas y actitudes propias de la táctica bélica-, según este punto de vista, corresponde a la adaptación que dicho cuerpo debe sufrir para cumplir sus objetivos en condiciones de perturbación del orden público. Es la gravedad de los delitos y de las amenazas lo que determina el papel defensivo y no meramente preventivo de la policía". Corte Constitucional, sentencia C- 453 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

acreditarse a través de documentos, informes oficiales u otro medio probatorio, que den cuenta de la situación de orden público en la región, o también puede inferirse a partir de la existencia de antecedentes de ataques similares al mismo municipio o de municipios aledaños, de la noticia de la presencia de actores armados en la región, y de los medios que se utilizaron para perpetrar el ataque.

23. Sin perjuicio de lo anterior, estimo que en la medida en que el Estado participa consciente y deliberadamente en la creación del riesgo, debe adoptar todas las medidas de precaución, contención y defensa a su alcance para minimizarlo y para evitar que se materialice, pues si no lo hace y facilita la actuación de los grupos armados ilegales, se configura una ostensible falla del servicio que da lugar a un juicio de responsabilidad de naturaleza distinta, fundado en el incumplimiento del deber positivo de protección que le es exigible, no sólo respecto de las personas civiles, sino de quienes participan en las hostilidades.

24. En los términos anteriores dejo consignada mi aclaración de voto.

echa ut supra



DANILO ROJAS BETANCOURTH

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA DOCTORA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

INAPLICACIÓN DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DEL DAÑO ESPECIAL / DAÑO CAUSADO POR UN TERCERO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO / OBLIGACION CONSTITUCIONAL - Socorrer a las víctimas del conflicto armado interno / OMISIÓN DE SOCORRO

[L]a Sala aplicó al caso de autos la teoría del daño especial y, fundada en ésta, declaró administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, por los daños ocasionados a la vivienda de la señora María Hermenza Tunubala Aranda, a raíz del ataque subversivo perpetrado -el 19 de mayo de 1999- en contra de la estación de policía de Silvia (Cauca). (...) Mi aclaración tiene que ver con que no le asiste razón a la Sección cuando acude, en el sub lite, al daño especial como título de imputación, dado que el inmueble de la demandante resultó afectado en un hostigamiento insurgente y no en el desarrollo -estricto- de una "actividad legítima" de la administración. (...) acompañó la decisión en cuanto procedía declarar la responsabilidad de la entidad demandada, toda vez que la actora sufrió un daño que no tenía que soportar y es al Estado a quien le corresponde, en cumplimiento de los cometidos constitucionales, socorrer a las víctimas del conflicto armado interno.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012).

Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515)

Actor: MARIA HERMENZA TUNUBALA ARANDA

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien acompaño la decisión adoptada por la Sala, disiento parcialmente de la motivación acogida por ésta en cuanto afirma -se destaca-:

*“Ahora, en cuanto al título de imputación como herramienta de motivación que debe ser aplicado para dar respuesta al caso concreto, la Sala considera que, en aras de materializar el valor justicia⁴⁸, **la responsabilidad del Estado en este caso se ha comprometido a título de daño especial**, por entenderse que no hay conducta alguna que pueda reprochársele a la entidad demandada, quien actuó dentro del marco de sus posibilidades, así como tampoco se puede reprochar la conducta de la actora, quien se presenta como habitante del pequeño poblado de Silvia, víctima indirecta de un ataque dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil y que, en tales circunstancias le causó un perjuicio en un bien inmueble de su propiedad, trayendo para ella un **rompimiento de las cargas***

⁴⁸ De lo anterior se desprende, entonces, que el título jurídico más correcto para determinar la responsabilidad de reparar un daño será aquel que pase el análisis como el más justo. Pero ¿Qué es lo justo?. Es bien sabido que el tema es particularmente álgido en nuestros días y admite muchos enfoques de escuelas del pensamiento jurídico. No obstante si partimos de la aceptación de que la justicia es dar a cada uno lo suyo según la celeberrima sentencia de Ulpiano podemos explorar una respuesta. En efecto, esta definición, permite comprender lo que es la injusticia, que contrario a reconocer el Derecho, implica desconocerlo, lesionarlo, negarlo.

públicas que debe ser indemnizado.

Y es que si bien ha sido claro para la Sección Tercera que la teoría del daño especial exige un factor de atribución de responsabilidad al Estado, es decir, que el hecho causante del daño por el que se reclame pueda imputársele jurídicamente dentro del marco de una "actuación legítima", esta "actuación" no debe reducirse a la simple verificación de una actividad en estricto sentido físico, sino que comprende también aquellos eventos en los que la imputación es principalmente de índole jurídica y tiene como fuente la obligación del Estado de brindar protección y cuidado a quienes resultan injustamente afectados.

En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado."

Como se puede observar, la Sala aplicó al caso de autos la teoría del daño especial y, fundada en ésta, declaró administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, por los daños ocasionados a la vivienda de la señora María Hermenza Tunubala Aranda, a raíz del ataque subversivo perpetrado -el 19 de mayo de 1999- en contra de la estación de policía de Silvia (Cauca).

Mi aclaración tiene que ver con que no le asiste razón a la Sección cuando acude, en el *sub lite*, al daño especial como título de imputación, dado que el inmueble de la demandante resultó afectado en un hostigamiento insurgente y no en el desarrollo -estricto- de una "actividad legítima" de la administración. En este orden, cabe recordar lo que la jurisprudencia ha señalado en relación con la figura -se resalta-:

"Cabe precisar que 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).

*Y el Estado responde bajo el título de imputación de **daño especial**, cuando concurren los siguientes elementos: **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 administración⁴⁹.*

(...)

*En este sentido, vale destacar que los daños causados durante una confrontación armada entre el Estado y un grupo subversivo, a las personas ajenas al conflicto que para su infortunio estuvieran cerca, no son imputables al Estado a título de daño especial, porque la aplicación de este régimen, 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***".⁵⁰

No obstante lo anterior, acompaño la decisión en cuanto procedía declarar la responsabilidad de la entidad demandada, toda vez que la actora sufrió un daño que no tenía que soportar y es al Estado a quien le corresponde, en cumplimiento de los cometidos constitucionales, socorrer a las víctimas del conflicto armado interno.

En los términos anteriores dejo consignado mi disenso.

Fecha *ut supra*.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Consejera de Estado

⁴⁹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1991, Radicación No. 6453, Actor: Tomás A. Badillo de Ángel y otros, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁵⁰ Consejo de Estado, sentencia del 9 de junio de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

