

## **DAÑO ANTIJURIDICO - Existencia / ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO - Propiedad / TITULARIDAD DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL - Prueba**

Está demostrado en el proceso que el señor EDER ANTONIO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, es el propietario del establecimiento de comercio denominado La Orquídea -ubicado en la calle 29 con carrera 6 en la ciudad de Montería – Departamento de Córdoba, el cual funciona en un local comercial que tiene arrendado y en el cual también tiene el lugar de su residencia. Considera la Sala pertinente señalar que para acreditar la titularidad del establecimiento de comercio, la parte actora allegó copia de un documento que dice provenir de la Cámara de Comercio de Montería, y en el que se dice certificar la propiedad del mencionado establecimiento de comercio, el cual se encuentran en copia simple y por tanto carece de valor probatorio en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, dado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretenda hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria. Al respecto, se aclara que la ausencia de la copia auténtica o del original del certificado de Cámara de Comercio sobre la titularidad del establecimiento de comercio, si bien constituye un documento idóneo para acreditar tal circunstancia, el mismo no es el única prueba con la que pueda demostrarse dicha propiedad, toda vez que en el sistema probatorio colombiano se acogió el sistema de la libre apreciación de la prueba. En efecto, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil establece que “las pruebas deberán apreciarse en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”, es decir, que el juez se encuentra facultado para realizar una evaluación del material probatorio de manera amplia para obtener, mediante razonamientos lógicos y de inferencia, la certeza sobre los hechos que se discuten en el proceso. Ahora bien, la vigencia del sistema de la libre apreciación de la prueba, no implica que el ordenamiento jurídico no exija, para efectos de acreditar ciertos hechos, que al proceso se aporten determinadas pruebas, en ausencia de las cuales los mismos no pueden tenerse demostrados, como sucede en el caso de la propiedad inmueble o del estado civil de las personas. Lo anterior significa que por regla general el juez puede acudir a todos los medios de prueba que se hubieren aportado al proceso, para efectos de tener por demostrados los hechos discutidos en el mismo y por excepción, la ley exige una prueba específica para efectos de que se acrediten algunos otros. Por otra parte, el artículo 28 del Código de Comercio, establece la obligación en cabeza de todo comerciante de inscribir en el registro mercantil, entre otros actos, aquellos que tengan que ver con la apertura de establecimientos de comercio y de sucursales y todos los que modifiquen la propiedad o la administración de los mismos y el artículo 37 íbidem, establece que el comerciante que incumpla con este deber estará sujeto a las sanciones que imponga la superintendencia respectiva. Los libros y archivos en que la inscripción es llevada, pueden ser consultados por cualquier persona, primordialmente porque la nota característica del registro mercantil es la publicidad, razón por la cual las Cámaras de Comercio están en el deber de certificar sobre todos los actos y documentos inscritos, con la finalidad, además, de probar el acto de inscripción y de hacer oponibles frente a terceros todos aquellos actos que se encuentran registrados.

### **CERTIFICADO DE CAMARA DE COMERCIO - No constituye la única prueba para demostrar la propiedad del establecimiento de comercio**

La situación descrita, no implica que el registro mercantil no cumpla otras finalidades y que no tenga implicaciones en el campo probatorio, toda vez que en varias normas del Código de Comercio se señalan tales efectos, como sucede

precisamente en el caso de los establecimientos de comercio, cuando el numeral 2 del artículo 32 del Decreto Ley 410 de 1971, consagra que se presume “como propietario del establecimiento quien así aparezca en el registro.” Así las cosas, lo que las normas del registro mercantil establecen, en cuanto al aspecto probatorio del registro mercantil en relación con el establecimiento de comercio, es una presunción sobre la propiedad del mismo, sin que ello signifique que tal circunstancia no pueda acreditarse, en virtud del principio de la libre apreciación de la prueba, con los demás medios de prueba que al proceso se allegaron y que permitan identificar que una persona ejerce una actividad comercial con un conjunto de bienes organizados para realizar los fines de una empresa. Sobre este aspecto, la Sala tangencialmente se pronunció en la sentencia de 14 de mayo de 2009 [Exp 2590], en un proceso en el cual si bien se aportó en copia auténtica el certificado de Cámara y Comercio, también se tuvo acreditada la propiedad del establecimiento comercial con los testimonios que se practicaron en el proceso. Así las cosas, en el presente asunto, con los testimonios a los que se hizo referencia se tiene probado que el señor EDER JIMENEZ SÁNCHEZ es el titular del establecimiento comercial denominado La Orquídea, sin que para acreditar tal situación sea indispensable el certificado de cámara de comercio.

### **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Por actos terroristas / ACTOS TERRORISTAS - Regímenes aplicables**

Que el establecimiento de comercio y los bienes que tenía en el segundo piso del local, sufrieron graves daños como consecuencia de una explosión que se presentó al interior del mismo, de conformidad con el informe pericial rendido en el trámite del proceso, en el cual si bien no se hace una descripción pormenorizada de dichos daños, sí indicó que el establecimiento ubicado en la carrera 6ª calle 29 “lugar en el que ocurrieron los hechos, fue el que más sufrió daños en todas sus partes”. Está acreditado en el expediente que el 28 de junio de 1990 se produjo un acto terrorista en la ciudad de Montería – Córdoba, concretamente al interior del local comercial donde funcionaba el establecimiento La Orquídea, de propiedad del señor EDER ANTONIO JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Así se acreditó con el oficio dirigido al a quo, por el Coordinador del Cuerpo Técnico Investigativo -CTI- de la Fiscalía General de la Nación, el 18 de mayo de 1998, en el que le informó sobre la existencia del proceso penal que se adelantó por estos hechos y al cual adjuntó copia fotostática del Álbum No 43/97, correspondiente a la inspección judicial que se realizó en el sitio, el mismo día en el que se produjo la explosión. El artículo 90 de la Constitución prevé que el Estado es responsable de los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas cuando dichos daños le sean imputables. Conforme a esta norma, la responsabilidad patrimonial del Estado no puede derivarse frente a todos los daños antijurídicos que sufran las personas, ni siquiera frente a todos los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de sus servidores, porque en todo caso se requiere que tales daños le sean atribuibles. Los criterios de atribución han sido elaborados por la jurisprudencia de la Corporación, bajo dos títulos básicos: de responsabilidad subjetiva por falla del servicio y de responsabilidad objetiva por daño especial o riesgo excepcional. En todos estos regímenes o criterios de imputación se requiere que la actividad desplegada por el Estado sea finalmente la causa del daño bien de manera exclusiva, o concurrente con la de la víctima o de un tercero. Tales criterios están vinculados, obviamente, con el desarrollo mismo del Estado y, por lo tanto, podrían ser diferentes. Sin embargo, en todo caso para poder atribuir al Estado un daño se requiere, conforme al artículo 90 de la Constitución, demostrar que el mismo fue obra del Estado, por haber sido éste su autor, bien por haberlo causado directamente, o por haberlo propiciado. Los daños antijurídicos causados por terceros ajenos al Estado, en tanto constitutivos de

causa extraña, no le son imputables a éste, salvo cuando el hecho del tercero ha sido facilitado por el mismo Estado, por ejemplo, por haber omitido su deber de protección de los asociados; o cuando tales daños constituyen la concreción del riesgo creado de manera consciente y lícita por el Estado, por ejemplo, los daños producidos con ocasión de una actuación policiva dirigida a detener a un delincuente que huye armado, o los daños causados a los vecinos de las bases militares o policiales, cuando éstas son atacadas por grupos al margen de la ley, porque si bien dichas bases tienen como finalidad la de defender a sus pobladores, representan un riesgo grave y excepcional para quienes habitan en sus inmediaciones. Por lo tanto, los daños sufridos por las víctimas de actos terroristas cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a evitar o enfrentar eficientemente el ataque.

### **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS - Regímenes jurídicos de imputación**

También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal. Por lo tanto, se ha considerado que no le son imputables al Estado los daños causados por actos violentos cometidos por terceros cuando éstos son dirigidos indiscriminadamente contra la población, con el fin de sembrar pánico y desconcierto social y no contra un objetivo estatal específico, bien o persona, claramente identificable como objetivo para los grupos al margen de la ley. En síntesis, los daños que sufran las personas como consecuencia del conflicto armado interno, le son imputables al Estado cuando se demuestra que son consecuencia de una falla del servicio de la administración o del riesgo creado por la entidad estatal con el fin de cumplir su función de garantizar la vida e integridad de las personas y que el ataque estuvo dirigido concretamente contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal. Como puede apreciarse en ambos títulos de imputación, esto es, daño especial y riesgo excepcional, se parte de la existencia, como situación fáctica, de que el daño se produzca con ocasión de un ataque dirigido por terceros en contra de un establecimiento militar o policivo o un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal.

### **FALLA EN EL SERVICIO - Inexistencia / HECHO EXCLUSIVO DEL TERCERO - Causal eximente de responsabilidad**

La Sala considera que no obra en el proceso prueba alguna de que dicho atentado hubiera ocurrido en circunstancias que permitan considerar que la administración deba asumir la responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia del mismo. En efecto, por una parte, no existe evidencia de que el acto terrorista hubiera sido causado por agentes del Estado y por otra, tampoco se demostró que el actor hubiera solicitado protección especial para él, su familia o su

establecimiento comercial, por la existencia de amenazas en su contra, razón por la cual por este aspecto la entidad demandada no incurrió en una falla del servicio por incumplimiento de las obligaciones de protección que le corresponden. Por el contrario, en el expediente se encuentra acreditado que el actor no solicitó que en su favor se tomaran medidas de seguridad, según se constata de la certificación expedida por el Comandante de la Policía de Córdoba en la que se indicó: “Con respecto a su literal b, no existen en nuestros archivos, peticiones escritas o verbales solicitadas por EDER ANTONIO JIMENEZ SANCHEZ, con respecto a lo expuesto en dicho literal [el cual hace referencia al hecho de que el demandante haya solicitado protección especial de la Policía Nacional]”. Por otra parte, en relación con el clima generalizado de inseguridad que se vivía en la ciudad de Montería, no obra prueba que permita inferir tal circunstancia, como quiera que para acreditar tal situación, se aportaron con la demanda recortes de periódico, los cuales solo tienen valor probatorio para efectos de considerar que esa fue la noticia que se publicó, pero en manera alguna permiten acreditar la ocurrencia de los hechos que allí se exponen. Ahora bien, si en gracia de discusión la Sala considerara acreditadas tales circunstancias por tratarse de hechos notorios, los mismos no implican que la explosión de la bomba en la cafetería de propiedad del actor fuera previsible, razón por la cual no podía exigírsele a la entidad demandada la realización de actuaciones dirigidas a evitar o enfrentar eficientemente el ataque perpetrado. En efecto, el hecho de que en el sector se viviera un ambiente de inestabilidad por actos terrorista ocurridos con anterioridad, no hacía previsible para la entidad demandada un atentado como el ocurrido, toda vez que se trató de un acto sorpresivo, planeado y ejecutado discretamente, razón por la cual, si bien los deberes de protección y vigilancia del Estado son irrenunciables y obligatorios, no implicaban que en el sub lite éste fuera omnisciente ni omnipresente, para efectos de advertir la existencia de un artefacto explosivo en el baño del establecimiento comercial La Orquídea. Circunstancia distinta sería aquella en la cual, en los alrededores del lugar se hubieran dejado vehículos u otros elementos sospechosos como en otras ocasiones había ocurrido y que, por ende, exigirían de las autoridades la máxima precaución en la ejecución de medidas de control para evitar que se repitieran, pero el hecho de que manos criminales ingresaran a un establecimiento comercial privado, sobre el cual no existían amenazas concretas y procedieran a dejar una bomba al interior del baño, es una situación totalmente imprevisible para las autoridades de Policía encargadas de garantizar la seguridad en el sector. En otras palabras, a pesar de que la violencia desatada por las organizaciones delincuenciales para esa época, podría considerarse como un hecho notorio, no hay lugar a condenar al Estado en el presente caso, ya que por la forma en que ocurrió el atentado, el mismo no le imponía el deber a las autoridades de evitar la ocurrencia del mismo, razón por la cual se configura la causal de exoneración consistente en el hecho exclusivo del tercero como causante del daño antijurídico reclamado en la demanda.

### **DAÑO ESPECIAL - Inexistencia**

Considera la Sala que en el proceso, solo se acreditó que la estación de Policía del Departamento de Córdoba se encuentra ubicada en la carrera 6 con calle de 29, al frente del local en el cual funcionaba la cafetería Orquídea, según se constata del croquis del sector elaborado por el perito nombrado en el trámite del proceso, circunstancia de la cual no puede tenerse acreditado el hecho de que una bomba ubicada al interior del establecimiento comercial de la parte actora, mas específicamente en el baño del local comercial donde el mismo funcionaba, estuviera dirigido en contra de dicha Estación de Policía. Por lo tanto como en el proceso no se acreditó cuál era el objetivo de la bomba puesta en la cafetería del actor, no puede considerarse responsable a la entidad demandada con

fundamento en el título de imputación daño especial, ni en el riesgo excepcional. En efecto, según se indicó, para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento militar o policivo, o un funcionario representativo de la cúpula estatal, toda vez que en ese momento se genera el riesgo que el particular no se encuentra en el deber de soportar, aspecto probatorio cuya carga era de la parte demandante y que en el presente procesó no resultó acreditado. Es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la causación de un daño incumbe al actor. La carga de la prueba está sustentada, como también ha precisado la Sala, en el principio de auto-responsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. No se trata aquí, entonces, de la producción de un daño que es causa de la realización de un riesgo excepcional creado por la administración, sino que más bien, de las pruebas practicadas, se desprende con claridad que se trató de un atentado terrorista dirigido indiscriminadamente contra habitantes de la ciudad de Montería, cuyo objetivo no era la afectación de personas o establecimientos específicos de carácter estatal, sino la alteración del orden público, la intimidación y la creación de un ambiente de zozobra en la comunidad.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08870-01(18536)**

**Actor: EDER JIMENEZ SANCHEZ Y OTROS**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 27 de abril de 2000, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia recurrida será confirmada.

## **I. ANTECEDENTES**

## **1. Las pretensiones**

El 27 de octubre de 1997, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el señor EDER ANTONIO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, por intermedio de apoderado judicial, formuló demanda en contra de la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con el fin de que se le indemnizaran los perjuicios que sufrió como consecuencia de la detonación de un artefacto explosivo, el cual destruyó el establecimiento comercial de su propiedad.

## **2. Fundamentos de hecho.**

Las pretensiones formuladas se fundamentaron en los siguientes hechos: El día 10 de marzo de 1997, a eso de las diez de la mañana (10 a.m.), al interior del establecimiento denominado cafetería la Orquídea de propiedad del señor EDER ANTONIO JIMENEZ SÁNCHEZ, el cual funcionaba en un inmueble ubicado en la calle 29 con carrera 6 en la ciudad de Montería – Departamento de Córdoba, al lado del Comando de la Policía Nacional y de la Fundación para la Paz de Córdoba, hizo explosión un artefacto dejado al parecer por miembros de la guerrilla.

Que el artefacto explosivo produjo un daño a los bienes que hacían parte de dicho establecimiento de comercio, el cual funcionaba en el primer piso del inmueble, así como a los enseres que tenía el demandante en el segundo piso, en el cual tenía su lugar de residencia.

Que tales perjuicios de orden material, son imputables a la Nación a título de falla del servicio, como quiera que la Fuerza Pública tenía conocimiento, por el hecho de que acciones terroristas de similar magnitud ya habían ocurrido en el sector, de la posibilidad de que atentados como el que se presentó se repitieran y, a pesar de ello, no tomó las medidas de seguridad necesarias para evitarlos.

Que en todo caso, debe condenarse a la entidad demandada con fundamento en el título de imputación denominado daño especial, en tanto el ataque se dirigió en contra de una entidad estatal –estación de Policía-, situación que puso en riesgo a los habitantes del sector y que alteró de forma inequitativa las cargas públicas que a los ciudadanos en condiciones de normalidad les corresponde soportar.

### **3. La oposición de la entidad demandada.**

La parte demandada, en relación con los hechos, señaló que se atenía a lo que resultara probado en el proceso y afirmó que las circunstancias por las cuales resultó perjudicado el actor fueron producto de la acción de subversivos, quienes con su actuación pretendieron causar pánico en la sociedad, y no se produjeron por la omisión de los agentes del Estado de brindar las condiciones de seguridad necesarias, razón por la cual no se acreditó la falla del servicio alegada en la demanda.

Agregó que en el proceso tampoco se acreditó que el artefacto explosivo estuviera dirigido en contra del Comando de la Policía ubicado en el sector, razón por la cual no es posible sostener que el Estado es responsable en virtud del título de imputación denominado daño especial.

### **4. La sentencia recurrida**

El Tribunal *a-quo* negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que en el proceso se acreditó, con los testimonios aportados y con el informe de la inspección que realizó el Cuerpo Técnico Investigativo (CTI), de la Fiscalía General de la Nación, que el artefacto explosivo que fue dejado en el baño del establecimiento de propiedad del actor, estaba dirigido contra la Fundación para la Paz de Córdoba, que colinda con el mismo, razón por la cual no es viable condenar a la demandada con fundamento en título de imputación denominado daño especial.

Que tampoco se demostró la falla del servicio alegada en la demanda, como quiera que no se probó que el actor hubiera recibido amenazas de atentado, o que por esta razón se hubiera solicitado protección especial de parte de las autoridades de Policía, razón por la cual no se incumplieron las obligaciones de vigilancia y seguridad que están en cabeza de la entidad demandada.

### **5. Lo que se pretende con la apelación.**

La parte actora manifestó en el recurso de apelación que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, como quiera que la Fuerza Pública sí se encontraba en la obligación de brindar seguridad a los habitantes del sector, porque *“habían (sic) antecedentes claros de perturbación al orden público”*, por los atentados ocurridos en el lugar donde ejercía su actividad económica y por las diferentes incursiones y acciones de la guerrillera que generaron un clima de inestabilidad e inseguridad y que ese incumplimiento de obligaciones por parte de la entidad, es constitutivo de una falla del servicio.

Que la responsabilidad del Estado puede declararse también en virtud de la aplicación del daño especial como título de imputación, como quiera que el artefacto explosivo se dirigió en contra de la estación de Policía ubicada en cercanías del establecimiento de propiedad del demandante, razón por la cual no se encontraba en obligación de soportar los perjuicios que con el atentado terrorista se le ocasionaron, los cuales, en consecuencia, deben ser resarcidos por la entidad demandada.

## **6. Actuación en segunda instancia.**

6.1. El recurso de apelación fue admitido mediante auto de 28 de julio de 2000.

6.2. A través de providencia de 15 de septiembre del mismo año, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto.

6.2.1. La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en sus intervenciones durante el proceso y solicitó que se confirmara la sentencia, porque si bien se demostró el daño causado al demandante, de ese hecho no puede derivarse la responsabilidad del Estado, toda vez que no se acreditó el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y protección que le corresponden y por ende, tampoco la falla del servicio alegada en la demanda.

6.2.2. El Ministerio Público sostuvo que la sentencia debe confirmarse, con fundamento en que si bien se demostró el daño sufrido por el actor, lo cierto es que no se aportaron pruebas para su cuantificación y que aún si el mismo pudiera haberse tasado, la ocurrencia misma de la detonación del artefacto explosivo tampoco se encuentra acredita en el proceso.



Que el daño sufrido por la parte actora no es imputable a la entidad demandada a título de falla del servicio, como quiera que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sección, el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y vigilancia sólo puede concretarse en aquellos eventos en los cuales se hubiera solicitado la respectiva protección por parte de quién se encontraba bajo amenazas o inminente peligro, situación que no fue acreditada en el proceso.

Que no es posible la aplicación del criterio de imputación del daño especial al caso concreto, porque no se demostró que el atentado tuviera como objetivo las instalaciones de la Policía Nacional o sus funcionarios, razón por la cual no se puede considerar vulnerado el principio de igualdad ante las cargas públicas; que el daño no fue producto de la defensa estatal del orden público establecido, sino de una conducta indiscriminada de un particular, que tenía como finalidad la de generar zozobra y atemorizar a la comunidad.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que para el momento en el cual se propuso el recurso de apelación, la cuantía de la demanda alcanzaba aquélla exigida para que en un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa, tuviera segunda instancia ante esta Corporación (Decreto 597 de 1988).

### **2. Objeto del recurso de apelación.**

En el *sub lite*, corresponde a la Sala determinar si le asiste razón a la sentencia de primera instancia, en tanto consideró que la entidad demandada no es responsable de los perjuicios causados al demandante, con ocasión de la explosión de una bomba al interior de su establecimiento comercial.

### **3. El daño sufrido por los demandantes**

3.1. Está demostrado en el proceso que el señor EDER ANTONIO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, es el propietario del establecimiento de comercio denominado La Orquídea -ubicado en la calle 29 con carrera 6 en la ciudad de Montería – Departamento de Córdoba, el cual funciona en un local comercial que tiene arrendado y en el cual también tiene el lugar de su residencia.

Así lo indicaron los testimonios de los señores ALIRIO GONZALEZ ARISTIZABAL (fl 52 a 53 cd.1), CARLOS MIGUEL ARIAS MORALES (fl 53 a 54 cd.1).

En efecto, en su declaración el señor CARLOS MIGUEL ARIAS MORALES (fl 53 a 54 cd.1) expresó:

“PREGUNTADO: Sírvase decirnos si tiene usted conocimiento de un contrato de arrendamiento de un local comercial situado en la calle 29 con carrera 6ª, existente entre el señor EDER JIMENEZ SANCHEZ y la empresa que usted administra. CONTESTÓ: Sí existió el contrato el era el que tenía la Orquídea en el local comercial y ellos vivían en la parte de arriba, no se desde cuando tiene el contrato ni el valor del mismo pero lo que si le puedo decir es que cesó en la fecha del acontecimiento de la bomba...”

El señor ALIRIO GONZALEZ ARISTIZABAL (fl 52 a 53 cd.1), manifestó:

“PREGUNTADO: Sírvase informarnos qué clase de negocio tenía el señor EDER JIMÉNEZ en ese lugar y desde cuando. CONTESTÓ: Tenía una cafetería y panadería, desde cuando no se exactamente, aproximadamente unos ocho o nueve años, exactamente no se...”

Considera la Sala pertinente señalar que para acreditar la titularidad del establecimiento de comercio, la parte actora allegó copia de un documento que dice provenir de la Cámara de Comercio de Montería, y en el que se dice certificar la propiedad del mencionado establecimiento de comercio, el cual se encuentran en copia simple y por tanto carece de valor probatorio en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, dado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretenda hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “...la exigencia del numeral 2º del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle ‘el mismo valor probatorio del original’ es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la

Al respecto, se aclara que la ausencia de la copia auténtica o del original del certificado de Cámara de Comercio sobre la titularidad del establecimiento de comercio, si bien constituye un documento idóneo para acreditar tal circunstancia, el mismo no es el única prueba con la que pueda demostrarse dicha propiedad, toda vez que en el sistema probatorio colombiano se acogió el sistema de la libre apreciación de la prueba.

En efecto, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil<sup>2</sup> establece que *“las pruebas deberán apreciarse en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”*, es decir, que el juez se encuentra facultado para realizar una evaluación del material probatorio de manera amplia para obtener, mediante razonamientos lógicos y de inferencia, la certeza sobre los hechos que se discuten en el proceso<sup>3</sup>.

Ahora bien, la vigencia del sistema de la libre apreciación de la prueba, no implica que el ordenamiento jurídico<sup>4</sup> no exija, para efectos de acreditar ciertos hechos, que al proceso se aporten determinadas pruebas, en ausencia de las cuales los mismos no pueden tenerse demostrados, como sucede en el caso de la propiedad inmueble<sup>5</sup> o del estado civil de las personas<sup>6</sup>.

Lo anterior significa que por regla general el juez puede acudir a todos los medios de prueba que se hubieren aportado al proceso, para efectos de tener por demostrados los hechos discutidos en el mismo y por excepción, la ley exige una prueba específica para efectos de que se acrediten algunos otros.

---

demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos....” Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

<sup>2</sup> Norma aplicable al proceso contencioso Administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 164 del C.C.A., según el cual *“En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del de Procedimiento Civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”*

<sup>3</sup> DEVIS ECHANDÍA HERNANDO. Teoría General de la Prueba Judicial. Biblioteca Jurídica Dike, p. 84. En este mismo sentido LÓPEZ BLANCO HERNAN FABIO, Instituciones de Derecho Procesal Civil. Dupré, p. 79.

<sup>4</sup> Sobre el sistema de la tarifa legal de pruebas, el profesor Hernando Devis Echandía expone: *“las legislaciones y, en ausencia de éstas, las costumbres judiciales, han regulado esta materia, en una o en otra forma, desde tiempo antiquísimos; y lo han hecho ora sujetando al juez a reglas abstracta preestablecidas que señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba...”* en este mismo sentido lo indica el profesor JARIO PARRA QUIJANO en su texto Manual de Derecho Probatorio, Ediciones Librería el Profesional, paginas 43 y siguientes.

<sup>5</sup> La sala ha señalado que de conformidad con las normas civiles, para acreditar la propiedad es necesario demostrar el título y el modo, razón por la cual debe aportarse el negocio celebrado y el acto de inscripción en la oficina respectiva. Ver entre otras sentencia las proferidas el 28 de abril de 2010, exp. 18615; 14 de mayo de 2009, exp. 25901, entre otras.

<sup>6</sup> De conformidad con el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, el certificado del registro civil es la prueba del parentesco. Ver Sentencia de 3 de mayo de 2007 exp. 25020; 21 de septiembre de 2000 exp. 11766.

Por otra parte, el artículo 28 del Código de Comercio, establece la obligación en cabeza de todo comerciante de inscribir en el registro mercantil, entre otros actos, aquellos que tengan que ver con la apertura de establecimientos de comercio y de sucursales y todos los que modifiquen la propiedad o la administración de los mismos y el artículo 37 *ibídem*, establece que el comerciante que incumpla con este deber estará sujeto a las sanciones que imponga la superintendencia respectiva.

Los libros y archivos en que la inscripción es llevada, pueden ser consultados por cualquier persona, primordialmente porque la nota característica del registro mercantil es la publicidad<sup>7</sup>, razón por la cual las Cámaras de Comercio están en el deber de certificar sobre todos los actos y documentos inscritos, con la finalidad, además, de probar el acto de inscripción<sup>8</sup> y de hacer oponibles frente a terceros todos aquellos actos que se encuentran registrados.

La situación descrita, no implica que el registro mercantil no cumpla otras finalidades<sup>9</sup> y que no tenga implicaciones en el campo probatorio, toda vez que en varias normas del Código de Comercio se señalan tales efectos<sup>10</sup>, como sucede precisamente en el caso de los establecimientos de comercio, cuando el numeral 2 del artículo 32 del Decreto Ley 410 de 1971, consagra que se presume *“como propietario del establecimiento quien así aparezca en el registro.”*

Así las cosas, lo que las normas del registro mercantil establecen, en cuanto al aspecto probatorio del registro mercantil en relación con el establecimiento de comercio, es una presunción sobre la propiedad del mismo, sin que ello signifique que tal circunstancia no pueda acreditarse, en virtud del principio de la libre apreciación de la prueba, con los demás medios de prueba que al proceso se allegaron y que permitan identificar que una persona ejerce una actividad comercial con un conjunto de bienes organizados para realizar los fines de una empresa.

---

<sup>7</sup> Sobre este aspecto consultar el texto Principio del Derecho Comercial del profesor Madrián de la Torre. Temis, p, 110 siguientes. De igual manera el texto Derecho Comercial del profesor José Gabino Pinzón. Editorial Temis, p, 276 y ss.

<sup>8</sup> El artículo 30 del Código de Comercio, establece *“toda inscripción se probará con certificado expedido por la cámara de comercio...”*

<sup>9</sup> Así por ejemplo el profesor José Ignacio Narváez, en su obra Derecho Mercantil Colombiano, p, 198 señala que el registro mercantil de nuestro país tiene una función constitutiva de ciertos actos jurídicos, preventiva de la competencia desleal y sanatoria de algunos vicios.

<sup>10</sup> En relación con otras disposiciones que relacionadas con los efectos probatorios del registro mercantil, ver el numeral 1 del artículo 13 y el artículo 117 del Código de Comercio.

Sobre este aspecto, la Sala tangencialmente se pronunció en la sentencia de 14 de mayo de 2009, en un proceso en el cual si bien se aportó en copia auténtica el certificado de Cámara y Comercio, también se tuvo acreditada la propiedad del establecimiento comercial con los testimonios que se practicaron en el proceso:

“Sobre el particular se impone señalar que de acuerdo con el certificado de la Cámara de Comercio de Armenia que obra a folio 171 del cuaderno de pruebas, el señor Gustavo Salazar tenía registrado a su nombre el negocio comercial denominado Club Billares Pielroja desde el 2 de enero de 1972, incluyendo la fecha en que ocurrieron los hechos de la demanda, el cual estaba ubicado en el edificio Las Vegas, sin embargo nada dice en relación con la señora Giraldo de Salazar. Por otra parte, las declaraciones de los señores Rodrigo Cardona González y Humberto Quintero Herrera indican que el señor Gustavo Salazar Calderón tenía un local de billares funcionando en el edificio Las Vegas antes del movimiento telúrico ocurrido el 25 de enero de 1999 (Fls. 85-86, 91-92 c. pruebas).”<sup>11</sup> (Resalta la Sala)

Así las cosas, en el presente asunto, con los testimonios a los que se hizo referencia se tiene probado que el señor EDER JIMENEZ SÁNCHEZ es el titular del establecimiento comercial denominado La Orquídea, sin que para acreditar tal situación sea indispensable el certificado de cámara de comercio.

3.2. Que el establecimiento de comercio y los bienes que tenía en el segundo piso del local, sufrieron graves daños como consecuencia de una explosión que se presentó al interior del mismo, de conformidad con el informe pericial rendido en el trámite del proceso, en el cual si bien no se hace una descripción pormenorizada de dichos daños, sí indicó que el establecimiento ubicado en la carrera 6ª calle 29 *“lugar en el que ocurrieron los hechos, fue el que más sufrió daños en todas sus partes”* (fl 89 a 90 cd.1).

De igual manera en sus testimonios los señores ALIRIO GONZALEZ ARISTIZABAL (fl 52 a 53 cd.1) y WILSON PATERNINA DAZA (fl 54, 56 y 57 cd. 1) afirman que vieron que el establecimiento de comercio del demandante estaba bastante deteriorado.

Así en su declaración el señor WILSON PATERNINA DAZA (fl 54, 56 y 57 cd. 1) afirmó:

---

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Exp 25901. M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

“cuando llegué abajo en el primer nivel que tiene el local, que tiene un restaurante, lo encontré completamente destrozado, los congeladores, vitrinas destruidos por completo, las paredes rajadas o agrietadas, la cocina destruida, como un ochenta por ciento del primer nivel estaba completamente destruido, uno en realidad le era mas rápido contar lo que estaba bueno, que en realidad era muy poquito, y en el segundo nivel que era su residencia, se vino el techo encima, el cielo raso, las paredes se rajaron, los ventiladores se dañaron, las ventanas se destruyeron, se quemó gran parte de las cosas personales que él tenía arriba en su residencia, tanto en el primer nivel como en el segundo nivel estaban completamente destruidos por la rotura que tenían las paredes en el primer nivel, parece que las del segundo nivel se inclinaron a caerse, quedó sin vivienda, sin local comercial, sin trabajo y sin nada, quedó en nada, se le fue todo su patrimonio.”

Por su parte el señor ALIRIO GONZALEZ ARISTIZABAL (fl 52 a 53 cd.1), expresó:

“Para mí ese negocio quedó totalmente acabado, inclusive en la parte de arriba ellos habían remodelado un poco el techo y eso quedó totalmente acabado, la parte de abajo se le quemaron los enfriadores y quedó totalmente acabado. Yo me di cuenta al otro día que yo pasé por allá y le dije a EDER que me mostrara como había quedado todo y ahí fue cuando me di cuenta que esta todo muy destruido”

#### **4. Los daños sufridos por el demandante, fueron causados con un artefacto explosivo**

Está acreditado en el expediente que el 28 de junio de 1990 se produjo un acto terrorista en la ciudad de Montería – Córdoba, concretamente al interior del local comercial donde funcionaba el establecimiento La Orquídea, de propiedad del señor EDER ANTONIO JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Así se acreditó con el oficio dirigido al a quo, por el Coordinador del Cuerpo Técnico Investigativo -CTI- de la Fiscalía General de la Nación, el 18 de mayo de 1998, en el que le informó sobre la existencia del proceso penal que se adelantó por estos hechos y al cual adjuntó copia fotostática del Álbum No 43/97, correspondiente a la inspección judicial que se realizó en el sitio, el mismo día en el que se produjo la explosión (fl 62 cd.1).

De igual manera en el diligenciamiento de la Orden de Trabajo No 0546 de 1998, remitida por la Unidad de Criminalística de la Fiscalía General de la Nación, se indicó:

#### **“MISIÓN DE TRABAJO:**

“En la orden de trabajo de la referencia se nos solicita INFORME FOTOGRÁFICO, EXPLOSIÓN BOMBA DEL DÍA 10 DE MARZO DE 1.997.

#### **“LABOR REALIZADA:**

“Nos trasladamos al palacio de Justicia y nos entrevistamos con el Sr. EMILIANO MONTES, secretario y firmante del oficio de la referencia que no nos explicó la necesidad de ellos tener en el proceso una fotocopia del ÁLBUM FOTOGRÁFICO que nosotros hicimos en relación con la bomba explosiva del 10 de marzo de 1.997 en la calle 29 con carrera 6 esquina “HELADERÍA LA ORQUÍDEA.

“Al respecto anexamos al presente fotocopia del ÁLBUM FOTOGRÁFICO No. 0043/97 que consta de 38 fotografías en veinte folios.”

Cada una de las fotos de dicho registro, viene acompañada de una explicación que da cuenta de la detonación del artefacto explosivo dejado en el establecimiento La Orquídea y de los daños que como consecuencia del mismo se produjeron en dicho negocio y en inmuebles del sector (fls 65 a 79).

Por su parte el testigo ALIRIO GONZALEZ ARISTIZABAL (fl 52 a 53 cd.1), en su declaración expresó:

“...yo supe que el fue víctima de una bomba dos veces, una se que fue puesta en un triciclo afuera del negocio de ellos que está ubicado en la calle 29 con 5ª o 6ª, no se, junto a la Policía, la fecha exacta no la sé; la otra fue puesta en una parte del baño en el mismo negocio, que me di cuenta yo, eso quedó totalmente destruido; yo lo supe porque yo estaba en el negocio mío y allá llegaron con la noticia, no recuerdo quien llegó y después yo le hablé por teléfono a la mamá de LILIANA, la esposa de EDER JIMENEZ, y le pregunté qué había ocurrido y ella me dijo que le habían puesto una bomba en el baño del negocio y le pregunté si sabía quién era o a quién se la pusieron y ella me dijo que no sabía”.

En igual sentido se pronunciaron los testigos CARLOS MIGUEL ARIAS MORALES (fl 53 a 54 cd.1) y WILSON PATERNINA DAZA (fl 54, 56 y 57 cd. 1), quienes son contestes en señalar que al interior del negocio de propiedad del demandante, se dejó un artefacto explosivo cuya detonación dejó seriamente afectado no sólo el local en el que funcionaba, sino los bienes que hacían parte del mismo.

#### **5. Responsabilidad del Estado por actos terroristas dirigidos en su contra.**

El artículo 90 de la Constitución prevé que el Estado es responsable de los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas cuando dichos daños le sean imputables. Conforme a esta norma, la responsabilidad patrimonial del Estado no puede derivarse frente a todos los daños antijurídicos que sufran las personas, ni siquiera frente a todos los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de sus servidores, porque en todo caso se requiere que tales daños le sean atribuibles.

Los criterios de atribución han sido elaborados por la jurisprudencia de la Corporación, bajo dos títulos básicos: de responsabilidad subjetiva por falla del servicio y de responsabilidad objetiva por daño especial o riesgo excepcional. En todos estos regímenes o criterios de imputación se requiere que la actividad desplegada por el Estado sea finalmente la causa del daño bien de manera exclusiva, o concurrente con la de la víctima o de un tercero. Tales criterios están vinculados, obviamente, con el desarrollo mismo del Estado y, por lo tanto, podrían ser diferentes. Sin embargo, en todo caso para poder atribuir al Estado un daño se requiere, conforme al artículo 90 de la Constitución, demostrar que el mismo fue obra del Estado, por haber sido éste su autor, bien por haberlo causado directamente, o por haberlo propiciado.

Los daños antijurídicos causados por terceros ajenos al Estado, en tanto constitutivos de causa extraña, no le son imputables a éste, salvo cuando el hecho del tercero ha sido facilitado por el mismo Estado, por ejemplo, por haber omitido su deber de protección de los asociados; o cuando tales daños constituyen la concreción del riesgo creado de manera consciente y lícita por el Estado, por ejemplo, los daños producidos con ocasión de una actuación policiva dirigida a detener a un delincuente que huye armado, o los daños causados a los vecinos de las bases militares o policiales, cuando éstas son atacadas por grupos al margen de la ley, porque si bien dichas bases tienen como finalidad la de defender a sus pobladores, representan un riesgo grave y excepcional para quienes habitan en sus inmediaciones.

Por lo tanto, los daños sufridos por las víctimas de actos terroristas cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de



miembros activos del Estado, o la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a evitar o enfrentar eficientemente el ataque<sup>12</sup>.

También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Ha dicho la Sala:

“En otros eventos...la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado”<sup>13</sup>.

Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal<sup>14</sup>.

Por lo tanto, se ha considerado que no le son imputables al Estado los daños causados por actos violentos cometidos por terceros cuando éstos son dirigidos indiscriminadamente contra la población, con el fin de sembrar pánico y desconcierto social y no contra un objetivo estatal específico, bien o persona, claramente identificable como objetivo para los grupos al margen de la ley. Ha dicho la Sala:

---

<sup>12</sup> Con fundamento en ese título de imputación se accedió a las pretensiones de los demandantes en sentencias de la Sala Plena de 16 de julio de 1996, exp: 422 y de la Sección de 11 de diciembre de 1990, exp: 5417; 21 de marzo de 1991, exp: 5595; 19 de agosto de 1994, exp: 9276 y 8222; 13 de octubre de 1994, exp: 9557; 2 de febrero de 1995, exp: 9273; 16 de febrero de 1995, exp: 9040; 30 de marzo de 1995, exp: 9459; 27 de julio de 1995, exp: 9266; 15 de agosto de 1995, exp: 10.286; 6 de octubre de 1995, exp: 9587; 14 de marzo de 1996, exp: 11.038; 29 de marzo de 1996, exp: 10.920; y 29 de agosto de 1996, exp: 10.949 y 11 de julio de 1996, exp: 10.822, entre otras.

<sup>13</sup> Sentencia del 10 de agosto de 2000, exp: 11.518. En el mismo sentido, sentencia del 18 de octubre de 2000, exp: 11.834.

<sup>14</sup> Sentencia de 23 de septiembre de 1994, exp: 7577.

“Si el atentado es indiscriminado, no es selectivo, y tiene como fin sembrar pánico y desconcierto social como una forma de expresión, por sus propias características cierra las puertas a una posible responsabilidad Estatal ya que es un acto sorpresivo en el tiempo y en el espacio, planeado y ejecutado sigilosamente, y por lo mismo, en principio imposible de detectar por los organismos encargados de la seguridad pública y como ya se ha dicho, los deberes del Estado, que son irrenunciables y obligatorios, no significan que sea por principio omnisciente, omnipresente ni omnipotente, para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia”<sup>15</sup>.

En síntesis, los daños que sufran las personas como consecuencia del conflicto armado interno, le son imputables al Estado cuando se demuestra que son consecuencia de una falla del servicio de la administración o del riesgo creado por la entidad estatal con el fin de cumplir su función de garantizar la vida e integridad de las personas y que el ataque estuvo dirigido concretamente contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal<sup>16</sup>.

En la misma hipótesis la Sala ha inferido la imputabilidad de daño al Estado, bajo el título de imputación del daño especial, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“Si bien la falla del servicio ha sido el fundamentado de la responsabilidad en la generalidad de las sentencias por actos terroristas, también se destacan los casos en que se ha considerado que se produjo un daño especial porque el acto estuvo dirigido contra un objetivo claro, representativo de la entidad estatal en ejecución del cual se afectó un interés particular. Se ha entendido que por razones de equidad esos daños no deben ser asumidos por la víctima, sino por el Estado que es el objetivo contra el cual están dirigidos, quien con su actividad ha generado dicha reacción y por lo tanto están a su cargo...”<sup>17</sup>

Como puede apreciarse en ambos títulos de imputación, esto es, daño especial y riesgo excepcional, se parte de la existencia, como situación fáctica, de que el

---

<sup>15</sup> Sentencia de 27 de enero 2000, exp: 8490. En igual sentido, sentencias de 3 de noviembre de 1994, exp: 7310; 15 de marzo de 1996, exp: 9034; 28 de abril de 1994, exp: 7733; 17 de junio de 1973, exp: 7533; 10 de agosto de 2000, exp. 11.585; 21 de febrero de 2002, exp: 13.661, 20 de mayo de 2004, exp: 14.405; de 13 de mayo de 1996, exp: 10.627 y 5 de septiembre de 1996, exp: 10.461, entre otras.

<sup>16</sup> Sentencia de 23 de septiembre de 1994, exp: 7577.

<sup>17</sup> Sentencia de 8 de febrero de 1999, Exp. 10731. Ver entre otras sentencias de 23 de septiembre de 1994, en la que por primera vez se aplicó el daño especial como título de imputación por atentados terrorista, exp. 8577; 21 de febrero de 2002, exp. 13661.

daño se produzca con ocasión de un ataque dirigido por terceros en contra de un establecimiento militar o policivo o un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal.

## **6. En el caso concreto.**

### **6.1. No se acreditó la falla del servicio alegada en la demanda:**

En el presente asunto la parte actora señaló que los perjuicios de orden material sufridos en el establecimiento de comercio de propiedad del actor y en los bienes que tenía en el lugar de su residencia por la explosión ocurrida, son imputables a la entidad demandada a título de falla del servicio, como quiera que la Fuerza Pública ya tenía conocimiento, por el hecho de que acciones terroristas de similar magnitud ya habían ocurrido en el sector, de la posibilidad de que atentados como el que se presentó se repitieran y, a pesar de ello, no tomó las medidas de seguridad necesarias para evitarlo.

Por su parte el Tribunal consideró que dicha falla no se presentó como quiera que no se demostró que en contra del actor o de su establecimiento de comercio se hubieran realizado amenazas de atentado, o que por esta razón se hubiera solicitado protección especial de parte de la autoridades de Policía, razón por la cual no se incumplieron las obligaciones de vigilancia y seguridad que están en cabeza de la entidad demandada.

Al respecto, la Sala considera que no obra en el proceso prueba alguna de que dicho atentado hubiera ocurrido en circunstancias que permitan considerar que la administración deba asumir la responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia del mismo.

En efecto, por una parte, no existe evidencia de que el acto terrorista hubiera sido causado por agentes del Estado y por otra, tampoco se demostró que el actor hubiera solicitado protección especial para él, su familia o su establecimiento comercial, por la existencia de amenazas en su contra, razón por la cual por este aspecto la entidad demandada no incurrió en una falla del servicio por incumplimiento de las obligaciones de protección que le corresponden.

Por el contrario, en el expediente se encuentra acreditado que el actor no solicitó que en su favor se tomaran medidas de seguridad, según se constata de la certificación expedida por el Comandante de la Policía de Córdoba en la que se indicó: *“Con respecto a su literal b, no existen en nuestros archivos, peticiones escritas o verbales solicitadas por EDER ANTONIO JIMENEZ SANCHEZ, con respecto a lo expuesto en dicho literal [el cual hace referencia al hecho de que el demandante haya solicitado protección especial de la Policía Nacional]”* (fl 99 cd.1).

Por otra parte, en relación con el clima generalizado de inseguridad que se vivía en la ciudad de Montería, no obra prueba que permita inferir tal circunstancia, como quiera que para acreditar tal situación, se aportaron con la demanda recortes de periódico, los cuales solo tienen valor probatorio para efectos de considerar que esa fue la noticia que se publicó, pero en manera alguna permiten acreditar la ocurrencia de los hechos que allí se exponen<sup>18</sup>.

Ahora bien, si en gracia de discusión la Sala considerara acreditadas tales circunstancias por tratarse de hechos notorios, los mismos no implican que la explosión de la bomba en la cafetería de propiedad del actor fuera previsible, razón por la cual no podía exigírsele a la entidad demandada la realización de actuaciones dirigidas a evitar o enfrentar eficientemente el ataque perpetrado.

En efecto, el hecho de que en el sector se viviera un ambiente de inestabilidad por actos terrorista ocurridos con anterioridad, no hacía previsible para la entidad demandada un atentado como el ocurrido, toda vez que se trató de un acto

---

<sup>18</sup> En relación con el valor probatorio de las publicaciones en periódicos la Sala, en sentencia de 10 de junio de 2009. exp. 18.108. M.P. Ruth Stella Correa Palacio, expuso el siguiente criterio: *“Y, de otra parte, unos periódicos que según la parte demandante corresponden a publicaciones realizadas en los periódicos El Tiempo y El Nuevo Día, respectivamente, con los cuales pretendió demostrar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que ocurrió el accidente y la responsabilidad de la entidad demandada. No obstante, esos documentos carecen por completo de valor probatorio, porque se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, dado que carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no fueron suministradas ante un funcionario judicial, no fueron rendidas bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador dio cuenta de su dicho (art. 227 C.P.C.), y por el contrario, éste tenía el derecho a reservarse sus fuentes. Estos artículos pueden ser apreciados como prueba documental y por lo tanto, dan certeza de la existencia de las informaciones, pero no de la veracidad de su contenido. Debe recordarse que el documento declarativo difiere de la prueba testimonial documentada. Por lo tanto, si bien el documento puede contener una declaración de tercero, el contenido del mismo no puede ser apreciado como un testimonio, es decir, la prueba documental en este caso da cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial.”* Sobre el valor probatorio de los artículos de prensa, ver sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338.

sorpresivo, planeado y ejecutado discretamente, razón por la cual, si bien los deberes de protección y vigilancia del Estado son irrenunciables y obligatorios, no implicaban que en el *sub lite* éste fuera omnisciente ni omnipresente, para efectos de advertir la existencia de un artefacto explosivo en el baño del establecimiento comercial La Orquídea.

Circunstancia distinta sería aquella en la cual, en los alrededores del lugar se hubieran dejado vehículos u otros elementos sospechosos como en otras ocasiones había ocurrido y que, por ende, exigían de las autoridades la máxima precaución en la ejecución de medidas de control para evitar que se repitieran, pero el hecho de que manos criminales ingresaran a un establecimiento comercial privado, sobre el cual no existían amenazas concretas y procedieran a dejar una bomba al interior del baño, es una situación totalmente imprevisible para las autoridades de Policía encargadas de garantizar la seguridad en el sector.

La Sala ya se ha pronunciado en eventos similares, considerando que a pesar de las particulares circunstancias de violencia que existían, por la forma en que se dieron los hechos no le era posible a la fuerza pública prever y evitar la ocurrencia del acto terrorista. En efecto en sentencia de 21 de febrero de 2002<sup>19</sup>, se expuso el siguiente criterio:

“En consecuencia, considera la Sala que a pesar de que la violencia desatada por las organizaciones delincuenciales para esa época constituía un hecho notorio, no hay lugar a condenar al Estado en el presente caso, porque éste no era previsible.

“Las medidas de seguridad se reforzaron en relación con los sitios y personas que se consideraron más vulnerables y no puede calificarse como falla del servicio el no haber extendido esas medidas al resto de la población, porque una actuación de este tipo no era posible. Por lo tanto, no se hizo otra cosa que disponer de los recursos humanos y logísticos con que se contaba para proteger a la población, brindando seguridad donde se consideró que existía mayor riesgo; asunto distinto es que los autores del hecho hayan elegido un lugar de la ciudad ajeno a la entidades públicas para cometer el hecho criminal, pues su fin no era otro que el de causar terror generalizado.” (Resalta la Sala).

En otras palabras, a pesar de que la violencia desatada por las organizaciones delincuenciales para esa época, podría considerarse como un hecho notorio, no hay lugar a condenar al Estado en el presente caso, ya que por la forma en que

---

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp 13661.

ocurrió el atentado, el mismo no le imponía el deber a las autoridades de evitar la ocurrencia del mismo, razón por la cual se configura la causal de exoneración consistente en el hecho exclusivo del tercero como causante del daño antijurídico reclamado en la demanda.

## **6.2. En el *sub lite*, el daño tampoco es imputable a título de daño especial.**

En el *sub examine*, la parte actora sostiene que en todo caso, como la acción criminal se dirigió en contra de la estación Policía ubicada en el sector, procede la indemnización, en virtud de que fue sometido a una alteración en el principio de la igualdad de las cargas públicas que no está en obligación de soportar.

El Tribunal en la sentencia impugnada, consideró que se acreditó que el acto terrorista se perpetró en contra de la Fundación para la Paz de Córdoba entidad que colinda con el establecimiento del actor y no contra el comando de la Policía del sector, razón por la cual no es procedente la indemnización respectiva.

Considera la Sala que en el proceso, solo se acreditó que la estación de Policía del Departamento de Córdoba se encuentra ubicada en la carrera 6 con calle de 29, al frente del local en el cual funcionaba la cafetería Orquídea, según se constata del croquis del sector elaborado por el perito nombrado en el trámite del proceso (fl 89 cd.1), circunstancia de la cual no puede tenerse acreditado el hecho de que una bomba ubicada al interior del establecimiento comercial de la parte actora, mas específicamente en el baño del local comercial donde el mismo funcionaba, estuviera dirigido en contra de dicha Estación de Policía.

Por lo tanto como en el proceso no se acreditó cuál era el objetivo de la bomba puesta en la cafetería del actor, no puede considerarse responsable a la entidad demandada con fundamento en el título de imputación daño especial, ni en el riesgo excepcional.

En efecto, según se indicó, para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento militar o policivo, o un funcionario representativo de la cúpula estatal, toda vez que en ese momento se genera el riesgo que el particular no se

encuentra en el deber de soportar, aspecto probatorio cuya carga era de la parte demandante y que en el presente procesó no resultó acreditado.

Es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil<sup>20</sup>, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la causación de un daño incumbe al actor. La carga de la prueba está sustentada, como también ha precisado la Sala<sup>21</sup>, en el principio de *auto-responsabilidad*<sup>22</sup> de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar avante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable<sup>23</sup>.

No se trata aquí, entonces, de la producción de un daño que es causa de la realización de un riesgo excepcional creado por la administración, sino que más bien, de las pruebas practicadas, se desprende con claridad que se trató de un atentado terrorista dirigido indiscriminadamente contra habitantes de la ciudad de Montería, cuyo objetivo no era la afectación de personas o establecimientos específicos de carácter estatal, sino la alteración del orden público, la intimidación y la creación de un ambiente de zozobra en la comunidad.

Por lo expuesto la sentencia impugnada será confirmada.

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

## **FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** el fallo impugnado, esto es aquel proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 27 de abril de 2000, mediante el cual se negaron las pretensiones formuladas por la parte actora en contra de la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

---

<sup>20</sup> "(...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"

<sup>21</sup> Sentencia de 16 de abril de 2007, exp. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01

<sup>22</sup> PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, 2004, p. 242.

<sup>23</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Diké. 1982, pág 147.

**SEGUNDO.** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ**

**Presidenta de la Sala**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
**Con aclaración de voto**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
**Con aclaración de voto**

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO**

**DAÑO ESPECIAL - Noción / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS - Régimen aplicable**

Considero, respetuosamente, que si bien es cierto que al realizar el análisis de los títulos de imputación en los eventos en que el Estado se enfrenta a grupos insurgentes se hizo alusión al daño especial, lamentablemente, no se realizó un estudio profundo y concienzudo del mismo, labor necesaria en cuanto es el título de imputación apropiado, que con fundamento en la equidad y en la solidaridad, repara los daños que tienen la característica de ser anormales y excepcionales, y que los ciudadanos no tienen la obligación de soportar en cuanto se les impuso una carga desigual. Así lo he venido sosteniendo en varios salvamentos y aclaraciones de voto, y recientemente, se desarrolló ampliamente el tema, en el texto "Responsabilidad Extracontractual del Estado". Nuestra Carta Política no sólo es fuente formal del derecho, sino que también expresa cuál es el ámbito de aplicación material, se estructura bajo una parte dogmática que contiene valores, principios, derechos fundamentales y un preámbulo que igualmente encierra un principio fundamental; y una parte orgánica que se refiere a los operadores jurídicos; nuestro modelo constitucional se transpoló al inglés, donde los valores están en la constitución, las leyes fundamentales limitan o restringen el poder, éste no se crea o regula en el derecho pero si puede limitarlo a través de los derechos; la constitución es norma de normas y contiene límites al legislador. Frente a la situación de las víctimas de esta forma cualificada de violencia, una respuesta inspirada en los más puros contenidos de justicia material fue dada en la sentencia N° 8577 del 23 de septiembre 1994, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se aplicó por vez primera la teoría de daño especial como fundamento de justicia para quienes padecen los rigores del actuar terrorista, y si bien allí se destacaron los componentes esenciales del régimen conocido como "Daño Especial", la decisión judicial contiene un elemento más trascendente cual es la argumentación jurídico - política sobre la clase de Estado que es Colombia, se expuso: "La definición misma de Colombia, como un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de las personas que la integran, permiten que el sentenciador maneje todo el campo



de la responsabilidad del Estado con la solidez que tal normatividad tolera". En su motivación, la sentencia señalada apunta al nuevo orden jurídico consagrado en la carta política cuando deja de lado factores jurisprudenciales tradicionales, para dar aplicación a principios y valores superiores ligados a la moderna concepción de justicia, tales como la solidaridad, la equidad y el Estado social de derecho. Por vía jurisprudencial, se introdujo un criterio de ponderación al fundamento de la responsabilidad o respuesta al interrogante: ¿Por qué se debe responder?, ligado al problema de la imputación o "quién debe responder". El criterio aplicado en dicha sentencia, ha sido atenuado por la jurisprudencia posterior de la Sala.

### **DAÑO ESPECIAL - Aplicable a la responsabilidad del Estado por actos de terrorismo**

Al haberse definido Colombia en la Constitución Política como un Estado social de derecho, ello tiene connotaciones en la organización socio – política, por esto se ha dicho por la Corte Constitucional que el artículo 1º de la carta es la clave de bóveda o ligamento que irradia todo el texto fundamental; el Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos estén presentes, elementos que determinan su propio ser, y dentro de estos caracteres se tiene necesariamente que contar con la defensa de los contenidos materiales. "No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales". La Constitución no es sólo el estatuto fundamental del poder sino que además es la forma y contenido que determina y regula las relaciones sociales y los fines del Estado. "La entrada en vigencia de un nuevo régimen constitucional, a través de la expedición de la nueva Constitución de 1991, trajo consigo una nueva dimensión en las relaciones de los ciudadanos frente al Estado, partiendo de la primacía del principio de la dignidad humana como rector de la nueva estructura jurídica y política y la concepción de la persona como un fin estatal". Como se indica en la sentencia que se viene de reseñar, los principios constitucionales son normas de aplicación inmediata, toda vez que "consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación... Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden... En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la constitución... los principios son normas que establecen un deber específico...". Y sabemos que entre otros son principios constitucionales, los consagrados en los artículos 1º y 3º de dicha normatividad, así es pues que lo son, el respeto a la dignidad humana, la solidaridad, el Estado social de derecho, etc. Estos principios tienen una concepción normativa vinculante de eficacia privilegiada y no pueden ser entendidos de manera correcta con independencia del concepto de efectividad; en esta concepción de Estado, las normas no solo se deben acatar sino que su cumplimiento debe coincidir con la realización de los principios y valores constitucionales. Y dentro de estos valores constitucionales fundamentales están la dignidad humana, la paz, la libertad, el orden justo, la solidaridad, la igualdad, etc.; y el Estado social de derecho se traduce como tal, en cuanto a esa forma de Estado, en los valores más abstractos a que es posible reducir muchos de ellos: "La dignidad, libertad e igualdad".

### **TEORIA DEL DAÑO ESPECIAL - Desarrollo y aplicación**

Nuestra sociedad hizo una elección política por estos principios constitucionales, me centraré en la solidaridad, en la dignidad de la persona humana y en el Estado social de derecho, relacionándoles con una justicia no formal sino de contenidos

materiales. No se trata de ninguna manera de llegar a la idea del Estado asegurador, pero sí la de plantear la insuficiencia de los fundamentos de la responsabilidad de la administración en los casos de terrorismo, y el examen de la imputación o el “quién debe responder” frente a los daños causados a las víctimas en estos eventos. Es así como de acuerdo a las modernas concepciones de Estado y justicia “... el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, estos términos justos se expresan mediante principios que especifican derechos y deberes básicos dentro de sus principales instituciones, y regulan a través del tiempo los arreglos del trasfondo de justicia, de manera que los beneficios derivados de los esfuerzos de cada cual estén justamente distribuidos y se comportan de una generación a la siguiente”; o bien en el principio ético de la prioridad según el cual a aquellos colocados en una posición desventajosa se les debe conceder el argumento que decide la prioridad; concepto que formulado de manera negativa configura el: “Principio de tolerancia: en caso de duda tiene prelación el argumento que tenga más amplio margen de tolerancia”. Toda esta concepción moderna de la justicia la recoge la Corte Constitucional en la referida sentencia T-406 de 1992, donde se puntualiza de manera clara que redundaría cualquier otro análisis: “Si fuese necesario dar elementos de juicio en abstracto sobre la justicia distributiva – cuestión de por sí temeraria – se podría recurrir al principio de igualdad, ampliamente debatido en la teoría de la justicia de las últimas décadas, a partir del cual toda distribución de recursos para ser justa, deba mejorar al menos la condición de los más desfavorecidos”. Dentro del Estado social de derecho, su naturaleza, conformación sociopolítica y los principios constitucionales reseñados ab initio, obligan al juez en esta materia en cuanto a su aplicación frente a las víctimas de los operativos militares por él realizados no dejar pasar desapercibido que la persona humana es el epicentro de la Constitución de 1991, y en la tensión del ser humano en su dimensión social - o individuo comunidad -, ésta constituye la razón última de la carta política. Y el juez está sometido al ordenamiento jurídico antes que a la ley, la idea de un orden justo se opone a la manifestación de la justicia sólo a través de la ley; los principios en el nuevo esquema jurídico y político adquirieron una importancia excepcional y la naturaleza del juez le imprime el deber ser de buscar la validez y efectividad de los contenidos de la constitución en los términos del artículo 228 donde debe prevalecer el derecho sustancial; la distinción entre *lex* y *ius* había sido ya formulada desde Santo Tomás de Aquino, prevaleciendo el derecho sobre la norma.

### **FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION - Deben inspirarse en el modelo de Estado Social de Derecho / IMPUTACION - Noción y Determinación**

Es así como los fundamentos de responsabilidad administrativa, falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional, deben enriquecerse de contenidos concretos inspirados en el modelo de Estado social de derecho, que hacen de él lo que es, porque son de su esencia, o bien, el juez debe decidir con fundamento en un régimen de derecho conformado por los principios constitucionales en virtud del plus o eficacia privilegiada que tienen dentro del ordenamiento jurídico, en atención al examen de cada caso concreto; los problemas de la responsabilidad deben ser estudiados desde el ángulo de la víctima “sería chocante e inadmisibles hacer soportar por la víctima los perjuicios que exceden por su gravedad y por su particularidad, los inconvenientes normales de la vida en sociedad, que sobrepasan aquello que los individuos deben soportar en nombre del interés general”. Ahora bien, en cuanto al fenómeno de la imputación que responde a la pregunta de quién debe responder antijurídicos causados por el Estado, la jurisprudencia de esta corporación, ha hecho algunas consideraciones en torno al

concepto de imputabilidad como presupuesto de la responsabilidad del Estado, partiendo del tenor literal del artículo 90 de la C.P. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. La parte final de la disposición transcrita “causados por la acción o la omisión...”, hace relación a la causalidad, y de ella depende el examen de la imputación o adjudicación del daño a “las autoridades públicas” que en caso de concretarse, o ser factible el juicio de atribuibilidad, desencadena el factor o fundamento de justicia, bien a través de los regímenes de responsabilidad enunciados, o en la plenitud del ordenamiento jurídico dentro del Estado social de derecho y sus principios constitucionales. Debe existir indiscutiblemente un título de imputación que permita dar respuesta al “quién debe responder”. La imputación significa una reelaboración gnoseológica jurídica sobre la causalidad, pero no es la causalidad misma, va más allá entendida como “imputatio factis” que no sólo obedece al criterio de la vinculación - no necesariamente física, pudiendo también obedecer a criterios normativos y jurídicos -, sino que igualmente apareja la aplicación de justicia material deducible para el caso, bien a través de los factores subjetivos u objetivos, lo que cubre la totalidad de los regímenes y criterios de responsabilidad, y que correspondería a la imputatio juris, quedando así conformada a satisfacción la imputación plena.

## **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Lucha contra grupos insurgentes**

Si los daños se producen con ocasión de la lucha el Estado en contra de los grupos insurgentes que buscan desestabilizarlo, debe tenerse en cuenta que éste se beneficia de privilegios, que los ciudadanos contribuyen con sus cargas, deberes y obligaciones al mantenimiento de la organización sociopolítica y de la fuerza pública, contribución que es impuesta equitativamente, de allí que con la misma razón resulta adecuado deducir que cuando el Estado es objeto de actos desestabilizadores, debe reparar los daños de quienes fueron ajenos a ese objetivo directo, que no era la víctima misma, sino la organización política de la cual el individuo hace parte. No puede desconocerse que el ciudadano lesionado en esa guerra contra el Estado, es integrante de una sociedad construida sobre una elección política, donde los contenidos de los principios constitucionales a que hemos venido aludiendo son de vigencia y aplicación inexorable si la esencia estatal es la que predica la constitución, y no otra forma de colectividad; se ha dado una dislocación entre los principios constitucionales señalados anteriormente que son de imperativo cumplimiento. Resulta pertinente traer a colación lo expuesto en un agudo estudio, donde se detalla como en Francia, el principio de la indemnización de los daños causados por hechos de guerra, inspiró al legislador la ley 26 de diciembre de 1914 que adoptó la noción de solidaridad como principio fundante de las indemnizaciones, se comenta así: “... El legislador consagró un sistema de reparación totalmente autónomo, fundado en la noción de solidaridad nacional: la igualdad destrozada en detrimento de algunas personas solamente puede restablecerse porque existe en el corazón de la nación un sentimiento de solidaridad. La solidaridad es un principio único, eterno, en el que reside su grandeza, por el que la nación debe extraer el motivo de su obligación: la deuda de la nación es impuesta a su soberanía por la solidaridad... la unidad nacional no sería más que una metáfora sino engendrara, para toda la nación, al tiempo beneficiaria y tributaria de esta unidad, la obligación de vincularla, no en consideración de una infracción de la nación, sino en consideración de ella misma”. La justicia, en términos de Rawls, el teórico contemporáneo más importante en el tema, en palabras sencillas, se fundamenta en una concepción solidarista entre quienes comparten una relación de convivencia, y a partir de su modelo contractual es posible aspirar a un mínimo de ella. Con motivo de las acciones terroristas se dota de prerrogativas especiales a los gobiernos, no sólo

en cuanto a la prevención y represión de las mismas, lo que paradójicamente puede dar origen a la modificación de la construcción teórica que se tenga del Estado, y que hoy día plantea un delicado problema de orden constitucional, en razón de la normatividad de los Estados de excepción o estatutos antiterroristas que ponen límites a los derechos fundamentales, donde se traza una peligrosa línea fronteriza entre la legalidad y la ilegalidad de Estado, Colombia tiene una amplia experiencia en el uso de dicha normatividad excepcional. Esta es la actual encrucijada de los Estados democráticos, el cómo afrontar este tipo de violencia respetando los límites del Estado de derecho lo cual se traduce en una lucha entre el “eficientismo” y el “garantismo”, en Colombia señalan ese horizonte “el estatuto de seguridad”, “el estatuto antiterrorista” y el “el estatuto para la defensa de la democracia”.

### **LUCHA ARMADA CONTRA EL ESTADO - Indemnizaciones a las víctimas**

Esta incidencia dramática que ejerce el terrorismo político sobre la organización estatal, increíblemente la debilita, cuando haciendo uso de la legalidad decide combatirlo, al punto de originar transformaciones profundas y tener la virtualidad de socavar el Estado social de derecho, es éste un elemento más para concluir que si la lucha terrorista es contra el Estado, las víctimas que caen en la misma, son inocentes ajenos al objetivo directo de la confrontación, y el Estado como tal debe acudir en su favor, bien a través de los sistemas de indemnización legal, o bien los resarcitorios propios del régimen de la responsabilidad. Existe también un precio o un costo para reducir el terrorismo – y no eliminarlo totalmente –, pero sí a través del derecho limitarlo al máximo posible, a efectos de no tener que resarcir las víctimas de los atentados de esta forma especial de violencia; ante el criterio economicista no debe olvidarse que el contrato social o pacto original tiene consecuencias vinculantes que obliga a los Estados a legitimarse a través de la eficacia o pactum solutionis, de lo contrario: “Si los costes de tolerar el terrorismo se hacen demasiado elevados, se deberán pagar otros costes con el fin de reducir el riesgo. Este riesgo no podrá reducirse hasta cero, pero tampoco es posible reducir hasta cero ninguna de las otras molestias” No olvidemos que los mecanismos de indemnización son el resultado de las guerras europeas ante la magnitud de los daños y el número de víctimas, éstas fueron el acicate para el avance en la materia y no la excusa para no reparar los daños ocasionados a la población, y de otro lado la existencia de la normatividad de excepción que puede poner en jaque la naturaleza del Estado y sus principios básicos hace que las víctimas deban tener un trato excepcional, como contrapartida del redimensionamiento transitorio de la legalidad. En el derecho contemporáneo existen dos vías posibles para garantizar las indemnizaciones a las víctimas de la lucha armada contra el Estado, la vía jurisdiccional y los regímenes legislativos especiales de indemnización y de asistencia pública, como ocurre entre otros en el derecho español y en el Francés, para llegar a la materialización de estas leyes se acudió al principio de la solidaridad. En nuestro medio la normatividad que deviene desde 1993, de manera reiterada ha invocado no solo el mismo principio, sino además el del “daño especial” que reciben dichas víctimas, pero en el plano de la realidad lo contemplado en dichas disposiciones se torna insuficiente porque no cumple un verdadero papel indemnizatorio, se trata como allí se destaca de una simple asistencia humanitaria coyuntural, lo que demanda indudablemente ante su insuficiencia que el juez en el horizonte de esos dos principios – solidaridad y daño especial – encumbre el estado actual de la jurisprudencia, para realizar lo que la normatividad enuncia pero no cumple ante su propia limitación de “asistencia humanitaria”, que le da más un entorno de retórica legislativa que de verdadero compromiso con las víctimas inocentes de una guerra que no les pertenece. Puede el juez, teniendo como punto de partida la unidad del ordenamiento jurídico,

desarrollar y dar aplicación al bloque de constitucionalidad y a las leyes de ayuda humanitaria, para encontrar los fundamentos de imputación que predicen algunos como algo insustituible y sacramental que les permite seguir anclados en el universo utópico de los conceptos, ignorando el incumplimiento de los fines del Estado que son los que justifican su existencia. De allí que “El concepto de “bloque de constitucionalidad”, tan arraigado ya en nuestra doctrina y en la jurisprudencia, no es sino expresión de ese fenómeno, en el cual la Constitución formal y la legislación ordinaria establecen una potente alianza normadora que afecta los elementos básicos del ordenamiento jurídico, a sus principios esenciales”.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08870-01(18536)**

**Actor: EDER JIMENEZ SANCHEZ Y OTROS**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL**

**Referencia: ACLARACION DE VOTO**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 9 de junio de 2010, proferida en el proceso de la referencia, aclaro mi voto en relación con varios aspectos de la parte motiva que de conformidad con la posición mayoritaria, quedaron plasmados en la respectiva providencia.

#### **1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto**

En la providencia señalada, en cuanto concierne al título de imputación de daño especial, se consignó lo siguiente:

“En síntesis, los daños que sufran las personas como consecuencia del conflicto armado interno, le son imputables al Estado cuando se demuestra que son consecuencia de una falla del servicio de la administración o del riesgo creado por la entidad estatal con el fin de cumplir su función de garantizar la vida e integridad de las personas

y que el ataque estuvo dirigido concretamente contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal<sup>24</sup>.

“En la misma hipótesis la Sala ha inferido la imputabilidad de daño al Estado, bajo el título de imputación del daño especial, con fundamento en las siguientes consideraciones:

‘Si bien la falla del servicio ha sido el fundamentado (sic) de la responsabilidad en la generalidad de las sentencias por actos terroristas, también se destacan los casos en que se ha considerado que se produjo un daño especial porque el acto estuvo dirigido contra un objetivo claro, representativo de la entidad estatal en ejecución del cual se afectó un interés particular. Se ha entendido que por razones de equidad esos daños no deben ser asumidos por la víctima, sino por el Estado que es el objetivo contra el cual están dirigidos, quien con su actividad ha generado dicha reacción y por lo tanto están a su cargo’<sup>25</sup>

“Como puede apreciarse en ambos títulos de imputación, esto es, daño especial y riesgo excepcional, se parte de la existencia, como situación fáctica, de que el daño se produzca con ocasión de un ataque dirigido por terceros en contra de un establecimiento militar o policivo o un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal.” (Página 16 de la providencia).

## **2. Razones y fundamentos de la aclaración**

Considero, respetuosamente, que si bien es cierto que al realizar el análisis de los títulos de imputación en los eventos en que el Estado se enfrenta a grupos insurgentes se hizo alusión al daño especial, lamentablemente, no se realizó un estudio profundo y concienzudo del mismo, labor necesaria en cuanto es el título de imputación apropiado, que con fundamento en la equidad y en la solidaridad, repara los daños que tienen la característica de ser anormales y excepcionales, y que los ciudadanos no tienen la obligación de soportar en cuanto se les impuso una carga desigual. Así lo he venido sosteniendo en varios salvamentos y aclaraciones de voto<sup>26</sup>, y recientemente, se desarrolló ampliamente el tema, en el texto “Responsabilidad Extracontractual del Estado”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Sentencia de 23 de septiembre de 1994, exp: 7577.

<sup>25</sup> Sentencia de 8 de febrero de 1999, Exp. 10731. Ver entre otras sentencias de 23 de septiembre de 1994, en la que por primera vez se aplicó el daño especial como título de imputación por atentados terrorista, exp. 8577; 21 de febrero de 2002, exp. 13661.

<sup>26</sup> Ver entre otros los siguientes: expedientes 30.851, 16.096, 18.769, 17.187 y 14.526.

<sup>27</sup> GIL BOTERO, Enrique. “Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Editorial Ibañez. Bogotá. 2010.

Nuestra Carta Política no sólo es fuente formal del derecho, sino que también expresa cuál es el ámbito de aplicación material, se estructura bajo una parte dogmática que contiene valores, principios, derechos fundamentales y un preámbulo que igualmente encierra un principio fundamental; y una parte orgánica que se refiere a los operadores jurídicos; nuestro modelo constitucional se transpoló al inglés, donde los valores están en la constitución, las leyes fundamentales limitan o restringen el poder, éste no se crea o regula en el derecho pero si puede limitarlo a través de los derechos; la constitución es norma de normas y contiene límites al legislador.

Frente a la situación de las víctimas de esta forma cualificada de violencia, una respuesta inspirada en los más puros contenidos de justicia material fue dada en la sentencia N° 8577 del 23 de septiembre 1994, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se aplicó por vez primera la teoría de daño especial como fundamento de justicia para quienes padecen los rigores del actuar terrorista, y si bien allí se destacaron los componentes esenciales del régimen conocido como “Daño Especial”, la decisión judicial contiene un elemento más trascendente cual es la argumentación jurídico - política sobre la clase de Estado que es Colombia, se expuso: “La definición misma de Colombia, como un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de las personas que la integran, permiten que el sentenciador maneje todo el campo de la responsabilidad del Estado con la solidez que tal normatividad tolera”. En su motivación, la sentencia señalada apunta al nuevo orden jurídico consagrado en la carta política cuando deja de lado factores jurisprudenciales tradicionales, para dar aplicación a principios y valores superiores ligados a la moderna concepción de justicia, tales como la solidaridad, la equidad y el Estado social de derecho. Por vía jurisprudencial, se introdujo un criterio de ponderación al fundamento de la responsabilidad o respuesta al interrogante: ¿Por qué se debe responder?, ligado al problema de la imputación o “quién debe responder”. El criterio aplicado en dicha sentencia, ha sido atenuado por la jurisprudencia posterior de la Sala<sup>28</sup>.

Al haberse definido Colombia en la Constitución Política como un Estado social de derecho, ello tiene connotaciones en la organización socio – política, por esto se ha dicho por la Corte Constitucional que el artículo 1º de la carta es la clave de

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1998, expediente N° 11837, actor: Luis Miguel Fernández Vega.

bóveda o ligamento que irradia todo el texto fundamental; el Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos estén presentes, elementos que determinan su propio ser, y dentro de estos caracteres se tiene necesariamente que contar con la defensa de los contenidos materiales. “No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”<sup>29</sup>. La Constitución no es sólo el estatuto fundamental del poder sino que además es la forma y contenido que determina y regula las relaciones sociales y los fines del Estado. “La entrada en vigencia de un nuevo régimen constitucional, a través de la expedición de la nueva Constitución de 1991, trajo consigo una nueva dimensión en las relaciones de los ciudadanos frente al Estado, partiendo de la primacía del principio de la dignidad humana como rector de la nueva estructura jurídica y política y la concepción de la persona como un fin estatal”<sup>30</sup>.

Como se indica en la sentencia que se viene de reseñar, los principios constitucionales son normas de aplicación inmediata, toda vez que “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación... Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden... En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la constitución... los principios son normas que establecen un deber específico...”. Y sabemos que entre otros son principios constitucionales, los consagrados en los artículos 1º y 3º de dicha normatividad, así es pues que lo son, el respeto a la dignidad humana, la solidaridad, el Estado social de derecho, etc. Estos principios tienen una concepción normativa vinculante de eficacia privilegiada y no pueden ser entendidos de manera correcta con independencia del concepto de efectividad; en esta concepción de Estado, las normas no solo se deben acatar sino que su cumplimiento debe coincidir con la realización de los principios y valores constitucionales<sup>31</sup>. Y dentro de estos valores constitucionales fundamentales están la dignidad humana, la paz, la libertad, el orden justo, la solidaridad, la igualdad, etc.; y el Estado social de derecho se traduce como tal, en cuanto a esa forma de Estado, en los valores más abstractos a que es posible reducir muchos de ellos: “La dignidad, libertad e igualdad”.

---

<sup>29</sup> Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

<sup>30</sup> Sentencia C-1062 del 16 de agosto de 2000, expediente N° 2770.

<sup>31</sup> Sentencia T-005 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Nuestra sociedad hizo una elección política por estos principios constitucionales, me centraré en la solidaridad, en la dignidad de la persona humana y en el Estado social de derecho, relacionándoles con una justicia no formal sino de contenidos materiales. No se trata de ninguna manera de llegar a la idea del Estado asegurador, pero sí la de plantear la insuficiencia de los fundamentos de la responsabilidad de la administración en los casos de terrorismo, y el examen de la imputación o el “quién debe responder” frente a los daños causados a las víctimas en estos eventos. Es así como de acuerdo a las modernas concepciones de Estado y justicia “... el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, estos términos justos se expresan mediante principios que especifican derechos y deberes básicos dentro de sus principales instituciones, y regulan a través del tiempo los arreglos del trasfondo de justicia, de manera que los beneficios derivados de los esfuerzos de cada cual estén justamente distribuidos y se comportan de una generación a la siguiente”<sup>32</sup>; o bien en el principio ético de la prioridad según el cual a aquellos colocados en una posición desventajosa se les debe conceder el argumento que decide la prioridad; concepto que formulado de manera negativa configura el: “Principio de tolerancia: en caso de duda tiene prelación el argumento que tenga más amplio margen de tolerancia”<sup>33</sup>. Toda esta concepción moderna de la justicia la recoge la Corte Constitucional en la referida sentencia T-406 de 1992, donde se puntualiza de manera clara que redundaría cualquier otro análisis: “Si fuese necesario dar elementos de juicio en abstracto sobre la justicia distributiva – cuestión de por sí temeraria – se podría recurrir al principio de igualdad, ampliamente debatido en la teoría de la justicia de las últimas décadas, a partir del cual toda distribución de recursos para ser justa, deba mejorar al menos la condición de los más desfavorecidos”.

Dentro del Estado social de derecho, su naturaleza, conformación sociopolítica y los principios constitucionales reseñados *ab initio*, obligan al juez en esta materia en cuanto a su aplicación frente a las víctimas de los operativos militares por él realizados no dejar pasar desapercibido que la persona humana es el epicentro de la Constitución de 1991, y en la tensión del ser humano en su dimensión social - o individuo comunidad -, ésta constituye la razón última de la carta política<sup>34</sup>. Y el

---

<sup>32</sup> JOHN RAWLS, Liberalismo político, 1ª reimpresión de la edición en español (FCE, Colombia), 1996, pág. 40.

<sup>33</sup> KAUFMANN ARTHUR, filosofía del derecho, Universidad externado de Colombia, traducción de la 2ª edición, 1999, pág. 195.

<sup>34</sup> Sentencia T-02 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

juez está sometido al ordenamiento jurídico antes que a la ley, la idea de un orden justo se opone a la manifestación de la justicia sólo a través de la ley<sup>35</sup>; los principios en el nuevo esquema jurídico y político adquirieron una importancia excepcional y la naturaleza del juez le imprime el deber ser de buscar la validez y efectividad de los contenidos de la constitución en los términos del artículo 228 donde debe prevalecer el derecho sustancial; la distinción entre *lex* y *ius* había sido ya formulada desde Santo Tomás de Aquino, prevaleciendo el derecho sobre la norma.

Es así como los fundamentos de responsabilidad administrativa, falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional, deben enriquecerse de contenidos concretos inspirados en el modelo de Estado social de derecho, que hacen de él lo que es, porque son de su esencia, o bien, el juez debe decidir con fundamento en un régimen de derecho conformado por los principios constitucionales en virtud del plus o eficacia privilegiada que tienen dentro del ordenamiento jurídico, en atención al examen de cada caso concreto; los problemas de la responsabilidad deben ser estudiados desde el ángulo de la víctima “sería chocante e inadmisibles hacer soportar por la víctima los perjuicios que exceden por su gravedad y por su particularidad, los inconvenientes normales de la vida en sociedad, que sobrepasan aquello que los individuos deben soportar en nombre del interés general”<sup>36</sup>.

Ahora bien, en cuanto al fenómeno de la imputación que responde a la a pregunta de quién debe responder antijurídicos causados por el Estado, la jurisprudencia de esta corporación, ha hecho algunas consideraciones en torno al concepto de imputabilidad como presupuesto de la responsabilidad del Estado, partiendo del tenor literal del artículo 90 de la C.P. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. La parte final de la disposición transcrita “causados por la acción o la omisión...”, hace relación a la causalidad, y de ella depende el examen de la imputación o adjudicación del daño a “las autoridades públicas” que en caso de concretarse, o ser factible el juicio de atribuibilidad, desencadena el factor o fundamento de justicia, bien a través de los regímenes de responsabilidad enunciados, o en la plenitud del ordenamiento jurídico dentro del Estado social de derecho y sus principios constitucionales.

---

<sup>35</sup> Sentencia C- 486 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>36</sup> JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, Ob. Cit., Pág. 73.

Debe existir indiscutiblemente un título de imputación que permita dar respuesta al “quién debe responder”. La imputación significa una reelaboración gnoseológica jurídica sobre la causalidad, pero no es la causalidad misma, va más allá entendida como “*imputatio factis*” que no sólo obedece al criterio de la vinculación - no necesariamente física, pudiendo también obedecer a criterios normativos y jurídicos -, sino que igualmente apareja la aplicación de justicia material deducible para el caso, bien a través de los factores subjetivos u objetivos, lo que cubre la totalidad de los regímenes y criterios de responsabilidad, y que correspondería a la *imputatio juris*, quedando así conformada a satisfacción la imputación plena.

Si los daños se producen con ocasión de la lucha el Estado en contra de los grupos insurgentes que buscan desestabilizarlo, debe tenerse en cuenta que éste se beneficia de privilegios, que los ciudadanos contribuyen con sus cargas, deberes y obligaciones al mantenimiento de la organización sociopolítica y de la fuerza pública, contribución que es impuesta equitativamente, de allí que con la misma razón resulta adecuado deducir que cuando el Estado es objeto de actos desestabilizadores, debe reparar los daños de quienes fueron ajenos a ese objetivo directo, que no era la víctima misma, sino la organización política de la cual el individuo hace parte. No puede desconocerse que el ciudadano lesionado en esa guerra contra el Estado, es integrante de una sociedad construida sobre una elección política, donde los contenidos de los principios constitucionales a que hemos venido aludiendo son de vigencia y aplicación inexorable si la esencia estatal es la que predica la constitución, y no otra forma de colectividad; se ha dado una dislocación entre los principios constitucionales señalados anteriormente que son de imperativo cumplimiento. En efecto, la solidaridad fundamentaría la atribución de esos daños al Estado:

“La solidaridad impone el deber de reparar, el fin reside en no dejar a la víctima desprotegida ante un daño injusto, que no tenga el deber de soportar; de allí que se produzca la ampliación de los factores de atribución de responsabilidad, hasta avanzar más allá de la noción de culpa, antes la frontera en la que se detenía el resarcimiento<sup>37</sup>.”

“Se ha producido una socialización de los riesgos y de la incidencia de los daños, hasta alcanzar a dañadores que con la concepción tradicional no hubieran respondido.

---

<sup>37</sup> LÓPEZ MESA, Algunos excesos en materia de responsabilidad del Estado. “¿Es posible aplicar al Estado la doctrina del riesgo creado?”. En Revista de Derecho Administrativo, cit, Año 10, N° 27/29, pp. 437 y ss; ídem, Curso, cit., T III, p. 67; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., t.4, p. 85.

“También la solidaridad justifica distribuir entre los diversos miembros de una sociedad, el pesos resarcitorio del daño, cuando ha sido causado en ocasión de un perjuicio público, brindado en interés común<sup>38</sup>, como sería el daño sufrido por un vecino o transeúnte, a consecuencia de una bala perdida disparada por la policía persiguiendo a unos ladrones<sup>39</sup>40.

Resulta pertinente traer a colación lo expuesto en un agudo estudio, donde se detalla como en Francia, el principio de la indemnización de los daños causados por hechos de guerra, inspiró al legislador la ley 26 de diciembre de 1914 que adoptó la noción de solidaridad como principio fundante de las indemnizaciones, se comenta así: “... El legislador consagró un sistema de reparación totalmente autónomo, fundado en la noción de solidaridad nacional: la igualdad destrozada en detrimento de algunas personas solamente puede restablecerse porque existe en el corazón de la nación un sentimiento de solidaridad. La solidaridad es un principio único, eterno, en el que reside su grandeza, por el que la nación debe extraer el motivo de su obligación: la deuda de la nación es impuesta a su soberanía por la solidaridad... la unidad nacional no sería más que una metáfora sino engendrara, para toda la nación, al tiempo beneficiaria y tributaria de esta unidad, la obligación de vincularla, no en consideración de una infracción de la nación, sino en consideración de ella misma”<sup>41</sup>. La justicia, en términos de Rawls, el teórico contemporáneo más importante en el tema, en palabras sencillas, se fundamenta en una concepción solidarista entre quienes comparten una relación de convivencia, y a partir de su modelo contractual es posible aspirar a un mínimo de ella.

Con motivo de las acciones terroristas se dota de prerrogativas especiales a los gobiernos, no sólo en cuanto a la prevención y represión de las mismas, lo que

---

<sup>38</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de daños, cit., t.4, p. 86; CSJN, 27/2/97, “Compañía Swift de La Plata c. Estado nacional”, Ley 1998-D-128; ídem, 21/3/95, “Rebesco, Luis M. c. Estado nacional-Policía Federal-”, ED, 166-377; Cám. Nac. Fed. CC, Sala II, 16/9/97, “Carranza, Julia A. y otros c. municipalidad de Buenos Aires”, La Ley, 1999-C-794, J. Agrup., caso 13.935.

<sup>39</sup> La CSJN ha decidido que cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente del perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general – los daños- en el caso, muerte a raíz de los disparos efectuados por un policía durante la persecución de delincuentes – deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad Portu obrar lícito (CSJN, 10/4/01, “C. de G., F. c. Provincia de Buenos Aires”, DJ, 2001 -3- 866).

<sup>40</sup> TRIGO REPRESAS Félix A., LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil, el derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, Buenos Aires, La Ley, Tomo I, pág. 32.

<sup>41</sup> GUSTAVO QUINTERO NAVAS, Conflicto armado y responsabilidad del Estado: análisis del derecho colombiano a la luz del derecho francés, Revista N° 10 de derecho público Universidad de los Andes, 1999, pág. 173.

paradójicamente puede dar origen a la modificación de la construcción teórica que se tenga del Estado, y que hoy día plantea un delicado problema de orden constitucional, en razón de la normatividad de los Estados de excepción o estatutos antiterroristas que ponen límites a los derechos fundamentales, donde se traza una peligrosa línea fronteriza entre la legalidad y la ilegalidad de Estado, Colombia tiene una amplia experiencia en el uso de dicha normatividad excepcional. Esta es la actual encrucijada de los Estados democráticos, el cómo afrontar este tipo de violencia respetando los límites del Estado de derecho lo cual se traduce en una lucha entre el “eficientismo” y el “garantismo”, en Colombia señalan ese horizonte “el estatuto de seguridad”, “el estatuto antiterrorista” y el “el estatuto para la defensa de la democracia”<sup>42</sup>.

Esta incidencia dramática que ejerce el terrorismo político sobre la organización estatal, increíblemente la debilita, cuando haciendo uso de la legalidad decide combatirlo, al punto de originar transformaciones profundas y tener la virtualidad de socavar el Estado social de derecho, es éste un elemento más para concluir que si la lucha terrorista es contra el Estado, las víctimas que caen en la misma, son inocentes ajenos al objetivo directo de la confrontación, y el Estado como tal debe acudir en su favor, bien a través de los sistemas de indemnización legal, o bien los resarcitorios propios del régimen de la responsabilidad.

Existe también un precio o un costo para reducir el terrorismo – y no eliminarlo totalmente –, pero sí a través del derecho limitarlo al máximo posible, a efectos de no tener que resarcir las víctimas de los atentados de esta forma especial de violencia; ante el criterio economicista no debe olvidarse que el contrato social o pacto original tiene consecuencias vinculantes que obliga a los Estados a legitimarse a través de la eficacia o *pactum solutionis*, de lo contrario: “Si los costes de tolerar el terrorismo se hacen demasiado elevados, se deberán pagar otros costes con el fin de reducir el riesgo. Este riesgo no podrá reducirse hasta cero, pero tampoco es posible reducir hasta cero ninguna de las otras molestias”<sup>43</sup>

No olvidemos que los mecanismos de indemnización son el resultado de las guerras europeas ante la magnitud de los daños y el número de víctimas, éstas fueron el acicate para el avance en la materia y no la excusa para no reparar los

---

<sup>42</sup> JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, Ob. Cit., pág. 18.

<sup>43</sup> DAVID C. RAPOPORT, Ob. Cit., pág. 168.

daños ocasionados a la población<sup>44</sup>, y de otro lado la existencia de la normatividad de excepción que puede poner en jaque la naturaleza del Estado y sus principios básicos hace que las víctimas deban tener un trato excepcional, como contrapartida del redimensionamiento transitorio de la legalidad.

“Los jueces en desarrollo de su función, se repite, deben hacer una interpretación de la normatividad que involucre los principios y valores constitucionales, a efectos de dar prevalencia a los derechos de los asociados. Por lo tanto, éstos, en su labor interpretativa, no pueden dejar de lado la doctrina constitucional, pues ella, precisamente, plasma el sentido y orientación que debe darse al ordenamiento jurídico. Se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no sólo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la constitución... No puede olvidarse que la función de los jueces, en el marco de un Estado social de derecho (...) es, precisamente, materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no sólo el mantenimiento de un orden justo sino la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano, artículo 2º”<sup>45</sup>.

En el derecho contemporáneo existen dos vías posibles para garantizar las indemnizaciones a las víctimas de la lucha armada contra el Estado, la vía jurisdiccional y los regímenes legislativos especiales de indemnización y de asistencia pública, como ocurre entre otros en el derecho español<sup>46</sup> y en el Francés<sup>47</sup>, para llegar a la materialización de estas leyes se acudió al principio de la solidaridad.

---

<sup>44</sup> JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, Ob. Cit., pág. 144

<sup>45</sup> Sentencia SU-846/2000.

<sup>46</sup> En el derecho español, acontece igual, a la par de la vía jurisdiccional, el régimen legal está conformado por la siguiente normatividad: Real decreto 1211 del 18 de julio de 1997 por el cual se aprueba el reglamento de ayudas y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo; Real decreto ley 13 de 1997 por el cual se autorizó la celebración de un sorteo de la lotería nacional a favor de las víctimas de terrorismo; orden del 12 de septiembre de 1997 por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de subvenciones a las asociaciones representativas y de defensa de las víctimas de terrorismo y a las entidades que realicen actividades asistenciales a favor de las mismas; Real decreto 73 de 1998 del 23 de enero por el que se regulan los criterios de asignación de las ayudas a víctimas de terrorismo derivadas de los beneficios obtenidos en el sorteo de la lotería nacional del 18 de octubre de 1997. Finalmente la ley 32 de 1999 mediante la cual se alcanza la solidaridad con las víctimas del terrorismo, y el Real decreto 1912 de 1999 reglamento de ejecución de la ley 32 de 1999. Como también la ley 2 de 2003, modificatoria de la ley 32 de 1999, y el Real Decreto 288 de 2003 por el que se aprueba el reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.

<sup>47</sup> En Francia esta última vía fue adoptada mediante el régimen legislativo, ley N° 86-1020 de septiembre 9 de 1986, que permite por un procedimiento rápido la indemnización de todas las víctimas de terrorismo en territorio francés e incluso de los nacionales franceses en el exterior. Esta ley ha sido complementada y mejorada por reformas legislativas como las leyes del 30 de diciembre de 1986, del 23 de enero y 6 de julio de 1990, y la ley del 8 de febrero de 1995.

En nuestro medio la normatividad que deviene desde 1993, de manera reiterada ha invocado no solo el mismo principio, sino además el del “daño especial” que reciben dichas víctimas, pero en el plano de la realidad lo contemplado en dichas disposiciones se torna insuficiente porque no cumple un verdadero papel indemnizatorio, se trata como allí se destaca de una simple asistencia humanitaria coyuntural, lo que demanda indudablemente ante su insuficiencia que el juez en el horizonte de esos dos principios – solidaridad y daño especial – encumbre el estado actual de la jurisprudencia, para realizar lo que la normatividad enuncia pero no cumple ante su propia limitación de “asistencia humanitaria”, que le da más un entorno de retórica legislativa que de verdadero compromiso con las víctimas inocentes de una guerra que no les pertenece. Puede el juez, teniendo como punto de partida la unidad del ordenamiento jurídico, desarrollar y dar aplicación al bloque de constitucionalidad y a las leyes de ayuda humanitaria, para encontrar los fundamentos de imputación que predicen algunos como algo insustituible y sacramental que les permite seguir anclados en el universo utópico de los conceptos, ignorando el incumplimiento de los fines del Estado que son los que justifican su existencia. De allí que “El concepto de “bloque de constitucionalidad”, tan arraigado ya en nuestra doctrina y en la jurisprudencia, no es sino expresión de ese fenómeno, en el cual la Constitución formal y la legislación ordinaria establecen una potente alianza normadora que afecta los elementos básicos del ordenamiento jurídico, a sus principios esenciales”<sup>48</sup>.

Conclusión de todo lo anterior, es que en la búsqueda de los contenidos materiales de justicia, de acuerdo con valores y principios consagrados en la Constitución Política que no es posible desconocer y que tiene como epicentro el ser humano, considera que en el caso de las víctimas de la lucha armada contra los grupos que buscan la desestabilización de Estado, debe aplicarse el título de imputación del daño especial para establecer la responsabilidad de la administración.

Respecto de dicho título de imputación, la Sala se pronunció en sentencia del 3 de mayo de 2007, cuyos términos reitero en la presente aclaración:

### **“1. Régimen de responsabilidad aplicable**

---

<sup>48</sup> LÓPEZ GARRIDO, Diego, Ob. Cit., Pág. 167.

“En el presente caso la responsabilidad deviene, como se manifestó en la sentencia recurrida, de la aplicación de la teoría del daño especial, régimen de responsabilidad que pone acento en el daño sufrido por la víctima, la cual debe ser preservada frente al perjuicio no buscado, no querido, ni tampoco merecido<sup>49</sup>. Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad, la igualdad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores objetivos con los que se ha enriquecido el catálogo de títulos de imputación al Estado<sup>50</sup>.

“El daño especial cuenta con una larga tradición en la jurisprudencia de esta Corporación, siendo utilizada por primera vez en 1947<sup>51</sup>, ocasión en la que manifestó:

“Consecuencia recta de la anterior proposición, en razón pura, es la de que la operación administrativa ni los hechos que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí, en cambio, causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o producto de la necesidad de obrar en un momento dado, menos dignos de resarcimiento, que es lo que la ley colombiana ha querido, a diferencia de otras legislaciones que sólo conceden acción cuando el perjuicio proviene de una vía de hecho”<sup>52</sup>.

“A partir de ese momento esta Corporación ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto del daño especial, en la cual el título de imputación tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, *curso de derecho Administrativo*, t. II, ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 369.

<sup>50</sup> Lo expuesto es soportado por los aportes que numerosos autores han realizado al tema de la responsabilidad, de los que constituye un buen ejemplo el tratadista Vázquez Ferreyra, quien escribió:

“Insistimos en señalar que los factores objetivos de atribución constituyen un catálogo abierto sujeto a la expansión. Por ello la mención sólo puede ser enunciativa. Al principio sólo se mencionaba el riesgo creado; un análisis posterior desprendido del perjuicio subjetivista permitió vislumbrar a la equidad y la garantía. Hoy conocemos también otros factores, como la igualdad ante las cargas públicas, que es de creación netamente jurisprudencial.” –subrayado fuera de texto-

VÁZQUEZ FERREYRA Roberto A., *Responsabilidad por daños (elementos)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 197.

<sup>51</sup> Oportunidad en que el Consejo de Estado conoció la demanda de El Siglo S.A. contra la Nación, en virtud del cerco policial y la suspensión de servicios de que habían sido objeto las instalaciones del rotativo durante 27 días, medios con los que pretendió impedir que la multitud destrozara la maquinaria del periódico.

<sup>52</sup> Consejo de Estado, sentencia de julio 27 de 1947. C.p. Gustavo A Valbuena.

<sup>53</sup> En este sentido esta corporación ha consagrado:

“Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.”

*Extractos de Jurisprudencia*, Tomo III, Enero, Febrero y Marzo de 1989, Pág. 249 y 250, citado en CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, 1º de agosto de 1991, p. 13.



“Los supuestos de aplicación de este título de imputación han sido variados, todos ellos creando líneas jurisprudenciales que se han nutrido de un común denominador de naturaleza principalista.

“En este sentido encontramos los casos de daños sufridos por conscriptos en desarrollo del servicio militar obligatorio<sup>54</sup>, el hecho del legislador –ley conforme a la Constitución- que genera imposibilidad de accionar ante un daño antijurídico y la construcción de obras públicas que disminuye el valor de los inmuebles aledaños<sup>55</sup>.

“Igualmente, el daño especial ha sido el sustento para declarar la responsabilidad del Estado en eventos de escasa ocurrencia que van desde el ya conocido cierre del diario el Siglo<sup>56</sup>, la liquidación de un banco<sup>57</sup>, la retención de un vehículo que transportaba sulfato de potasio por creer que era un insumo para la fabricación de estupefacientes<sup>58</sup> o el daño a una aeronave que había sido secuestrada por miembros de un grupo guerrillero<sup>59</sup>; hasta eventos muy similares al que ahora ocupa a la Sala, verbigracia, enfrentamientos entre el ejército y la guerrilla en un área urbana de la ciudad de Cali<sup>60</sup>, el ataque bélico de un grupo guerrillero contra el cuartel de la policía de la población de Herrera, departamento del Tolima<sup>61</sup>, o la muerte de un joven en un enfrentamiento entre guerrilla y ejército, sin claridad acerca de la autoría de la muerte<sup>62</sup>.

---

<sup>54</sup> Entre otras, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, No. de radicación 16205, de Agosto 1º de 2005, C.P. María Helena Giraldo, caso de las lesiones sufridas por un conscripto

<sup>55</sup> Entre otros, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente 4493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; y CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, No. de radicación 24671, de diciembre 13 de 2005, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>56</sup> En la ya mencionada sentencia del CONSEJO DE ESTADO, de julio 27 de 1947. C.p. Gustavo A Valbuena. [En esa ocasión, el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de examinar aquella situación tan singular en la cual el presidente de la república, Alfonso López, fue detenido por unidades militares en la ciudad de Pasto, lo que originó una crisis y propició que ocupara la presidencia de manera transitoria, el primer designado, quien en virtud de sus facultades otorgó poderes de policía al Ministro de la Defensa para que dictara una resolución tomando posesión y censura de todos los periódicos y revistas del país; a uno de los diarios que no se le designó censor fue al periódico El Siglo, que luego se debió proteger paradójicamente por la misma fuerza pública frente a las turbas enardecidas que iban a atacar sus instalaciones, y por esa protección que le prestó el Estado, se vio en la imposibilidad circular derivándose así un perjuicio].

<sup>57</sup> [Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 1976, radicación: 1.482. Magistrado Ponente: Jorge Valencia Arango].

<sup>58</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente 5502, C.p. Juan de Dios Montes Hernández, 1º de agosto de 1991.

<sup>59</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 6097, C.p. Julio Cesar Uribe Acosta, 20 de marzo de 1992.

<sup>60</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente 6110, C.p. Policarpo Castillo Dávila, sentencia de 24 de abril de 1991.

<sup>61</sup> En donde resulta especialmente enunciativo un párrafo de dicha providencia, que se transcribe “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 de administrado, se desconocería la noción de equidad.”

<sup>62</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 7716, C.p. Julio Cesar Uribe Acosta, 17 de junio de 1993.

“El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. En este sentido, resulta valiosa la referencia que nos aporta la jurisprudencia de esta corporación al decir:

“Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad.”<sup>63</sup>

“Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal.

“Lo dicho no debe entenderse como un reducto de arbitrariedad del juez, fruto exclusivo de su personal idea de justicia. Por el contrario, este tipo de razonamiento es el que se exige de todos y cada uno de los operadores jurídicos, quienes al momento de aplicar la ley deben permear su interpretación con los principios constitucionales vigentes dentro del sistema jurídico<sup>64</sup>, sobre todo a partir de la entrada en rigor de la nueva Constitución, norma que incorpora los valores y principios como un elemento axial dentro de su estructura, algo que debe reflejarse en la concepción del derecho que tengan los operadores jurídicos que funcionan dentro del sistema.

“Lo expresado anteriormente se encuentra en sintonía con el entendimiento que ha presentado la Corte Constitucional, que al respecto consagró

“la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones

---

<sup>63</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. 4655, C.p. Dr. Antonio José Irisarri Restrepo, en Extractos de Jurisprudencia del consejo de Estado, primer trimestre de 1989, Tomo III, Publicaciones Caja Agraria, Bogotá, p. 249 y 250.

<sup>64</sup> Exigencia que se deriva de la idea de “sistema” del ordenamiento jurídico, es decir, de cuerpo único y armónico de normas jurídicas, que se relacionan con base en reglas de jerarquía, competencia y vigencia. Es esta la base del principio de hermeneútica conforme a la Constitución, que exige la interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales con armonía y estricta observancia de los preceptos constitucionales. En este sentido Corte Constitucional se ha referido al principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, entre otras en la sentencia C-070 de 1996 y C-038 de 2006.

legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.<sup>65</sup> (Subrayado dentro del texto de la sentencia)

“Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que de sentido al Estado Social de Derecho.

“Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata de el uso de la discrecionalidad que permite –e incluso, en algunos casos exige- el ordenamiento para eventos en que la vía excepcional es la que cumple con el valor de justicia material que se busca<sup>66</sup>.

“A su turno nuestra Corte Constitucional ha identificado tres elementos característicos de la equidad:

“El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. La situación en la cual se encuentran las partes – sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial – es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación”<sup>67</sup>.

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

“Como se anotó, la justicia material se concreta en los casos de daño especial en el objetivo de reequilibrar la asunción de cargas públicas, en virtud a que el perjuicio sufrido presenta características de excepcional y anormal. En otras palabras es un perjuicio que, desde la perspectiva del principio de igualdad frente a las cargas públicas,

---

<sup>65</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1547 de 2000, M.P. (e): Cristina Pardo Schlesinger, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>66</sup> “Porque la equidad no es fuente del Derecho, sino medio de determinación del Derecho justo”, como sabiamente lo ha enseñado ENTRENA KLETT Carlos María, *La equidad y el arte de juzgar*, Ed. Aranzadi, 2ª Ed., Navarra, 1990, p. 23.

<sup>67</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-837 de 2002.

resulta considerablemente superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón del ejercicio de los poderes de actuación con que cuenta la administración. En este sentido, respecto de las calidades del perjuicio sufrido, se estableció por el Consejo de Estado desde los primeros años de implementación de esta teoría

“El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. **El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado.**”<sup>68</sup>  
–negrilla fuera de texto-

“Esta anormalidad y especialidad del perjuicio es, precisamente, la que conlleva a un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas<sup>69</sup>. Sin embargo, no debe entenderse dicho principio como el anhelo de lograr una equiparación matemática entre los administrados frente a la actividad administrativa; el contenido que el mismo involucra es, evidentemente, el mantenimiento de un relativo balance en esta materia. En consecuencia, es posible considerar como legítimas las imposiciones que puedan ser ubicadas dentro de los parámetros que, de acuerdo con la jurisprudencia, acepta el principio de igualdad ante las cargas públicas; y, en este mismo sentido, el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad administrativa haya ocasionado un grado de perjuicio que exceda el ámbito de molestia que debe ser soportado.

“La igualdad, y como se antepuso, su manifestación en el equilibrio ante las cargas públicas, aparece como el bien jurídico a restituir en estos casos, fruto directo de postulados equitativos a los que repugna, como lo expresan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los eventos de extrema desigualdad en la repartición de las cargas públicas.

“Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar

---

<sup>68</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p. Pedro Gómez Parra, septiembre 30 de 1949.

<sup>69</sup> En este sentido ha expresado esta corporación:

“todo perjuicio anormal, que por su naturaleza e importancia exceda las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser considerado como una violación de la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas, y por consiguiente debe ser reparado”

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p.: Guillermo González Charry, abril 21 de 1966.

el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social –y por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto ha consagrado:

“Los actos dañinos derivados del uso de la fuerza legítima, son indemnizados bajo dos fundamentos, a saber, uno el de la solidaridad nacional según el cual el Estado Social de Derecho debe asumir las cargas generales que incumben a su misión, tal el evento de lesiones personales o daños materiales infringidos con el objeto de reprimir una revuelta, o por causa de esta. Otro, el deber de asumir los riesgos inherentes a los medios empleados particularmente en sus actividades peligrosas o riesgosas.”<sup>70</sup>.

“En armonía con lo manifestado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha entendido que la solidaridad dentro del Estado Social de Derecho es simplemente un medio para dar aplicación real a uno de los valores fundacionales del Estado moderno: la justicia material, principio sobre el cual la Corte Constitucional refirió:

“El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales.

“Dicho principio es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del Juez, sino también de la administración cuando define situaciones jurídicas o actúa sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias.”<sup>71</sup>

“De este extracto jurisprudencial se derivan dos ideas que resultan capitales al desarrollo argumentativo del presente caso y que reafirman las razones expuestas: la idea de que la justicia material busca la aplicación efectiva de principios y valores constitucionales; y, que es la misión del juez, entre otros, velar por su efectiva materialización.

“En resumen, la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan

---

<sup>70</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, rad. 8490, 27 de enero de 2000, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

<sup>71</sup> Sentencia T-429 de 1994 M.p. Antonio Barrera Carbonell

restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.

“Se denota claramente la gran riqueza sustancial que involucra la teoría del daño especial y, como no, lo esencial que resulta a un sistema de justicia que, como el de un Estado Social de Derecho, debe buscar mediante el ejercicio de su función la efectiva realización de los valores y principios esenciales al mismo.

“Sin mayor preámbulo se iniciará el estudio de los elementos que en el caso concreto configuran el título de responsabilidad”<sup>72</sup> (se subraya).

La teoría del daño especial es conveniente, no solo porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento iusprincipialista que nutre de contenido constitucional la solución que en estos casos profiere la justicia contencioso administrativa.

Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó el análisis del título de imputación de daño especial, materia sobre el cual recae esta aclaración de voto.

Atentamente,

**ENRIQUE GIL BOTERO**

*Fecha ut supra*

---

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de tres de mayo de 2007, expediente: 16.696 (06081), actor: Luz Marina Ramírez Barrios y otros. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.