

# Iter Ad Veritatem

# 9



Facultad de  
Derecho



Acreditación de  
Alta Calidad  
Resolución MEN. N° 3337  
del 29 abril de 2011



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
T U N J A

*Experiencia y Calidad*



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA COLCIENCIAS A

Iter Ad Veritatem

Tunja  
Colombia

N° 9

pp. 01 - 473

Enero  
Diciembre

2011

ISSN: 1909-9843



**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
SECCIONAL TUNJA  
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO  
ITER AD VERITATEM  
N° 9**

**Tunja, 2011**

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	N° 9	pp. 1-xxx	Enero Diciembre	2011	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

---

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

**Director**

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

**Número de la revista**

NUEVE (9)

Correspondiente a la producción académica del 2011.

**Periodicidad**

Anual

**ISSN**

1909-4893

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

**Teléfono**

(8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co  
dhiguera@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:** Santiago Suárez Varela

**Corrección de Estilo:**

Mg. Eyder Bolívar Mojica, docente investigador de la facultad

**Revisión inglés:** Ángela Marcela Robayo Gil

Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**Estudiantes participantes:** Pedro Alejandro Amezquita

Niño, Andrés Felipe Torres Cardozo Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**Anotación:** El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

---

## **MISIÓN INSTITUCIONAL**

*Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.*

## **VISIÓN INSTITUCIONAL**

*La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.*

## **LA MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio-jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.*

## **VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO**

*La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo -Sistema Modular- se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.*

*Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.*

---

*Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.*

### **MISIÓN DE LA REVISTA**

*Iter Ad Veritatem es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivos o parciales de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.*

*En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Iter Ad Veritatem se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.*

---

## TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN LA REVISTA ITER AD VERITATEM

1. Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.
2. Anexo al artículo deberá presentarse la declaratoria de originalidad del artículo, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.
3. Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse de acuerdo al INSTRUCTIVO PARA AUTORES ITER AD VERITATEM.
4. Los artículos aprobados *con condiciones*, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico.
5. Los artículos *rechazados*, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.
6. Los artículos seleccionados y aprobados *sin modificaciones* o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y a comité editorial para su evaluación final.
7. De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.
8. El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.
9. Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.
10. ITER AD VERITATEM Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.
11. El proceso de edición ITER AD VERITATEM posee facultad para organizar la información correspondiente a los datos del autor y del texto, mencionando en primera nota la pie de página sin numeración la formación del autor con respecto a sus estudios de pregrado y postgrado, además de la filiación institucional del autor y medios para establecer contacto, bien sean por vía electrónica E- mail o por medio de números telefónicos fijos o móviles, aunado a lo anterior se establecerá con la siglas **AI** y **AE** si el autor es interno o externo; en un segundo pie de pagina sin numeración se debe establecer el proyecto de investigación, su línea de investigación y el Método de análisis usado esclareciendo la tipología del artículo presentado.





---

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.**  
Rector Seccional

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.**  
Decano de División Facultad de Derecho

## **DIRECTOR**

**Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina**  
Decano de la Facultad de Derecho

## **EDITOR**

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

## **COMITÉ CIENTÍFICO.**

**Ph. D Pierre Subra de Biesses**  
Universidad paris X, Francia

**Ph. D Pablo Guadarrama**  
Universidad central de las Villas, Cuba

**Ph. D Carlos Mario Molina Betancur**  
Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph. D. Natalia Barbero**  
Universidad de estudios a distancia, España.  
Universidad de Sevilla, España.

**Ph.D. Alfonso Daza González**  
Universidad Externado de Colombia

---

**COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL**

**Fray José Antonio González Corredor, O.P.**  
Vicerrector académico

**Mg. Ángela María Londoño Jaramillo**  
Directora Centro de investigaciones

**Mg Andrea Sotelo Carreño**  
Directora departamento de comunicaciones y mercadeo

**COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.**

**Ph.D. Yolanda M. Guerra García**  
Madison University, Estados Unidos.

**C. Ph.D. Diego German Mejía Lemos**  
National University Of Singapore, Faculty Of Law

**C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera**  
Universidad Carlos III, España.

**Ph.D. Alfonso Daza González**  
Universidad Externado de Colombia

**CORRECTOR DE ESTILO**

**Mg. Eyder Bolívar Mojica**  
Investigador en Derechos Humanos.

---

## PARES ACADÉMICOS

**Ph. D. Ciro Nolberto Guecha Medina, Abogado,** Especialista en Derecho Administrativo U. Santo Tomás, Especialista en Derecho Administrativo, U. Salamanca España, Magíster Derecho Procesal, U. Libre Bogotá, Magíster Derecho Administrativo, U. Rosario Bogotá, Doctor en Derecho U. Externado de Colombia, Doctorado en Derecho U. Alfonso X España. Decano Facultad de Derecho USTA Tunja, Líder Grupo de Investigaciones Jurídicas y SocioJurídicas Facultad de Derecho, Categoría “A” en Colciencias. Email [cguecha@ustatunja.edu.co](mailto:cguecha@ustatunja.edu.co), tel. 7440404 ext. 31020 Tunja.

**Ph. D. (C ) Fabio Iván Rey Navas**

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. [abogadorey@gmail.com](mailto:abogadorey@gmail.com)

**Mg. (C ) Miguel Andrés López Martínez**

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. [maloma11@hotmail.com](mailto:maloma11@hotmail.com)

**Esp. Daniel Rigoberto Bernal**

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Privado y Económico. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

**Mg. Carlos Alberto Pérez Gil.** Filósofo Universidad Nacional De Colombia, Abogado Universidad Nacional De Colombia, Especialista en derecho publico

---

Universidad Nacional De Colombia, Magíster en derecho Universidad Nacional De Colombia, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 3134529578, e-mail carlosperezgil57@hotmail.com.

**Mg. José Helberth Ramos Nocua.** Abogado Universidad Libre, Especialista en derecho procesal - Universidad Libre, Especialista en derecho probatorio – Universidad Sergio Arboleda, Título didáctica nivel único –Universidad Libre, Docente investigador Facultad de Derecho, Teléfono: 4341631-5621357, e-mail j.helvertramos@yahoo.es.

**Mg. Fernando Arias García. Abogado UPTC,** Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

---

## CONTENIDO

**Editorial** ..... PÁG. 13

### **PARTE I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.**

#### **ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA**

JUDICIALIZACIÓN LABORAL DE LAS EMPRESAS USUARIAS  
EN CALIDAD DE EMPLEADOR EN EL CONTRATO CON EST ..... PÁG. 20  
Irma Julieth Corredor Amaya.

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO PLANTEAMIENTO  
HACIA UNA POSIBLE ELUSIÓN CONTRAPRESTACIONAL ..... PÁG. 46  
Laura Inés Gomes Niño.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INICIATIVA POPULAR  
LEGISLATIVA RESPECTO DEL PORCENTAJE DEL CENSO  
ELECTORAL ..... PÁG. 63  
Eliana Andrea Combariza Camargo.

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA CONTRATACIÓN ESTATAL.... PÁG 83  
Nancy Milena Zabala Mancipe.

ENVEJECIMIENTO SIN CRISIS? EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO  
COMO MODELO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LA TERCERA  
GENERACIÓN ..... PÁG. 103  
Edwin Hernando Alonso Niño, Juan Sebastián Hernández Yunis.

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	Nº 9	pp. 1-473	Enero Diciembre	2011	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

---

EL MATRIMONIO CIVIL EN PAREJAS DEL MISMO SEXO:  
VULNERACIÓN A DERECHOS ..... PÁG. 117

Erika Paola Torres Aguirre.

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO COMO FUNCIÓN  
DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ..... PÁG. 137

Ángela Marcela Robayo Gil.

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES  
LEGISLATIVAS ..... PÁG. 167

Andrés Felipe Torres Cardozo

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN COLOMBIA ..... PÁG. 196

Marta Angélica Salinas.

LA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE EL DELINCUENTE Y LA  
VÍCTIMA EN LA COMISIÓN DEL DELITO ..... PÁG. 216

Sara Lorena Alba Palacios.

## **PARTE II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS.**

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL COMPLEJO  
PENITENCIARIO DE MÁXIMA Y MEDIANA SEGURIDAD  
DE COMBITA ..... PÁG. 229

German Alfonso Bernal Camacho, Ángela Patricia Hernández Echeverría

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN LA MASACRE DE SEGOVIA .. PÁG. 251

Fabián Andrés Herrera Lesmez

---

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: TRATAMIENTO JURISPRUDENCIA  
DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL Y LA TEORÍA  
DEL RIESGO ..... PÁG. 272

Ángela Biviana Reyes Sánchez

ENTRE LA REPARACIÓN Y LA SOSTENIBILIDAD. ANÁLISIS DE LA LEY DE  
VÍCTIMAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO RESTRICTIVO Y LA TRADICIÓN  
PACTISTA DEL PODER ..... PÁG. 291

David Gerardo López Martínez

### **PARTE III. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.**

#### **ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA**

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y ESCISIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE  
DERECHO ..... PÁG. 313

Pedro Alejandro Amezcuita Niño, Mónica Roció Mejía Parra.

UN INTENTO FALLIDO: LA CONSTRUCCIÓN DE UN INTERÉS NACIONAL EN  
EL PERIODO DE LA REGENERACIÓN ..... PÁG. 335

Diego Alejandro López Laiton, Sussy Dayana Rodríguez Galindo.

DIVISIÓN DE LAS FUERZAS CASTRENSES Y LA AUTONOMÍA DE LA  
POLICÍA NACIONAL FRENTE A LA INTERVENCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA  
REPUBLICA ..... PÁG. 361

Laura Viviana Vivas Medina. Sandra Milena Estupiñan Orjuela

LA DOCTRINA DEL HONOR AL INTERIOR DE LA INSTITUCIÓN CASTRENSE,  
¿UNA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE LA LIBERTAD DE LA ESFERA  
INTERNA? ..... PÁG. 379

Ana Luisa Niño Camargo, Harold Yesid Villamarin Preciado.

---

CONTRATO ATÍPICO DE GESTACIÓN SUBROGADA ..... PÁG. 398  
María Cristina Higuera Cardozo.



---

## EDITORIAL

Iter ad Veritatem, es la revista materializada por el esfuerzo intelectual de la comunidad estudiantil de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, producto del ahincó, la disciplina y el amor por el Derecho, ya no como una profesión sino como un estilo de vida que impone a todos los estudiosos de este campo la continua necesidad de ver, juzgar y actuar, con respecto a la sociedad desde una perspectiva cosmopolita, ya no de cómo es el mundo, sino más bien de cómo debe ser.

En mi mente no hay lugar a la duda cuando digo que las propuestas formuladas a lo largo de estas páginas, son la más pura muestra del talento de jóvenes que se han arriesgado al presentar sus ideas a un mundo que por lo general es cruel con el talento nuevo y que en algunas ocasiones le teme a la innovación, es en este punto de inflexión donde la comunidad de mi amada *alma mater* nos ha brindado esta pequeña ventana, dándonos a entender que las nuevas creaciones aun tienen amigos dispuestos a ofrecer su apoyo.

De esta forma y con la pretensión de influir en el escenario jurídico presentamos lo que hasta el momento son los mejores frutos de nuestra cosecha, autores que no deben ser menospreciados por su juventud ya que se han ganado su lugar en este texto por ser sinónimos del rigor metodológico propios de todo investigador.

En palabras de Christopher Reeve (2003) *“Los sueños parecen al principio imposibles, luego improbables, y luego, cuando nos comprometemos, se vuelven inevitables.”*<sup>1</sup> Ahora bien este sueño llamado *Iter Ad Veritatem* llega a manos de la comunidad jurídica en su novena edición gracias al compromiso por hacer una vez más posible lo imposible y consecuentemente inevitable.

**“Sólo un exceso es recomendable en el mundo: el exceso de gratitud”  
Por lo tanto a nombre del Centro de investigaciones socio-jurídicas de la  
Universidad Santo Tomás Seccional Tunja nuestra más sincera gratitud  
para con los autores y el ávido lector.**

**Andrés Felipe Torres Cardozo  
Monitor Centro de Investigaciones Socio-jurídicas  
Universidad Santo Tomás**

---

<sup>1</sup> Christopher Reeve al igual que otros a lo largo de la historia nos han enseñado que los límites no son mas que una apreciación humana que nos predispone a no obtener metas por considerarles imposibles y una vez nos libramos de dicha predisposición somos capaces de todo, para quien desee profundizar con respecto a Reeve les invito a leer su texto todo es posible publicado en el año 2003 por la Editorial EL ALEPH en el año 2003.



---

## PROLOGO

Es un honor el realizar la presentación de nuestro estudiante sénior Carlos Gabriel Salazar quien ha dedicado su vida a un ideal tan puro y noble como lo es la búsqueda del conocimiento, tarea a la cual se ha dado con total esfuerzo y vitalidad. Virtudes que lo caracterizan como un jurista humanista conocedor de la realidad social y de la dinámica de las instituciones políticas y administrativas del país, a continuación presentamos ante el lector su interpelación en el foro institucional por un voto responsable, organizado por la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, con las siguientes palabras.

### **VOTO EN BLANCO.**

Vengo como un simple ciudadano colombiano de a pie a señalar lo siguiente:

La Constitución Política de Colombia no debe ser un documento formal, ni un mero texto de derecho positivo; de la cual se elevan de cuando en cuando múltiples elogios, a cual más floridos, y a la par, periódicamente, y con más frecuencia recibe dardos en su integridad, con las múltiples reformas que en su corta vida ha recibido y que verdaderamente la han convertido en una colcha de retazos y no en la carta inviolable que ha de ser y como lo quiso “el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente e invocando la protección de Dios”, como reza el preámbulo.

La Constitución de Colombia debe ser el credo de todos: Y cada uno de los colombianos debe encarnarla, hacerla viva y vivirla como una religión.

Esa Constitución se levanta sobre dos pilares fundamentales: “la dignidad humana” (artículo 1) y los derechos “inherentes a la persona humana” (artículo 94), creando un estado social, de todos, no personal de derecho, de normas, regido por las leyes, democrático y participativo, en el cual todos tengan voz y voto a través de los plebiscitos,, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, iniciativas legislativas y revocatorias de mandato (artículo 103). Los alcaldes serán elegidos popularmente (artículo 314) y como personas que tienen a su cargo la

---

comunidad de su municipio, deben tender, buscar, propiciar el bien común de dicha comunidad, el bien estar de todos; para ello se le ha nombrado, ese es su rol, la función que debe realizar y de la cual es responsable; y el bien común no es el bien personal, como administrador del erario que es público, de todos, no particular, debe comportarse como un buen padre de familia, que busca el bien de sus hijos; no malgastarlo, no derrocharlo, ni mucho menos llevarlo a su patrimonio o al de sus allegados. El ejercicio de la función pública es un servicio, no un negocio.

Como la historia es la maestra de la vida, ella nos demuestra cómo administradores de la cosa pública (en el pasado no solo remoto sino también próximo), no han buscado el bien común, sino lo contrario, como han tergiversado el gasto público y no lo han invertido en el bienestar común, tan solo valga la pena mirar los titulares de la prensa para llegar a esta convicción.

Por ello vengo a presentar otro candidato, otro que nos lleve a cumplir en forma responsable la obligación legal de hacer uso del derecho de votar; porque el voto es un derecho y una obligación (artículo 258) y tal candidato verdaderamente viste la cándida de los senadores romanos, la túnica blanca que ostentaban como símbolo de su dignidad, ese candidato es el voto en blanco.

Francisco Rubiales Moreno desde España manifiesta: “El voto en blanco no es un fin en si mismo, sino la una opción honrada cuando no existen partidos políticos o líderes que sean merecedores del voto de los ciudadanos libres en una democracia; es un voto de censura a los políticos en una democracia autentica.

El voto en blanco rechaza las opciones políticas, pero no el sistema democrático, es el más adecuado cuando campea la corrupción; por eso los políticos lo devalúan y penalizan, dado que es al que más temen.

El voto en blanco es un voto honesto, valiente, viril, rechaza la mediocridad y la corrupción”.

En España el movimiento “Escaños en Blanco” deja vacios los escaños que obtenga, en Uruguay se suman al candidato de mayor votación y en Colombia en reciente reforma política, a sus promotores “se les reconocen en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente haya fijado

---

el Consejo Nacional Electoral” (Ley 130 de 1994 y Resolución 920 de 2011 del C. N. E.), ante lo cual la politóloga Beatriz Franco Cuervo, de la Universidad del Rosario, manifestaba: “Hecha la ley, hecha la trampa. Eso no quiere decir que haya una o más personas que quieran castigar electoralmente a una clase política, pero muestra la estupidez colombiana de sacarle provecho a todo”; por ello Darío Hechandía afirmaba que este es un “país de cafres” y Carlos Lleras Restrepo que es un país de avivatos; recordemos el incentivo de las acciones populares.

Por ello en el tarjetón se presentan dos clases de votos en blanco, el que promueve algún movimiento y busca lucrarse y el voto en blanco propiamente dicho, que es mi candidato.

Si en una elección el voto en blanco es mayoría se ha de repetir la elección (Acto Legislativo 1 de 2009) con candidatos diferentes, lo cual no se realizó con nuestros representantes al Parlamento Andino, premio de consolación a quienes no fueron electos como parlamentarios, en dicha ocasión el voto en blanco fue mayoritario.

En nuestro país hay más de veinte millones de personas en capacidad de votar que se abstienen de hacerlo, tan solo seis millones sufragan, en lo que algunos analistas han denominado “democracia estomacal”, pues se hace por puestos, contratos, cuadernos, tejas, pintura, cemento, cupos educativos, afiliaciones fraudulentas al sisben y no sé que mas triquiñuelas de las cuales nuestros políticos tradicionales son maestros.

Contra esas prácticas es preciso votar en blanco.

Empero Rodrigo Lozada (analista político) señala: “En este país es complicado lograr que los ciudadanos sufraguen por candidatos tradicionales, así que es poco probable que se movilicen para votar en blanco”; pero otros politólogos coinciden que el atractivo electoral del voto en blanco aumentará sustancialmente y se verá un repunte significativo en las elecciones de 2013. El ejemplo de la alcaldía de Cartagena es significativo, se presentó un 73% de abstención y el alcalde ganó por un pequeño margen sobre el voto en blanco.

Valeria Rabelo, una ciudadana del común, una ciudadana de a pié, decía “creo que se debe acabar con los corruptos y creo que también depende de los candidatos, de sus propuestas, de revisar muy bien su hoja de vida y de quien está rodeado; la gente no lee, solo ve caras, popularidad, etc. Estoy de acuerdo en que el voto en blanco es una salida digna; como dicen si uno no está de acuerdo con los

---

candidatos, al menos se hace el ejercicio de ir a votar. Coincido en que no queremos más corruptos”.

Si ustedes encuentra entre estos candidatos a uno que consideren: digno, honesto, recto, incorrupto e incorruptible, que busque el bien común, del cual habla El Aquinate; están en la obligación moral y política de darle su voto; pero si no creen en ninguno por escepticismo histórico, su obligación democrática es votar en blanco, sin reposición de gastos de campaña.

El voto en blanco, simple y clásico es mi candidato y ahí os lo dejo.

---

## PRESENTACIÓN

*“Cuando crecimos y fuimos a la escuela, había algunos profesores que habrían hecho cuanto fuese posible para herir a los niños, derramando su burla sobre cualquier cosa que hacíamos y sacando a relucir todas sus debilidades por mas cuidadosamente que los chicos las ocultasen” – Pink Floyd , The Wall 1976.*

Con el pasar de las décadas, el mundo ha evolucionado de tal forma, que los conocimientos ya no son restringidos y estos permanecen en las mentes de la nueva sangre de cada generación. Es por tanto que, la Revista Iter Ad Veritatem N°9 es el medio por el cual los estudiantes pueden dar a conocer sus ideas dentro del mundo de derecho en sus distintas ramas como los son el área penal, constitucional, administrativa, civil y laboral con el fin de dar nuevos conceptos que mejoren y se adecuen a las tendencias de estos días sobre la antigua ley de los hombres.

Si bien es cierto que la existencia del derecho se debe a dar soluciones a los conflictos de los hombres, buscar una estabilidad y armonía bajo la figura de la justicia, se ha querido con la presente dar nuestras manifestaciones frente a la responsabilidad del estado en distintos aspectos que desembocan en un vulneración hacia los derechos humanos. De igual forma resaltar la imagen de la constitución política como norma de normas dentro de nuestro ordenamiento frente al acceso a la justicia, manejo probatorio, legitimidad de los actos del estado y la exaltación de los derechos fundamentales en los ámbitos civiles y laborales.

En otro aspecto, nos referimos a circunstancias por las cuales ha atravesado nuestro ordenamiento jurídico como lo son los estados de escisión, en donde nos atrevemos a postular tesis internacionales como el derecho penal del enemigo y en este mismo sentido analizamos las distantes políticas del estado referentes a derecho penal y la actuación de los entes militares.

Por ultimo, se espera que esta publicación sea de agrado y cumpla con las exigencias académicas del derecho y del lector, aportando nuevas ideas que incentiven la generación de espacios de reflexión, en materia jurídica y demás áreas afines tomando la investigación como una convicción para romper las cadenas del conformismo y buscar así nuevas verdades.

**Pedro Alejandro Amezcuita Niño**  
**Monitor Centro De Investigaciones Socio-jurídicas**  
**Universidad Santo Tomás**





---

---

**PARTE II.**  
**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**  
**EN DERECHOS HUMANOS**

---

---



## RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL Y LA TEORIA DEL RIESGO

**Angela Biviana Reyes Sánchez \***

Fecha de recepción: 15-09-2011

Fecha de aprobación: 19-10-2011

### **RESUMEN\*\***

El Art. 90 de la Constitución Política de Colombia consagra que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”.<sup>3</sup> En lo cotidiano si se causa un daño a una persona, lo primero en lo que se piensa es en saber quién va a responder, y que consecuencias conlleva, consecuencias que han trascendido en importancia al campo jurídico o del derecho, y es de este principio y este artículo que se desprenden los diferentes tipos de responsabilidad como son Civil, Penal, Administrativa, o Disciplinaria, sin que lleguemos a concluir que la una implique la otra. Lo que haremos con este ensayo es analizar cómo se llegó a la aplicación de la Responsabilidad del estado por el daño especial y la

---

\* Abogada egresada de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. [angelabivianareys@yahoo.es](mailto:angelabivianareys@yahoo.es). **AI**

\*\* Artículo de investigación e innovación el cual es una Producción original e inédita, resultado del proyecto de investigación finalizado “responsabilidad del estado: tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad por daño especial y la teoría del riesgo” adelantado en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la línea de “en derecho administrativo y responsabilidad del estado”. que dirige el Ph D Ciro Nolberto Güecha Medina.

Método: Mediante el método de análisis documental de textos con origen jurídico con base teórica en el Derecho administrativo y la doctrina jurídica sobre responsabilidad del estado con el fin de estudiar el tratamiento jurisprudencial.

diferencia con la teoría del riesgo excepcional, tratando de establecer a que régimen nos envía este artículo si a una objetivo o subjetivo.

### **PALABRAS CLAVE**

Responsabilidad Estatal, Daño especial, Teoría del Riesgo.

### **ABSTRACT**

The Article 90 of the Constitution of Colombia establishes that: "The state financially liable for wrongful damage attributable to it, caused by the acts or omissions by public authorities ..." In everyday if causes injury to a person, the first thing we think is in knowing who will respond, and that carries consequences, consequences that have transpired in importance to the legal field or law, and this principle and this article deriving the different types of liability as are Civil, Criminal, Administrative, or Disciplinary, but come to the conclusion that the one implies the other. What we do with this essay is to analyze how it came to implementing the state's responsibility for the special damage and the difference with the theory of exceptional risk, trying to establish rules to this article if you send us an objective or subjective.

### **KEY WORDS**

State Responsibility, special damage, Theory of Risk.

### **RÉSUMÉ**

L'article 90 de la Constitution de la Colombie établit que: «L'état financièrement responsable des dommages illicite qui lui est imputable, causé par les actes ou omissions des autorités publiques ...». Dans tous les jours si cause un préjudice à une personne, la première chose que nous pensons est de savoir qui va répondre, et qui exerce des conséquences, des conséquences qui ont transpiré de l'importance dans le domaine juridique ou de droit, et ce principe et cet article dériver les différents types de responsabilité que sont civile, pénale, administrative ou disciplinaire, mais arrivé à la conclusion que l'un implique l'autre. Ce que nous faisons avec cet essai est d'analyser comment il est venu à la mise en œuvre incombe à l'Etat pour le préjudice spécial et la différence avec la théorie du risque exceptionnel, en essayant d'établir des règles à cet article si vous nous envoyez un objectif ou subjectif.

### **MOTS CLÉS**

Responsabilité de l'État, dommages spéciaux, la théorie du risque.

### **METODOLOGIA**

Este artículo fue desarrollado utilizando un método de análisis documental de la Jurisprudencia mediante una hermenéutica de segundo nivel tomando como fuente sentencias relevantes sobre el tema objeto de estudio.

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCION, 2. RESULTADOS, 2.1 EVOLUCION DE LA RESPONSABILIDAD, 2.2 CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD, 2.3 REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD, 2.3.1 Elementos del Régimen de la falla probada del servicio, 2.3.2 El régimen de la falla presunta del servicio, 2.4 DAÑO ESPECIAL, 2.4.1 REQUISITOS DEL DAÑO ESPECIAL, 2.5 CAUSALES EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD EN EL DAÑO ESPECIAL, 2. 6 TEORIA DEL RIESGO, 2.6.1 CAUSALES EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD EN LA TEORIA DEL RIESGO, 3. CONCLUSIONES, 4. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

### **1. INTRODUCCIÓN**

Haremos un breve recuento de cómo ha evolucionado el tema de la Responsabilidad del Estado hasta llegar a la concepción de los diferentes regímenes puntualmente al tema de la Responsabilidad del Estado por el daño especial en comparación con la teoría del riesgo, así como la importancia de éste en la actividad cotidiana de los particulares frente a los daños que causa el Estado y frente a las indemnizaciones que se promueven. Lo anterior lo explicaremos desde el punto de vista de cómo ha sido desarrollado este tema y aclarando a qué clase de responsabilidad hace referencia el art. 90 de la Constitución Política de Colombia, sin desconocer que de cierta manera se ha encaminado el mencionado artículo a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, que tiene como único fundamento el daño y que para el peticionario sea más fácil entrar a obtener una indemnización, pero reconociendo que hace mención a la

acción o la omisión de las autoridades públicas.

### **2. RESULTADOS**

#### **2.1 EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD**

El tema de la responsabilidad del estado ha pasado por tres etapas importantes y en cada una se genera dificultad, primero cuando el Estado era considerado no responsable por sus actos por la soberanía que lo revestía, luego se comenzó a hablar de este tema desde el punto de vista de ver al Estado responsable por los actos de sus órganos o sus agentes que son personas naturales razón que llevo a atribuirle una responsabilidad indirecta, y en cuanto a si las normas de responsabilidad aplicables a los particulares son las mismas para el Estado o si existe una normatividad especial. Con el tiempo la Jurisprudencia y la Doctrina han llevado su análisis al punto de concretarse en una responsabilidad directa del Estado,

de ahí que llegamos a hablar de la Teoría organicista que asimila el Estado a un ser humano diciendo que este actuaba a través de sus órganos y por lo tanto es responsable por los daños que éstos causen; y la Teoría de la falla del servicio, que establece que cuando el Estado no presta un servicio o lo presta tardíamente o deficientemente da lugar a una responsabilidad directa del Estado.

El tema de la responsabilidad, tiene una evolución jurídica influenciada por el derecho Francés que de acuerdo a lo mencionado por el Doctor Penagos en su libro Derecho Administrativo, así: “Las etapas de esta evolución se reflejan en tres obras: 1. El “Tratado de la Jurisdicción Administrativa y de los Recursos Contenciosos” de Laferrière (1896), en el que se encuentra esta frase “La esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin consideración.” 2. La obra de Teisser, sobre “La Responsabilidad del poder público” aparecida en 1906, en los momentos en que la responsabilidad comenzaba a afirmarse en el ejercicio de la función administrativa” 3. La Obra del Decano Duez: “La responsabilidad del poder público fuera de los contratos” aparecida en 1927 (Segunda Edición 1938), obra que pretende ser una síntesis de la Jurisprudencia y que se ha beneficiado de la contribución doctrinal de Jéze y Hauriou, en las numerosas notas sobre fallos debidas a estos autores”.<sup>4</sup>

Hasta la constitución de 1991 no encontrábamos cláusula general expresa que consagrara la Responsabilidad del Estado, mas aún la Corte Suprema de Justicia y sobre todo el Consejo de Estado hallaron en la constitución de 1886 en su art. 16 fundamentos de la responsabilidad estatal y se comenzó a plantear la existencia de regímenes de Responsabilidad patrimonial del Estado, tal y como quedo plasmado en el art. 90 de la Constitución Política el cual señala: “El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”, de la lectura de este artículo podemos deducir que se determinan dos requisitos para que opere la responsabilidad y es el que exista un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, pero se ha aclarado en varias sentencias del Consejo de Estado que este artículo no restringe la responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general que se aplica al régimen de responsabilidad precontractual, así como también la Responsabilidad Patrimonial.

El tema de la Responsabilidad del Estado ha evolucionado con el ser humano en sí, nació de una necesidad social que se generalizó con el pasar del tiempo en atención al hecho de que en todos los campos empezó a aplicarse el principio de si alguien causa un daño a otro debe repararlo, de ahí que lo primero en que

4 (PENAGOS; 1995; Pág. 690)

se piensa es quien va a responder, no de una manera social, sin que se diga que esto no es relevante, sino que tenga consecuencias jurídicas, razón por la cual llegamos a la aplicación del principio de las cargas públicas, que todos debemos soportar en igualdad de condiciones y si este equilibrio se rompe la consecuencia lógica es un resarcimiento a favor del afectado.

El Estado Colombiano es de doble jurisdicción pues se ha entendido que la responsabilidad del Estado es diferente a la responsabilidad de los particulares y se ha confiado a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la solución de los conflictos que se susciten por los daños causados por el Estado, debemos tener en cuenta que en Colombia la Corte Suprema de Justicia y El Consejo de Estado han tenido diferencias en cuanto a quien tiene la competencia lo que ha generado que se haga una distribución de esa competencia redactándose el Decreto 528 de 1964 en el cual se evidencia que se dejó esta competencia a la Jurisdicción administrativa aclarando que conocerían los jueces civiles los casos en lo que se trataran temas de derecho privado.

## **2.2 CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD**

Encontramos el concepto de responsabilidad en el art. 2341 del Código

Civil, que dice: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Tratadistas de Derecho Civil definen la responsabilidad así: Arturo Alessandri Rodríguez en su libro de la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil, “En derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando esta obligado a indemnizar el daño.”<sup>5</sup> Hermanos Mazeaud (1960) Lecciones de Derecho Civil “Una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro”, en cuanto a lo que es responsabilidad civil la definen como “la responsabilidad civil no supone ya un perjuicio social sino un daño privado. Por eso ya no es cuestión de penar, sino solamente de reparar. La responsabilidad civil es una reparación.”<sup>6</sup> Y Planiol y Ripert (Tratado practico de Derecho Civil Francés 1936) “Existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra”.<sup>7</sup>

La Responsabilidad civil según la fuente se cataloga en dos grandes grupos la responsabilidad contractual

---

5 (Alessandri Rodríguez; 1981, Pag. 10)

6 (Mazeaud, Henry-Leon-Jean; 1960; Pág. 7).

7 (Planiol, y Ripert; 1936; Pág. 664)

y la responsabilidad extracontractual, siendo esta última la que nos lleve al estudio de nuestro tema que es el daño especial, algunos doctrinantes la definen así: Los hermanos Mazeaud<sup>8</sup> (Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. II. 1960) “En la responsabilidad extracontractual no existía ningún vínculo de derecho entre el actor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la Responsabilidad”. Arturo Alessandri Rodríguez en su obra de la Responsabilidad Extracontractual del Estado (1981) “la que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella. Se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño.”<sup>9</sup>

Se ha catalogado también la responsabilidad en Subjetiva y Objetiva, estas teorías han sido de las más discutidas y de las más aplicadas, en cuanto a los regímenes que se tienen en cuenta, ahora expliquemos sus fundamentos que mas adelante nos servirá para entender el tema del daño especial, pues estos dos sistemas difieren en cuanto a la carga de la prueba; la subjetiva o teoría clásica de la culpa; se ha hablado de esta desde un comienzo pues la culpa y el dolo han sido uno de los componentes principales de la responsabilidad, al

igual que la negligencia la imprudencia o la impericia, pues en esta clase de responsabilidad se parte de la base de un juicio de reproche que se hace al actor del daño y que va relacionado con su comportamiento y el hecho dañoso que genero con su actuar, pues de esta relación depende que se le atribuya o no la responsabilidad. Entendiendo esto y para que se aplique esta teoría tenemos que destacar tres elementos: el daño, el actuar doloso o culposo del actor y el nexo de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo de quien genera el daño.

Los Hermanos Mazeaud (1960) Lecciones de Derecho Civil, definen la Responsabilidad subjetiva así: “La culpa debe ser mantenida como fundamento y requisito de la responsabilidad civil” y hacen referencia al principio “No hay Responsabilidad Civil sin culpa”

En la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo se afirma que el fundamento de esta responsabilidad esta en el hecho que produjo el hecho dañoso, sin entrar a estudiar si se actuó con dolo con culpa, aquí lo relevante es la presencia del daño y la relación de causalidad entre este y la acción u omisión. Arturo Alessandri en su obra de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, la define como “la responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que el autor sea responsable cualquiera que

8 *Mazeaud, Henry-Leon-Jean; 1960; Pág. 11)*

9 *(Alessandri Rodríguez; 1981)*



haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad”.

Las razones que impulsaron esta teoría fueron el hecho de que algunas personas no podían entrar a demostrar los tres elementos constitutivos de la responsabilidad subjetiva, en especial lo atinente a demostrar la culpa o el dolo con el que se actuaba, lo que generaba dejar sin indemnización a los afectados.

### **2.3 REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD**

Para el autor JAIME VIDAL PERDOMO<sup>10</sup>, las constantes de la responsabilidad civil son: “ a) el daño: el daño debe ser: 1) cierto: el juez debe hallar acreditada su existencia. La certeza del daño se opone a la eventualidad, porque eventual es el daño que puede producirse, pero no se opone al daño futuro,... 2) Personal: en principio, solo la víctima del daño puede demandar el daño de los perjuicios. 3) El daño o perjuicio puede ser moral o material: es material el que afecta el patrimonio de una persona, y comprende el daño emergente y el lucro cesante. El perjuicio moral es el que mira a los sentimientos personales de la víctima. No se localiza en el plano patrimonial, sino en el de los afectos, pero en cambio sus consecuencias si repercuten en la actividad de una persona y por eso pueden estimarse

en dinero. b) Relación de causalidad: es el vínculo que debe existir entre el hecho que origina la responsabilidad y el perjuicio. Este vínculo no existe cuando el daño es producido por fuerza mayor caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima. Estas circunstancias exoneran de responsabilidad al Estado al demandado y juegan de manera diferente, según se trate de responsabilidad fundada en una presunción de culpa o en el riesgo.”

**2.3.1 Elementos del Régimen de la falla probada del servicio:** es un régimen muy aplicado tanto por el Consejo de Estado como por los tribunales administrativos se constituye cuando se ocasiona un daño por que un servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente; el interesado en recibir la indemnización lo primero que debe probar es la existencia de la falla, suministrando las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se suponen fueron la causa del perjuicio; el perjuicio traducido en un daño patrimonial o extramatrimonial. Y el nexo de causalidad entre la falla y el perjuicio. En este régimen las causales de exoneración son: la fuerza mayor, el Caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima, y el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

**2.3.2 El régimen de la falla presunta del servicio:** se encuentra en la mitad de la falla probada y los regímenes objetivos, en estos últimos se invierte

---

10 (VIDAL PERDOMO; 2008; Págs. 477 -478)

la carga de la prueba. Los elementos a demostrar son la falla del servicio, el perjuicio y la causalidad entre este último y el actuar de la administración. En la falla presunta el Estado se libera de su carga de indemnizar demostrando diligencia y prudencia, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho exclusivo y determinante de un tercero. Este régimen es aplicado a los casos en que se genera un daño ocasionado con armas de dotación oficial o por el servicio médico.

Según lo estipulado en la Sentencia C 333/96 “la responsabilidad del Estado deriva de los actos de la administración causantes del daño es decir se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño... esta figura tal y como esta consagrada comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre Responsabilidad Extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo” concluye el tema diciendo que “ se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo, pues este puede ser el efecto de una causa ilícita; pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde a los regímenes de Responsabilidad objetiva y subjetiva”.<sup>11</sup>

El doctor Jaime Vidal Perdomo,<sup>12</sup> hace referencia a unas “Condiciones de la Responsabilidad”. Cita que el fundamento de la Responsabilidad

puede ser la culpa o el riesgo. Explica que la responsabilidad por culpa es subjetiva, lo que implica un juicio de reproche sobre la conducta de un individuo, reproche que resulta de la comparación de este individuo con un individuo modelo. Por el contrario cuando se hace referencia a la responsabilidad objetiva, podemos mencionar el riesgo, aquí no se investiga el comportamiento de la persona, lo importante en este caso es demostrar que el daño causado es consecuencia del hecho de otro, lo anterior basados en la conclusión final que dice: “quien ejerce una actividad debe asumir los riesgos de ella”.

## 2.4 DAÑO ESPECIAL

Según TEISSIER (La Responsabilité de la puissance publique 1906) “no es justo que los ciudadanos de un país tengan que sufrir, en una proporción desigual, actos de poder público y del funcionamiento de los servidores públicos de interés general establecidos por el bien de todos”.

El doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA<sup>13</sup> en su libro Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, (2005) hace saber que “en Colombia, la teoría del daño especial fue incorporada a la Jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1974, el profesor Eustorgio Sarria decía refiriéndose a ella: “La teoría, calificada

11 *Es recomendable ver la sentencia C 333 de 1996, Expediente D-1111. Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993.*

12 *(VIDAL PERDOMO; 2008.)*

13 *(SAAVEDRA BECERRA; 2005)*

de original, que fundamenta la responsabilidad del estado en el daño especial, no es sino una derivación de la primitiva teoría de Duguit, quien se refirió con más propiedad a las cargas excepcionales, al perjuicio particular que es lo mismo que el daño especial. Michaud, afirma que: “el daño producido por la administración no da lugar a la reparación sino en el caso en que sea anormal por su importancia y por su carácter excepcional. La administración tiene el derecho de imponer este sacrificio especial –como gestor supremo del interés público– pero mediante indemnización, al efecto de restablecer la igualdad de las cargas públicas”

**Los regímenes objetivos** comenzaron a surgir de la necesidad de declarar la responsabilidad del Estado sin que sea relevante la calificación de la conducta del estado, así se comienzan a hablar de estos regímenes y es aquí donde encontramos el régimen de responsabilidad por el daño especial, o en otras palabras cuando se hable de una responsabilidad del estado originada en una actividad lícita desarrolla el principio de solidaridad y de igualdad que son el fundamento teórico del régimen conocido como daño especial, basado en el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas.

En atención a los fallos que ha emitido el Consejo de Estado, se deduce que esta teoría es de aplicación excepcional

y subsidiaria, dicho de otra manera es excluyente solo se aplica si el caso objeto de estudio no puede ser resuelto por otro régimen.

#### **2.4.1 REQUISITOS DEL DAÑO ESPECIAL**

El doctor SAAVEDRA BECERRA<sup>14</sup>, destaca que: “las notas características del daño que tiene vocación a ser reparado están en la lógica misma de la noción de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, y un administrado no tendrá derecho a indemnización sino cuando prueba haber sufrido, como se expuso, un daño anormal y especial” Este autor explica en que consiste la especialidad el daño diciendo: “el daño es especial cuando es sufrido por una persona o por un grupo de personas determinable.” Dejando claro que esta especialidad no debe ser entendida sólo nominal y matemáticamente sino que también sea explicada en sentido de diferencia (una persona particularmente perjudicada dentro de toda una categoría afectada)”. Reviste esta especialidad de cierta relatividad, dejada a cargo del juez.

La anormalidad del daño la define como: “la gravedad que excede las molestias e incomodidades que impone la convivencia social. Esta condición es la traducción obligada de la idea de que no hay carga pública sino cuando quien reclama una compensación ha sufrido una suerte más desfavorable que la que implican los inconvenientes normales

de la vida en sociedad. La anormalidad constituye un Standard que el Juez usa con mucha libertad y que remite ampliamente a la intensidad del daño, la cual supone una que se ha superado un cierto nivel de gravedad... sin embargo, la anormalidad no se reduce en todos los casos a la gravedad más o menos subjetiva del perjuicio... pues el juez admite que ciertas situaciones en sí mismas son anormales en cuanto chocantes, y los daños producidos pueden considerarse en virtud de la naturaleza, como anormales por definición. Tal es el caso de los daños a la integridad física o corporal.”

Ausencia del álea: observa que en ocasiones la jurisprudencia se niega a reconocer la responsabilidad administrativa sin falta por violación del principio ante las cargas públicas cuando se demuestra que el demandante asumió a sabiendas del riesgo de exponerse a un daño probable. El riesgo supone un conocimiento previo o por lo menos una previsión mínima.

Este autor también en su libro nos da a conocer el campo de aplicación de el daño especial que para él es el hecho de que éste juega conjuntamente con la idea del riesgo en el régimen de reparación de daños permanentes de trabajos públicos, el concepto de daño especial como resultado de la violación al principio de las cargas públicas se aplica según él en tres hipótesis: 1) el caso de daños causados por actuaciones realizadas en interés general; 2) las

negativas a ejecutar decisiones de la justicia y 3) daños derivados de la acción normativa del estado.”

Para los autores ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRÍQUEZ y CATALINA FRANCO GOMEZ en su libro *La Responsabilidad Extracontractual del Estado* (2007), se configura el Daño especial cuando concurren los siguientes elementos: a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración; b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho a una persona; c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas; d) el rompimiento de esa igualdad debe causar daño grave y especial, en cuanto recae solo sobre alguno o algunos de los administrados; e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y f) el caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración. Sentencia del Consejo de Estado, Septiembre 13 de 1991, expediente 6453.<sup>15</sup>

Este autor nos da una definición de daño especial así: “cuando del daño especial se trata, la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas se manifiesta en el daño que, por esa razón, ha de ser anormal y especial para que se configure la antijuridicidad que exige la constitución

15 Ver en sentencia del Consejo de Estado. Septiembre 13 de 1991, expediente 6453.

para el daño indemnizable; el daño es antijurídico precisamente porque produce un desequilibrio de las cargas públicas que corresponden a la víctima en relación con las demás personas; por eso es indemnizable, pese a que ha sido causado por una actividad legítima del estado” el autor pone de ejemplo para explicar el caso de la desvalorización de la propiedad inmueble particular por la construcción de una obra pública.

Los autores mencionados coinciden en definir el daño especial como el que el estado causa con su actuación aún estando conforme a la Ley y además del daño se exige que sea antijurídico y supere las cargas que la víctima deba soportar.

El Consejo de estado comenzó la aplicación del daño especial desde la sentencia del 29 de Julio de 1947 cuando se decidió el proceso del diario “El Siglo”. El consejo recalca que el daño debe ser 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 causado.

La sentencia del Consejo de Estado del 10 de julio de 1997<sup>16</sup>, señalaba que: “la teoría de la responsabilidad por daño especial se aplica en forma excepcional y subsidiaria, en aquellos eventos en los que el caso examinado no logre tipificarse dentro de los otros regímenes y se

aprecie por el Juez Administrativo que los hechos materia de análisis vulneran injustificadamente los principios de equidad, solidaridad y justicia social en los cuales se fundamenta el estado social de derecho.”

En la sentencia del Consejo de Estado SECCIÓN TERCERA, de septiembre veinticinco (25) de 1997 CONSEJERO PONENTE: Dr. JESÚS MARÍA ARRILLO BALLESTEROS, Expediente No. 10392, explico que para que se configurara el régimen de responsabilidad que gobierna el daño especial, para que dicha figura tenga plena aplicación debe reunir los siguientes elementos<sup>17</sup>:

**“1.-** Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas a que deben soportar determinados administrados.

Significa lo anterior que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas imponga a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente debe soportar los asociados en general.

**2.-** Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.

16 *Es de buen recibo la Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, 10 de Julio de 1997, “Teoría del Daño Especial, Excepcional y Subsidiaria.”*

17 *También recomiendo ver la Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, 25 de Septiembre de 1997, “Elementos de la Responsabilidad por daño especial”.*

**3.-** Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

Lo dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio de la administración y también la derivada de las vías o actuaciones de hecho.”

La Sentencia del Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA del 27 de Noviembre de 2003 Consejero Ponente Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA reitera: “Como se ha sostenido en otras oportunidades, ha existido confusión, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, frente a los regímenes del daño especial y el riesgo excepcional, pues, bajo las dos orientaciones la actividad desarrollada por la administración es lícita; esta se ejerce en cumplimiento de un deber legal y se aplica con fundamento en el rompimiento del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas, en el daño especial la actividad no resulta ser peligrosa, en cambio en la teoría del riesgo excepcional, la actividad de la administración es la que coloca en situación de riesgo al individuo, la cual se ejerce en provecho o en beneficio suyo y le impone a los asociados una carga que no tienen porque soportar.

De tal modo que en este último caso, el fundamento de la responsabilidad descansa sobre el hecho de que el daño sufrido surge de la actividad riesgosa creada por el Estado, la que sin duda resulta imputable a la administración; en cambio en el daño especial, la actividad lícita ejercida por la administración rompe con el principio de igualdad frente a las cargas públicas y lesiona los intereses del administrado.”

Podríamos concluir este tema diciendo que el régimen objetivo de daño especial, es una variante del régimen objetivo de la responsabilidad y es indispensable que se reúnan las características que ya anotamos para que tenga aplicabilidad. No sólo podemos pensar en el actuar legítimo también se contemplan las omisiones legítimas y revestidas de legalidad. Otra característica o conclusión es que debemos prever que el evento que queremos sea cobijado por este régimen no pueda tipificarse dentro de los otros regímenes de responsabilidad y que se denote una vulneración a principios rectores de nuestra constitución política como son la equidad, solidaridad y justicia social. En este probamos el daño y no controvertimos el tema de la falla del servicio pues partimos de la base del normal y legal funcionamiento.

## **2.5 CAUSALES EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD EN EL DAÑO ESPECIAL**

Destacaríamos como causales excluyentes de responsabilidad la fuerza mayor, la culpa o el hecho de un tercero que serían claves para romper el nexo de causalidad lo que provocaría la exoneración de responsabilidad. O simplemente si se demuestra que no se ha configurado el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, la inexistencia del daño antijurídico y la culpa exclusiva de la víctima. Aquí no es requisito que la actividad que se realiza sea peligrosa porque estaríamos entrando al tema del riesgo sino que genere el daño de manera especial por ejemplo cuando las lesiones que se producen no son consecuencia del riesgo que se crea con la actividad como tal sino como lo podríamos ver en el caso en que se construye un puente obviamente crea riesgos a las personas pero no se materializan más si genera el detrimento en el avalúo de los inmuebles aledaños a la obra, la aplicación de uno u otro de los regímenes que acabo de mencionar son excluyentes.<sup>18</sup>

El consejo de estado ha dado su punto de vista en muchos temas en los que ha aplicado el régimen de responsabilidad por el daño especial como son los casos en los que se presenta la negativa a ejecutar una decisión de la justicia emitidas en estricto cumplimiento de

la ley pero que son las consecuencias a la ejecución de las mismas lo que constituye el daño; en los casos que mas se aplica y que hemos ejemplarizado es en los daños causados por actuaciones realizadas en interés general.

Otra conclusión seria decir que el tema de la responsabilidad por daño especial es un tema que ayuda a la indemnización por daños causados por la administración en desarrollo de actividades que revisten de licitud pero que a pesar de esto implican en su desarrollo la violación a los principios de igualdad y de solidaridad y equilibrio social y generan una carga adicional y desproporcionada para el afectado.

Este tipo de responsabilidad es opuesto al régimen subjetivo, dejamos de lado la intención del agente que causo el daño y pasamos al plano del daño antijurídico como tal y que este debe ser reparado.

## **2. 6 TEORIA DEL RIESGO**

Sentencia del Consejo de Estado, 14 de junio de 2001<sup>19</sup>. Manifestó la Sala en aquella oportunidad:

“Con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, esta Sala elaboró y desarrolló los fundamentos de varias teorías o regímenes que permitían sustentar, con base en el análisis del caso concreto, la responsabilidad del Estado. Así, se desarrolló, entre otras,

---

18 *Es recomendable ver Rodríguez, Libardo, Libro de Derecho Administrativo general y colombiano 16° edición, 2008.*

19 *Se aconseja ver la Sentencia del Consejo de Estado, 14 de Junio de 2001, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, “Definición de Responsabilidad por el Riesgo excepcional”*

la teoría del riesgo excepcional, cuyo contenido, precisado en varios pronunciamientos, fue presentado muy claramente en sentencia del 20 de febrero de 1989, donde se expresó:

“...Responsabilidad por el riesgo excepcional. Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio...”.

“Precisó el Consejo de Estado, en aquella oportunidad, que el régimen de responsabilidad por riesgo excepcional podía incluirse dentro de los denominados regímenes objetivos, en los que el elemento falla del servicio no entra en juego. En efecto, no está el actor obligado a probarla ni el demandado a desvirtuarla, y la administración sólo se exonera demostrando la existencia de una causa extraña, que rompa el nexo de causalidad.”

“A partir de la expedición de la nueva Constitución Política, todo debate sobre la responsabilidad del Estado debe resolverse con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la misma, según el cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, que les sean imputables. Debe establecerse, entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja la responsabilidad.”

“Sin embargo, reflexiones similares a las realizadas para justificar la teoría de la responsabilidad por el riesgo excepcional permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal, sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política. La actividad generadora del daño causado, en el caso que ocupa a la Sala, es una de aquellas actividades. En efecto, la utilización de armas de fuego



ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa, y cuando su guarda corresponde al Estado, por tratarse de armas de dotación oficial, el daño causado cuando el riesgo se realiza, puede resultar imputable a éste último.”

“No se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de lo administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña. Esto es, fuera mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”.

De la lectura de lo mencionado anteriormente se puede denotar que el hecho de probar diligencia y cuidado en la actividad que produjo el daño no es un eximente de responsabilidad cuando se aplica la teoría del Riesgo, debido a que actuar prudente no quiere decir que no se corra el riesgo de la producción del resultado dañoso.

“Un riesgo de naturaleza excepcional para los administrados, que aparece por la amenaza potencial contra los instrumentos de acción del Estado – instrumentales, humanos y de actividad– en época de desordenes públicos

provenientes y propiciados por terceros que luchan contra el mismo Estado y que se concreta con el ataque real de esos instrumentos y la consecuencia refleja en los administrados (personas o bienes) quebrantando la igualdad frente a las cargas públicas”. (Velasquéz, 2006).

El Consejo de Estado en sentencia del 15 de marzo de 2001, exp: 52001-23-31-000-1994-6040-01 (11.222)<sup>20</sup> se pronunció acerca del tema de la TEORIA DEL RIESGO así: “...en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política... En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para excusarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto

---

20 Se puede ver en Sentencia del 15 de marzo de 2001, proferida por el Consejo de Estado “Aplicación de Teoría del Riesgo”.

es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero”.

Sentencia de 25 de julio de 2002, exp: 66001-23-31-000-1996-3104-01(14180), dijo: “En relación con los daños causados con el ejercicio de actividades peligrosas, como la conducción de vehículos, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, según el cual quien se beneficia de la actividad riesgosa debe responder por los daños que con ella se causen, y sólo se exonera si demuestra la existencia de una causa extraña, es decir, la carga de la prueba de la ruptura del vínculo causal entre el ejercicio de la actividad riesgosa y el daño la tiene el responsable de aquélla. A la víctima le basta acreditar que dicha actividad intervino en la causación de éste”.

En la teoría del riesgo se puede decir que aquí debemos probar la existencia de un riesgo, destacable, pues muchas actividades humanas generan riesgo, y mal podríamos decir que esta teoría cubre todos los riesgos. Es de aclarar que este riesgo debe producirse también con ocasión de conductas riesgosas pero que estén amparadas por la Ley, no sería lógico que el Estado entre a reparar un daño que se cause bajo esta modalidad si desde todo punto de vista la actividad es ilícita.

### **2.6.1 CAUSALES EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD EN LA TEORÍA DEL RIESGO**

De lo transcrito anteriormente concluimos que los eximentes de responsabilidad en la Teoría del Riesgo son los siguientes: la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero”

Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de Febrero de 2005, en esta oportunidad se concluyó de la TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL que: “En el caso de los daños provenientes de la utilización de armas de fuego de dotación oficial, el régimen de responsabilidad adecuado es el de la teoría del riesgo excepcional, en la cual la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como sin duda lo es la manipulación de las armas de fuego de que están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como las fuerzas armadas -Ejército, Policía-, el DAS, etc.. En virtud de esta teoría, que da lugar a la responsabilidad objetiva de la Administración, al demandante le basta con probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre

éste y el servicio, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la conducta del agente, para determinar si la misma fue culposa o no. Y por otra parte, para exonerarse de responsabilidad, a la Administración no le queda otra opción que desvirtuar el nexo entre el servicio y el daño, mediante la comprobación de una causa extraña, tal como culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.”<sup>21</sup>

Las anteriores apreciaciones se concluyeron después del análisis de la muerte del señor Luis Eduardo Murgas Arias quien falleció como consecuencia de las lesiones producidas por un arma de fuego de dotación oficial del agente Irni de Jesús Chávez Pérez, quien estaba de servicio ese día y disparó el arma ejerciendo sus funciones, en un principio se podría acceder al resarcimiento del daño causado y aplicar el régimen de Responsabilidad por Riesgo creado, pero en este caso el Consejo de Estado no accedió a la indemnización debido a que a favor del Estado se alegó un eximente de responsabilidad como lo es la culpa exclusiva de la víctima, rompiendo así el nexo causal entre el daño y el servicio, pues los disparos los realizó el agente por una lógica reacción de defensa debido a que el occiso se resistió a una requisita y al tratar de evadirse él primero dispara contra uno de los agentes y lo lesiona.

En la sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera de fecha 17 de marzo de 2010 con ocasión de una Acción de Reparación Directa, se hace un análisis de que condiciones debe reunir, esta causal de exoneración<sup>22</sup>:

“Sea lo primero señalar, que la Sala de tiempo atrás ha dejado sentado que para que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración:

“Por tanto, es necesario examinar si el comportamiento de la víctima fue causa única o concausa en la producción del daño, o si, por el contrario, tal actividad no fue relevante en el acaecimiento de éste. En efecto, la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, puede conducir a la exoneración total o parcial de la responsabilidad administrativa, dependiendo de la trascendencia y grado de participación del afectado en la producción del daño.

“Ahora bien, no toda conducta asumida por la víctima constituye factor que destruya el nexo de causalidad existente entre el hecho y el daño, toda vez que para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

“1) Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si la culpa

21 Se puede ver en Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de Febrero de 2005, Teoría del Riesgo Excepcional por utilización de armas de fuego.

22 Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, 17 de Marzo de 2010, Causal de Exoneración Culpa Exclusiva de la Víctima.

del afectado resulta la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total...

“Ahora bien, si la actuación de la víctima deviene causa concurrente en la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil.

“2) El hecho de la víctima no debe ser imputable a la administración, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por la administración, de manera tal que no le sea ajeno a ésta, no podrá exonerarse de responsabilidad a la entidad demandada”<sup>23</sup>

### 3. CONCLUSIONES

**a.)** El tema de La Responsabilidad en el Estado Colombiano ha evolucionado y abierto las puertas a interpretaciones de La Responsabilidad en tres campos importantes que han sido el tema de La Responsabilidad por falla del servicio, La responsabilidad por falla presunta, y finalizando en una aplicación Responsabilidad objetiva encaminada al resarcimiento por el daño especial o aplicación a La Teoría Del Riesgo, lo que conlleva a que sean pocos los casos en los que el Estado no se haga responsable por los daños que con su actuación causa, siempre y cuando se configuren los requisitos necesarios para solicitar

el resarcimiento y no obre una causal que lo exima de Responsabilidad.

**b.)** la Jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de hacer una interpretación más extensiva del artículo 90 de la Constitución Política, pues han hecho de este una interpretación integral al armonizarlo con derechos fundamentales como el de la igualdad, solidaridad y aplicación de los principios del Estado Social de Derecho que repercuten en el tema de la igualdad de las cargas públicas que los ciudadanos por el hecho de vivir en comunidad debemos soportar, que es en últimas lo que fundamenta el tema del daño especial, pues en conclusión esta teoría defiende la igualdad que todos tenemos frente al Estado y sería absurdo pensar que sea el Estado mismo al hacer más gravosa la situación de un ciudadano quien rompa ese equilibrio social al cual hace referencia los principios del Estado Social de Derecho.

**c.)** El régimen de daño especial es responsabilidad es opuesto al régimen subjetivo, dejamos de lado la intención del agente que causo el daño y pasamos al plano del daño antijurídico como tal y que este debe ser reparado.

**d.)** El tema de la responsabilidad por daño especial es un régimen que ayuda a la indemnización por daños causados por la administración en desarrollo de actividades que revisten de licitud pero que a pesar de esto implican en su desarrollo la violación a los principios de igualdad social, solidaridad y

<sup>23</sup> Sentencia del 28 de febrero de 2002, exp. 13.011. En el mismo sentido, sentencias de 18 de abril de 2002, exp. 14.076, de 30 de julio 1998, exp. 10.981 y de 29 de enero de 2004, exp. 14.590, entre muchas otras.

equilibrio social generando una carga adicional y desproporcionada para quien se ve afectado con el daño.

**e.)** El artículo 90 del Constitución Política de Colombia no restringe la responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general que se aplica al régimen de responsabilidad precontractual, así como también la Responsabilidad Patrimonial.

**f.)** El régimen objetivo de daño especial, es una variante del régimen objetivo de la responsabilidad y es indispensable que se reúnan las características de: La actividad de la administración debe ser lícita, cumplirse en atención a un deber legal, que se cause un daño a un bien jurídicamente tutelado y que exista un nexo de causalidad para que tenga aplicabilidad. No sólo podemos pensar en el actuar legítimo también se contemplan las omisiones legítimas y revestidas de legalidad.

**g.)** Debemos prever que el evento que queremos sea cobijado por el régimen de daño especial no pueda tipificarse dentro de los otros regímenes de responsabilidad y que se denote una vulneración a principios rectores de nuestra constitución política como son la equidad, solidaridad y justicia social. En este probamos el daño y no controvertimos el tema de la falla del servicio pues partimos de la base del normal y legal funcionamiento.

**h.)** En el daño especial el Estado se exonera de responsabilidad probando la fuerza mayor, la culpa o el hecho de un tercero pues con estos se rompe el nexo de causalidad el no rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, la inexistencia del daño antijurídico y la culpa exclusiva de la víctima.

**i.)** Frente al régimen de daño especial como el de la teoría del Riesgo hablamos de una actividad lícita de la administración y se ejerce en cumplimiento de un deber legal y se rompe el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas pero se diferencian en que en el daño especial la actividad no es peligrosa y en la teoría del riesgo si (riesgo grave y anormal), y ese riesgo favorece a la administración por tanto esta es la base que hace que este daño se deba indemnizar.

**j.)** El régimen de responsabilidad por riesgo excepcional no tiene en cuenta la falla del servicio, y el Estado para ser exonerado debe probar la existencia de una causa extraña, fuerza mayor y hecho exclusivo de un tercero o de la víctima que rompa el nexo de causalidad, solo se debe probar la materialización del riesgo a indemnizar.

**k.)** En la teoría del riesgo se puede decir que aquí debemos probar la existencia de un riesgo, destacable, pues muchas actividades humanas generan riesgo, y mal podríamos decir que esta teoría cubre todos los riesgos. Es de aclarar que este riesgo debe producirse también

con ocasión de conductas riesgosas pero que estén amparadas por la Ley, no sería lógico que el Estado entre a reparar un daño que se cause bajo esta modalidad si desde todo punto de vista la actividad es ilícita.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alessandri Rodriguez, Arturo. De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal. Santiago de Chile. 1981.

Código Civil Colombiano. Editorial LEGIS. 2008.

Constitución Política de Colombia, Editorial LEGIS. 2007.

Hernández Enríquez, Alier Eduardo. Franco Gómez, Catalina. Análisis de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Ediciones Nueva Jurídica. Primera Edición. 2007.

Mazeaud, Henry- Leon- Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1960.

Penagos Gustavo, Derecho Administrativo Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá Colombia, 1995.

Rodríguez, Libardo. Libro de Derecho Administrativo, 2008.

Saavedra Becerra, Ramiro. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 1ª Edición. 3ª Reimpresión. 2005.

Sentencia del Consejo de Estado. Septiembre 13 de 1991, Exp. 6453.

Sentencia C 333 de 1996, Expediente D-1111. Consejo de Estado Sentencia del 13 de Julio de 1993.

Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, 10 de Julio de 1997, “Teoría del Daño Especial, Excepcional y Subsidiaria.”

Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, 25 de Septiembre de 1997, “Elementos de la Responsabilidad por Daño Especial”.

Sentencia del Consejo de Estado del 15 de Marzo de 2001, “Aplicación de la Teoría del Riesgo”.

Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, 14 de Junio de 2001, “Definición de Responsabilidad por el Riesgo Excepcional”.

Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, 24 de Febrero de 2005, Teoría del Riesgo Excepcional por utilización de armas de fuego.

Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, 17 DE Marzo de 2010, Causal de Exoneración Culpa Exclusiva de la Víctima.

Tamayo Jaramillo, Javier. La Responsabilidad del Estado. Temis. 1997.

Vidal Perdomo, Jaime. Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Legis Editores S.A. Décima Tercera Edición. 2008



## Contenido

	Pág.		Pág.
EDITORIAL .....	13	PARTE II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS	
PARTE I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL		Vulneración de los Derechos Humanos en el complejo penitenciario de máxima y mediana seguridad de Cóbbita .....	229
Artículos de Carácter General para el Estudio de la Ciencia Jurídica		<i>German Alfonso Bernal Camacho, Angela Patricia Hernández Echeverría</i>	
Judicialización laboral de las empresas usuarias en calidad de empleador en el contrato con Est .....	20	Crímenes de lesa humanidad en la masacre de Segovia .....	251
<i>Irma Julieth Corredor Amaya</i>		<i>Fabián Andrés Herrera Lesmez</i>	
La intermediación laboral como planteamiento hacia una posible elusión contraprestacional .....	46	Responsabilidad del estado: tratamiento jurisprudencia de la responsabilidad por daño especial y la teoría del riesgo .....	272
<i>Laura Inés Gomes Niño.</i>		<i>Angela Biviana Reyes Sánchez</i>	
Interpretación constitucional de la iniciativa popular legislativa respecto del porcentaje del censo Electoral .....	63	Entre la reparación y la sostenibilidad. Análisis de la Ley de Víctimas desde el constitucionalismo restrictivo y la radición pactista del poder .....	291
<i>Eliana Andrea Combariza Camargo.</i>		<i>David Gerardo López Martínez</i>	
El estado social de derecho y la contratación estatal .....	86	PARTE III. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL. ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA	
<i>Nancy Milena Zabala Mancipe.</i>		Derecho Penal del enemigo y escisión del Estado social de Derecho .....	313
Envejecimiento sin crisis? El estado social de derecho como modelo garante de los derechos de la Tercera Generación .....	103	<i>Pedro Alejandro Amezcuita Niño, Mónica Rocío Mejía Parra.</i>	
<i>Edwin Hernando Alonso Niño, Juan Sebastián Hernández Yunis.</i>		Un intento fallido: la construcción de un interés nacional en el período de la regeneración .....	335
El matrimonio civil en parejas del mismo sexo: vulneración a derechos .....	117	<i>Diego Alejandro López Laiton, Sussy Dayana Rodríguez Galindo.</i>	
<i>Erika Paola Torres Aguirre.</i>		División de las fuerzas castrenses y la autonomía de la Policía Nacional frente a la intervención del Presidente de la Republica .....	361
La carga dinámica de la prueba y el control de constitucionalidad por vicios de procedimiento como función de la jurisdicción constitucional .....	137	<i>Laura Viviana Vivas Medina, Sandra Milena Estupiñan Orjuela</i>	
<i>Angela Marcela Robayo Gil.</i>		La doctrina del honor al interior de la institución castrense, ¿una violación a los derechos de la libertad de la esfera interna? .....	379
Aproximación conceptual al criterio de las omisiones legislativas .....	167	<i>Ana Luisa Niño Camargo, Harold Yesid Villamarín Preciado.</i>	
<i>Andrés Felipe Torres Cardozo</i>		Contrato atípico de gestación subrogada .....	398
Aplicación del principio de oportunidad en Colombia .....	196	<i>María Cristina Higuera Cardozo.</i>	
<i>Marta Angélica Salinas.</i>			
La responsabilidad compartida entre el delincuente y la víctima en la comisión del delito .....	216		
<i>Sara Lorena Alba Palacios.</i>			

