

**El Daño Especial: Una Construcción Jurisprudencial**

Kevin Calvo Anillo\*

**Resumen**

El papel de los jueces en la sociedad moderna ha sido preponderante para la defensa de los derechos fundamentales y sociales de las personas, creando mecanismos efectivos que garantizan la primacía de las disposiciones constitucionales. Uno de esos instrumentos es el denominado “Daño Especial”, título de responsabilidad, la cual surge del obrar legítimo del Estado, pero a la vez afecta intereses subjetivos que merecen su reparación, compensación o indemnización. Por lo tanto se adentra en la discusión si son los jueces, los creadores del ordenamiento a través de la jurisprudencia, despojando de esa facultad natural que tiene el parlamento, institución al parecer incapaz de producir las leyes que regulan las actuaciones en una sociedad.

**Palabras Clave:** Daño especial. Igualdad, Cargas Públicas, Jurisprudencia, activismo judicial,

**Abstract**

The role of judges in modern society has been of high importance for the defense of fundamental and social rights of people, creating effective mechanisms that guarantees the existing constitutional dispositions. One on theses instruments is the Special Harm, title of responsibility, that emerges from the legitimate act of the State, which affects subjective interests that deserves its restoration, compensation, that way it enters the discussion if judges are the creators of ordering trough jurisprudence, stripped of that natural faculty that parliament institution apparently unable to produce the laws governing the actions in a society.

**Keywords:** Special Harm, equity, public charges, jurisprudence, judicial activism.

---

\* *Abogado Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C -Colombia*

## **INTRODUCCIÓN**

La revolución francesa, nos otorgó un legado muy importante, base en la que se erigen los Estados democráticos y las sociedades contemporáneas, como lo fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual consagra en su **art 1° “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”**.

De este presupuesto se desprende el fundamento de la responsabilidad del Estado por daño especial, instituida como una forma de indemnización al particular lesionado en sus intereses subjetivos y patrimoniales. (Cuello, 2009, pp.13)

La igualdad ante las cargas públicas es el principio base de la reparación en este tipo de daños, por cuanto el despliegue que hace el Estado en procura de cumplir sus cometidos constitucionales y legales, pueden resultar afectados derechos de las personas.

Este concepto que denota la novedad en estas materias pone de relieve como eje central la persona humana, que también debe protegerse, en su vida honra y bienes, el desconocimiento de esta trípole en que descansan otro cúmulo de derechos, implica consecuencias graves en la armonía de una sociedad y demanda su inmediata restauración, recurriendo a los mecanismos judiciales encargados de estos menesteres. (Constitución Política de Colombia, artículo 2° y artículo 13°)

Sin duda el derecho a la igualdad en el art 13 de la Constitución Nacional, es el materialización del art 1° de la DDHC de 1789, claro está con un avance significativo, de propender por un concepto material, es decir de que no quedara plasmado en el mero papel, en concordancia con el numeral 9° del Art 95 de la misma Constitución Colombiana, según el cual, todas las personas deben contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de los conceptos de justicia y Equidad. Las premisas de un Estado Social Derecho, presupone la consagración material que de antaño establecía Aristóteles, al estatuir a la igualdad como un con-

cepto relativo, lo igual para los iguales y lo desigual para los desiguales.

El legislador está vinculado íntimamente al principio de igualdad, de manera que debe dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no exista una razón suficiente que permita dispensarle un tratamiento desigual (mandato de tratamiento igual) y, además, está obligado a otorgar un trato desigual o a establecer diferenciaciones o a dar un trato distinto a supuestos de hecho diferentes (mandato de tratamiento desigual). Así mismo, le está permitido que trate de manera idéntica supuestos de hecho diferentes cuando ello resulte razonable y siempre que no exista una razón suficiente que imponga dicha diferenciación. (Sentencia Corte Constitucional, C-1125 de 2004).

La jurisprudencia se ha manifestado fuertemente cuando se alteran las condiciones de existencia de una persona, que ordinariamente no debe soportar, por cuanto lo saca del marco de la igualdad ante supuestos de hecho idénticos, originándose un daño especial.

De esta manera, se pretende con el presente escrito realizar un bosquejo sobre la noción jurisprudencial del daño especial, sus requisitos, el rompimiento de las cargas públicas, así como un breve análisis de la responsabilidad patrimonial de la Administración en un país como Colombia, en paralelo además con la legislación española en esta materia.

## **METODOLOGÍA**

La investigación ofrece un amplio y completo estado del arte donde la doctrina, los decretos y la jurisprudencia se transversalizan entre sí con relación al resto de compendios jurídicos alrededor del mundo, inspeccionando, analizando y desdeñando la línea jurisprudencial que impera en el sistema jurídico de Colombia.

Se trató entonces, de una investigación descriptiva, analítica y explicativa, en la que se aplicó el método teórico inductivo y analítico por cuanto fue más allá de una resumida lectura de pronunciamientos emitidos por autoridades judiciales, por el contrario, se buscó analizar aquellos razo-

namientos convergentes entre la doctrina y la jurisprudencia internacional, en donde subyacen los argumentos más controvertidos con relación al tema.

## **1. EL DAÑO ESPECIAL PRODUCTO DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL**

Este concepto comenzó a ventilarse en la jurisprudencia colombiana desde el siglo XX, precisamente en el año de 1947, donde el Consejo de Estado, realiza una apreciación profunda acerca del Daño Especial, explicando su alcance y configuración desde el punto de vista objetivo que es la base para encuadrar la responsabilidad, donde a través de una medida del Gobierno se clausura y suspende las actividades del Diario “El Siglo”, ésta última demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, la cual en un fallo que marcó un hito, en la historia del país, el Consejo de Estado acuña por primera un nuevo título de responsabilidad, y en donde me permito citar algunos de los apartados más importantes:

*(...)“Después de justificar la indemnización cuando el Estado detrae para sus Empresas parte del Patrimonio particular, aumentando el propio, anota que es múltiple la serie de casos en que el daño se produce sin enriquecimiento para la Administración, “Verbigracia, acantonamiento de reses o suspensión de ferias o mercados por motivos sanitarios, demolición de fincas ruinosas, destrucción de objetos peligrosos para la salud, etc.”*

*Y Continúa así el prenombrado autor: “Los ejemplos señalados restan prestigio a la teoría del enriquecimiento. Jascón Marín escribe con verdadera intuición. “lo cierto es que no todos los casos de indemnización pueden asimilarse; en unos se advierte claramente, como sucede en los de obras públicas, que si el Estado no indemnizara, se enriquecería sin causa, en perjuicio del derecho de propiedad de ciertos particulares y con beneficios de la colectividad; en otros, por el contrario no*

*aparece tal idea, sino simplemente de la de salirse de lo corriente del orden establecido, la carga soportada por determinado individuo. (Subraya el consejo). (...) EL Daño producido por la Administración no da lugar a reparación, sino en el caso que es anormal por su importancia y por su carácter excepcional. La Administración tiene el Derecho de imponer ese sacrificio especial como suprema gestora del interés público pero mediante indemnización, al efecto de restablecer la igualdad de las cargas.*

*(...) En efecto: tanto por omisión como por acción, el periódico en referencia fue objeto de un tratamiento excepcional. Lo primero porque no se le nombró censor, a tiempo que a los demás órganos de la prensa diaria de Bogotá se les designo el suyo; y, lo segundo, porque fueron suspendidos los servicios de fuerza eléctrica y de teléfonos en el edificio donde funciona, y está rodeado de una escolta de la Policía Nacional, que impedía la entrada y salida de personas, elementos sin los cuales y medida con la cual no podía actuar. Es cierto que esta última fue tomada en primer término, para proteger la Empresa de una multitud amenazante, pero la prolongación de ese Estado de cosas hasta después de la diligencia de Inspección Ocular extra Juicio, colocó al prenombrado, diario en una situación excepcional”. (Consejo de Estado. Fallo, 1947)*

Podríamos citar numerosas jurisprudencias a partir de allí que regulan o referencian estos casos, pero todos concluyen en los mismos apartados en los cuales la responsabilidad patrimonial de la administración pública se presenta cuando 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.

Por otra parte, la equidad es un elemento fundamental, la noción

desde el derecho romano, confundiéndose incluso con la definición del Derecho, atañe al mismo Estado, que caminando por esa ruta de la prevalencia del interés general siempre dejará alguna huella que no conviene a algún individuo, así sea que la colectividad se beneficie en gran medida. (Consejo de Estado. Fallo de 1989)

Estamos ante la excepción de la regla general, apartándonos del esquema del daño por intención dolosa o culpable, lo que examinamos, está basado en un tipo de responsabilidad objetiva, no se entra a estudiar o hacer juicios de la conducta estatal, sólo debe comprobarse la existencia del daño, si se llegare a establecer la indemnización es inmediata y sujeta a los perjuicios ocasionados. (Consejo de Estado. Fallo de 1989)

Una vez más se recalca esta condición **“EL OBRAR LEGÍTIMO DE LA ADMINISTRACION CUANDO ROMPE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS”** situación que opera también en la reclutación de soldados, si a estos les ocurre algún daño, el Estado es responsable por ser esa actividad legítima dentro sus funciones de preservar la paz o la seguridad pública rompiéndose el mencionado principio y configurándose un daño así como la obligación de indemnizar en razón al servicio militar obligatorio. (Consejo de Estado, Fallo, 2000).

## **2. IGUALDAD COMO FACTOR DETERMINANTE EN LA CONFIGURACIÓN DEL DAÑO ESPECIAL**

Hasta aquí hemos esbozado las características de esta imputación de la responsabilidad del Estado, pero sin duda el factor más importante está basado en un derecho inherente a todas las personas, reconocido en el art 13 de la constitución colombiana, como es la IGUALDAD y por los distintos declaraciones que plasman un conjunto de garantías en contra del actuar dominante o bárbarico de otros, ya sean Estados o los mismos particulares.

El Art 95 de nuestra carta política en su numeral 9º, establece como deberes de la persona y del ciudadano contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones dentro de los conceptos de justicia y equidad. La enunciación de estos valores sirve de guía para la solución efectiva de los casos que se presentan ante la jurisdicción, en casos que la distribución de

las cargas sea desproporcionada a uno o varios ciudadanos, tal vez esta sea la materialización de la avanzada jurisprudencia de mediados del siglo XX, donde la influencia de tratadistas y legislación extranjeros se utilizaba en la interpretación del derecho, y en las motivaciones de las sentencias del Consejo de Estado a mitad del siglo XX, tal como se reseña en los siguientes apartados:

*“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 directamente la responsabilidad. Es por tanto, característica particular 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 alguno de ellos, pues si todos los que se hallen en esas condiciones 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 de hecho de las providencias 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.*

*George Teissier, en su obra sobre Responsabilidad del Poder Público comparte y aun apura estos mismos principios, al decir:*

*“Si por una parte los ciudadanos no deben sufrir más los unos; que los otros las cargas impuestas en interés de todos, de lo cual resulta que los daños excepcionales, los accidentes, que el poder público causa a los particulares, deben estar a cargo de todos éstos, en cuyo interés es ejercido ese poder; por otra parte, las necesidades de la vida común exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños que resultan del ejercicio legal y regular del Poder Público, a menos que el legislador haya dispuesto otra cosa.” (Consejo de*



*Estado, Fallo de 1949)*

En 1978, el Consejo de Estado especialmente la sección tercera, analiza los hechos ocurridos en un municipio de San Vicente del Caguán, ocurridos de 1964 a 1972, donde el Ejército hace desalojar a los propietarios de esa zona para poder remediar unos ataques guerrilleros, y obtener la seguridad y la paz en esa región, a pesar de ser una medida loable y en base a los cometidos estatales, se les perjudicó a esas personas patrimonialmente, los cuales debieron haber sido indemnizados en atención a la merma provocada por la administración representada por la fuerza pública. La colectividad no podía beneficiarse de unos pocos, sin sacrificar con ello la justicia distributiva. (Consejo de Estado, Fallo de 1978)

Sin duda la 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 de reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado. (Extractos de Jurisprudencia, Tomo III, 1989, pp. 249 y 250)

### **3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE ESTADO EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Realizar un estudio frente a los títulos de responsabilidad del Estado en el Derecho Español, es más que acorde, ya que la Constitución Política de Colombia en el año de 1991, toma como referencia el modelo consagrado en el Art 90 de su articulado, del daño antijurídico, definido como la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar. (Díaz Granados, 2001, pp. 20)

La constitución Española, en su art 106.2 elevando de rango el instituto resarcitorio, esto es, indemnizatorio, dispone: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del

funcionamiento de servicios públicos”.

Es ostensible la claridad del mandato constitucional, estableciendo el sujeto a ser indemnizable, limitando la generación del daño con ocasión de un servicio público, que si bien es cierto compendia las actividades del Estado que interesan a la generalidad, limita el marco de acción teniendo en cuenta lo diverso de las funciones administrativas.

Por otra parte la no determinación del sujeto responsable, es una posición de avanzada, ya que permite ser reparado integralmente, en cuanto al daño sufrido, sin la necesidad de agotar a través de un proceso largo o complejo quien fue el causante del menoscabo al patrimonio del particular, solo con la mera existencia del daño basta, así se condensa en la obra del autor Español Francisco Jiménez Lechuga:

*“La responsabilidad patrimonial es eminentemente objetiva, entendiéndose aquella obligación general que a la misma incumbe... de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios que, no estando obligados por imperativo legal a otro vínculo jurídico a soportar, sean consecuencia del quehacer administrativo de aquélla. Siempre que se produzca un daño o perjuicio en el patrimonio del particular... ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento..., sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionable hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo de la persona o personas que encarnaron el órgano administrativo que produjo el daño o perjuicio”. (Jiménez, 1999, pp. 227)*

Lo anterior solo indica la laxitud en el sistema de responsabilidad del Estado Español, la cual no exige mayores formalismos que el demostrar el menoscabo a los intereses personales o patrimoniales, sin siquiera alegar a quien es imputable o configurar nexos de causalidad, los cuales necesariamente deben pasar por la jurisdicción para que mediante un proceso un juez determine el responsable y encargado de pagar.

A diferencia de Europa, en países como Colombia, los órganos judiciales, como las Corte Constitucional como guardiana suprema de la Constitución, el Consejo de Estado en la

jurisdicción contenciosa administrativa y la Corte Suprema Justicia en la jurisdicción ordinaria, han ejercido extensos debates jurídicos para que la responsabilidad por daño especial sea una realidad, y así los agentes del Estado no puedan escudarse o quedar impunes en sus actuaciones lícitas pero que pueden afectar derechos personalísimos, objeto de igual protección.

Los altos Tribunales en Colombia, han interpretado armónicamente las disposiciones constitucionales en defensa de los derechos fundamentales de las personas, hasta de convertir las razones de su decisión en fuerza vinculante para los jueces ordinarios y de inferior jerarquía, materializándose la seguridad jurídica de un ordenamiento como lo exigimos en una sociedad moderna, la cual pretende la satisfacción plena en condiciones de una vida digna a todos los individuos pertenecientes a un Estado Social de Derecho, los tribunales son y seguirán siendo actores y guardianes de los mínimos y máximos de aquellas normas superiores erigidas para el bienestar general.

## **CONCLUSIONES**

El daño especial es considerado una institución de vieja data, coexistente con las mismas declaraciones de derechos de la Revolución francesa, las cuales promulgaban la igualdad de todos los ciudadanos, aunque para el año 1789, la igualdad era un concepto formal, debido a los distinguos de clase en la sociedad; el cambio de la anterior premisa fue consolidando con transcurso del tiempo, plasmándose de una vez en el art 13 de la constitución colombiana, con la siguiente afirmación: “la igualdad debe ser real y efectiva”.

Este siempre va a ser el fundamento o la base para la configuración del daño especial, en razón a la protección que propende el Estado de sus gobernados, este no puede ser un ultrajador de sus derechos, debido que la persona es el eje central en toda sociedad, la restauración de los daños causados siempre procederá de una actuación legítima o ilegítima, una vez se haya demostrado el daño que no esté en la obligación de soportar el ciudadano, por romperse el equilibrio de las cargas públicas. Los hechos, actos administrativos, las leyes, etc., toda actuación concerniente a cum-

plir cometidos estatales dentro de un marco de principios y reglas, puede producir sacrificios en algunas personas en beneficio de una generalidad, allí es donde opera el daño especial y su respectiva indemnización.

Por último hemos visto que la responsabilidad objetiva prima en estas situaciones, aquí los elementos de la falla del servicio, la actuación dolosa o culposa de un agente del Estado, no es susceptible de ser considerada, solamente debe probarse a través de los medios conducentes y pertinentes en la demanda o durante el proceso el daño y los verdaderos perjuicios ocasionados.

Por último vale la pena destacar el papel protagónico de los jueces en consolidar esta institución del daño especial, al ser inexistentes leyes especiales que contemplen las conductas generadoras de este tipo de responsabilidad, la construcción jurisprudencial ha sido determinante para crear esas medidas que mitiguen la falta de un ordenamiento jurídico e incluso la omisión constante de una preceptiva legal la cual garantiza el acceso a un derecho. El ciudadano no puede estar desprotegido, frente a estas falencias, es aquí donde entra el dinamismo del operador judicial de resolver estos presupuestos tomando como bandera la defensa de la constitución, tal como lo señala el siguiente autor:

*“Quienes sostienen la tesis a favor del activismo judicial generalmente tratan de eludir el fantasma antidemocrático que ronda al control constitucional. En primer término, dicen que no se perjudican los principios democráticos si los tribunales intervienen en pro del pueblo y en defensa de las libertades. Adicionalmente, afirman que los desperfectos del sistema político pueden llegar a hacer necesaria la intervención judicial en el proceso político por las siguientes razones: primero, porque el libre juego democrático puede no ser tan libre sobre todo si las reformas justamente merecidas por algunos sectores sociales están siendo entrabadas; segundo, porque los mecanismos de frenos y contrapesos entre agentes políticos adolecen de graves defectos, tales como la deferencia excesiva de la rama legislativa hacia el ejecutivo; tercero, porque el*

*pueblo, en ocasiones, necesita protección contra sus propios desafueros".(Cepeda, 1986, pp. 89)*

La interrogante que nos planteamos, es si estas atribuciones rompen con el esquema democrático del principio de la separación de poderes. El mismo pueblo le otorga a las instituciones las facultades por lo que se ciernen sus actividades, ¿se violaría la misma constitución si los jueces se atribuyen unas funciones que no se le han encomendado?, puede ser muy complejo llegar a establecer la afirmación a tal premisa, sin embargo podríamos considerar que nos encontramos ante el gobierno de los jueces, pero un gobierno estrictamente positivo para limitar las extralimitaciones de los otros poderes, si en el mundo del derecho no existiera este control, habríamos sido condenados a un caos, fruto de las dictaduras, de los egoísmos y prevalencia de los intereses de unos pocos detentadores en la que gracias a su influjo económico o político subordinan a otros desconociendo aquellos derechos connaturales ya reivindicados por las luchas sociales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Referencia Libros**

Con Autor

1. CUELLO IRIARTE, GUSTAVO. (2009) El Daño Especial, como título de responsabilidad del Estado. Bogotá, Instituto de estudios del Ministerio Público.
2. JIMÉNEZ LECHUGA FRANCISCO JAVIER. (1999). La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español, una Visión de Conjunto. San Sotero Madrid. Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales.
3. CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ. (1986) Derecho, política y control constitucional, Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes.
4. DÍAZ GRANADO MESA, SANTIAGO. (2001). La Responsabilidad por Daño Especial. Bogotá, Colombia. Pontificia

Universidad Javeriana.

Autor Corporativo

4. CORTE CONSTITUCIONAL. (2004). Sentencia C-1125 de 2004, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Referencia: Expediente D-5232
5. CONSEJO DE ESTADO. (1947). Sentencia 29/07/1947 M.P. Gustavo A. Valbuena.
6. CONSEJO DE ESTADO SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Sección Tercera. (1989). M.P. Antonio J de Iriarri Restrepo. Identificación E-4655. 20 de Febrero de 1989.
7. CONSEJO DE ESTADO SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. Sección Tercera. (2005) M.P. Alíer Eduardo Hernández E. Identificación E-24671 13 de Diciembre.
8. CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA. (2000). Expediente 13329. Sentencia del 30 de Noviembre.
9. CONSEJO DE ESTADO, (1949). M.P. Pedro Gómez Parra. Fallo de 30 de Septiembre.
10. CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA. (1978). M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente. 1567 11 de Abril
11. EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA, (1989) Tomo III, enero, febrero y marzo. Consejo de Estado.

Normatividad Consultada

- Constitución Política de Colombia.