

**ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR
ATENTADOS TERRORISTAS COMETIDOS POR ORGANIZACIONES
INSURGENTES EN EL TERRITORIO COLOMBIANO**

KEVIN ANDRÉS OROZCO BERRIO
YEISON ANDRÉS PÉREZ CASTRILLÓN
WENNDY YOLANY URANGO CASTRO

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS

ENVIGADO

2016

**ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR
ATENTADOS TERRORISTAS COMETIDOS POR ORGANIZACIONES
INSURGENTES EN EL TERRITORIO COLOMBIANO**

Presentado por:

KEVIN ANDRÉS OROZCO BERRIO
YEISON ANDRÉS PÉREZ CASTRILLÓN
WENNDY YOLANY URANGO CASTRO

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
ABOGADO

Asesor:

CARLOS MAURICIO MEJÍA URREA

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS
ENVIGADO

2016

Hoja de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Envigado, marzo de 2016.

Dedicatoria

A Dios, el Ser Supremo, por habernos dado la vida...

*A nuestros padres, por su apoyo incondicional, por sus consejos y porque gracias a ellos
culminamos este camino.*

A nuestras familias, por ser un referente para nuestras vidas.

CONTENIDO

	Pág.
<i>GLOSARIO</i>	9
<i>RESUMEN</i>	13
<i>ABSTRACT</i>	14
<i>INTRODUCCIÓN</i>	15
1. RESPONSABILIDAD APLICABLE AL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS OCURRIDOS EN EL TERRITORIO COLOMBIANO	19
1.1. ANTECEDENTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	19
1.2. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	24
1.3. MODALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	26
<i>1.3.1. Falla del servicio</i>	27
<i>1.3.2. El daño especial</i>	28
<i>1.3.3. El riesgo excepcional</i>	29
<i>1.3.4. El daño antijurídico</i>	30
1.4. DEFINICIÓN DE TERRORISMO	31
1.5. RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL ESTADO FRENTE A LOS ACTOS TERRORISTAS	33

1.6. DAÑOS SUFRIDOS POR ACTOS TERRORISTAS.....	36
2. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS OCURRIDOS EN EL TERRITORIO NACIONAL	41
3. APLICACIÓN DE CRITERIOS OBJETIVOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS	46
3.1. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS	46
3.2. REGÍMENES LEGISLATIVOS ESPECIALES DE INDEMNIZACIÓN POR ACTOS TERRORISTAS	50
3.3. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS	55
3.4. PERTINENCIA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN MATERIA DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR ACTOS TERRORISTAS	68
4. MODALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ATENTADOS TERRORISTAS	73
4.1. LA FALLA DEL SERVICIO	73
4.2. EL DAÑO ESPECIAL.....	77
4.3. EL RIESGO EXCEPCIONAL	80
5. ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ATENTADOS TERRORISTAS.....	83

5.1. PRIMERA REGLA.....	83
5.2. SEGUNDA REGLA	86
5.3. TERCERA REGLA	87
6. CONCLUSIONES	90
<i>BIBLIOGRAFÍA.....</i>	93
<i>ANEXOS.....</i>	103

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo A. Extracto de la sentencia del 3 de mayo de 2007, Exp. 16696.	103

GLOSARIO

CAUSAL DE EXONERACIÓN: “Hay causa eximente de responsabilidad cuando el daño proviene de un hecho que no es imputable a dolo o culpa del agente. Éste podrá ser su autor aparente o material, pero no es su autor responsable” (Reyes, 1990, p. 62).

CULPA: “Es cuando no se obra como se debiere, cuando no se hace lo que hubiere debido hacerse; es un error de conducta que no cometería una persona prudente colocada en las mismas condiciones externas del causante” (Reyes, 1990, p. 71).

DAÑO EMERGENTE: “Se sostiene en el artículo 1614 del C.C., que daño emergente es el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. Dentro del concepto daño emergente caben los perjuicios materiales y los perjuicios morales” (Reyes, 1990, p. 96).

DAÑO MATERIAL: “Este tipo de daño se refiere a resarcir las consecuencias patrimoniales causadas por una lesión. Consiste la indemnización por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la reposición de la situación del interesado a su estado originario, como si ésta no hubiera sufrido alteración alguna, debiendo comprender tanto el daño emergente (valor de la pérdida que se haya sufrido) como el lucro cesante (beneficio dejado de obtener)” (Reyes, 1990, p. 98).

DAÑO MORAL SUBJETIVO: “Lo que procura es reparar el dolor de la víctima. Respecto a los daños morales, está cada vez más aceptado por la doctrina y va abriéndose paso esta línea entre la jurisprudencia, que cuando se impone una sanción disciplinaria que, además de no ajustarse a derecho, ha supuesto una conculcación de un derecho constitucional, puede pretenderse una indemnización por los perjuicios morales sufridos” (Reyes, 1990, p. 100).

DAÑO: “Es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo” (Reyes, 1990, p. 95).

HECHO JURÍDICO: “Es todo fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, adquisición, modificación, conservación, transmisión o extinción de los derechos u obligaciones; pueden ser consecuencia del actuar humano o pueden provenir de fenómenos naturales, lo importante es la relevancia y la producción de efectos jurídicos que ellos generen” (Reyes, 1990, p. 151).

LUCRO CESANTE: “Es la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento” (Reyes, 1990, p. 159).

NEXO CAUSAL: “En su etimología, nexo proviene del latín nexus que significa unión, lazo. Es decir, se define nexo como la acción o la omisión que se endilga, sea la causante del daño. Es

un aspecto básico para definir responsabilidades, pues para responder o indemnizar en situaciones de responsabilidad médica se debe dar el daño, la culpa y el nexo causal” (Reyes, 1990, p. 186).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO: “Equivale a un deber, a una obligación, que surge como consecuencia del incumplimiento de otra obligación, y que consiste en reparar, indemnizar los perjuicios causados a una o varias personas como resultado de un acto, un hecho o una omisión por parte del Estado” (Arango y López, 2005, p. 69).

RESPONSABILIDAD OBJETIVA: “Es la que surge por la causación material de un resultado lesivo, sin tener en cuenta la esfera volitiva del sujeto activo de la conducta. Se presenta cuando hay: una acción, un resultado dañoso y un nexo causal entre acción y resultado dañoso, es decir, cuando el resultado es producto de la acción” (Reyes, 1990, p. 211).

RESPONSABILIDAD SUBJETIVA: “Supone necesariamente la culpabilidad de su autor; no existe sino a condición de que el hecho perjudicial provenga de su dolo o culpa. Para saber si la hay, es de rigor analizar la conducta del sujeto; por eso se llama subjetiva, de ahí que sólo pueda afectar a las personas que tengan voluntad suficiente para darse cuenta del acto que ejecutan. Los dementes y los infantes y aún los mayores de siete años, pero menores de dieciséis, que han obrado sin discernimiento, no incurrir en ella” (Reyes, 1990, p. 212).

TERRORISMO DE ESTADO: “Practicado por los organismos gubernamentales con el fin de mantener el orden y la obediencia por parte de la población. Un ejemplo claro lo constituyen los sistemas fascistas del siglo XX” (Ramírez, 2001, p. 15).

TERRORISMO INSURGENTE: “Practicado por los grupos armados revolucionarios como estrategia para forzar políticas o comportamientos que de otra forma no se producirían. Acuden a acciones como secuestros masivos, desplazamientos forzados, bloqueos de vías, atentados a torres de energía, etc.” (Ramírez, 2001, p. 15).

TERRORISMO VIGILANTE: “Ejercido por organizaciones diferentes a las estatales o a las insurgentes, que buscan preservar el orden mediante prácticas como el desplazamiento forzado de comunidades y las ejecuciones sumarias” (Ramírez, 2001, p. 15).

RESUMEN

El propósito del presente trabajo investigativo, tiene como fundamento llevar a cabo un análisis de los elementos determinantes de la responsabilidad del Estado por atentados terroristas cometidos por organizaciones insurgentes en el territorio colombiano; para ello, se parte del establecimiento del tipo de responsabilidad aplicable al Estado por actos terroristas ocurridos en el territorio colombiano en virtud de lo preceptuado por el artículo 90 de la Constitución de 1991; de igual manera, se identifican las principales dificultades en la aplicación de criterios objetivos de responsabilidad que armonicen plenamente con los principios y valores propios de un Estado Social de Derecho frente a la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas; y finalmente, se analiza la posición de la jurisprudencia colombiana en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas ocurridos en el territorio nacional.

Palabras clave: *Responsabilidad estatal, Actos terroristas, Falla del servicio, Daño especial, Riesgo excepcional, Responsabilidad objetiva, Organizaciones insurgentes.*

ABSTRACT

The purpose of this research work has as a basis to conduct an analysis of the determinants of state responsibility for terrorist attacks by insurgent groups in Colombia; for this, it is part of the establishment of liability applicable to the State by terrorist acts in Colombia in virtue of the provisions of article 90 of the 1991 Constitution; Similarly, the main difficulties identified in the application of objective criteria of liability to harmonize fully with the principles and values of a rule of law tort against the State by terrorist acts; and finally, the position of the Colombian jurisprudence on contractual State liability for terrorist acts in the country is analyzed.

Keywords: *state responsibility, terrorism, failure of the service, special, exceptional risk, strict liability, insurgent organizations.*

INTRODUCCIÓN

El terrorismo, definido como una sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror, conlleva una naturaleza destructiva que en Colombia se ha convertido en un fenómeno desestabilizador de las instituciones estatales y de la tranquilidad de la comunidad, al igual que en una herramienta cada vez más utilizada para violar los derechos fundamentales de las personas.

Los habitantes de la nación han estado expuestos y han tenido que soportar los daños ocasionados por este tipo de atentados, los cuales han cobrado la vida de personas cada año y son destruidos múltiples bienes muebles e inmuebles, originando así toda clase de perjuicios al patrimonio de los ciudadanos que son víctimas.

Cuando se trata de reparar los daños generados por este tipo de actividades, se evidencian problemas de orden económico y social que impiden al legislador desarrollar políticas tendientes a solidarizarse con las víctimas mediante una indemnización integral que sirva para menguar los efectos devastadores que trae consigo todo acto de violencia. Mientras el Estado no adopte un sistema que permita adjudicar recursos suficientes para las víctimas de este flagelo, el legislador verá limitada la aplicación de las leyes creadas por él, y es por ello que la vía judicial cumple un papel protagónico a la hora de lograr que el daño sufrido sea reparado.

En este sentido, el Juez de lo Contencioso Administrativo está llamado a dar claridad respecto a los presupuestos necesarios para determinar si un perjuicio generado por acciones terroristas es imputable o no a la administración y de esta manera, admitir o no una indemnización pecuniaria a la víctima. El problema se presenta cuando no existe uniformidad en los fallos, generando inseguridad jurídica e incertidumbre en el ciudadano que acude a la jurisdicción. La teoría de la Responsabilidad en el campo del derecho público, en este caso, una responsabilidad generada en las acciones perpetradas por grupos terroristas, al igual que organizaciones insurgentes e incluso, organizaciones delincuenciales al servicio de narcotráfico, tiene una gran importancia, ya que representa la posibilidad que posee el administrado de obtener la reparación de los daños que son imputables al Estado y mas aún, cuando es un tema frente al cual el legislador se ha quedado corto, ya que no ha recibido de su parte un adecuado desarrollo.

Adicionalmente, la tendencia que se evidencia desde hace algunos años en la jurisprudencia colombiana y que continúa en la actualidad, es la de resolver aquellas demandas en contra del Estado por perjuicios ocasionados a raíz de acciones terroristas con fundamento en la teoría de la falla o falta del servicio, cimentada ésta en argumentos de responsabilidad subjetiva por ser un régimen que reposa en el factor culpa, sea ésta orgánica, funcional o anónima. Es decir, el Estado se hace responsable en razón de su deber primario y esencial de prestar los servicios públicos. Sin embargo, con la expedición de la Constitución de 1991, específicamente su artículo 90, se fortalecieron de algún modo los regímenes de responsabilidad objetiva, estableciendo como fundamento del deber de reparación del Estado el daño antijurídico.

Este precepto constitucional pretende dar solución a todos aquellos casos en los que la tesis de la falla del servicio resulta insuficiente para evaluar la responsabilidad estatal, desplazando el criterio subjetivo de la antijuridicidad de la actividad del Estado, al plano objetivo de la antijuridicidad del daño producido por la administración.

De esta manera, el análisis se enfoca en la necesidad de acudir a criterios objetivos de responsabilidad que armonicen plenamente con los principios y valores propios de un Estado Social de Derecho; sin embargo, también se hace necesario abordar criterios subjetivos, tales como los alcances de la responsabilidad social del Estado frente a los miembros de la comunidad, esto es, frente a la ciudadanía, ya que sobre éste descansa la potestad de brindar condición es de seguridad propias de un Estado Social de Derecho, como lo es Colombia.

Dichos criterios se convierten hoy en día en la vía más adecuada para provocar cambios significativos en materia de indemnización de perjuicios a las víctimas de este flagelo, obteniendo por parte del poder jurisdiccional sentencias favorables y una real reparación de los daños ocasionados.

En virtud de la situación de orden público que ha padecido Colombia durante los últimos 50 años a causa de los ataques violentos perpetrados por grupos subversivos y dirigidos contra el Estado como organización, es evidente la importancia que reviste la elaboración de un estudio profundo respecto de la Responsabilidad Estatal que puede generarse en estos casos con el fin de indemnizar integralmente los perjuicios sufridos por los miembros de la comunidad, además de

establecer con claridad en qué eventos los daños causados por la actividad terrorista son imputables al Estado y a qué título respondería.

1. RESPONSABILIDAD APLICABLE AL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS OCURRIDOS EN EL TERRITORIO COLOMBIANO

1.1. ANTECEDENTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

De acuerdo con Bustamante (2003), en la antigüedad el gobernante era el supremo señor y el supremo sacerdote. Estado y gobernante eran una sola cosa, y lo eran todo, no podían hacer mal; no causaban daño; todas sus acciones u omisiones eran buenas por derecho natural, por el simple hecho de ser obra suya. Posteriormente el Estado se amplió para cobijar a los administradores, nombrados por el gobernante y encargados de ayudarlo en su tarea. A ellos, también les era permitido toda acción, salvo atentar contra la sagrada persona de aquel.

Más tarde, señala el mismo autor, en algunos de los pueblos y civilizaciones antiguos como Egipto, Babilonia, Grecia y Roma, se encuentra, aunque en forma muy primitiva, ciertos antecedentes y principios de responsabilidad administrativa. Si bien el Estado en sí mismo no era responsable, lo eran sus agentes.

Los recaudadores de rentas de impuestos, los jueces en determinadas ocasiones, y algunos funcionarios públicos se encontraban sometidos a un estricto control y eran severamente sancionados, cuando de mala fe abusaban de sus funciones en el ejercicio de su cargo eran responsables de su administración ante gobernante y gobernados (Esguerra, 1972, p. 47).

Según Bustamante (2003), con los filósofos cristianos se reconoció la igualdad de los hombres, al menos frente a Dios y frente a la ley. La vida moral y la ley se convirtieron en recíproco complemento, porque “la ley es la razón divina que establece nuestro orden y orienta

nuestra actividad para conservarlo” (Bustamante, 2003, p. 111). Y para cumplir y hacer cumplir el orden social, la autoridad tiene el poder de hacer las leyes. Serán por tanto consideradas como leyes, únicamente aquellas que busquen la justicia, que tiendan a ella, que constituyan una “ordenación de la razón” y estén encaminadas al bien común.

Ahora bien, es cierto que dichas consideraciones e ideologías filosóficas y morales constituyeron las primeras limitaciones positivas a la autoridad y al poder limitado de los gobernantes. Pero no por ello puede afirmarse que consagraron de manera alguna la responsabilidad del Estado, como parte fundamental del ordenamiento jurídico, del derecho público.

El Estado y el gobernante continuaban siendo irresponsables en forma absoluta, y la razón fundamental de esto no es otra que la misma teoría del Estado, que la naturaleza que le asignaba a su ser, como algo supremo emanado de la voluntad de Dios y respaldado por tanto en el derecho divino, natural. El Estado se fundamentaba en las teorías teocráticas donde el monarca solo responde ante Dios y su propia conciencia, aquí el administrado no tenía ningún tipo de acción frente al Estado.

Otra idea y concepto, íntimamente vinculado con los anteriores, pero de contenido más jurídico, y también de gran trascendencia como fundamento de la irresponsabilidad administrativa, fue el de la soberanía. Esta teoría tuvo origen francés, y se le debe principalmente a Jean Bodin. Para él, no era otra cosa que la razón del poder absoluto del monarca, única fuente

de poder, por cuanto ella le había sido dada por Dios de manera exclusiva. Toda ley, todo mandato del gobernante, forzosamente habían de ser aceptados como soberanos.

En virtud del contrato social, el individuo delega algunos de sus derechos en el Estado, en tanto que los demás permanecen en cada ciudadano singularmente considerado. Ese Estado tiene por fin primordial la defensa y protección de tales derechos frente a los demás; y al mismo tiempo está en la obligación de respetarlos él mismo. Para ello son necesarias las leyes que permitan a cada ciudadano defenderse de la arbitrariedad y violencia de los gobernantes.

Se coloca así la primera piedra, sobre la cual más tarde aparecen los medios jurídicos inicios para hacer efectiva esa responsabilidad del Estado (Esguerra, 1972, p. 80).

Con posterioridad a todo lo anterior la responsabilidad del Estado emana como un principio del Estado moderno, el cual surgió como consecuencia del triunfo de las revoluciones burguesas, dicho principio se consolida con la revolución francesa. La responsabilidad del Estado se fundamenta en el principio de legalidad. El principio de legalidad es una presunción, se presume que toda actuación del Estado es conforme a derecho, admite prueba en contrario, ésta presunción es a favor del Estado, es el demandante quien debe demostrar que esa actuación no es conforme a derecho.

Para Hoyos (2007), este principio de responsabilidad del Estado surge:

En primer lugar frente al funcionario, es el funcionario quien por su actuación personal y arbitraria va a responder no el Estado. Esta era una responsabilidad teórica el funcionario no tenía capacidad para responder.

Entonces se pasa a una segunda modalidad que es la responsabilidad indirecta del Estado derivada del hecho ajeno, derivada del Código francés (Art. 2347 y 2349 del C.C. Colombiano). El Estado respondía por los hechos del funcionario; tenía culpa por no elegir correctamente a los funcionarios y por no vigilar adecuadamente a los mismos en sus funciones. El Estado responde a título de culpa.

El tercer momento es el de la responsabilidad directa del Estado que se fundamenta en el Art. 2° de la Constitución Nacional y en el Código Civil Art. 2341. La responsabilidad directa se

fundamenta en dos teorías: 1) teoría organicista, y 2) teoría de la falla del servicio (las cuales más adelante se explicaran).

Por su parte, señala el tratadista que un primer autor en hacer mención expresa de la responsabilidad del Estado, y en estructurar una teoría sobre la misma, basándose en una concepción de la soberanía, distinta a la entonces imperante, fue el profesor universitario francés Georges Vedel, en su “Traité élémentaire de Droit Constituitonnel”. Comienza por definir la soberanía, como un poder jurídico condicionado y supremo que pertenece al pueblo, el cual es por lo tanto su único titular. Y en virtud de su derecho de voto, el pueblo concede temporalmente a los órganos del Estado, la facultad de hacer las leyes convenientes para el pueblo (...) (p. 29)

Por lo tanto, siempre que un agente del Estado cause un daño a un particular, el agente y el Estado son responsables ante el pueblo y ante el ciudadano o persona perjudicada, porque el pueblo ha delegado en sus representantes únicamente la facultad de administrar bien la cosa pública, y de respetar los derechos individuales.

Pero lo que verdaderamente constituyó el paso histórico de la irresponsabilidad estatal a la aceptación de la responsabilidad administrativa, fue sin duda el famoso “Fallo Blanco”, del Tribunal de conflictos francés, del 8 de febrero de 1873 (...) El mismo Tribunal de conflictos y el Consejo de Estado Francés, continuaron sosteniendo la teoría iniciada con el fallo blanco, en el sentido de que era la jurisdicción administrativa la encargada de conocer de las acciones tendientes a obtener la declaración sobre responsabilidad del Estado poder público y la consiguiente condena a la indemnización de perjuicios, en virtud del hecho o la negligencia de sus agentes en la prestación de un servicio público, basándose al efecto en normas y principios distintos a los consagrados en el Código Civil.

De la aplicación de las normas civiles, más concretamente de los artículos 2341, 2347 y 2349, se empezó a materializar la responsabilidad estatal encuadrada en las figuras de responsabilidad indirecta y responsabilidad directa, tal como se explica a renglón seguido:

Respecto a la responsabilidad indirecta, se parte del hecho según el cual la responsabilidad que se endilgaba a los particulares, se inicia entonces el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas públicas, basándose este tipo de responsabilidad en la culpa que pudiera imputársele a los servidores públicos que en el despliegue de sus actividades públicas causaran daño a un tercero.

Este modelo se apoyó legalmente en la aplicación de dos normas civiles postuladas en los artículos 2347 y 2349, que contenían las figuras jurídicas de la *culpa in eligendo* y la culpa in vigilando (C.S.J. sentencia de octubre 22 de 1876); por su parte, Hoyos (1984) sostiene que teniendo en cuenta lo anterior el estado en adelante debía ser muy cauteloso a la hora de elegir a sus funcionarios, toda vez que si causaban daño, debía responder por ellos.

En cuanto a la responsabilidad directa, el régimen culpabilista, que adoptaron las normas contenidas en los artículos 2347 y 2349 civiles, para abordar la responsabilidad extracontractual del estado, y que desarrollaron la responsabilidad indirecta como anteriormente se vio, fue sometido a grandes críticas, pues ha de tenerse en cuenta que el estado no siempre sería autónomo para elegir a sus funcionarios, como tampoco podía pensarse en un ente estatal capaz de tener un control absoluto sobre el desarrollo de los cometidos estatales ejercidos por sus agentes.

1.2. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La Responsabilidad Extracontractual o aquiliana del Estado es definida por Ramos (1994) como “aquel fenómeno o situación jurídica que ocurre por fuera de las relaciones intrínsecas contractuales de la administración pública, y en donde se busca el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por los ciudadanos en desarrollo de la actividad estatal” (p. 3). El fundamento jurídico de esta clase de Responsabilidad se encuentra en la Constitución Política, tal y como lo establece su artículo 90 cuando señala “El Estado será responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)”. Este precepto hace referencia a una responsabilidad de carácter patrimonial que busca resarcir los daños ocasionados a un particular por una acción u omisión del Estado y tomando como fundamento de dicha responsabilidad el concepto de daño antijurídico.

Pero el artículo 90 de la Carta Política no se constituye como el único fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que el marco general viene dado en un principio por el artículo primero que señala que “Colombia es un Estado Social de Derecho (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. A su vez, el artículo segundo establece los fines esenciales del Estado: (...) “El Estado y las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. De manera más precisa, el artículo 6º hace una aproximación más puntual a la idea de un Estado Responsable cuando dispone que responden “los particulares (...) por infracción a la Constitución o las leyes y los servidores públicos por igual causa y por omisión o extralimitación de funciones”.

Es entonces a partir de dichos preceptos, según Molina (2005) que comienza una nueva etapa en la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y el alto Tribunal

de lo Contencioso administrativo acude a ellos para fundamentar toda su jurisprudencia y para corregir los inconvenientes legislativos que le impiden avanzar en sus interpretaciones.

Sin embargo, al analizar de manera más detallada dicho fundamento, es necesario afirmar que no sólo tiene su asiento en la Constitución Política de 1991, sino en los antecedentes dogmáticos e históricos de la misma jurisprudencia que hoy es la fuente principal de las teorías en torno a la Responsabilidad Extracontractual del Estado, jurisprudencia que además se alimentó en gran medida de los avances logrados por el derecho comparado y por la legislación colombiana.

El avance jurídico del mencionado artículo 90 ha sido muy notable, ya que acudiendo a los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y alejándose un poco de criterios culpabilistas, logra ubicar el concepto de responsabilidad estatal en el campo de la tesis de la igualdad ante las cargas públicas, utilizando como concepto determinante para imputar responsabilidad del Estado el daño antijurídico. Se está, entonces, frente a un tipo de responsabilidad objetiva, a la cual se refiere Esguerra (1978) en los siguientes términos:

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

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social (p. 86).

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que con la consagración de este precepto constitucional se logra superar aquel principio de derecho según el cual quien causa un perjuicio está obligado a repararlo, para asumir una posición más favorable frente al ciudadano. Se acude entonces al concepto de imputabilidad, que se presenta como un fenómeno menos restrictivo que el de causalidad y que tiene explicación en cuanto no es suficiente la existencia de una relación fáctica entre la acción u omisión de la autoridad pública y el daño ocasionado, sino que es necesario además que pueda atribuírsele al Estado el deber jurídico que tiene de indemnizar.

Con el fin de profundizar en el ámbito del fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, se hace necesario realizar un breve repaso por las principales sentencias de las altas Cortes que han tratado el tema, lo cual permitirá comprender la evolución que ha tenido esta institución y evidenciar el derrotero utilizado para declarar o no la obligación estatal de indemnizar los perjuicios sufridos por los administrados.

1.3. MODALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

A continuación se realizará una conceptualización de las diferentes modalidades de la responsabilidad estatal: la teoría de la falla del servicio, la teoría del daño especial, y finalmente la teoría del riesgo excepcional, aunque al inferir la tendencia que predica nuestro Consejo de Estado respecto al tema objeto de la presente investigación trabajaremos a fondo las teorías que predominan.

1.3.1. Falla del servicio

Este sistema ha sido considerado como el régimen común en materia de responsabilidad patrimonial del Estado y al que con mayor frecuencia acuden los tribunales seccionales de la jurisdicción contencioso administrativa y el Honorable Consejo de Estado:

(...) una falla en el funcionamiento normal del servicio que incumbe a uno o varios agentes de la administración pero no imputable a ellos personalmente”. Mientras que los profesores De Irisari y L. Rodríguez retoman la noción del jurista francés Duez, según la cual la falla o falta del servicio “es la violación al contenido obligacional que se impone al Estado... Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho que la responsabilidad estatal en virtud de esta teoría, es la consecuencia directa del deber que tiene ese ente de prestar a la comunidad en forma eficiente y oportuna los servicios públicos que requiere y si, en las actividades desarrolladas para ese fin, comete irregularidades o incurre en deficiencias u omisiones que lesionan a sus miembros, tienen que reparar el daño (Bustamante, 1989, p. 21).

El Consejo de Estado, acogió la noción inicial de la falla del servicio como aquella que se presenta cuando el servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente, pero posteriormente y con el fin de enmarcarla en un ámbito más jurídico, la definió como la violación al contenido obligacional a cargo del Estado, sin abandonar del todo la aplicación del concepto descriptivo del funcionamiento (Sentencia del Consejo de Estado de Noviembre 15 de 1995).

De acuerdo con Bustamante (1989), la Tesis de la Falla del Servicio surgió en Francia como concepto opuesto al de la culpa personal del servidor público y presenta dos variantes: La Falla Probada y la Falla Presunta del Servicio. En el primer caso, el afectado al momento de pretender una indemnización, debe probar la ocurrencia de la falla o falta en el servicio, pues en caso de que no lo haga, sus pretensiones no prosperarán. Se trata de un requisito muy exigente ya que el actor debe suministrar plena prueba de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que

ocurrieron los hechos constitutivos de la falla. En el caso de la Falla Presunta, el cual es considerado un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, se sigue aplicando el concepto de falla del servicio, pero con la salvedad de que es sobre la entidad demandada que recae la carga probatoria.

Tal como se ha visto, es necesario destacar que esta teoría representa para el derecho público, según Parra (2003), un avance en el desarrollo de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de que sustituye el concepto de culpa individual del servidor público en particular, por la falta del Estado, sin necesidad de identificar al empleado que realizó la acción dañosa.

1.3.2. El daño especial

A esta teoría se le llama también de responsabilidad sin falta, o de igualdad frente a las cargas públicas y encuentra su fundamento en el hecho de que una persona que soporta un daño o una carga, en desigualdad de condiciones con respecto a los demás miembros de la comunidad, debe ser indemnizada por el Estado. Se trata de una tesis cimentada sobre principios de responsabilidad objetiva del Estado y sobre la cual Rodríguez (1999), en su obra Derecho Administrativo General y Colombiano, afirma lo siguiente:

Esta concepción del daño especial se fundamenta en el principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según la cual, cuando el administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar del Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar (Rodríguez, 1999, p. 386).

Es decir que de acuerdo con esta teoría, si la administración en virtud de su deber de proporcionar bienestar colectivo y actuando conforme a derecho, ocasiona un perjuicio excepcional a un particular, le acudirá entonces, con fundamento en razones de equidad, el deber de indemnizar a dicho ciudadano con el fin de restablecer el equilibrio frente a las cargas públicas.

Por último, es importante señalar que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la teoría del Daño Especial exige como factores determinantes la plena legalidad de la actuación administrativa y el rompimiento de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas, con el fin de lograr precisión en las peticiones elevadas ante la jurisdicción administrativa.

1.3.3. El riesgo excepcional

El riesgo excepcional o riesgo de naturaleza excepcional, surge cuando el Estado, en virtud de la realización de sus actividades propias, tales como el adelantamiento de una obra de servicio público, emplea recursos o medios que colocan al administrado o a sus bienes en situación de quedar expuesto a un riesgo fuera de lo común o excepcional y que debido a su gravedad, excede las cargas públicas que normalmente deben soportar los particulares. De esta manera, si se genera un daño con ocasión de la ocurrencia de dicho riesgo, sin que medie culpa alguna de la víctima ni de la administración misma, habrá lugar a responsabilidad estatal y por ende a indemnizar al perjudicado.

De acuerdo al postulado básico de la Teoría de los Riesgos, y de acuerdo a lo señalado por Ramos (2004), la misma persona que corre con las expectativas de provecho, deberá cargar con los riesgos de pérdidas, de manera que lo que se pretende es superar la intervención de opiniones subjetivas acerca de lo que es o no reprochable moralmente y, en su lugar, aspirar a colocarse en el terreno positivo de las estadísticas de los costos de producción.

1.3.4. El daño antijurídico

Lo primero que hay que tener en cuenta es una aproximación precisa al concepto mismo de daño. Frente a este respecto, conviene considerar la acepción sobre el término que ha expresado Francesco Carnelutti en su Teoría general del delito:

(...) el daño es precisamente un modo de ser del evento, por lo que a la voz daño corresponde la frase evento dañoso; daño es aquel evento que consiste en la lesión de un interés. Justamente por ser un acto delito, si su evento es un daño, se puede afirmar la identidad entre el evento del delito y el daño (Carnelutti, 2000, p. 147).

Respecto al daño hay que establecer, por tanto, que éste exige un reconocimiento, cuya necesidad es implícita, de indemnizar de manera pecuniaria a la víctima de un hecho ilícito, hasta llegar a exigir no sólo los perjuicios materiales efectivamente provocados, sino también los perjuicios morales causados y probados; aunque claro está, dicha indemnización tiene un límite que es claro y preciso y es que se debe dejar a la víctima en el mismo estado en el que se encontraba antes del perjuicio sufrido y evitar un posible enriquecimiento como consecuencia de la indemnización reconocida.

El artículo 90 de la Constitución nacional consagró la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado sobre el concepto del "daño antijurídico", el cual comprende no

solamente la responsabilidad objetiva sino también la subjetiva, la contractual y la extracontractual.

Este tipo de responsabilidad exige, para la atribución del resultado dañoso a un sujeto activo determinado, que se tenga en cuenta su esfera volitiva integrada por el ámbito cognoscitivo y la capacidad de autorregulación de su conducta, al menos en principio, pues tratándose de los imputables tendríamos que aceptar simplemente su culpabilidad natural.

El artículo 5 del Código Penal consagra el principio de culpabilidad e igualmente la proscripción de la responsabilidad objetiva, fijando como única forma de responsabilidad penal la subjetiva. En consecuencia, la responsabilidad subjetiva presenta los siguientes componentes:

- 1) Acción.
- 2) Resultado dañoso.
- 3) Nexo causal objetivo entre acción y resultado dañoso.
- 4) Nexo causal subjetivo: que el resultado sea atribuible al autor a título doloso, de culpa o preterintención o de culpabilidad para los inimputables.

1.4. DEFINICIÓN DE TERRORISMO

El terrorismo es un fenómeno complejo que al carecer de un significado universalmente aceptado, puede definirse de diversas formas, pero todas ellas convergen en un elemento común

y connatural a éste: la violencia, sea ésta física o psicológica. El acto terrorista es una actividad que se sirve de la violencia en contra de las personas o las cosas con el fin de producir terror entre los miembros de una sociedad y por consiguiente desestabilizar los gobiernos para lograr objetivos políticos o ideológicos.

El FBI define el terrorismo como “el uso ilegal o amenaza de violencia contra personas o propiedad. Normalmente se piensa que intimida o coerce a un gobierno, individuo o grupo, o para modificar una conducta política” (Ramírez, 2001, p. 13).

A su vez, nuestra Corte Constitucional se refiere a dicho concepto en los siguientes términos: “el atentado terrorista tiene la particularidad de la sorpresa y de ocasionar una gran tragedia; por tanto es efectivo como elemento desestabilizador de las instituciones y vulnerador de los derechos” (Corte Constitucional, 1993, C-134).

Con un acto terrorista se pretende “suscitar reacciones sociales emocionales, tales como ansiedad, incertidumbre o amedrentamiento entre quienes forman parte de un determinado agregado social, de tal manera que resulte factible condicionar o dirigir sus comportamientos en una dirección determinada” (Reinares, 1998, p. 62). Generalmente obedece a fines políticos y excepcionalmente a razones de carácter religioso, social o ideológico.

Ahora bien, a pesar de ser un concepto discutido, el terrorismo es una figura caracterizada primordialmente porque procede de una manera coercitiva, no dialogada e impuesta por la violencia, la cual es muchas veces, extrema. “Es un mecanismo primitivo que pretende someter y

silenciar violentamente, corrompiendo el libre consentimiento y los principios esenciales de toda sociedad” (Aznar, 2003, p. 84).

1.5. RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL ESTADO FRENTE A LOS ACTOS TERRORISTAS

El terrorismo es una amenaza para todo lo que las Naciones Unidas representan: el respeto de los derechos humanos; el imperio de la ley; la protección de los civiles; la tolerancia entre los pueblos y las naciones, y la solución pacífica de los conflictos. Es una amenaza que se ha hecho cada vez más urgente (...). Nuestra estrategia contra el terrorismo ha de ser global y basarse en cinco puntos fundamentales: persuadir a la gente de que no recurra al terrorismo ni lo apoye; negar a los terroristas el acceso a fondos y materiales; persuadir a los Estados de que no patrocinen el terrorismo; desarrollar la capacidad de los Estados para derrotar el terrorismo y defender los derechos humanos (Annan, 2005, p. 29).

La anterior estrategia por la que aboga Annan (2005) es precisamente lo que todos los Estados han de desplegar como una responsabilidad social de orden imperativo que les compete frente a los actos terroristas. Colombia, al respecto de ello, ha preceptuado en la Ley 599 de 2000, específicamente en el artículo 343, lo siguiente:

El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión (...).

Por su parte, en el artículo 144 de la ley en comento se establece también que:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión (...), multa (...) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (...).

Por su parte, el Consejo de Estado también ha hecho su aporte y ha señalado en su jurisprudencia dos criterios para endosarle responsabilidad al Estado, pero más exactamente de orden patrimonial: la falla del servicio y el riesgo excepcional, aunque, como expresa Ruiz (2008), “no se puede desconocer que hay situaciones que involucran actos terroristas y el Consejo de Estado las ha fallado bajo el régimen del daño especial” (p. 30).

Bajo la modalidad de falla del servicio se declara la responsabilidad del Estado cuando la administración actuó con omisión frente a los clamores de la comunidad, de un particular o frente a situaciones que se pueden prever que existe una amenaza inminente de un atentado terrorista o porque no desplegó el dispositivo de seguridad o de prevención necesario para repeler las posibilidades de un ataque.

De acuerdo con el Consejo de Estado colombiano, la aplicación del riesgo excepcional se da cuando hay ataques dirigidos a elementos representativos del Estado, como por ejemplo a funcionarios importantes del mismo, lo que pone al particular en una situación de riesgo creado de forma consciente por el Estado que se vuelve excepcional y que, en caso de realizarse y causarse un daño, rebasa los parámetros bajo los cuales está desarrollado el principio de igualdad frente a las cargas públicas; tal es el caso de una persona que pasa justamente por el lugar (elemento representativo del Estado) en el momento en que se ejecuta un ataque, situación que también se da frente al grupo de habitantes vecinos a un lugar o una zona catalogadas como de riesgo.

Como puede verse, en Colombia, básicamente lo que existe es un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado (indemnizatorio) por actos terroristas, pero bajo la modalidad de falla del servicio, siempre y cuando se consiga demostrar (por parte del accionante) la previsibilidad del acto terrorista, bien sea porque se dio aviso por parte de la comunidad o porque existía una cadena de situaciones que advertían la existencia de un ataque; de esta manera, entonces, el Estado tendrá que responder patrimonialmente si no tomó las medidas necesarias y suficientes para evitar, repeler o reducir las consecuencias del ataque terrorista.

Sin embargo, en países como Francia y España, por ejemplo, existen sistemas de indemnización basados en principios de solidaridad social. Específicamente en el primero, es decir, en Francia, no se puede comprometer, ni sobre el terreno de la falta, ni sobre el de la igualdad ante las cargas públicas (a no ser que una ley establezca un régimen especial de indemnización), del hecho de daños, cuyo hecho generador esté unido a la conducción de la guerra a operaciones de guerra. Aunque, la indemnización en este país por actos terroristas se lleva a cabo a través de un fondo de garantía que se financia por medio de un impuesto que grava todas las pólizas de seguro sobre la propiedad. Básicamente, la indemnización se otorga a todo aquel que, cualquiera que sea su nacionalidad, haya sido víctima de actos terroristas en territorio francés e, incluso, a los ciudadanos franceses en el extranjero, siempre y cuando se hayan registrado ante las oficinas consulares. Ya en el segundo, es decir, en España, lo que existe es una legislación que plantea un régimen indemnizatorio en favor de las víctimas de actos terroristas, aunque no se encuentra basado en la idea de responsabilidad, sino de socialización de los riesgos (ampliación de la seguridad social).

Ello quiere decir, entonces, que la responsabilidad del Estado por actos terroristas no se debe limitar única y exclusivamente a lo legal, pues se estaría hablando de una responsabilidad incompleta, en la medida en que sólo se hablaría de “actos terroristas” y no se haría una la relación de los elementos que los caracterizan (físicos y psico-emocionales); por tanto, el Estado debe responder a la ciudadanía como elemento de cohesión social, con el propósito de lograr legitimidad, preservando, claro está, el principio de dignidad humana.

1.6. DAÑOS SUFRIDOS POR ACTOS TERRORISTAS

Mientras que la Constitución de 1886 no consagraba ninguna norma en la que se estableciera de manera categórica la responsabilidad del Estado y sólo se hacía referencia a una obligación de la administración de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su honra y bienes, la actual Carta Política expedida en 1991 dispone en su artículo 90 que el Estado debe responder patrimonialmente por cualquier daño antijurídico que le sea imputable por acción u omisión de las autoridades.

El máximo Tribunal de lo contencioso administrativo plasmó en su sentencia del 22 de noviembre de 1991, su tendencia a entender el imperativo constitucional como una forma de responsabilidad objetiva donde lo que importa es el daño ocasionado por el Estado y no el accionar culposo de uno de sus agentes. En dicha sentencia, el Consejo de Estado afirma:

(...) Dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se

desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste, pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular.

No hay duda de que a partir del texto constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en grado sumo objetiva, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el principio de solidaridad, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se afirma que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y en la solidaridad de las personas que la integran (Consejo de Estado, 1991, Sentencia del 22 de noviembre).

El tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su obra “La Responsabilidad del Estado, el Riesgo Excepcional y las actividades peligrosas” se refiere al artículo 90 de la Carta Política en los siguientes términos:

La Responsabilidad estatal, tal como se plantea en la norma constitucional, en principio, no está concebida como consecuencia de actividad subjetiva. En el artículo 90 de la Carta no aparece como elemento de la responsabilidad de la administración, la falla en el servicio, que constituía el pilar fundamental de la responsabilidad estatal antes de la expedición de la Carta. Pero ello no quiere decir, de manera alguna, que no admita también la responsabilidad por la falla probada, falla presunta, daño especial y responsabilidad objetiva.

Todo daño que sufra un particular por la acción u omisión de la administración, en principio es antijurídico, y de él nace la obligación de reparación del Estado, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución, la sola existencia del daño antijurídico le hace derivar para la administración la obligación de reparar el perjuicio que él mismo ha causado.

Si existe alguna causa que justifique dicho daño, y que le quita el linaje antijurídico eximiendo a la administración de repararlo, esa causal de justificación debe ser acreditada por la propia administración. El hecho constitutivo de la responsabilidad es el daño, que como se ha dicho, normalmente es antijurídico. La justificación de dicho daño, que constituye un hecho que impide el nacimiento del deber de reparación, debe ser acreditada por la administración (Tamayo, 2000, p. 52).

Así, la responsabilidad del Estado comienza a tornarse objetiva, tal y como se manifiesta en las providencias de la jurisdicción Contencioso Administrativa, pero tal posición es revaluada

hacia el año de 1993, en sentencias como la del 13 de julio del mismo año, en las que se consideró que la responsabilidad extracontractual del Estado seguía teniendo un fundamento subjetivo, a pesar de la influencia objetiva que se desprendía del mencionado precepto constitucional.

Aunque se mantuvo la idea de declarar la responsabilidad del Estado bajo la óptica de una teoría subjetivista, la nueva Carta Política marcó un importante precedente en lo que se refiere a Responsabilidad del Estado, adoptando un concepto de antijuridicidad que no sólo se limite a observar la actuación de la administración, sino al deber que le acoge al perjudicado de soportar jurídicamente un daño. Es así como toma mayor fuerza el concepto de daño antijurídico como fuente de responsabilidad del Estado y fundamento constitucional de la llamada Responsabilidad Objetiva.

Es de reiterarse entonces, que la gran innovación del artículo 90 de nuestra Carta Magna está en la consagración del Daño Antijurídico, ya que de una concepción subjetiva del daño, se pasa a una concepción objetiva del mismo, logrando imponer un cambio en la jurisprudencia que durante muchos años asumió una posición subjetivista, analizando exclusivamente la conducta del agente. Ahora dicha antijuridicidad se encuentra en el daño mismo y no en su causa, es decir, que debe analizarse el daño desde la óptica del perjudicado y no desde la actuación de la administración.

La Corte Constitucional también ha sentado su posición frente al concepto de Daño Antijurídico, pronunciándose en los siguientes términos:

El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites por el legislador. Sin embargo, una interpretación sistemática de la Carta y de los antecedentes de la norma permite determinar los elementos centrales de este concepto.

Así, desde el punto de vista histórico, en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente se observa la intención de plasmar en la normatividad constitucional esta noción de daño antijurídico, que es tomado a su vez del artículo 106 de la Constitución Española que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos: “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 los servicios públicos”.

(...)

La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 (Corte Constitucional, 1996, Sentencia C-333).

En sentencia del 31 de octubre de 1991, El Consejo de Estado reproduce el pensamiento de la doctrina española, de la que ya se han hecho anotaciones, como la del profesor Leguina, citado por Tamayo (2000). En esta sentencia, el Honorable Tribunal se refiere al concepto que se discute, acudiendo al profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular afirma:

Al construir la institución de la responsabilidad de la administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción primitiva de ver en la responsabilidad la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico-jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo tema establecido en nuestro derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del derecho en cada caso (Tamayo, 2000, p. 18).

Así las cosas, es evidente que con la expedición de la Nueva Constitución cambia el enfoque de la responsabilidad administrativa en el derecho colombiano, concentrando ampliamente su atención en la situación de la víctima y en el deber del Estado de restaurar los daños producidos.

Sin embargo, y a pesar de la mencionada tendencia objetivista, vale la pena resaltar la Sentencia del 5 de agosto de 1994 del Consejo de Estado, en la que aclara que la falla del servicio no ha desaparecido del sistema de responsabilidad del Estado Colombiano, y que en algunas ocasiones continúa siendo un elemento fundamental de la responsabilidad estatal. Dice la providencia:

En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer presupuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las reglas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración pero el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas lógico, deberá demostrar el daño y el por qué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo (Consejo de Estado, 1994, Sentencia del 5 de agosto).

Fallos como éste, llevan a concluir que la nueva Carta Política, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni eliminó del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio; así lo dan a entender las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico.

2. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS OCURRIDOS EN EL TERRITORIO NACIONAL

De acuerdo con Gil (2013), se puede afirmar que no existe propiamente una línea jurisprudencial de responsabilidad del Estado por daños ocasionados mediante atentados terroristas, pues estos son juzgados bajo los sistemas tradicionales en que se enmarca la responsabilidad de la administración pública, todos ellos bajo los lineamientos del artículo 90 de la Constitución Política.

Se tiene la falla del servicio como el título jurídico de imputación común, y se reconocen, de manera excepcional, dos formas de responsabilidad sin falta, con títulos de imputación en el riesgo y en la equidad, en lo que atañe a la responsabilidad por dichos atentados.

En el derecho colombiano, antes de la Constitución Política de 1991, el fundamento de la responsabilidad lo constituía el principio de igualdad ante las cargas públicas, el fundamento de los diferentes regímenes de responsabilidad administrativa, de claro matiz francés; hoy, el concepto de daño antijurídico, enunciado en el artículo 90 de la Constitución Política, es el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado (la extracontractual, precontractual y la contractual), según lo ha establecido la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1994, ya que la jurisprudencia ha entendido que en el marco del dispositivo constitucional encuentran cabida todos los sistemas de responsabilidad administrativa.

La dificultad de delimitar conceptualmente la falla del servicio se debe a la ausencia de factores objetivos, lo que ha implicado que su materialización dependa de lo que se ha denominado “el carácter relativo de la falla”, matiz de discrecionalidad judicial enunciado como “la lógica del caso concreto”, que ha permitido crear elevados índices de exigencia en cuanto a su configuración; “lo cual hace muy difícil, en ocasiones imposible, para la víctima, la tarea de desvirtuar el carácter imprevisible e inevitable de la acción terrorista” (Peláez, 2000, p. 36).

Estos conceptos de imprevisibilidad y de inevitabilidad, propios de la esencia del acto terrorista, paradójicamente son los que permiten aducir una fuerza mayor que exime de responsabilidad, por lo que le corresponde a la víctima desvanecerla si quiere demostrar la falla del servicio y salir adelante en su pretensión.

El juez administrativo colombiano tiene en cuenta el comportamiento de la víctima anterior al hecho dañoso, si ésta tenía conocimiento de su potencialidad, si había pedido medidas de protección, pero de la solicitud de protección no otorgada no se sigue automáticamente la existencia de la falla, y la respuesta positiva de las autoridades, si se da el daño, también puede eximir de responsabilidad a la administración. Además, tiene en cuenta las modalidades de tiempo, lugar y existencia de precedentes idénticos, como también pesan las circunstancias especiales de orden público que para las autoridades permiten tener como previsible la comisión de atentados terroristas.

Según señala Gil (2013), es obvia la ruptura de la imprevisibilidad cuando de determinadas circunstancias conocidas por la administración resulta probable el acontecimiento lesivo que finalmente ocurre.

En lo que concierne a la naturaleza inevitable de la acción terrorista, ésta está signada por la tesis “nadie está obligado a lo imposible”, aplicándose así el concepto del carácter relativo de la falla del servicio, establecido en protección o técnica de control, para reducir o mantener dentro de ciertos límites (según criterios económicos) las condenas contra la administración, aspecto que puede empezar a variar.

Así las cosas, el Consejo de Estado ha estimado que las dificultades encontradas por la policía no la exoneran de la obligación de tomar medidas apropiadas, pues si las autoridades competentes no tienen los medios, deben buscarlos. Se origina así, en el derecho francés, un criterio que se opone a la justificación del Estado colombiano de carencia de medios, ausencia de autoridad, falta de infraestructura o pobreza institucional, argumentos con los que se pretende explicar situaciones de verdadera ausencia del Estado; por tanto, el concepto de inevitabilidad así estructurado pierde la connotación fatalista que se le ha querido dar y encuentra, por el contrario, un debilitamiento que permite una aplicación coherente con los fines mismos del Estado.

Corresponde a la víctima del atentado terrorista, por tanto, desvirtuar la imprevisibilidad e inevitabilidad del acto violento, para dar por establecida la falla del servicio. Es de anotar que el juez colombiano exige de manera implícita una falla grave como se desprende del contenido de

sus decisiones en la materia, lo cual constituye un obstáculo más para las víctimas en el viacrucis probatorio de demostrar la responsabilidad por esta forma de violencia.

Por regla general la jurisprudencia del Consejo de Estado en Colombia ha negado indemnizaciones por los daños ocasionados en atentados terroristas, cobijada en el criterio de la exigente de responsabilidad del hecho del tercero, pues sigue el esquema clásico de la responsabilidad que señala que “el daño sufrido por los particulares, como consecuencia del atentado terrorista, es un claro hecho típico de fuerza mayor” (Garrido, 2005, p. 254).

El derecho colombiano admite excepcional y subsidiariamente la responsabilidad administrativa del Estado con fundamentos de responsabilidad objetiva, y por eso se ha dicho que la jurisprudencia ha tomado una posición destacada, aunque ello sólo fue posible a partir de la Constitución de 1991, pues la decisión judicial que estableció la ruptura se dio en Sentencia del 23 de septiembre de 1994 (Exp. 8577) y fue el reflejo del nuevo orden jurídico y del desarrollo del actual panorama constitucional, como evidencia de un esquema sociopolítico que contiene nuevas exigencias de la judicatura en general y que ha dado lugar en su afán de adecuación a fallos contradictorios en esta materia.

Gil (2013), al respecto de lo anterior, señala que:

Hasta el año de 1967 el Estado colombiano no respondía patrimonialmente por este tipo de conductas, opinión que encuentra su origen en el caso “Pedro Sales”, decidido el 3 de enero de 1865 por la Honorable Corte Suprema Federal, fallo en el que se consagró la irresponsabilidad patrimonial del Estado con el argumento de que no existía ley aplicable al caso por los hechos de guerra, interpretación realizada conforme a la idea de sacralización del texto legal. Allí se dijo: “Si en esto hay alguna injusticia; si se desatendió un reclamo que parece fundado en la equidad, corresponde al legislador reparar esa injusticia, sancionando la disposición que reconozca la

indemnización o pago de los perjuicios inferidos a los particulares por los beligerantes en la última lucha nacional; mas no los tribunales, que tienen la única misión de aplicar la lei escrita”.

En Sentencia del 17 de noviembre de 1967 (Exp. 414), el Honorable C. E., S3ª, abandonó la tesis de la irresponsabilidad patrimonial de la administración en esta materia y para ello acudió a dos argumentos: uno de tipo político (el beneficio de los privilegios que tiene el Estado lo obliga a responder por los perjuicios causados), y otro jurídico (la ruptura del principio frente a las cargas públicas). Se expuso: “Todo conduce a indicar que en la esfera más amplia, y ante el desequilibrio de las cargas públicas, siempre se encontrará el sujeto responsable. La Nación es la que responde. Comunidad suprafuncional, como se le llama, porque en su seno se registran todas las acciones y todas las reacciones, no debe enriquecerse a costa de nadie. Y por eso, cuando dentro de ella hay quien sufra y quien haya recibido detrimento por acción o por omisión de los gestores públicos, y aunque la conducta de estos haya sido la estimada prudente ante el desbordamiento de grupos que por interacción reciben de otros el amor o el odio del día, y en todo caso la pasión de turno, es justo que la Nación resarza el perjuicio. En este caso, ante el Código Civil es preciso pasar de largo” (p. 337).

Actualmente, en el Consejo de Estado existe una tendencia muy marcada que busca eliminar la responsabilidad con fundamento en el daño especial, en los casos de atentados terroristas, y resolver este tipo de asuntos por los regímenes de la falla del servicio y del riesgo excepcional, tal como se puede ver en Sentencia del 10 de agosto de 2000 (Exp: 11585) y en Sentencia del 23 de octubre de 2003 (Exp: 14211), señalando de paso, para alterar el caso del daño especial, que lo que sucede cuando el atentado va dirigido contra un alto funcionario del Estado y se lastima a particulares, es dar por sentado que se ha puesto a unas personas más que a otras a un riesgo; o en los casos en que el atentado tiene como meta construcciones como cuarteles, instalaciones militares o centros de comunicaciones, allí subsiste oculta idea de riesgo; de igual manera, en los casos de confrontación entre la subversión y la autoridad se puede afirmar que se está exponiendo a un riesgo a la población.

En suma, según busca el Consejo de Estado, bajo el sistema de la falla del servicio y del riesgo se solucionaría el problema de responsabilidad de la administración pública por atentados terroristas, reglas usuales al sistema general de responsabilidad estatal.

3. APLICACIÓN DE CRITERIOS OBJETIVOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS

3.1. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS

Considerada la situación de Colombia, ante los daños ocasionados por actos terroristas y operaciones de guerra, existe una gran polémica en cuanto a si hay responsabilidad del Estado o no.

De acuerdo con Gil (2013), los sistemas de responsabilidad administrativa que han valido como medios para lograr la materialización de la indemnización de las víctimas de atentados terroristas y de operaciones o actos de guerra, básicamente, son tres.

En primer lugar, está el sistema de responsabilidad denominado “de la falla del servicio”, invención del derecho francés incorporada a la cultura jurídica del país en el campo del derecho público; específicamente, el concepto de falla del servicio se define de manera genérica o amplia como el quebrantamiento de un contenido obligacional administrativo.

En segundo lugar, está la teoría del riesgo excepcional como fundamento sobre el cual reposa, en algunos casos, la responsabilidad patrimonial del Estado por actos terroristas, sistema pensado por Erich Kaufmann, de acuerdo a Gil (2013), y que hoy en día se puede aceptar como un

criterio de imputación, bien en su dimensión amplia y no como un riesgo-beneficio, sino como un riesgo creado. El límite que tenía la teoría del riesgo, al concebirse desde el punto de vista del beneficio, ha sido superado de forma coherente para entender por riesgo o criterio de imputación no sólo las situaciones que comportan algún provecho, sino toda circunstancia en la que se cree un riesgo.

Por último, está la teoría del daño especial, expresión de responsabilidad sin falta, que establece un régimen subsidiario basado en la equidad y la solidaridad que, como todos los sistemas de responsabilidad estatal, tiene como fundamento común el principio de la igualdad ante las cargas públicas, manifestación de la igualdad ante la ley.

Es de anotar que el Consejo de Estado, en Sentencia del 23 de octubre de 2003, buscó acabar con el sistema del daño especial como fuente de responsabilidad para este tipo de situaciones, por lo que el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado quedaría reducido a los casos de falla del servicio y a las situaciones de riesgo excepcional, y aún para algunos, sólo a eventos de falla del servicio. Sin embargo, según Gil (2013), existen contradictores frente a esta tendencia, por lo que se ha presentado un intenso debate intelectual, que finalmente ha permitido consolidar una línea jurisprudencial coherente y concreta.

De acuerdo con Gil (2013), Este sistema de responsabilidad, el del daño especial, fue utilizado por primera vez en el país en el caso del periódico El Siglo de la Nación, en el año 1947, cuando el Consejo de Estado examinó una situación particular en la cual el Presidente de la República de la época, Alfonso López Pumarejo, fue detenido por unidades militares en la ciudad de Pasto,

suceso que originó una crisis y que propició que de manera transitoria ocupara la presidencia el primer designado, quien en virtud de sus facultades otorgó poderes de policía al Ministro de la Defensa para que dictara una resolución mediante la cual se tomaba posesión de todos los periódicos y revistas del país.

Un diario al que no se le designó calificador fue el periódico El Siglo, que la fuerza pública debió proteger de las turbas enardecidas que iban a atacar sus instalaciones; esa protección que le prestó el Estado, le impidió circular, derivándose así un perjuicio. En esta ocasión el Consejo de Estado tuvo oportunidad de enunciar por primera vez en la historia jurídica de la nación la teoría del daño especial, apoyado en autores como Teissiere, Mayer, Tirard, Jezé, Michaud, Romano, etc., según comenta Gil (2013), quienes la derivaron del principio básico del derecho administrativo moderno de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

También se trajo a colación la obra García (1927), citado por Gil (2013), principalmente en lo referente la responsabilidad de la administración pública y, dentro de ésta, a la responsabilidad sin falta y al daño especial; todos estos autores y otros venían exponiendo la teoría del daño especial desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, es por ello que se puede señalar que esta teoría tiene linaje y trayectoria en el sistema jurídico colombiano, como fuente de responsabilidad de la administración pública.

Como puede verse, en el Consejo de Estado ha sido difícil consolidar una línea jurisprudencial en materia de responsabilidad por actos terroristas y operaciones de guerra y, de manera específica, en lo que concierne a la aplicación de la teoría del daño especial.

Existe un sector doctrinario bastante conservador que propugna la abolición total de la responsabilidad por operaciones de guerra y actos terroristas. Tal es el caso de Tamayo (2004), citado por Gil (2013), quien aduce tres argumentos para sostener, de manera contundente, la irresponsabilidad del Estado en estos casos: 1) todos los ciudadanos están obligados a defender la soberanía interna y externa de la nación; 2) el acto terrorista o los actos de guerra son impuestos al Estado y éste no obtiene ningún beneficio de ellos, y 3) los costes económicos.

Como consecuencia de su tesis, Tamayo (2004), de acuerdo con Gil (2013), concluye que las sumas que se dedican a indemnizar a las víctimas de atentados terroristas u operaciones de guerra se deberían canalizar en favor de la infraestructura del país o en atender servicios públicos de mayor necesidad como sería el caso de los desplazados. Según sus argumentos, lo que se ha desatado como un sueño de justicia colectiva terminará siendo una pesadilla para las víctimas de los atentados terroristas por la ausencia de recursos; de esta manera, el Estado no sólo no debe responder por los actos terroristas, sino que tampoco debe hacerlo por los daños que cometa la fuerza pública en operaciones de guerra.

Tamayo (2004), según señala Gil (2013), acepta en estos casos, en los de responsabilidad objetiva del Estado, siempre y cuando se produzcan en forma aislada:

Cuando los actos de terrorismo no son más que el método diariamente utilizado en una guerra como la que vivimos actualmente en Colombia, es imperativo de la doctrina y jurisprudencia nacionales que analicen con detalle las incidencias de una responsabilidad objetiva por los daños que sufran terceros con dichos actos (Gil, 2013, p. 334).

La anterior posición hace reposar la responsabilidad en criterios exógenos y cuantitativos, como si la institución o su reconocimiento dependiera de lo poco o lo mucho que se dé como realidad, lo que equivaldría a predicar metafóricamente y a contrario sensu, que si el mal o el pecado es general, se le debe absolver, y si es insular se le debe condenar.

En suma, el criterio cuantitativo, de acuerdo con Gil (2013), no es buen argumento, además, la práctica lo anula, pues en los últimos años los ataques terroristas a poblaciones se han reducido, gracias a la voluntad política de ejercicio de poder del Estado, lo que evidencia que sí es posible controlar o mantener dentro de unos estándares mínimos esta forma de violencia, y el criterio cuantitativo para el caso no es más que un falso consecuente.

3.2. REGÍMENES LEGISLATIVOS ESPECIALES DE INDEMNIZACIÓN POR ACTOS TERRORISTAS

De acuerdo con Gil (2013), en el derecho actual existen dos caminos para garantizar la indemnización a las víctimas por actos terroristas: la vía jurisdiccional y los regímenes legislativos especiales de indemnización y de asistencia pública, como sucede, por ejemplo, en el derecho francés y en el derecho español.

En Colombia fue establecido un régimen de asistencia pública en 1993, a través del Decreto 444, el cual fue expedido con fundamento en las facultades extraordinarias del estado de excepción y que tenía como propósito adoptar medidas para evitar la extensión de los efectos

agitadores del orden público y de la convivencia ciudadana ocasionados con bombas y artefactos explosivos que afectaban sin distinción a la población.

El legislador ordinario, cuenta Gil (2013), recogió la materia establecida por el mencionado decreto en la Ley 104 de 1993, derogada por el artículo 131 de la Ley 418 de 1997, a través de la cual se consagraron instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictaron otras disposiciones. Específicamente, el tema de la atención a las víctimas de atentados terroristas fue determinado en el Título II, en cuyo artículo 19 se señaló lo siguiente:

En desarrollo del principio de solidaridad social, y dado el daño especial sufrido por las víctimas de atentados terroristas, éstas recibirán asistencia humanitaria, entendiéndose por tal la ayuda indispensable para atender requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales de dichas personas que hayan sido menoscabados por la acción terrorista.

La ayuda sería de asistencia en materia de salud, en materia de vivienda, en materia de crédito y en materia educativa.

El artículo 18 de la citada ley, por su parte, demarcó el concepto de atentados terroristas, a aquellos cometidos con bombas o artefactos explosivos y tomas guerrilleras que afectaran en forma indiscriminada la población.

Los artículos 46 y 47 dispusieron que la asistencia prestada a las víctimas no implicaba reconocimiento por el Estado de responsabilidad alguna por los perjuicios causados por el atentado terrorista y, en caso de que fuera condenado el Estado, del monto total de los perjuicios se deducirían las sumas entregadas en razón de esta ayuda.

La Ley 241 de 1995, derogada por el artículo 131 de la Ley 418 de 1997, prorrogó la vigencia de la Ley 104 de 1993, y la modifica y adiciona. Se mantiene el principio de solidaridad social y el daño especial que consagraba el artículo 19 de la Ley 104 de 1993 y, en general, todo el título de ésta que se refería a la “atención a las víctimas de atentados terroristas”, pues el artículo 19 fue prorrogado por el artículo 19 de la Ley 241 de 1995.

En el artículo 10 se modifica el artículo 18 de la Ley 104 de 1993 y se entendía por víctimas aquellas personas que sufrieran perjuicios por razón de los atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos, ataques guerrilleros y combates que afectaran en forma indiscriminada a la población y masacres realizadas en forma indiscriminada por motivos ideológicos o políticos en el marco del conflicto armado interno.

El artículo 15 modificó el inciso 29 del artículo 45 de la Ley 104 de 1993, en el sentido de que la víctima que sufre una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral, tendría derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, esta última aún vigente, siempre que careciera de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.

En el título n de la Ley 418 de 1997 se rotula la “Atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno”. Según el artículo 15, son víctimas aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal o bienes, por razón de actos que se susciten en el conflicto armado interno, tales como atentados terroristas, combates, ataques y masacres, etc.

El artículo 16 reitera, tal y como lo hacían las leyes derogadas, el desarrollo del principio de solidaridad social y el daño especial sufrido por las víctimas y por ello recibirán asistencia humanitaria prestada por la red de solidaridad social, que consiste en asistencia “en materia de salud”, “en materia de vivienda”, “en materia de crédito” y “en materia de educativa”.

El artículo 46, inciso 2, señala que las víctimas que sufrieren una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.

Y, finalmente, el artículo 47 dispone que la asistencia que preste el Estado a las víctimas no implica reconocimiento de responsabilidad por tales actos.

La Ley 548 de 1999, prorrogó por tres años la vigencia de la Ley 418 de 1997.

La Ley 782 de 2002, reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 4436 de 2006, prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, a su vez prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999.

El artículo 6, que modifica el artículo 15 de la Ley 418 de 1997, dispone que:

Se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno.

Es importante destacar que se define como víctimas también a los desplazados, en los términos del artículo 1 de la Ley 387 de 1997, y a toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades.

El artículo 7, que modifica el artículo 16 de la Ley 418 de 1997, reitera que:

En desarrollo del principio de solidaridad social, y dado el daño especial sufrido por las víctimas, estas recibirán asistencia humanitaria, entendida por tal la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos esenciales, a fin de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados por los actos enunciados en el artículo 15.

Finalmente, el artículo 18, que modifica el artículo 46 de la ley 418 de 1997, mantiene el criterio de que:

Las víctimas que sufrieren una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral calificada con base en el Manual Único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo con lo contemplado en el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud, la que será cubierta por el Fondo de Solidaridad Pensional a que se refiere el artículo 25 de la Ley 100 de 1993 y reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, o la entidad de naturaleza oficial señalada por el Gobierno Nacional.

Como puede verse, en Colombia este régimen legislativo, más que una indemnización, representa una forma de asistencia pública que no permite la reparación completa de los perjuicios sufridos y disuelve la idea de responsabilidad de su marco jurídico y del concepto de reparación integral de que trata el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Básicamente, la ley de asistencia o ayuda humanitaria se limita a satisfacer los requerimientos urgentes, necesarios y esenciales con el propósito de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados por el acto terrorista, pero no cumple una función indemnizatoria.

Fuster-Fabra (2001), al respecto de ello, señala que:

Es el Estado, como sujeto pasivo intelectual de los delitos terroristas, quien, en aplicación positiva de los valores (...), y como verdadero destinatario del perjuicio que se personaliza en las víctimas que, de una u otra manera, garantizan esos valores, quien debe asumir la insolvencia de los terroristas que irrogan sus perjuicios –desde una perspectiva exclusivamente económica– indiscriminadamente sobre algunos de sus miembros.

La ley, y el reglamento que la desarrolla, a través de sus articulados, establecen que será el Estado quien asuma la responsabilidad de indemnizar a las víctimas de los delitos de terrorismo y, a su vez, atraiga para sí, como no puede ser de otro modo, las acciones propias de reclamar a sus responsables –cabría añadir y responsables subsidiarios– las indemnizaciones de las que, si las víctimas optan por acogerse a ésta vía, éstas eran acreedoras, asumiendo con ello el derecho a su cobro y los demás inherentes.

La ley, sin ser perfecta, pues pierde la oportunidad de compensar con mayor generosidad tantos años de olvido, satisface, por lo menos en el terreno económico, muchas de las frustradas pretensiones de quienes hasta hoy eran doblemente víctimas. Víctimas de una barbarie que destruyó sus vidas y víctimas de verse condenados a la condición de perpetuidad acreedora [...]. Esta medida solidaria y necesaria para poner fin al laberinto de reclamar a quien es insolvente cuando no anónimo, debiera ser un verdadero cause de transmisión de derechos, no válvula de escape para la huida de la responsabilidad de los autores (p. 175).

3.3. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS

La Carta Política de 1991 no simplemente es fuente formal del derecho, sino que también señala su ámbito de aplicación material. Está estructurada, en primer lugar, en una parte dogmática, la cual contiene valores, principios, derechos fundamentales y un preámbulo que

igualmente encierra un principio fundamental, y en segundo lugar, una parte orgánica que se refiere a los operadores jurídicos.

El modelo constitucional se transportó del inglés, en donde los valores están en la Constitución, las leyes fundamentales limitan o restringen el poder, y éste no se crea o regula en el derecho, pero sí puede limitarlo mediante los derechos; la Constitución es norma de normas y contiene límites al legislador.

Con relación a la situación de las víctimas de esta forma cualificada de violencia, en la Sentencia del 23 de septiembre de 1994 (Exp. 8577) del Consejo de Estado, ya mencionada en este escrito, se dio una respuesta iluminada en los más puros argumentos de justicia material, fallo en el que se empleó por primera vez la teoría de daño especial como base de justicia para quienes soportan los rigores de los actos terrorista; y si bien en esta providencia se subyaron los componentes principales del régimen conocido como “daño especial”, la decisión judicial comporta un elemento más crucial y es la argumentación jurídico-política sobre la clase de Estado que es Colombia:

La definición misma de Colombia, como un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de las personas que la integran, permiten que el sentenciador maneje todo el campo de la responsabilidad del Estado con la solidez que tal normatividad tolera (Consejo de Estado, 1994, Sentencia del 23 de septiembre, Exp. 8577).

En su motivación, la sentencia antes descrita apunta al nuevo orden jurídico establecido en la Carta Política cuando deja de lado factores solemnes jurisprudenciales, para dar aplicabilidad a principios y valores superiores atados a la moderna concepción de justicia, como la solidaridad, la equidad y el Estado social de derecho. Se imprimió así, por vía jurisprudencial, un criterio de

ponderación al fundamento de la responsabilidad: ¿por qué se debe responder?, unido al problema de la imputación o “quién deber responder”. En criterio de Gil (2013), esta posición, la cual debió consolidarse, se ha ido agrietando por posteriores pronunciamientos de la mencionada corporación, las cuales han desconocido el fundamento iusfilosófico y político del Estado y de la Constitución actual, retomando posiciones del siglo XIX que hacen irresponsable al Estado por los actos terroristas.

Al definir la Constitución Política que Colombia es un Estado social de derecho, ello tiene implicaciones en la organización socio-política. Por esto, ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia T-406 de 1992, que el artículo 1 de la Carta Superior es la clave o ligadura que dispersa todo el texto fundamental; el Estado colombiano es tal, en la medida en que sus elementos estén presentes, los cuales determinan su propio ser, y dentro de esa naturaleza se tiene obligatoriamente que contar con la defensa de los contenidos materiales.

De esta manera, para a la propia Corte Constitucional:

La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales (Corte Constitucional, 1992, Sentencia T-406).

Así las cosas, la Constitución no es solamente el reglamento fundamental del poder, sino que igualmente es la forma y contenido que determina y regula las relaciones sociales y los propósitos del Estado.

La entrada en vigencia de un nuevo régimen constitucional, a través de la expedición de la Constitución de 1991, trajo consigo una nueva dimensión en las relaciones de los ciudadanos frente el Estado, partiendo de la primacía del principio de la dignidad humana como rector de la nueva estructura jurídica y política y de la concepción de la persona como un fin estatal (Corte Constitucional, 2000, Sentencia C-1062).

Según la Sentencia T-406 de 1992, los principios constitucionales son normas de aplicación inmediata, ya que “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación”. “Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden”. “En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución (...)”.

Lo anterior indica que los principios son normas que establecen un deber específico, por ende, se sabe que son principios constitucionales los preceptuados en los artículos 19 y 39 de la Carta Superior: el respeto a la dignidad humana, la solidaridad, el Estado social de derecho, entre otros. Dichos principios tienen una concepción normativa vinculante de eficacia privilegiada y no se pueden entender de forma correcta independientemente de la noción de efectividad; en esta concepción de Estado, las normas no solamente se deben acatar, sino que su observancia debe concordar con la realización de los principios y valores constitucionales, de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia T-005 de 1995.

Ahora, dentro de dichos valores constitucionales fundamentales también se encuentran la dignidad humana, la paz, la libertad, el orden justo, la solidaridad y la igualdad y el Estado Social de Derecho se concibe como tal, gracias a esa forma de Estado y en los valores más abstractos a que es posible reducir muchos de ellos: “dignidad, libertad e igualdad”.

Sin duda, la sociedad colombiana hizo una elección política por estos principios constitucionales, aunque aquí se abordará especialmente los de solidaridad, dignidad de la persona humana y Estado Social de Derecho; la idea no es llegar a la concepción del Estado asegurador, pero sí la de señalar la falta de los fundamentos de la responsabilidad de la administración en los casos de terrorismo, y el reconocimiento de la imputación o el “quién debe responder” frente a los daños ocasionados a las víctimas en este tipo de casos.

De esta manera, y de acuerdo con las modernas concepciones de Estado y justicia, señala Rawls (1995) que:

El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad; estos términos justos se expresan mediante principios que especifican derechos y deberes básicos dentro de sus principales instituciones, y regulan a través del tiempo los arreglos del trasfondo de justicia, de manera que los beneficios derivados de los esfuerzos de cada cual estén justamente distribuidos y se comportan de una generación a la siguiente (p. 40).

Dentro de ese objeto primario también está el principio ético de la prioridad, el cual quiere decir que quienes se encuentren en posición desventajosa se les debe otorgar el argumento que decide la prioridad, concepto que enunciado de manera negativa conforma el principio de tolerancia, que significa que “en caso de duda tiene prelación el argumento que tenga más amplio margen de tolerancia” (Kaufmann, 1999, p. 195).

Esta actual concepción de la justicia la acopia la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-406 de 1992 ya citada, en la que se especifica de manera clara que:

Si fuese necesario dar elementos de juicio en abstracto sobre la justicia distributiva –cuestión de por sí temeraria– se podría recurrir al principio de igualdad, ampliamente debatido en la teoría de la justicia de las últimas décadas, a partir del cual toda distribución de recursos para ser justa, deba mejorar al menos la condición de los más desfavorecidos.

En el Estado social de derecho, su naturaleza, su formación socio-política y los principios constitucionales exigen al juez frente a las víctimas de los atentados terroristas a no pasar desapercibido, pues la persona humana es el eje central de la Constitución de 1991, y así ha quedado claro en la Sentencia T-002 de 1992, en donde se señala que en la tensión del ser humano en su dimensión social –o individuo comunidad–, ésta constituye la razón última de la Carta Política; el juez, por su parte, de acuerdo a lo establecido en la Sentencia C-486 de 1993, está sometido al ordenamiento jurídico antes que a la ley, pues la idea de un orden justo se opone a la manifestación de la justicia sólo por medio de la ley.

Los principios en el nuevo orden jurídico y político alcanzaron importancia excepcional y la naturaleza del juez le confiere el deber ser de buscar la validez y efectividad de los contenidos de la Constitución Nacional en los términos del artículo 228, ya que debe prevalecer el derecho sustancial.

Es así como los fundamentos de la responsabilidad administrativa, como son la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional, deben dotarse de temas específicos inspirados en el modelo de Estado Social de Derecho, que hacen de él lo que es, ya que son de su esencia,

además de que el juez administrativo debe resolver con fundamento en un régimen de derecho constituido por principios constitucionales, por la eficacia privilegiada que tienen en el ordenamiento jurídico, de acuerdo al estudio de cada caso preciso; los problemas de la responsabilidad deben ser analizados desde la perspectiva de la víctima, pues, “sería chocante e inadmisibles hacerle soportar a la víctima los perjuicios que exceden, por su gravedad y particularidad, los inconvenientes normales de la vida en sociedad, que sobrepasan los que los individuos han de soportar en nombre del interés general” (Peláez, 2000, p. 73).

Con relación al fenómeno de la imputación, el cual se encuentra directamente conectado con la pregunta ¿quién debe responder frente a los atentados terroristas? la Sentencia del 22 de octubre 1997 (Exp. 11300) hace algunas consideraciones en torno al concepto de imputabilidad como presupuesto de la responsabilidad del Estado. En esta providencia se parte del contenido del literal del artículo 90 de la Constitución Política, el cual señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. La parte final de la disposición, por su parte, dice expresamente “causados por la acción o la omisión”, lo que se relaciona con la causalidad, y de ella depende el examen de la imputación o adjudicación del daño a “las autoridades públicas” que, en caso de concretarse, o de ser factible el juicio de atribuibilidad, desencadena el factor o fundamento de justicia, ya sea a través de los regímenes de responsabilidad enunciados o en la plenitud del ordenamiento jurídico dentro del Estado Social de Derecho y sus principios constitucionales.

Como puede verse, en el ordenamiento jurídico colombiano debe existir un título de imputación que permita determinar quién debe responder. La imputación quiere decir una reelaboración gnoseológica jurídica sobre la causalidad, aunque no es la causalidad misma, ya que va más allá, pues es pensada como *imputatio factis*, que no sólo obedece al criterio de la vinculación, pero no necesariamente física, pues también puede obedecer a criterios normativos y jurídicos, sino que también dispone la aplicación de la justicia material que se deduce para el caso, ya sea a través de factores subjetivos u objetivos, lo que cubre la totalidad de los regímenes y criterios de responsabilidad, y que correspondería a la *imputatio iuris*, con lo que la imputación plena se perfeccionaría.

Así las cosas, y como lo ha señalado expresamente el Consejo de Estado en Sentencia del 23 de septiembre de 1994, el objeto directo de la agresión a través de un acto terrorista puede ser un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones al servicio del mismo o un personaje de la cúpula administrativa; ahora, si el objeto directo de la agresión es el Estado, al menos de forma limitada y simbólica a estos tres casos en particular, o en otros términos a fracciones de la institucionalidad o la organización estatal, y se sacrifican intereses particulares en la acción dirigida contra el Estado mismo, es éste quien debe responder, pues el terrorismo político “es también un crimen moral, un crimen contra la humanidad y un ataque no sólo a nuestra seguridad, a nuestra concepción de la ley y a la seguridad del Estado, sino también a la propia sociedad civilizada” (Rapoport, 1985, p. 125).

Al exigirse que el acto terrorista vaya dirigido contra uno cualquiera de los tres objetivos mencionados, muchas víctimas son excluidas de la posibilidad de resarcimiento; sin embargo,

existe un precedente que el mismo Consejo de Estado, a través de la Sentencia del 7 de octubre de 1999 (Exp. 11518), según señala Gil (2013), ha dejado pasar inadvertido y que proyecta considerablemente el límite impuesto al concepto de la organización estatal como objetivo de ataque en su reducida concepción triádica.

La precisión jurisprudencial a la cual se alude toca con el tema discutido, y en torno al mismo, ha sido clara la posición según la cual la obligación de reparar el daño, cuando este se produzca como consecuencia de un atentado terrorista o en general violento dirigido contra el Estado, no importa como esté representado. Así, se ha dicho puede ser un centro de comunicaciones al servicio del mismo, un personaje representativo de la cúpula administrativa, y en fin, un objeto claramente identificable como del Estado (Gil, 2013, p. 347).

Si la lucha es contra el Estado y el atentado terrorista es un ataque a un establecimiento militar del gobierno, a un centro de comunicaciones al servicio del mismo o a un personaje de la cúpula administrativa, debe tenerse en cuenta que el Estado goza de privilegios, que los ciudadanos contribuyen con sus cargas, deberes y obligaciones a la organización sociopolítica y a la fuerza pública, contribución que es impuesta equitativamente, de allí que con la misma razón pueda deducirse que cuando el Estado es objeto de actos desestabilizadores, debe reparar los daños sufridos por quienes fueron ajenos a ese objetivo directo, que no fue la víctima misma, sino la organización política de la cual el individuo forma parte.

No se puede desconocer que el ciudadano ultrajado en esa guerra contra el Estado integra una sociedad construida a partir de una elección política, en la que los contenidos de los principios constitucionales a los cuales se ha venido haciendo alusión son de vigencia y aplicación ineludible si la esencia estatal es la que predica la Constitución, y no otra forma de colectividad; aunque se ha producido una desviación entre los principios constitucionales descritos, que son de

imperativo cumplimiento, y lo expuesto por el Consejo de Estado, según señala Gil (2013), en Sentencia del 18 de mayo de 2000 (Exp. 11841) cuando expresó que:

En Colombia la idea de solidaridad ha encontrado respuesta de modo excepcional en desarrollo de facultades presidenciales y legislativas dentro de estados de excepción, atendiendo a principios loables pero en todo caso por fuera de los lineamientos del régimen de responsabilidad propiamente dicha (Gil, 2013, p. 348).

Con lo anterior, sin duda alguna, se desconoció el artículo 2 de la Carta Política, el cual determina la solidaridad como principio constitucional con fuerza vinculante incuestionable.

Como ha podido establecerse hasta el momento, con ocasión de las acciones terroristas se dota de facultades especiales a los gobiernos, no sólo en lo que tiene que ver con su prevención y represión, sino porque paradójicamente puede dar lugar a modificaciones sobre la construcción teórica que se tiene del Estado, y que en la actualidad plantea un gran problema constitucional, atendiendo la normativa de los estados de excepción o de los estatutos antiterroristas que limitan los derechos fundamentales, los cuales marcan una delicada línea fronteriza entre legalidad e ilegalidad del Estado. Es por ello que las Constituciones actuales, cuando consagran la figura del estado de excepción, lo hacen cuidadosamente buscando que no se conviertan en el punto neurálgico de la democracia.

En suma, existe un costo para reducir el terrorismo, y no eliminarlo del todo, aunque sí limitarlo al máximo posible a través del derecho, para no tener que resarcir a las víctimas de este tipo especial de violencia; ante el factor economicista no se debe olvidar que el contrato social tiene consecuencias vinculantes que obligan a los Estados a legitimarse mediante la eficacia o *pactum solutionis*; al contrario, “si los costes de tolerar el terrorismo se hacen demasiado

elevados, se deberán pagar otros costes con el fin de reducir el riesgo. Este riesgo no podrá reducirse hasta cero, pero tampoco es posible reducir hasta cero ninguna de las otras molestias (Gil, 2013, p. 351).

Si los costes de tolerar el terrorismo se hacen demasiado elevados, se deberán pagar otros costes con el fin de reducir el riesgo. Este riesgo no podrá reducirse hasta cero, pero tampoco es posible reducir hasta cero ninguna de las otras molestias (Rapoport, 1985, p. 168).

No puede olvidarse, según señala Gil (2013) que los mecanismos de indemnización son consecuencia de las guerras europeas ante la magnitud de los daños y el número de víctimas; estas fueron estímulo para avanzar en la materia y no excusa para no reparar los daños ocasionados a la población. Además, la existencia de la normativa de excepción que puede poner en jaque la naturaleza del Estado y sus principios básicos, hace que las víctimas deban tener un trato excepcional, como contrapartida del redimensionamiento transitorio de la legalidad.

Los jueces en desarrollo de su función, se repite, deben hacer una interpretación de la normatividad que involucre los principios y valores constitucionales, a efectos de dar prevalencia a los derechos de los asociados. [...] estos, en su labor interpretativa, no pueden dejar de lado la doctrina constitucional, pues ella, precisamente, plasma el sentido y orientación que debe darse al ordenamiento jurídico. Se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no solo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la Constitución [...] No puede olvidarse que la función de los jueces, en el marco de un Estado social de derecho [...] es, precisamente, materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no solo el mantenimiento de un orden justo sino la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano, artículo 2 (Corte Constitucional, 2000, Sentencia SU-846).

Según señala Gil (2013), tanto en el derecho francés como en el español, para llegar a la materialización de las leyes indemnizatorias por daños ocasionados a las víctimas de atentados terroristas se acudió al principio de la solidaridad. En nuestro medio, la normativa, desde 1993, de manera reiterada ha invocado no solo el mismo principio, sino además el del “daño especial”

que reciben dichas víctimas, pero en el plano de la realidad lo contemplado en dichas disposiciones se torna insuficiente porque no cumple un verdadero papel indemnizatorio; se trata de una simple asistencia humanitaria coyuntural, lo que demanda indudablemente ante su insuficiencia que el juez administrativo en el horizonte de esos dos principios, esto es, solidaridad y daño especial, encumbre el estado actual de la jurisprudencia, para realizar lo que la norma enuncia pero no cumple ante su propia limitación de “asistencia humanitaria”, que le da más un entorno de retórica legislativa que de verdadero compromiso con las víctimas inocentes de una guerra que no les pertenece.

De esta manera, el juez administrativo puede desarrollar y dar aplicación al bloque de constitucionalidad y a las leyes de ayuda humanitaria, teniendo como punto de partida la unidad del ordenamiento jurídico, para encontrar los fundamentos de imputación, ignorando el incumplimiento de los fines del Estado que justifican su existencia.

La producción del atentado terrorista es siempre consecuencia de una anomalía del Estado; anomalía que no tiene su origen, en nuestro Estado de derecho, en una situación de injusticia social, sino en un sistema que no es capaz de evitar la comisión y proliferación de los mismos. Esa consecuencia derivada de la estructura organizativa y protectora del Estado, entendido como sociedad en la que se desenvuelve el individuo, debe ser reparada, en último caso, por el Estado que es quien debe garantizar a sus subditos las condiciones necesarias de protección y seguridad (p. 238).

Así las cosas, los tres argumentos señalados en principio, según señala Gil (2013): 1) todos los ciudadanos estamos obligados a defender la soberanía interna y externa de la nación; 2) el acto terrorista o los actos de guerra son impuestos al Estado, que no obtiene ningún beneficio de los mismos, y 3) los costes económicos, se desvanecen estruendosamente ante las razones del origen y formación del Estado, ante el deber político y el deber jurídico del mismo para con los

asociados, ante los principios y valores de la Constitución y finalmente ha quedado demostrado, con suficiencia, que el último de ellos no es más que un sofisma. La concepción de la responsabilidad no puede desligarse de la cosmovisión jurídica que trasunta la posición ideológica, una forma de ver el mundo y de ver el hombre, y nuestra Constitución, quíerose o no, es antropocéntrica. En lo que concierne a las tensiones jurisprudenciales se puede concluir, como ya lo hiciera el Consejo de Estado en alguna oportunidad, que es preferible cualquier forma de pensamiento que amplíe el espectro de la responsabilidad a aquella que la restrinja.

La jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no ha sido convergente en la aplicación del daño especial como fundamento de imputación para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso de los actos terroristas. Sin embargo, en sentencia de 3 de mayo de 2007 (Exp. 16696)*, la Corporación juzgó la responsabilidad del Estado en relación con el daño causado a una niña que resultó afectada con lesiones físicas por la detonación de un artefacto explosivo, lanzado por delincuentes comunes contra agentes de la Policía Nacional que los perseguían, con tan mala fortuna que el instrumento bélico de los facinerosos se desvió y cayó en el patio de la casa donde residía la menor. El Consejo de Estado encontró responsable a la entidad demandada y, para ello, aplicó el título de imputación.

En relación con la aplicación de la teoría del daño especial, como título jurídico de imputación a la hora de atribuir resultados provenientes de confrontaciones armadas entre el Estado y grupos armados al margen de la ley, resultan pertinentes las sentencias de 16 de julio de 2008 (Exp. 15821), y de 11 de noviembre de 2009 (Exp. 17082) y en especial, la de 25 de abril de 2012, de la Sala Plena de la Sección Tercera, que unificó la jurisprudencia para reiterar lo que

* Ver extracto de la sentencia del Consejo de Estado en el Anexo A.

ya era claro, en el entendimiento de que en este tipo de supuestos fácticos, esto es, incursiones guerrilleras, pueden resolverse bajo los títulos de falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial, destacando respecto a este, que los daños antijurídicos sean producto de i) ataques terroristas atribuibles en el plano fáctico a la administración y ii) confrontaciones bélicas entre el Estado y grupos ilegales.

En esa línea de pensamiento, la jurisprudencia es unánime respecto de en que casos de esta naturaleza, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, y en los principios de solidaridad y de equidad.

3.4. PERTINENCIA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN MATERIA DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR ACTOS TERRORISTAS

En el presente ejercicio investigativo se pretende destacar la importancia y preminencia de las teorías objetivistas de responsabilidad estatal frente a los perjuicios ocasionados por actos terroristas; con ello, no se pretende que el juez contencioso declare la responsabilidad de la administración en todos aquellos casos en que los perjuicios sean ocasionados por acciones terroristas, sólo por el hecho de que el Estado tenga un deber de protección con sus ciudadanos. Lo que se busca es expresar la importancia de analizar un proceso de este tipo a la luz de la responsabilidad objetiva y los principios restauradores de justicia, en virtud del beneficio que tiene para las víctimas lograr la reparación de los perjuicios sufridos.

A pesar de lo anterior, analizar un evento determinado con fundamento en regímenes de responsabilidad objetiva, implica verificar la existencia de una serie de elementos estructurales, es decir, para que pueda existir responsabilidad por riesgo excepcional es necesario que dicho riesgo realmente tenga esa naturaleza, que se produzca un daño a bienes protegidos por el derecho y que exista un nexo de causalidad entre el daño y la conducta de riesgo creada por el Estado. De igual manera, si se acude a la teoría del daño especial será necesario probar la existencia de una actuación u omisión legítima por parte del Estado, la producción de un daño que supere las cargas públicas que normalmente un individuo debe soportar y el nexo de causalidad entre éste y aquella.

A partir de allí y a pesar de que en un caso pueda aplicarse también la teoría de la falla del servicio, se debe ponderar entre una y otra posición y muy seguramente se podrá concluir que es más “beneficioso” para la víctima una decisión cimentada en principios de responsabilidad objetiva, dado que cuando se trata de una falla en el servicio de la administración, la víctima debe demostrar dicha falla y el daño generado para lograr una indemnización de perjuicios. Esta carga probatoria dificulta la posibilidad de obtener una declaración de responsabilidad patrimonial del Estado a favor de la persona afectada con la ocurrencia de un acto terrorista, el cual, por sus características propias que ya se explicaron en su momento, se ha convertido en una de las formas más comunes de atentar contra la población civil.

Como se evidenció en el capítulo anterior, el estado actual de la jurisprudencia evidencia las dificultades que se les presentan a las víctimas al momento de comprometer la responsabilidad del estado por actos de terrorismo, no sólo por las pruebas que deben aportar respecto al carácter

previsible y evitable de la acción, si no porque se trata de actividades realizadas por terceros que exigen una lucha bastante compleja por parte de la administración y en la cual se pone en riesgo a la comunidad y a los miembros de la fuerza pública que intervienen en su defensa. Es por eso que en el marco de la responsabilidad por falla del servicio se exigen condiciones muy estrictas que ponen en desventaja a la víctima del terrorismo, contrario a lo que sucede cuando se acude a principios de responsabilidad objetiva, los cuales permiten un mayor grado de satisfacción y de reparación del daño.

A pesar de que el régimen de la falla en el servicio ha sido el de mayor aplicación cuando de acciones terroristas se trata, en ausencia de ella ha sido la teoría del daño especial la que ha permitido la indemnización de las víctimas de este flagelo. Como ejemplo de ello se mencionaron algunos de los fallos más importantes, en los que el alto tribunal argumenta su decisión de responsabilizar al Estado en razones de defensa del orden institucional frente a los grupos subversivos; enfrentamientos en los que sufren personas inocentes que no tienen por qué soportar solos el daño causado. Así, el actuar de la administración es lícito pero no por eso deberá eximirse de indemnizar los perjuicios causados con tal motivo.

Esta consideración tiene un contenido estrictamente reparador, o mejor, restaurador, porque parte de la idea de que la víctima se encuentra en situación de desventaja frente a la administración y requiere de su protección para asumir determinados riesgos y de su intervención cuando se han ocasionado daños en su integridad o bienes. Porque el Estado tiene una gran responsabilidad en materia de protección a los ciudadanos ya que es el garante de sus derechos fundamentales, reconocidos la Constitución Nacional y en numerosos instrumentos

internacionales, los cuales ratifican la obligación que tiene de responder por las violaciones cometidas en el ámbito de su territorio, muchas de ellas, producto de los enfrentamientos con grupos al margen de la ley.

Como se ha podido observar, la jurisprudencia colombiana ha venido aplicando la teoría del daño especial de manera subsidiaria y motivada en razones de equidad, a pesar de la adopción constitucional del “daño antijurídico”. Igualmente la aplicación del régimen de responsabilidad por el riesgo creado ha sido muy restringida y hace alusión a la utilización de recursos o medios que pueden generar una situación de riesgo para el particular, lo cual está íntimamente ligado a la idea del equilibrio de las cargas públicas. Por el contrario, el legislador francés acude a la idea del llamado “riesgo social”, que parte del principio de que existen riesgos inherentes a la vida en sociedad y las cargas sociales que de ello resultan deben ser asumidas por la colectividad pública, de la misma manera que una empresa soporta la carga de las pérdidas en su producción. Este concepto se aleja de los principios de justicia restaurativa que se tratan de resaltar con esta monografía, ya que en últimas lo que pretende es evitar responsabilizar al Estado por los perjuicios que puedan generarse con ocasión de su actividad y que los administrados asuman que dichos perjuicios hacen parte de la carga social que deben tolerar.

No obstante las deficiencias al momento de unificar criterios en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas, es evidente que la jurisprudencia colombiana se ha preocupado por construir unos elementos jurídicos innovadores, fundamentados en criterios de responsabilidad objetiva, que permitan mejorar la situación de las víctimas del terrorismo a pesar de los inconvenientes de tipo económico. Son precisamente esos inconvenientes los que

impiden en muchas ocasiones consolidar un verdadero régimen de indemnización a quienes resultan perjudicados por atentados realizados por grupos subversivos; pero ello no puede convertirse en la excusa para no aplicar las tesis de responsabilidad objetiva por parte del juez contencioso en detrimento de las víctimas que acuden a él para lograr la reparación de los daños sufridos. Los límites de carácter económico deben superarse mediante la implementación de políticas de solidaridad social, que involucren la inversión de un presupuesto suficiente para hacerlas efectivas y lograr de esta manera el cumplimiento de todas aquellas providencias en las que el Estado sea declarado responsable por los perjuicios causados por la ocurrencia de un evento de terrorismo. Y más importante aún que lograr el cumplimiento de dichas providencias, es obtener fallos condenatorios que reconozcan la necesidad de reparar los daños a las víctimas de este flagelo, en virtud de su estado de indefensión ante este tipo de ataques y de la posición de garante de sus derechos que ostenta el Estado.

No sólo se trata de hacer cumplir de manera oportuna los fallos judiciales en materia de responsabilidad estatal, sino de construir un verdadero sistema de asistencia a las víctimas del terrorismo, en virtud de que no todas tienen la posibilidad de acudir a la jurisdicción para hacer valer sus derechos y obtener la reparación de los daños ocasionados. En la actualidad, Colombia cuenta con algunas normas que han tratado de suplir los vacíos existentes respecto a mecanismos de ayuda a las víctimas del terrorismo, pero éstas no han pasado de ser simples formas de asistencia que hacen muy reducidas las posibilidades de satisfacción de las víctimas. Éstas se limitan a ofrecer ayuda a sus necesidades inmediatas pero no logran restaurar la situación de los afectados en el sentido de brindar una reparación real de los daños que han sufrido.

4. MODALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ATENTADOS TERRORISTAS

4.1. LA FALLA DEL SERVICIO

Aunque no se ha consolidado una línea jurisprudencial de responsabilidad del Estado en casos de atentados terroristas, ha sido la falla del servicio el título jurídico de imputación por excelencia, sin desconocer de manera excepcional las formas de responsabilidad sin falta.

Las providencias más representativas del máximo tribunal de lo contencioso administrativo tuvieron lugar después de 1991, pero siendo muchas de ellas referidas a hechos ocurridos con anterioridad. Tal es el caso de los acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en la ciudad de Bogotá, conocidos como el “holocausto del Palacio de Justicia”, los cuales originaron importantes fallos en materia de responsabilidad estatal por acciones terroristas con fundamento en la falla del servicio. Todas las condenas por la toma del Palacio de Justicia han sido pronunciadas con esta orientación, reiterando que “la falla del servicio es el régimen común de responsabilidad patrimonial del Estado, el cual, por consiguiente, desplaza cualquier otro que resultare aplicable” y subrayando “el papel de control de la acción del Estado, fundamentalmente en el ejercicio de su función administrativa” (Consejo de Estado, 1995, Sentencia del 30 de marzo, Exp. 9459) que ha sido confiada a la alta Corporación.

En sentencia del 19 de agosto de 1994, en la que el Consejo de Estado se pronuncia respecto a la muerte del Magistrado Carlos Medellín Forero, se argumenta que en el caso sub-judice, sí se presentó una falla del servicio por parte de la fuerza pública encargada de procurar la vigilancia de los magistrados y Consejeros, así como del propio Palacio de Justicia y de quienes allí se encontraban laborando:

Hubo falla del servicio por cuanto a pesar de que, como se estableció, se conocían las amenazas contra los funcionarios judiciales y la intención de ocupar el Palacio de Justicia, la acción gubernamental en tal sentido no funcionó adecuadamente. Si bien se proyectaron medidas de seguridad, lo cierto es que las mismas quedaron en el papel y allí todavía se encuentran en el informe rendido sobre el particular...

El conocimiento pleno y anticipado que de las amenazas tenían las autoridades, la dignidad e investidura de quienes directamente eran los más amenazados, hacen más ostensible y, por supuesto, de mayor entidad la falla del servicio, por omisión (Consejo de Estado, 1994, Sentencia del 19 de agosto, Exp. 9276).

De igual manera, en sentencia proferida el 28 de noviembre de 1994, la sección tercera de la Sala Contencioso Administrativa, continuó con los lineamientos trazados en anteriores fallos, y decidió aplicar al caso concreto la falla del servicio como régimen aplicable, dados los hechos demostrados en el informe elaborado por el Tribunal Especial. Sin embargo hizo la siguiente consideración:

Sin desconocer que teóricamente lo acontecido podría enmarcarse dentro de la tesis objetiva del daño especial, dada, en principio, la legitimidad de la acción oficial y los daños ocasionados, lo cierto es que se hallan en el proceso fundamentos fácticos y jurídicos mas que suficientes para estructurar el régimen de responsabilidad a la luz de la teoría de la falla o falta del servicio (Consejo de Estado, 1994, Sentencia del 28 de noviembre, Exp. 9955).

Por otra parte, el Consejo de Estado también se pronunció con fundamento en la teoría de la falla en el servicio en algunas de las demandas generadas por el acto terrorista perpetrado contra las instalaciones del Departamento administrativo de Seguridad (DAS), el día 6 de diciembre de

1989, entre las cuales se puede mencionar la del 17 de abril de 1997, expediente 9889 que sirvió como fundamento para el fallo del 11 de abril de 2002, entre otras.

Ha considerado la sala en dichas sentencias, que en dicho atentado se presentó un falla del servicio por omisión de la entidad, y que además hubo descuido, exceso de confianza, negligencia y desacato a las recomendaciones impartidas por la Dirección General, las cuales fueron motivadas por las circunstancias de riesgo y las amenazas que por esos días se presentaron en virtud de la guerra entre la fuerza pública y los narcotraficantes.

La responsabilidad estatal se deriva, entonces, en este caso de la falla en el servicio por omisión de la entidad demandada, la cual constituye causa eficiente del daño en la medida de que, si se hubieran adoptado las medidas necesarias que las circunstancias imponían, se habrían evitado las consecuencias dañosas sufridas por los damnificados del mismo, sin que sean de recibo los planteamientos realizados por la demandada, relativos a la falta de vínculo de causalidad entre el daño y la conducta de la administración, asimismo, no puede aquí exonerarse la demandada señalando que sólo podía exigírsele el cumplimiento de las medidas adoptadas pues, como ya se vio, ellas eran insuficientes e imperó la negligencia de su real aplicación (Consejo de Estado, 1997, Sentencia del 17 de abril, Exp. 9889).

Se pueden enunciar también como ejemplos de providencias basados en razonamientos guiados por la teoría de la falla en el servicio, las demandas por los graves hechos de la masacre de “La Rochela” perpetrada por paramilitares con la complicidad de ciertos miembros activos del ejército contra los integrantes de una comisión de la Rama Judicial (Cfr., Consejo de Estado, 1996, Sentencia del 29 de agosto, Exp. 10949 y Consejo de Estado, 1995, Sentencia del 15 de noviembre, Exp. 10286); o las generadas por la destrucción de vehículos de servicio público por subversivos (Cfr. Consejo de Estado, 1996, Sentencia del 13 de mayo, Exp. 10627 y Consejo de Estado, 1994, Sentencia del 5 de septiembre, Exp. 10461).

Acudiendo a fallos más recientes, el alto Tribunal declaró que no existía responsabilidad del Estado en el caso de la destrucción del inmueble de la señora Alia Caballero de Nieto como consecuencia de un ataque guerrillero ocurrido el 21 de octubre de 1996 en la ciudad de Montería. El fallo se sustentó en el régimen de la falla en el servicio y la Sala precisó lo siguiente:

En primer lugar, cabe anotar que en circunstancias tan graves de perturbación del orden público como las que vive nuestro país, la obligación de diligencia, vigilancia y cuidado por parte de las autoridades es imperativa. Sin embargo, en este caso, el Estado no tuvo conocimiento de alguna amenaza de bomba en la zona ni de probabilidades de un atentado contra algún ciudadano de la población; por lo tanto, no tuvo la oportunidad de conocer las circunstancias especiales que ameritaran una protección también especial (...).

Cuando el grupo al margen de la ley atacó con fines delincuenciales y de desequilibrio social, lo hizo de manera sorpresiva, fue un acto planeado y ejecutado sigilosamente, y por lo mismo, al no existir razonables indicios que indicaran un inminente ataque o el hecho de que existiera una alta probabilidad del mismo, dicha situación se convierte en circunstancia imposible de detectar por los organismos encargados de la seguridad pública (Consejo de Estado, 2005, Sentencia del 28 de abril, Exp. 16175).

Es clara la posición del Consejo de Estado en este aspecto: no existe una omisión del Estado que pueda constituirse en falla del servicio y por lo tanto no está la administración obligada a responder patrimonialmente por los perjuicios causados a los ciudadanos con ocasión de la ocurrencia de cualquier acto delincencial, cuando aquellos resultan imprevisibles, y a pesar de su función preventiva y sancionadora, no puede responsabilizarse de la comisión de todo hecho punible, excepto en aquellos casos en que el mismo sea provocado por la omisión de uno de sus agentes.

4.2. EL DAÑO ESPECIAL

Tal y como ya se ha expuesto, la aplicación de teorías de carácter objetivo como la teoría del daño especial por parte del juez contencioso administrativo en casos de responsabilidad del Estado ha sido excepcional. Sin embargo se pueden mencionar algunos procesos en los que dicha teoría ha sido de recibo para argumentar la existencia o no de responsabilidad con ocasión de atentados terroristas. El autor Javier Tamayo Jaramillo (2000) explica que generalmente el daño especial no se deriva de la peligrosidad de la actividad estatal, sino del ejercicio ilícito de sus funciones, lo cual se evidencia en casos como los de la expedición de una ley en beneficio de la comunidad y en perjuicio de unos cuantos. Es por ello que no sólo la desigualdad de las cargas públicas puede justificar una sentencia en contra del Estado, ya que es indispensable que el acto que provoca dicha situación presente ciertas características jurídicas. Si así no fuera, se llegaría a la conclusión de que cualquier actividad estatal daría lugar a responsabilidad en la medida en que sus actos y operaciones causen daño a los particulares, llegando al absurdo de una responsabilidad automática que ningún Estado del mundo, por rico que fuera, estaría en capacidad de soportar financieramente.

Con ocasión del ya mencionado atentado dinamitero del 6 de diciembre de 1989 contra las instalaciones del DAS, se profirió la sentencia de febrero de 1995 (Exp. 9550) en la que se deriva responsabilidad del Estado con fundamento en la teoría del daño especial. En dicha providencia el Consejo de Estado parte inicialmente de la existencia de una falla en el servicio por la negligencia y el incumplimiento de las operaciones de seguridad que debieron haberse realizado, pero posteriormente comienza a analizar el contenido político del acto terrorista, desde el punto

de vista de su finalidad desestabilizadora de las instituciones, concluyendo que en virtud de la indefensión de las víctimas de este tipo de agresiones, a raíz de un conflicto sobre el que no tienen control, la responsabilidad del Estado se deriva de la equidad que informa la teoría del daño especial y su consecuente necesidad de restablecer el equilibrio frente a las cargas públicas. Se afirma en dicha sentencia: “El actuar de la administración, en estos casos, es *Licito*, pero ello no la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que cause con tal motivo”.

En sentencia del 23 de septiembre de 1994 (Exp. 8577), en la que se analiza la responsabilidad del Estado por los hechos ocurridos el 30 de mayo de 1989 en los que falleció la señora Elsa Stella Prados de Cuervo debido a la explosión de una carga de dinamita puesta contra el Brigadier General Miguel Alfredo Maza Márquez, el Consejo de Estado concluye que dicho atentado buscaba destruir la organización estatal a cambio de determinadas concesiones, razón por la cual los daños ocasionados a los particulares rompían todo equilibrio frente a las cargas públicas y debían ser reparados.

Dice la sentencia:

En el caso sub-examine el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de éstas no tiene porqué soportar los daños que cause con tal motivo. El principio de responsabilidad por daño especial se informa, a su vez, en razones de equidad, criterio auxiliar en la actividad judicial. Como es bien sabido, ella es la idea fundamental en el concepto de justicia (Consejo de Estado, 1994, Sentencia del 23 de septiembre, Exp. 8577).

En esta clase de providencias, el razonamiento jurídico empleado está dado por la obligación del Estado de resarcir los daños ocasionados a un particular cuando se encuentra en desventaja

frente a las cargas públicas que está llamado a soportar, a pesar de que la actuación de la administración se encuentre ajustada a derecho.

De igual manera, y acudiendo a providencias más recientes, el Consejo de Estado se pronunció con fundamento en la teoría del daño especial en el caso de la muerte del señor Teodulo Gelves Albarracín, ocurrida como consecuencia del intercambio de disparos entre una patrulla del ejército y un grupo de personas que tenían secuestrada a la víctima.

Respecto al sustento del fallo condenatorio explica la Sala:

En el régimen del daño especial la atribución al Estado del daño sufrido por el particular se produce al margen de la normalidad o anormalidad en la prestación del servicio, o de la existencia de un riesgo creado por la administración, pues lo relevante es que aquél sufra un daño con características de especialidad como consecuencia de la actividad estatal. Para que el demandante tenga derecho a la reparación le bastará acreditar la existencia del daño cualificado, es decir, el daño especial, que excede las cargas que el común de las personas debe soportar y su relación causal con la actividad de la administración (...).

En el caso concreto, la causa de la muerte del señor Gelves Albarracín fue la incineración producida por el Ejército al dispararle al tanque de la gasolina del vehículo donde se desplazaban la víctima y sus captores. Por lo tanto, el Estado es responsable del daño sufrido por los demandantes con la muerte de éste, porque dicho daño fue consecuencia de la actividad estatal, que impuso a la víctima un sacrificio superior al que deben soportar las demás personas en defensa de las instituciones y la seguridad pública (Consejo de Estado, 2002, Sentencia del 8 de agosto, Exp. 10952).

No obstante las sentencias mencionadas, el autor Enrique Gil Botero (2005), en su análisis de la jurisprudencia con respecto a atentados terroristas ha encontrado una tendencia muy marcada del Consejo de Estado a eliminar la responsabilidad derivada de este tipo de eventos fundamentada en el daño especial, y acoger las teorías de la falla del servicio y del riesgo excepcional. Señala que cuando un atentado de este tipo va dirigido contra un alto dignatario del Estado o una instalación militar por ejemplo, y se lesiona a particulares, lo que sucede es que se

expone a unas personas más que a otras a un riesgo y dicha situación no debe resolverse bajo la óptica de la teoría del daño especial.

4.3. EL RIESGO EXCEPCIONAL

Como ya se explicó anteriormente, de acuerdo a esta teoría, cuando la actividad generadora de riesgo se cumple en provecho de la colectividad, las cargas que de ella se derivan no pueden recaer más sobre unos ciudadanos que sobre otros; es decir, que el Estado compromete su responsabilidad si en razón de la construcción de una obra o la prestación de un servicio público, emplea medios que coloquen a los particulares en situación de quedar expuestos a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional que por su gravedad exceda las cargas que deben soportar.

En sentencia proferida el 22 de enero de 1996, en la que se estudia la posible responsabilidad del Estado por la muerte del señor Pedro Octavio Parra a causa de un explosivo dirigido a atentar contra la fuerza pública en julio de 1990, la sección tercera del máximo tribunal encontró que se había sometido a la víctima a “una situación anormal y excepcional”, causándole un perjuicio que debía ser indemnizado, dado que la ruta elegida por los miembros de la fuerza policial fue la que implicó el riesgo para quienes transitaban por allí, generándoles una carga adicional a la que deben soportar. Es así como se falló con fundamento en la responsabilidad sin culpa, ya que la administración no actuó de manera ilícita pero si ocasionó un perjuicio.

Igualmente, el 10 de marzo de 2005 (Exp. 15182), la sentencia en contra del Estado con ocasión de la muerte del señor Luis Jesús López Cabeles ocurrida en octubre de 1993 debido a una emboscada guerrillera a un grupo de transportadores que se desplazaban entre los municipios de Saravena y Arauquita, expone el apoyo en el caso particular a la teoría del riesgo excepcional. El fallo se sustenta en el hecho de que la Administración, por las actividades que adelantaba en una zona de alta influencia guerrillera, expuso a la víctima a soportar un riesgo que desbordó aquellas cargas que normalmente deben asumir los particulares, por lo cual, no puede sustraerse de restablecer el patrimonio que se vio afectado por una conducta imputable al Estado.

En el caso del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, se puede acudir a la sentencia del 24 de febrero de 2005 (Exp. 13967) en la que se discute la responsabilidad estatal en virtud de la muerte violenta del señor Luis Eduardo Murgas Arias, ocurrida el 30 de noviembre de 1993 y ocasionada por la acción directa de miembros de la Policía Nacional. Aclara este fallo que hay lugar a responsabilidad objetiva de la administración sólo con probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre éste y el servicio, sin necesidad de determinar si la conducta del agente fue culposa o no; y sólo podrá exonerarse de responsabilidad desvirtuando dicho nexo mediante la comprobación de una causa extraña como la culpa exclusiva de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Con ocasión de la muerte de dos ciudadanos el 23 de octubre de 1994 en un enfrentamiento entre la guerrilla y el Ejército Nacional en la Inspección de Gaitán, municipio de Rioblanco, Tolima, se profirió la sentencia del 20 de febrero de 2003, en la que considera que en el caso

concreto se configura una responsabilidad del Estado por riesgo excepcional, la cual se genera en aquellos eventos en los que el daño se produce como consecuencia de la realización de un riesgo anormal creado de manera lícita por el Estado.

Se afirma en la sentencia:

(...) aunque la actuación de los militares haya estado justificada por la necesidad de defenderse de la agresión del grupo armado, la responsabilidad patrimonial del Estado frente a las víctimas ajenas a esa confrontación no varía porque bajo el régimen señalado no se valora el carácter normal o anormal del servicio sino el daño sufrido como consecuencia del riesgo excepcional al que fueron sometidos en la operación de la policía (...).

Por eso, tampoco importa quién haya sido el autor material de las lesiones causadas a las víctimas durante la confrontación pues todo debe considerarse como resultado de una operación policial o militar. Se puede estimar justificado no distinguir según el origen del riesgo especial al cual expone una operación de policía durante la cual se utilizan armas. Es la tal operación la que, en definitiva, es creadora del riesgo (Consejo de Estado, 2003, Sentencia del 20 de febrero, Exp. 14345).

Frente a ello, considera el autor Javier Tamayo Jaramillo (2000):

Sin embargo, el Consejo de Estado, embebido con las “novísimas” corrientes doctrinarias que se han venido imponiendo a partir de la nueva Constitución, ha considerado, en algunas ocasiones, que las víctimas de los actos de terrorismo tienen derecho a cobrar la indemnización de los daños causados en esas circunstancias vandálicas, poco importa que los causen los enemigos del Estado. Se afirma que, en caso de actos terroristas, el Estado debe responder en forma objetiva, bien sea con base en la teoría del riesgo excepcional, bien sea con base en la teoría del daño especial (p. 235).

Lo anterior evidencia la tendencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo a declarar al Estado patrimonialmente responsable en casos de actos de terrorismo.

5. ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ATENTADOS TERRORISTAS

Al hacer referencia a los elementos determinantes de la responsabilidad del estado por atentados terroristas es necesario hablar de las reglas como como uno de los componentes del sistema de responsabilidad estatal; dichas reglas son: 1) para que haya responsabilidad debe existir un hecho atribuible al Estado; 2) es necesario, para que se declare la responsabilidad, que entre el hecho atribuible y el daño producido, exista una relación de causalidad suficiente que vincule al segundo como consecuencia del primero; y 3) el daño es condición necesaria, aunque no suficiente, para que haya posibilidad de declarar la responsabilidad. Es por ello que a continuación se realiza un abordaje específico de cada una de esas reglas, respecto a la ocurrencia de atentados terroristas.

5.1. PRIMERA REGLA

La primera regla estipula que para que haya responsabilidad debe existir un hecho atribuible al Estado. De acuerdo con Correa (2012), el Estado, por su naturaleza, actuará siempre por medio de sus agentes o representantes; de esta manera, se considera que un hecho es atribuible al Estado cuando éste es provocado por el comportamiento de cualquiera de sus órganos, incluso aunque éstos se excedan en sus competencias; también se enmarcan en este ámbito los hechos cometidos por las personas o entidades que, sin ser órganos del Estado, se encuentran facultados por el la normatividad vigente para ejercer atribuciones del poder público y actúen en el ejercicio

de dicha capacidad; de igual forma, el Estado será responsable por los hechos cometidos por particulares bajo sus instrucciones o control, o si reconoce, ampara o comparte la actuación de aquéllos.

El interrogante que surge es entonces: ¿cómo puede un acto terrorista causado por una organización insurgente considerarse como un hecho atribuible al Estado? Al respecto, es necesario remitirse a lo que plantea la doctrina; Ramos (1994), plantea que el fundamento jurídico de esta clase de Responsabilidad se encuentra en la Constitución Política, tal y como lo establece su artículo 90 cuando señala “El Estado será responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)”. Este precepto hace referencia a una responsabilidad de carácter patrimonial que busca resarcir los daños ocasionados a un particular por una acción u omisión del Estado y tomando como fundamento de dicha responsabilidad el concepto de daño antijurídico.

Pero el artículo 90 de la Carta Política no se constituye como el único fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado por un acto terrorista, ya que el marco general viene dado en un principio por el artículo primero que señala que “Colombia es un Estado Social de Derecho (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. A su vez, el artículo segundo establece los fines esenciales del Estado: “(...) El Estado y las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. De manera más precisa, el artículo 6º nos aproxima a la idea de un Estado

Responsable cuando dispone que responden “los particulares (...) por infracción a la Constitución o las leyes y los servidores públicos por igual causa y por omisión o extralimitación de funciones”.

Al analizar de manera más detallada dicho fundamento, es necesario afirmar que no sólo tiene su asiento en la Constitución Política de 1991, sino en los antecedentes dogmáticos e históricos de la misma jurisprudencia que hoy es la fuente principal de las teorías en torno a la Responsabilidad Extracontractual del Estado, jurisprudencia que además se ha alimentado en gran medida de los avances logrados por el derecho comparado y por la legislación colombiana.

El avance jurídico del mencionado artículo 90 ha sido muy notable, ya que acudiendo a los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y alejándose un poco de criterios culpabilistas, logra ubicar el concepto de responsabilidad estatal en el campo de la tesis de la igualdad ante las cargas públicas, utilizando como concepto determinante para imputar responsabilidad del Estado el daño antijurídico. Estamos entonces, frente a un tipo de responsabilidad objetiva, a la cual se refiere el Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero en su ponencia “Mecanismos de protección del Orden Jurídico y de los particulares” en los siguientes términos:

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

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social (Esguerra, 1991, p. 2).

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que con la consagración de este precepto constitucional se logra superar aquel principio de derecho según el cual quien causa un perjuicio está obligado a repararlo, para asumir una posición más favorable frente al ciudadano. Se acude entonces al concepto de imputabilidad, que se presenta como un fenómeno menos restrictivo que el de causalidad y que tiene explicación en cuanto no es suficiente la existencia de una relación fáctica entre la acción u omisión de la autoridad pública y el daño ocasionado, sino que es necesario además que pueda atribuírsele al Estado el deber jurídico que tiene de indemnizar.

5.2. SEGUNDA REGLA

En segundo lugar, es necesario, para que se declare la responsabilidad, que entre el hecho atribuible y el daño producido, exista una relación de causalidad suficiente que vincule al segundo como consecuencia del primero.

De acuerdo con Mosset (2004), cuando se hace referencia a la previsibilidad o no de las consecuencias dañosas, éstas se juzgan con prescindencia del autor o agente; al respecto,

Importa la adecuación objetiva entre hecho y evento dañoso, según las reglas de la experiencia y el normal cálculo de probabilidades; esta adecuación, producido el daño, se presume *juris tantum*, pudiendo el interesado demostrar lo contrario. Vale decir que probado el nexo causal por el accionante-víctima se presume la adecuación, y quien la niega, afirmando que no se trata de una

consecuencia típica, que es fortuita, etcétera, o bien la interrupción del nexo, deberá demostrarlo. La indemnización de los daños previsibles dirigida a colocar a la víctima en una situación similar a la que gozaba antes del evento, no puede conducir al perjudicado a una situación más favorable, de allí que deba permitir la evaluación de las ventajas que haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad, o sea en relación causal adecuada con éste, a los fines de producir una compensación. No son computables, sin embargo, las prestaciones que la víctima reciba en virtud de un contrato de seguro por él concluido (Mosset, 2004, p. 374).

De acuerdo con la tradición anglosajona señalada por Mildred (1994), citado por Mosset (2004), el convencimiento acerca de las dificultades que existen para demostrar la relación de causalidad en causas basadas en daños originados en productos elaborados, ha llevado a exigir, meramente: a) Probar que el acto terrorista era apto para causar el daño (*general causation*); b) Que el daño del afectado fue en efecto causado por el acto terrorista (*individual causation*), y c) Que si el acto terrorista no hubiese existido, el demandante no habría sufrido el daño (*proximate causation*), y todo ello con base en la probabilidad estadística.

Es necesario insistir que cuando se trata de actos terroristas, estos se desprenden de la situación de la relación de causalidad en un plano de “probabilidad”; es decir, el acto terrorista está mediado por la afectación probable o no de un ciudadano; por ello, es imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad.

5.3. TERCERA REGLA

Respecto a la tercera regla que predica que el daño es condición necesaria, aunque no suficiente, para que haya posibilidad de declarar la responsabilidad, es necesario partir del análisis de una cuestión: ¿por qué la causalidad es importante en el derecho de la responsabilidad

extracontractual? Una razón es que el insistir en la conexión causal entre el acto terrorista y el daño asegura el que en general solo imponemos responsabilidad sobre quienes, al ser causantes del acto, han alterado para mal el curso de los acontecimientos.

Al respecto, Honore (2013), establece que sólo el derecho determina cuándo una conexión causal debe ser probada y en qué contextos legales se puede prescindir de ella. Cuando una conexión causal debe ser acreditada, el derecho también determina que se debe probar qué ha causado lo que se ha causado. Esto es especialmente importante en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. El sistema de responsabilidad extracontractual generalmente imputa responsabilidad por culpa a quienes por su conducta ilícita causan daño a otros; pero en algunas ocasiones el sistema impone responsabilidad estricta a personas que realizan actividades que, aunque no son ilícitas, causan daño a otros.

Frente al tema de la responsabilidad estatal por actos terroristas, la pregunta sobre causalidad adopta una forma diferente dependiendo si se trata de responsabilidad por culpa o responsabilidad estricta.

Los doctinantes expertos en responsabilidad extracontractual tradicionalmente han sostenido que cualquiera que sea el significado del concepto de conexión causal, la forma de probar si esta existe o no en un caso determinado es preguntando si, bajo las mismas circunstancias del caso, el resultado dañoso habría o no ocurrido suprimiendo el acto ilícito (Honore, 2013, p. 1074).

De esta manera, una conexión causal existe entre una condición y una consecuencia siempre que, de no ser por la condición, la consecuencia no habría ocurrido en las mismas o circunstancias.

De esta manera, el mismo concepto de causa se utiliza para descubrir fórmulas, para explicar acontecimientos, y para asignar responsabilidad por los resultados. Los elementos normativos son suministrados por el derecho sustantivo de la responsabilidad extracontractual, el cual define la conducta que conlleva o puede conllevar responsabilidad, y prescribe cuándo se debe probar la conexión causal entre la conducta y el daño.

6. CONCLUSIONES

Al analizar de los elementos determinantes de la responsabilidad del Estado por atentados terroristas cometidos por organizaciones insurgentes en el territorio colombiano, se logra establecer que con la consagración del artículo 90 de la Carta Política como fundamento jurídico de la responsabilidad estatal, se abrió indudablemente el camino hacia la consolidación de las teorías objetivas como la del daño especial y la del riesgo excepcional, las cuales no acuden a criterios culpabilistas para verificar si la administración obró bien o mal, o si la actuación de un determinado funcionario estuvo ajustada a derecho o no. El argumento de estas teorías está dado por el principio de la igualdad frente a las cargas públicas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social, o por la existencia de un riesgo de naturaleza excepcional que produce un daño al administrado que debe ser reparado por el Estado. Y son éstos los argumentos más acertados al momento de pronunciarse respecto a eventos de terrorismo en los generalmente resultan perjudicados civiles ajenos al conflicto.

A pesar del auge jurisprudencial en materia de responsabilidad objetiva, continúa vigente la concepción subjetiva del daño que alimenta la responsabilidad por falla del servicio y que en algunas ocasiones se convierte en un elemento importante de análisis para el juez contencioso. No puede entonces hablarse de una aniquilación de las teorías subjetivas, sino de un cambio en su aplicación, ya que si bien la responsabilidad del estado es, según esta posición, la consecuencia del deber que tiene de prestar los servicios públicos oportuna y eficientemente, los daños producidos en desarrollo de esta actividad deben ser reparados, pero aliviando la carga

probatoria que recae sobre la víctima y que le hace tan difícil salir favorecida en un proceso judicial. Así, las teorías subjetivas resultan plausibles en múltiples eventos de responsabilidad extracontractual, pero el carácter imprevisible y sorpresivo de la acción terrorista hace que la vía más adecuada para resolver estas controversias sea la aplicación de tesis objetivas que permiten una mayor satisfacción en la reparación del daño a las víctimas.

Al estudiar los elementos de las teorías objetivas de responsabilidad administrativa, y profundizar en sus fundamentos, se hace indispensable acudir a los principios de equidad, justicia y solidaridad social, porque son ellos los que permiten sustentar una responsabilidad extracontractual del Estado desde otra óptica, asumiendo la posición de la víctima como el tema de mayor importancia, en virtud del deber que tiene el Estado de proteger y garantizar los derechos fundamentales de todos sus administrados. Y aunque con una indemnización económica no se está garantizando integralmente la protección de estos derechos, es ese deber del Estado el que justifica el hecho de declarar su responsabilidad y en consecuencia ordenar una indemnización de perjuicios.

A partir del momento en que el Estado se compromete con ese deber constitucional se incrementan las posibilidades para las víctimas del terrorismo de lograr una reparación de los daños sufridos, no sólo por vía judicial, sino por vía legislativa, porque los principios de la ya mencionada “justicia restaurativa” deben influenciar todas las esferas del ordenamiento jurídico colombiano, representadas en las tres ramas del poder público que lo conforman.

Cuando se trata de daños producidos por la acción de grupos terroristas, no basta con que la jurisprudencia colombiana unifique criterios en sus fallos con fundamento en teorías objetivas, sino que es necesario que exista una conciencia de justicia que alimente no sólo los fallos del juez sino las leyes de la república y las acciones tendientes a ejecutarlas, porque la vía judicial no puede convertirse en el único mecanismo para que las víctimas puedan lograr la reparación de los daños que sufren en estos casos; por el contrario, se debe trabajar para que en un futuro acudir al juez sea la “ultima ratio” y los perjudicados tengan en primera instancia las herramientas necesarias para mejorar su situación. Y llegar a este punto sólo será posible con una aplicación rígida de aquellos elementos estructurantes de la justicia, la solidaridad social y la dignidad humana, dado que son el pilar de un Estado Social de Derecho como el colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

Annan, K. (2005). *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos –Informe del Secretario General–*. Nueva York: Naciones Unidas.

Arango V., W., & López A., M. (2005). *La responsabilidad extracontractual del estado por falta de mantenimiento y conservación de las vías públicas*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Aznar, J. (2003). *Intervención del Presidente del Gobierno de España, José María Aznar, ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Conferencia)*. Nueva York: Naciones Unidas.

Bustamante L., Á. (1989). *Derecho Administrativo y función pública en Colombia*. Medellín: Editora jurídica de Colombia.

Bustamante L., Á. (2003). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.

Carnelutti, F. (2000). *Teoría general del delito. Grandes clásicos del derecho. Vol. 5*. México: Oxford University Press.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1994). *Sentencia del 28 de noviembre. Exp. 9955*. Bogotá D.C. Consejo Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1995). *Sentencia del 15 de noviembre. Exp. 10286*. Bogotá D.C. Consejo Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1995). *Sentencia del 30 de marzo. Exp. 9459*. Bogotá D.C. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1995). *Sentencia del 9 de febrero. Exp. 9550*. Bogotá D.C. Consejo Ponente: Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1996). *Sentencia del 13 de mayo. Exp. 10627*. Bogotá D.C. Consejo Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1996). *Sentencia del 29 de agosto. Exp. 10949*. Bogotá D.C. Consejo Ponente: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1996). *Sentencia del 5 de septiembre. Exp. 10461*. Bogotá D.C. Consejo Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1997). *Sentencia del 17 de abril. Exp. 9889*. Bogotá D.C. Consejo Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2002). *Sentencia del 2 de agosto. Exp. 10952*. Bogotá D.C.

Consejo Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2005). *Sentencia del 10 de marzo. Exp. 15182*. Bogotá

D.C. Consejo Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2005). *Sentencia del 24 de febrero. Exp. 13967*. Bogotá

D.C. Consejo Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2005). *Sentencia del 28 de abril. Exp. 16175*. Bogotá D.C.

Consejo Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. (1994). *Sentencia del 19 de agosto. Exp. 9276*. Bogotá. Consejero Ponente:

Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado. (1994). *Sentencia del 22 de octubre. Exp. 11300*. Bogotá D.C. Consejero

Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. (1994). *Sentencia del 23 de septiembre. Exp. 8577*. Bogotá D.C. Consejero

Ponente: Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado. (2000). *Sentencia del 10 de agosto. Exp. 11585*. Bogotá D.C. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. (2003). *Sentencia del 23 de octubre. Exp. 14211*. Bogotá D.C. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (1991). *Sentencia del 22 noviembre. Exp. 6784*. Bogotá D.C. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (1993). *Sentencia del 25 de febrero*. Bogotá D.C. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (1994). *Sentencia del 5 de agosto. Exp. 2878*. Bogotá D.C. Consejero Ponente: Miguel González Rodríguez.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2007). *Sentencia del 3 de mayo. Exp. 16696*. Bogotá D.C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2008). *Sentencia del 16 de julio. Exp. 15821*. Bogotá D.C. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2009). *Sentencia del 11 de noviembre. Exp. 17082*. Bogotá D.C. Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia.

Correa V., R. A. (2012). *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis sistémico.*

Bogotá: Leyer.

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-002.* Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Alejandro

Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-406.* Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Ciro Angarita

Barón.

Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-134.* Bogotá D.C. Magistrado Ponente. Alejandro

Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-486.* Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Eduardo

Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-333.* Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Fabio Morón

Díaz.

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T-005.* Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Eduardo

Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-333*. Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-1062*. Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia SU-846*. Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

D'Ahuteville, H. (1988). Indemnity of damages sustained by victims of terrorism. The new system of French laws. *AIDA-Newsletter*, (29), 458-476.

Esguerra, J. (1972). *La Responsabilidad del Estado por Falla del Servicio Público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Esguerra, J. (1991). Mecanismos de Protección del orden jurídico y de los particulares. *Gaceta Constitucional*, (56), 1-26.

Fuster-Fabra T., J. M. (2001). *Responsabilidad civil derivada de actos de terrorismo*. Barcelona: Atelier.

García M., L. V. y Herrera L., M. C. (2003). El concepto de los daños punitivos o punitive damages. *Estudios socio-jurídicos*, 5(1), 211-229.

- Garrido F., F. (2005). *Tratado de derecho administrativo. Tomo II*. Madrid: Tecnos.
- Gil B., E. (2005). Responsabilidad del Estado Colombiano por los daños ocasionados por actos terroristas. *Revista Estudios de Derecho*, 62(139), 39-63.
- Gil B., E. (2006). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*. Medellín: Comlibros.
- Gil B., E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.
- Henao, J. C. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Honore, T. (2013). Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual. *Revista chilena de derecho*, 40(3), 1073-1097.
- Hoyos G., J. F. (2007). Responsabilidad extracontractual del Estado. *Nuevo derecho*, 2(2), 28-32
- Hoyos, R. (1984). *La responsabilidad de la administración pública*. Bogotá: Temis.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Marienhoff, M. S. (1993). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Martínez R., G. (2003). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis.

Molina, C. (2005). Fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: Antecedentes dogmáticos-históricos y legislación vigente. *Revista Opinión Jurídica*, 4(7), 43-66.

Mosset I., J. (2004). La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1(1), 357-380.

Parra G., W. R. (2003). *Responsabilidad Patrimonial Estatal. Daño antijurídico*. Medellín: Universidad Autónoma de Colombia.

Peláez G., J. C. (2000). *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ramírez, J. (2001). Consideraciones Generales sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Terroristas. *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, 11, 18-29.

Ramos A., J. (1994). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Cali: Ediciones Universidad Libre.

Ramos A., J. (1994). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Cali: Ediciones Universidad Libre.

Ramos A., J. (2004). *Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Leyer.

Rapoport, D. (1985). *La moral del terrorismo*. Barcelona: Ariel.

Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.

Reinares, F. (1998). *Terrorismo y antiterrorismo*. Barcelona: Paidós.

Reyes E., A. (1990). *Diccionario de derecho*. Bogotá: Temis.

Rodríguez, L. (1999). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis.

Ruiz O., W. (2008). Responsabilidad del Estado por actos terroristas. *Ámbito Jurídico*, 11(59), 30-45.

Santos B., J. (2004). *La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y procesal*. Madrid: Montecarlo.

Tamayo J., J. (1999). *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis.

Tamayo J., J. (2000). *La Responsabilidad del Estado, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*. Medellín: Temis.

ANEXOS

Anexo A. Extracto de la sentencia del 3 de mayo de 2007, Exp. 16696.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La equidad—al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto— permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.

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

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

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

«El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a [sic] resolver. La situación en la cual se encuentran las partes —sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial— es de suma relevancia para determinar la solución equitativa

al conflicto. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios. La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación».

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

Como se anotó, la justicia material se concreta en los casos de daño especial en el objetivo de reequilibrar la asunción de cargas públicas, en virtud a que el perjuicio sufrido presenta características de excepcional y anormal. En otras palabras es un perjuicio que, desde la perspectiva del principio de igualdad frente a las cargas públicas, resulta considerablemente superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón del ejercicio de los poderes de actuación con que cuenta la administración [...].

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

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

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

Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de

social —y por ende redistributivo—, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al respecto ha consagrado:

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

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

«El principio de justicia material o verdaderamente eficaz se opone a la aplicación formal y mecánica de la Ley en la definición de una determinada situación jurídica. Exige, por el contrario, una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión y por la persona que es su destinataria, bajo el entendido de que aquella debe implicar y significar una efectiva concreción de los principios, valores y derechos constitucionales. Dicho principio es de obligatoria observancia en las actuaciones administrativas, pues la función de aplicar el derecho en un caso concreto no es misión exclusiva del juez, sino también de la administración cuando define situaciones jurídicas o actúa sus pretensiones frente a un particular en desarrollo de las competencias y prerrogativas que le son propias».

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

En resumen, la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.

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

Sin mayor preámbulo se iniciará el estudio de los elementos que en el caso concreto configuran el título de responsabilidad.

[...] II. En el presente caso la imputación de responsabilidad se realiza con fundamento en el daño especial, que, como se extrae de lo antes expuesto, asienta su validez en valores y principios

constitucionales que han sido aplicados en reiteradas y variadas ocasiones por la jurisprudencia de esta corporación.

El resarcimiento de los perjuicios, en aplicación de los principios de igualdad y solidaridad, debe correr a cargo del Estado, pues fue como producto de su actividad legal y legítima que [...] sufrió el daño. Daño que se entiende desproporcionado en relación con las cargas que normalmente deben asumir otros ciudadanos que se encuentran en su situación y que, por consiguiente, arroja como resultado la necesidad de reequilibrar las cargas públicas.

En adición, debe establecerse con total claridad que para el caso no resulta relevante que la granada, de acuerdo con el único testigo que observó la acción, fuera lanzada por los sujetos al margen de la ley y no por los miembros de la Policía Nacional, pues la rigurosidad debida en el análisis jurídico impone a la Sección la obligación de apreciar la situación en contexto. Así, una visión desarticulada de lo ocurrido podría guiar a la conclusión de que se trata de un daño fruto del hecho de un tercero; sin embargo, esta posición asimilaría situaciones completamente diferentes para efectos de determinar la responsabilidad del Estado; verbigracia, tendrían la misma consecuencia el hecho que nos ocupa y aquella situación en donde un particular con intención de dañar a otro particular, y sin que medie en el más mínimo detalle la acción del Estado, lanza una granada al interior de la casa o pone un bomba al frente de esta. En este caso se sufre un daño antijurídico, que por consiguiente debe ser resarcido, pero el título de imputación no conduce al Estado, pues es claro que este evento no contó con su intervención.

Por el contrario, el análisis de la situación planteada hace imposible obviar que el daño es consecuencia de la operación policial que se estaba desarrollando, haciendo que el resultado de la imputación cambie respecto del ejemplo propuesto. No podría contraponerse el argumento del hecho de un tercero o de la causa extraña, pues un análisis funcional de lo ocurrido exige situar el lanzamiento de la granada por parte del sujeto al margen de la ley dentro de la acción de persecución y enfrentamiento de la delincuencia realizada por los agentes de la Policía Nacional, es decir, dentro del funcionamiento del servicio.

Lo hasta ahora expresado tiene como presupuesto la distinción entre la actividad del Estado, entendida como manifestación o ejecución de una función pública, y las acciones realizadas por sus agentes.

En este sentido, en la Asamblea Nacional Constituyente, al reflexionar sobre el texto y sentido del que finalmente sería el art. 90 Const., [se] hizo esta misma distinción, oportunidad en la que se expresó:

«La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo. La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares. Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo.

Lo sostenido hasta el momento confirma que el análisis jurídico funcional de una situación exige la distinción entre la actividad estatal, como ejecución de una función pública, y la acción

concreta del agente del Estado; y, en este sentido, ratifica la relación entre daño y actividad del Estado en el presente caso y, por tanto, el fundamento del título de imputación empleado.

Por lo que queda dicho, la concreción del principio de igualdad a través de la acción estatal fundada en la solidaridad no puede ser entendida como una dádiva que el Estado otorga a sus asociados en casos como el que ocupa a la Sala, que, por ende, parezca ser una de las tantas opciones interpretativas que permite el ordenamiento, de lo que se derivaría un presunto carácter facultativo. Nada más lejos de una interpretación integral del ordenamiento constitucional.

En situaciones como la estudiada el principio constitucional de solidaridad adquiere eficacia indirecta, en cuanto sirve como inspirador de la lectura y concretización de las funciones estatales, así como eficacia directa, pues funge como fundamento primordial del criterio de imputación del caso en estudio. De esta forma, la idea de solidaridad, en cuanto principio constitucional que sirve como fundamento del daño especial, debe inspirar una lectura del mismo que cumpla con el contenido que se deriva de un Estado social, esto es, que aplique criterios de igualdad real y justicia material en sus distintas instituciones, entre ellas la de la responsabilidad estatal.

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

[A] Contrario sensu, otros regímenes de responsabilidad se denotan como inadecuados para abordar el caso en estudio.

No se aplica la falla del servicio por la incontestable evidencia de que en el funcionamiento administrativo no se presentó error alguno que fuera determinante en la ocurrencia del daño.

Tampoco se aplica la teoría del riesgo excepcional en virtud de lo incierta y subjetiva que resulta para la determinación de la responsabilidad del Estado en asuntos como el que ocupa a la Sala. En efecto, en eventos de perjuicios derivados del manejo de armas de fuego, conducción de automotores o transporte de energía la determinación de la actividad riesgosa se muestra como fruto de parámetros objetivos que restan espacio a valoraciones sobre la existencia o no de un riesgo excepcional. Por el contrario, la imposibilidad de determinar con criterios generales cuándo la persecución de delincuentes engendra un riesgo excepcional, crea el espacio propicio para determinaciones basadas en criterios propios del juez de cada caso, disminuyendo ostensiblemente el valor de la seguridad jurídica. Por otro lado, entender que siempre que se produce una persecución o un enfrentamiento de miembros de las fuerzas armadas contra delincuentes se está ante un riesgo excepcional, no sería nada distinto a desnaturalizar la concepción de actividad riesgosa —en cuanto actividad que de manera constante implica un riesgo extraordinariamente elevado—.

Lo anterior confirma la conveniencia de emplear la teoría del daño especial en casos como el que nos ocupa, no solamente porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal; sino, además, por su gran basamento constitucional, que impregna de contenido iusprincipalista la solución que en estos casos otorga la justicia contencioso administrativa (Consejo de Estado, 2007, Sentencia del 7 de mayo).