

Responsabilidad del Estado por Atentados Terroristas

Jorge Alejandro González y Andrea Luna

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho,

UNAULA

Universidad Autónoma Latinoamericana, Cra. 55^a #49-51

2018

Contenido

INTRODUCCION	4
La responsabilidad del Estado por actos terroristas en Francia	5
La responsabilidad del Estado por actos terroristas en el Derecho Español	7
La responsabilidad del estado por actos terroristas en Colombia	11
Condiciones para su procedencia – regimenes de responsabilidad: daño especial y riesgo excepcional	11
1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	13
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
1.1.1. Sistematización del problema.	14
1.2. DELIMITACIÓN PROBLEMA	14
1.2.1. Temática conceptual:	14
1.2.2. Espacial:	14
1.3. JUSTIFICACION:	15
1.4. OBJETIVOS:	16
1.4.1. General.	16
1.4.2. Específicos.	16
2. DISEÑO TEORICO.....	16
2.1. REFERENTE CONCEPTUAL.....	16
2.2. REFERENTE HISTÓRICO.....	18

	3
2.3. VARIABLES.	21
2.3.1. Social.....	21
2.3.2. Económico:	21
2.3.3. Política.....	22
3. DISEÑO METODOLOGICO.....	23
3.1. MÉTODO.....	23
3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN.	23
3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.	23
3.4. FUENTES	23
3.4.1. Primarias	23
3.4.2. Secundarias	23
4. QUE ES UN ACTO TERRORISTA.....	24
5. EN QUE CASOS PUEDE SER RESPONSABLE EL ESTADO COLOMBIANO, SEGÚN SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES.	34
6. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ATENTADOS TERRORISTA.....	39
7. CONCLUSIONES	91
8. BIBLIOGRAFÍA.....	93
REFERENCIAS.....	93

INTRODUCCION

El Consejo de Estado en su jurisprudencia, ha establecido dos criterios al respecto para endilgarle responsabilidad patrimonial al estado; a- la falla del servicio y el riesgo excepcional, aunque 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; bajo la falla del servicio se declara la responsabilidad del estado cuando la administración actuó con omisión frente a los llamados de la comunidad, de un particular o frente a situaciones de las cuales se puede prever la amenaza inminente de un atentado terrorista o en razón a que, no desplegó el equipo de seguridad o de prevención requerido para conjurar las posibilidades de un ataque (refuerzo de pie de fuerza, dotación de municiones, diseño de operaciones de inteligencia, preparación militar).

Según el Consejo de Estado, la aplicación de la tesis de riesgo excepcional, ocurre cuando hay ataques dirigidos a elementos representativos del estado, funcionarios estratégicos del mismo, lo cual coloca al particular en una situación de riesgo creado de manera consciente por el estado que se torna excepcional y que en caso de realizarse y causarse un daño, desborda los parámetros bajo los cuales esta desarrollado el principio de igualdad frente a las cargas públicas, es el caso del transeúnte que pasa precisamente por el lugar (elemento representativo del estado) y en el momento justo en que se perpetro el ataque, situación que también se da frente al grupo de habitantes aledaños a una zona o lugar definido como de riesgo.

No obstante, tales tesis así como tienen sus defensores, también tienen sus disidentes, lo que se pretende entonces, es abordar tales regímenes creados jurisprudencialmente y llegar a una posición jurídica que desarrollada de manera razonada nos permita considerar la viabilidad de apoyar o disentir de dichas tesis, tomando como referente jurisprudencial el año 2000 en adelante; en cuanto al derecho comparado se pretende abordar el derecho Español y Francés con el fin de desarrollar los criterios manejados en torno a la responsabilidad del estado por actos terroristas.

La responsabilidad del Estado por actos terroristas en Francia

Los sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho francés son: la falla del servicio, el principio de igualdad frente a las cargas públicas, y la teoría del riesgo.

TAMAYO JARAMILLO considera que en Francia no está consagrado el régimen de responsabilidad del estado por actos terroristas y que por el contrario lo que existe son sistemas de indemnización basados en principios de solidaridad social, TAMAYO JARAMILLO respalda su criterio basado en una obra francesa de ROUGEN VABILLE, en la cual expresa:

“la responsabilidad del poder público francés no puede comprometerse, ni sobre el terreno de la falta, ni sobre el de la igualdad ante las cargas públicas (salvo una ley que establezca un régimen especial de indemnización), del hecho de daños cuyo hecho generador esté ligado a la conducción de la guerra a operaciones de guerra. Esta regla planteada desde un comienzo, se mantiene invariable por la jurisprudencia... “en ausencia de una disposición legislativa que brinde derecho a la indemnización, la responsabilidad del Estado no podría comprometerse por ese hecho” (redacción de la decisión del consejo de estado 31 de mayo de 1961, compañía francesa de cueros, rendida a propósito del desvío de un navío sobre Inglaterra en mayo de 1940)”.

En el mismo sentido el profesor español RICARDO DE ANGEL YAGUEZ, plantea que la indemnización en Francia por actos terroristas “se lleva a cabo por medio de un fondo de garantía (creado sobre el modelo del fondo de accidentes de circulación), que se financia por medio de un impuesto que grava todas las pólizas de seguro sobre la propiedad.

La indemnización se concede a todo aquel que, cualquiera que sea su nacionalidad, es víctima de actos de terrorismo en suelo francés e incluso a los ciudadanos franceses en el extranjero, siempre que se hubiesen registrado ante las oficinas consulares.”

Se considera que una posición tan rígida como la anterior, si bien pretende proteger el patrimonio público, logra también ser excesivamente desconocedora de los derechos de las víctimas en aquellos casos en los cuales media la falla del servicio ante una advertencia de la comunidad o ante circunstancias lo suficientemente comunicadoras de un acto terrorista, que hace previsible para las autoridades la inminencia del ataque, ante situaciones como las anteriores, frente a las cuales se realiza el riesgo precisamente porque el estado no tomo las medidas necesarias para repeler, menguar o para evitar un acto terrorista no basta una mera indemnización a título de solidaridad social del Estado, es preciso desarrollar un régimen de responsabilidad patrimonial del estado edificado en la falla del servicio.

De hecho, una falla del servicio que se encuentre lo suficientemente probada debe permitirle al afectado recibir la reparación integral por los daños sufridos precisamente, porque el estado no cumplió con los deberes de vigilancia, prevención y garantía de los derechos que le impone la constitución, es decir, la responsabilidad en esos casos debe proceder porque el estado no cumplió con su deber de medios, o dicho en otros términos, de hacer todo lo que estuviera a su alcance con el fin de evitar las consecuencias nefastas de un acto terrorista que fue previsible;

tales posiciones tan rígidas, deben de evolucionar hacia la consolidación de criterios que logren reconocer las falencias que se presentan al interior del estado en torno al marco de posibilidades tanto jurídicas como fácticas que le permitan saber a las autoridades los niveles de contingencia a tomar y más si estamos frente a estados desarrollados donde el estado debe ser garante por excelencia de los derechos de los ciudadanos y debe buscar su reparación en caso de ser vulnerados de manera antijurídica.

Lo que si resulta del todo aceptable es la no declaración de responsabilidad del estado por actos terroristas que no son posibles de prever y por ende de repeler o evitar.

Tanto en Colombia como en Francia, España existen los regímenes legislativos especiales de indemnización y asistencia pública, no obstante el régimen establecido en materia legislativa no significa que el estado asuma la responsabilidad del hecho dañoso, lo que lo hace es darle desarrollo a los principios, valores en los que se funda el Estado Social de Derecho como lo son la igualdad, la equidad, la solidaridad, la dignidad humana, para con ello cumplir con su labor de asistencia pública-social.

La responsabilidad del Estado por actos terroristas en el Derecho Español

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS RAMON FERNANDEZ, exponentes de la doctrina española, plantean que la indemnización por actos terroristas no cubre todos los daños y no se inscribe dentro del sistema de responsabilidad del Estado, sino dentro de un régimen de solidaridad social, lo anterior se deduce de:

“conviene advertir que este no es un sistema de responsabilidad del estado en sentido propio, supuesto que el hecho causante del daño resarcible no es imputable a aquel ni a sus agentes. En consecuencia no pretende asegurar la indemnidad total de las víctimas, sino solo paliar las

consecuencias dañosas que muchas veces resultan para personas inocentes de las actividades terroristas y del crimen organizado”

El profesor español RICARDO ANGEL YAGUEZ, plantea una similar conclusión, manifiesta que dentro del criterio de responsabilidad el estado no responde por los daños derivados de actos terroristas y que no obstante, existe una legislación que plantea un régimen indemnizatorio en favor de las víctimas de actos terroristas pero no fundamentado en la idea de responsabilidad sino de socialización de los riesgos, que es la ampliación de la seguridad social .

El mismo profesor en su obra citada trae a colación los criterios jurisprudenciales que al respecto considera el Tribunal Supremo, para tal fin relaciona la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985, en la cual se estudia el problema de resarcimiento por el Estado de los daños ocasionados por actos terroristas con el de la genuina responsabilidad del estado, es decir, la consagrada en el artículo 40 de la ley de régimen jurídico de la administración del estado, del 121 de la ley de expropiación forzosa y, en el último término del artículo 106.2 de la Constitución, los argumentos empleados por el tribunal son:

“ la obligación asumida por el estado de indemnizar, especialmente, los daños y perjuicios que se causen a las personas con ocasión de los delitos cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizadas y armadas y sus conexos tiene por finalidad aminorar, en lo que cabe, las graves perturbaciones sociales que los hechos, de esta naturaleza ocasionan en la vida ciudadana; pero no en todos los casos de daños y perjuicios por actos delictivos cometidos por las personas integradas en estos grupos, sino solo de aquellos que se consideran más graves por afectar directamente a la vida o a la integridad corporal de las víctimas y que como tales producen mayor alarma y quiebra de la tranquilidad pública.

No puede confundirse la responsabilidad patrimonial del estado que es consecuencia del funcionamiento de los servicios con la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por una persona por la realización de una conducta delictiva, aunque se trate de un acto terrorista, pues en este caso la indemnización debida recae sobre la persona criminalmente responsable y no sobre toda la comunidad, salvo que el Estado, por razones de solidaridad con las víctimas, decida mediante una disposición con rango suficiente, asumir en todo o en parte la expresada indemnización.

No existe título alguno para imputar a la administración responsabilidad por los daños materiales que se reclaman, causados por un acto terrorista, pues la afirmación de que la policía evito el atentado contra el director de la empresa actora al dotarle de una protección especial que se extendió al edificio que luego sufrió los daños, pero no evito el atentado contra este, pues se retiró dicha protección un mes antes del mismo, no supone que el atentado se produjera dentro del marco de la actuación administrativa, pues la protección se presentó dentro de un marco suficiente, al no afirmarse nada en contrario en la demanda... pues parece obvio que una protección policial especial a unas instalaciones privadas no puede mantenerse por tiempo indefinido si se tiene en cuenta la limitación de medios personales”.

En otro fallo, con fecha 21 de mayo de 1987 la Sala Quinta del Tribunal Supremo expresó:

“la obligación asumida por el Estado, establecida en el artículo 7 del Real Decreto Ley de 3/1979, de 26 de enero (protección de la seguridad ciudadana, de indemnizar especialmente los daños y perjuicios que se causen a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el artículo 3.1 del mismo-delitos cometidos por personas integradas en grupos o bandas armadas y organizadas y sus conexos-, tiene por finalidad aminorar, en lo que cabe, las grandes

perturbaciones sociales que los hechos de esta naturaleza ocasionan en la vida ciudadana; no se trata, por tanto, de un supuesto de responsabilidad patrimonial del estado.

Refiriéndose a Francia, D'AHUTEVILLE, señala que el legislador de aquel país, después de años de incertidumbre, ha reconocido por fin que la víctima de un acto terrorista es la víctima inocente de un riesgo social, difícil o incluso imposible de contener, una víctima inocente de un acto de guerra en tiempo de paz y que, por ello, debe ser indemnizada por la sociedad.

Esta indemnización, en Francia, se lleva a cabo por medio de un fondo de garantía (creado sobre el modelo del fondo de accidentes de circulación), que se financia por medio de un impuesto que grava todas las pólizas de seguro sobre la propiedad.”

Es muy cierto, al estado no se le puede pedir lo imposible, pero resulta impreciso generalizar al igual, como lo hace la jurisprudencia francesa que el estado no responde patrimonialmente por actos terroristas en nada distinto a conceder una indemnización a los afectados bajo la denominación de solidaridad social; y no es preciso generalizar porque como se dijo en torno al sistema de responsabilidad en derecho francés, existen casos en los cuales, media la falla del servicio de las autoridades públicas o bien porque no atendieron al llamado de una o varias personas o porque siendo previsible el ataque no se tomaron las medidas necesarias para evitar o para repeler el acto terrorista, en los anteriores eventos resulta a todas luces desproporcionado no reconocer que existe responsabilidad del estado y que en razón de que faltó a sus deberes y obligaciones constitucionales debe de responder por los daños causados y lo debe de hacer de manera íntegra, no solamente reconociendo cierta suma de dinero para aminorar los daños causados.

Una posición que desconozca la falla del servicio en casos donde existe fundamento jurídico y fáctico para acreditarlo, choca abiertamente con la evolución que ha tenido la concepción del estado, porque ya no es el hombre el que está al servicio de un poder soberano, despótico, arbitrario, netamente formalista y desconocedor de la condición de dignidad humana, sino que es el estado al que está al servicio del hombre, precisamente, el orden de las cosas, ha mostrado que es el recurso humano lo que hace viable las instituciones políticas y que conforme a ello se debe de proporcionar un marco de garantías necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales de la persona humana y por ende dotar de legitimidad a las instituciones.

La responsabilidad del estado por actos terroristas en Colombia

Condiciones para su procedencia – regímenes de responsabilidad: daño especial y riesgo excepcional

El consejo de estado no tiene una línea jurisprudencial que sea lo suficientemente coherente y constante en materia de responsabilidad del estado por actos terroristas, hay casos en los cuales se observa que ante situaciones fácticas similares en un primer fallo se adopta la tesis del daño especial, en otro la tesis del riesgo excepcional y los argumentos esgrimidos para darle un viraje al régimen de responsabilidad no resultan ser del todo plausibles y, hay otros casos donde el consejo de estado dice que no hay responsabilidad del estado pese a que en situaciones similares dijo que sí existía, a continuación se pretende tratar de dar un marco teórico de distinción entre los regímenes empleados por el consejo de estado para determinar la existencia de responsabilidad o no del estado con el fin de establecer cuáles son los argumentos empleados por la alta corporación al momento de fallar, teniendo en cuenta que son tres, el de falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, de manera paralela se intentará sentar una posición

crítica al respecto pero será una posición respetuosa y con argumentos jurídicos, dicho análisis se hará con especial énfasis a partir de la jurisprudencia del año 2000.

A nivel jurisprudencial se ha establecido que con ocasión de actos terroristas existe responsabilidad del estado bajo el régimen de falla del servicio pero si se logra demostrar la previsibilidad del acto terrorista o bien porque hubo aviso de parte de la comunidad o bien porque existían una serie de situaciones que advierten de la existencia de un ataque, entonces, el estado responderá si no tomo las medidas suficientes y necesarias para repeler, evitar o menguar las consecuencias del ataque.

Por tanto, el accionante, debe demostrar que en efecto existía toda una serie de sucesos con un hilo conductor que le permitían en aquel momento a las autoridades y en instancia judicial, inferir que en efecto era inminente un ataque o la existencia de amenaza de tal situación y que la o las autoridades no reaccionaron.

En donde también hay responsabilidad, sin duda alguna es cuando hay participación de uno o varios agentes del estado en el acto terrorista.

En cuanto al régimen de riesgo excepcional el consejo de estado considera que el surge de la creación de un riesgo que pone en peligro a un grupo particular de ciudadanos y que es hecho de manera consciente y con el fin de proteger a la comunidad, por regla general es un régimen empleado para el desarrollo de actividades tecnológicas[6] (creación de armas, conducción de energía eléctrica, manejo de armas de dotación oficial) pero el consejo de estado es constante- salvo excepciones- al considerar que en caso de no presentarse falla del servicio, es decir de ser sorpresivo el ataque y este estar dirigido contra un elemento representativo del estado u objetivo militar o contra un alto funcionario y causar daños a terceros el estado debe responder por la creación de un riesgo excepcional que se materializó.

1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Los daños causados a las víctimas del terrorismo estatal, por ser imputable al Estado deben ser resarcidos. Pero aun así no se ha fijado una línea jurisprudencial clara y definida sobre la responsabilidad del Estado por los daños causados por los atentados terroristas.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En nuestro país se presenta mucha violencia pues se encuentra afectado por el terrorismo, narcotráfico y grupos delincuenciales. Con el transcurrir de los años se ha incrementado las muertes a causa de elementos utilizados para realizar atentados, como granadas, petardos, bombas e incendios. El terrorismo como una especie de violencia afecta en gran parte además de las muertes, por el terror, pánico e intimidación que produce en la sociedad.

La actividad terrorista en contra del Estado, tanto en sus orígenes como en su desarrollo ha estado vinculada al ejercicio del poder ya que pretenden acabar con la institucionalidad. En la historia Colombiana se presentó una época en la cual el narcotráfico le declaró la guerra al Estado y en esa lucha y aun actualmente, sea con narcotráfico, guerrilla, paramilitares entre otros, resultan como víctimas ciudadanos inocentes que no son el objeto directo, viéndose afectados en su propiedad, integridad física y vida.

Colombia es un Estado social de derecho y esta concepción trae consigo que las normas no solo deben acatarse sino, que su cumplimiento debe estar en relación con los principios constitucionales y con todo ordenamiento jurídico; basándose en una justicia material y no formal. Por lo tanto deben plantearse los fundamentos de la responsabilidad de la administración en los casos de terrorismo, el “quien debe responder” frente a los perjuicios causados a las víctimas en estos eventos y plantearse los fundamentos de esta responsabilidad que deben estar

inspirados en el Estado social y deben ser analizados desde el lado de las víctimas, ya que ellas no deben soportar los inconvenientes anormales que se presenten en la sociedad.

Frente a la responsabilidad del Estado se parte del artículo 90 de la Constitución Política que señala “el estado deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, como principio general y este mandato se concretiza en el caso que nos ocupa, en la obligación que le asiste a la administración de reparar el daño, cuando este se produzca como consecuencia de un atentado terrorista o en general violento dirigido contra el Estado en el que debe haber un régimen más beneficioso para la víctima y en el que el resarcimiento o la indemnización debe ser respecto al pago y al restablecimiento de sus derechos vulnerados.

1.1.1. Sistematización del problema.

- ¿Debe responder el Estado por los daños ocasionados por los atentados terroristas?
- ¿Cuáles son los títulos de imputación aplicables
- ¿Se ha mantenido la misma tesis sobre la responsabilidad a través de los años?
- ¿Se encuentra regulado este tema en la legislación?
- ¿Cuál es la tesis aplicable actualmente?

1.2. DELIMITACIÓN PROBLEMA

1.2.1. Temática conceptual:

Responsabilidad del Estado por daños ocasionados por atentados terroristas. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por atentados terroristas.

1.2.2. Espacial:

El estudio se realizó en la ciudad de Medellín en el marco de la Jurisprudencia Colombiana.

1.3. JUSTIFICACION:

Considerada la situación de violencia que se ha presentado en nuestro país durante décadas, como fruto del enfrentamiento entre Estado y grupos al margen de la Ley, han resultado innumerables víctimas que no hacen parte directa de esta “guerra” o que no desean serlo, pero que resultan afectadas de una u otra manera.

Como consecuencia de lo anterior surgió la necesidad de resarcimiento de estas personas (víctimas), de la larga historia de violencia que nos ha azotado por años y que aun a pesar de tanto tiempo sigue presentándose. Esta compensación y búsqueda del “responsable” tiene como fundamento el Estado Social de Derecho que cobija a nuestro estado Colombiano; que se basa en el orden justo y el cumplimiento de los derechos de cada una de las personas que habitan el territorio.

Es una lucha contra el Estado en la que los ciudadanos son los que resultan afectados y son ellos, quienes integran la sociedad que se encuentra construida con base a los principios constitucionales y a partir de elecciones políticas. Son ellos los que permanentemente contribuyen con sus cargas y deberes, por lo que, los daños que sufren como consecuencia de la guerra contra el Estado, deben ser reparados.

Es un tema que se ha venido tratando durante años y actualmente continua vigente por la realidad Colombiana, pero a pesar de esto, no ha permanecido estático en el tiempo, aunque la violencia y atentados terroristas sigan siendo los mismos y perpetrados por los mismos. Por el contrario, a través del transcurso del tiempo se le ha dedicado estudio, han surgido diversas tesis y contradictores. Y a pesar de no tener enmarcada una línea fija, se han llegado a establecer bases un poco más firmes y comprensibles actualmente. Esto debido a la evolución que ha tenido

la jurisprudencia en el transcurrir de los años, al intentar desarrollar las tesis sobre la responsabilidad del Estado en los daños ocasionados por atentados terroristas.

La responsabilidad del Estado y su evolución jurisprudencial es un tema de especial interés en el Derecho Administrativo, pues se encuentra vigente y ha sufrido transformaciones interesantes, por lo que es importante conocer su evolución histórica y las diferentes teorías, para así tener las bases y conocimiento para enfrentar los escenarios que se presenten, sea desde la perspectiva Judicial o del abogado litigante que permita comprender, elaborar y conocer los supuestos que surgen cuando nos enfrentamos a la responsabilidad del Estado en esta materia en específico.

1.4. OBJETIVOS:

1.4.1. General.

Presentar análisis sobre la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado en los daños ocasionados por atentados terroristas.

1.4.2. Específicos.

- Determinar en qué casos existe responsabilidad del Estado.
- Identificar cuáles son los títulos de imputación aplicables a la responsabilidad del Estado por atentados terroristas.
- Establecer como ha sido el desarrollo de la RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS TERRORISTA

2. DISEÑO TEORICO.

2.1. REFERENTE CONCEPTUAL.

- ATENTADO TERRORISTA: Uso sistemático del terror, para coaccionar a sociedades o gobiernos.

□ ESTADO: Concepto político que se refiere a una forma de organización social, económica, política soberana y coercitiva, formada por un conjunto de instituciones no voluntarias, que tiene el poder de regular la vida nacional en un territorio determinado.

□ RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: Surge cuando el daño o perjuicio causado no tiene su origen en una relación contractual, sino en cualquier otro tipo de actividad.

□ IMPUTABILIDAD: Atribuir a alguien el daño antijurídico; las consecuencias de su obrar.

□ DAÑO ESPECIAL: Es una responsabilidad objetiva. Cuando la situación de riesgo no viene de una condición ilícita del Estado, pero lleva a la producción de un daño antijurídico que la persona no tiene por qué soportar ya que hay un rompimiento de las cargas públicas.

□ RIESGO EXCEPCIONAL: El Estado en una actividad entraña un riesgo que deviene en un daño antijurídico.

□ FALLA EN EL SERVICIO: Responsabilidad del estado cuando por el actuar imprudente y negligente de un agente suyo o por su omisión se produce un daño antijurídico.

□ DAÑO ANTIJURIDICO: Perjuicio que sufre una persona que no está en el deber jurídico de soportar, razón por la cual deviene en una lesión injusta a su persona o patrimonio.

□ VICTIMA: Es la persona que sufre un daño o perjuicio provocado por una acción u omisión de alguien.

□ JURISPRUDENCIA: Conjunto de sentencias, decisiones o fallos dictados por las Salas respectivas.

□ IMPREVISIBILIDAD: Que no se puede prever o conocer de antemano lo que va a ocurrir.

□ INEVITABILIDAD: Aquello que no puede evitarse que suceda.

□ CONSEJO DE ESTADO: Es el órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa, este alto tribunal dirime los conflictos entre los particulares y la administración y

entre la administración y la misma administración. Sus principales funciones son las siguientes:

1) Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2) Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3) Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. 4) Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley. 5) Conocer y decidir de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas.

□ INDEMNIZACIÓN: Es un derecho de orden público que se traduce en una compensación económica por los perjuicios sufridos.

2.2. REFERENTE HISTÓRICO.

El Conflicto Armado Colombiano (en otros términos la Guerra Civil Colombiana) es un conflicto armado interno que se desarrolla en Colombia desde aproximadamente 1960. Los principales actores involucrados han sido el Estado colombiano, las guerrillas de extrema izquierda, los grupos paramilitares de extrema derecha y los carteles de la droga. Ha pasado por varias etapas de recrudecimiento, en especial desde los años ochenta cuando algunos de los actores se comenzaron a financiar con el narcotráfico.

El conflicto tiene sus antecedentes históricos en la "época de la Violencia" (conflicto bipartidista de la década de 1950 y de años anteriores. Sin embargo, cada etapa de la historia del país ha traído consigo un enfrentamiento diferente. Así, ya en el siglo XIX a lo largo múltiples guerras, los caudillos regionales levantados contra el gobierno se combatieron entre sí.

Las causas para que se desarrollara el conflicto armado colombiano se centran en una amalgama de elementos entre los que cabe destacar la debilidad del Estado, el conflicto por la posesión de la tierra, la existencia de marcadas diferencias económicas, o los obstáculos para la creación de una identidad nacional. También destaca la permanencia de guerrillas de orientación comunista y la existencia de una industria del narcotráfico que se ha introducido en todos los sectores de la sociedad y del Estado.

Durante la década de 1980 el conflicto armado presentó un rápido escalamiento que se caracterizó por la intimidación generalizada que produjo la guerrilla en numerosas regiones del país, por los asesinatos selectivos de miembros civiles de la izquierda a manos de los nacientes grupos paramilitares, así como por la aparición de sectores del narcotráfico que chocan con la guerrilla en desarrollo de sus actividades delincuenciales. En esa década, el país experimentó transformaciones económicas que se centraron en la transición de Colombia de país cafetero a país minero y cocalero, con el dinamismo de nuevos sectores de la agroindustria con el banano, las flores y la palma africana; y de la minería con el carbón, el petróleo y el oro. A esta irrupción de nuevos polos de desarrollo económico se sumó el suroriente del país, donde creció la industria ilegal de la coca.

Estos centros económicos se consolidaron en la periferia, y como consecuencia, cambiaron el carácter de esas regiones, tradicionalmente pobres y marginales. De alguna manera, estas concentraciones de dinero favorecieron el esfuerzo de las guerrillas por llegar a regiones económicamente más integradas, impulsadas por las bonanzas económicas producidas en sus propias zonas de presencia histórica. Ese cambio determinó que desde el centro se empezaran a ver las periferias de una forma diferente, y que se priorizara su integración territorial y política, pues el crecimiento del país empezaba a depender de lo que ocurría en ellas. Sin embargo, la

débil integración territorial e institucional existente, la llegada masiva de numerosos migrantes y la desigual distribución del ingreso que generaban las economías de enclave crearon las condiciones propicias para que en los nuevos polos de desarrollo surgieran conflictos sociales que las guerrillas aprovecharon para insertarse de modo relativamente fácil. El narcotráfico degeneró los ideales iniciales y creó una nueva economía que se mantiene como el principal combustible del conflicto.

La época en la que se ubica el mayor recrudecimiento del conflicto ocurrió entre 1988 y 2003, pero es en la segunda mitad de la década de 1990 cuando se presenta la mayor degradación del conflicto debido a que se generalizan las tomas armadas de poblaciones, las desapariciones forzadas, las masacres indiscriminadas de civiles, el desplazamiento forzado masivo y los secuestros colectivos de civiles, militares y políticos, como tácticas de guerra el pico de este recrudecimiento se presenta durante la presidencia de Andrés Pastrana y el inicio del gobierno de Álvaro Uribe, cuando confluyen el accionar del Estado, las guerrillas, grupos de narcotraficantes y paramilitares. A partir de la desmovilización de los grupos paramilitares que se lleva a cabo entre 2003 y 2006, sumado al debilitamiento de la guerrilla, se presenta un descenso de la intensidad del conflicto. No obstante, las estructuras paramilitares no cesaron su accionar sino que empiezan a comportarse como carteles de droga con gran capacidad militar (llamados ahora Bacrim), mientras que la guerrilla todavía conserva capacidad de acción y confrontación en ciertos lugares del país.

En 2017 un estudio cifró en 220.000 las muertes causadas por el conflicto desde 1958. Se cita, además, la activa participación de menores en el conflicto.

http://es.wikipedia.org/wiki/Conflicto_armado_colombiano

2.3. VARIABLES.

2.3.1. Social

Colombia se ha visto inmersa en una dramática “ola” de violencia que afecta a todos los sectores de la sociedad. La población civil se ve afectada por un conflicto interno que se ha extendido ya por cuatro décadas. Los actos de violencia perpetrados por los actores del conflicto armado interno, han generado graves consecuencias como violaciones a los derechos humanos y/o derecho internacional humanitario, poniendo a los integrantes de la sociedad en permanente peligro y expuestos a graves violaciones tales como: homicidios, desapariciones forzadas, violencia sexual, toma de rehenes, reclutamiento forzado, malos tratos físicos, psicológicos y desplazamiento forzado.

Perjudicando a todos los miembros de la sociedad pues también se presenta ocupaciones de los bienes privados y/o públicos, contaminación por armas, problemas en la educación, destrucción de vías, minas antipersonas, atentados contra bienes o personas, entre otras. El conflicto conlleva a que los habitantes de las zonas rurales tengan que desplazarse y perderlo todo. Igualmente quienes no emigran también se ven gravemente perjudicados pues se afecta el acceso a los servicios básicos, como atención médica, educación, agua y saneamiento.

Estas actividades armadas ilegales han creado grandes consecuencias negativas sobre el desarrollo social, que no pueden ser reparadas en corto plazo y que, a su vez perjudica a aquellos que sufren de esta violencia y en particular a los más pobres.

2.3.2. Económico:

Las consecuencias del conflicto armado colombiano han sido desfavorables para atraer capital al país y para dar seguridad y estabilidad a los empresarios locales e internacionales interesados

en invertir. Durante décadas los gobiernos colombianos han intentado atraer a nuevos inversores ofreciendo estabilidad y seguridad.

El problema de la guerra interna genera escases de personas empleadas agravando la pobreza de las comunidades más desfavorecidas. Genera el desvío de recursos desde actividades productivas a actividades de defensa y ofensivas, reduciéndose, de esta manera, el potencial para el crecimiento y, por lo tanto, el potencial para el mejoramiento de las condiciones de los más pobres.

En el caso de las personas desplazadas estas tienen a ubicarse en las grandes ciudades, de tal manera, que el desempleo en dichas ciudades aumenta, teniendo algunas de estas personas, en el mejor de los casos, acceso a empleo informal y sin una regulación adecuada.

2.3.3. Política

Los efectos del conflicto sobre el sistema político son importantes, pues los grupo ilegales, guerrillas y paramilitares han influenciado y restringido el funcionamiento de la democracia a nivel local, regional y nacional, creándose como consecuencia entre tantos la llamada parapolítica en la que unos 80 miembros del Congreso de la Republica de Colombia, (la mayoría de partidos de la coalición gobernante) se les vinculó con grupos paramilitares.

Los procesos electorales municipales y la administración de los gobiernos locales se han visto gravemente restringidos por las acciones de los grupos ilegales, como consecuencia de amenazas, secuestros, asesinatos de dirigentes y funcionarios del gobierno. El objetivo de estos grupos es intervenir en las decisiones del gobierno para que solo participen aquellos candidatos o partidos políticos que cedan a sus intereses jurisprudencia al respecto

3. DISEÑO METODOLOGICO.

3.1. MÉTODO.

Deductivo hermenéutico y deductivo inductivo.

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

Socio Jurídico.

3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.

Nivel analítico y expositivo.

3.4. FUENTES

3.4.1. Primarias

Abogado especialista en Derecho Administrativo y Magister en Derecho del Daño de la Universidad de Girona - España DR. JORGE SUAREZ POSADA.

3.4.2. Secundarias

Jurisprudencias analizadas en el desarrollo de esta tesis

4. QUE ES UN ACTO TERRORISTA.

El terrorismo es un concepto que no es nuevo en la historia de las sociedades, es un término que se manifiesta o presenta frecuentemente en las alocuciones o sermones políticos, en las conferencias castrenses o bélicas, en las investigaciones de los académicos, en los diversos criterios o pareceres emitidos a la opinión pública por parte de los comentaristas y reporteros e incluso en las conversaciones diarias y habituales que se presentan entre los individuos cuando sucede algún acontecimiento violento que causa una serie de daños a los particulares en su integridad física y psicológica o, en sus bienes o patrimonio económico e incluso en sus derechos humanos y fundamentales. Es decir, el terrorismo es un concepto que ha sido ampliamente utilizado por los juristas, periodistas, doctrinantes y por las personas en general, es un término ampliamente difundido por esto en la práctica son múltiples las definiciones que existen respecto de su significado y de sus características, lo cual implica afirmar que no existe una definición global admitida y reconocida de forma absoluta en todas las sociedades y, ordenamientos jurídicos al respecto. Es claro que la extensa y abundante trasmisión del término no ha ido acompañada de claridad en su significado, por lo cual es necesario iniciar el desarrollo de la presente investigación analizando el concepto de terrorismo teniendo como premisa que es un concepto que se ha configurado en el sistema lingüístico como un concepto sin consenso y con definiciones de diversa autoría. Desde el punto de vista gramatical – es decir, desde la perspectiva de las reglas y principios que gobiernan el uso de las lenguas y la organización de las palabras – la Real Academia Española ha señalado que la palabra terrorismo significa “dominación por el terror, sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror o actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo

indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos” (Real Academia Española, 2014), de dicha definición aportada por la institución cultural encargada de efectuar la regularización lingüística de la lengua castellana se infiere que el terrorismo es un concepto que posee especial relación con el empleamiento o con la intimidación y advertencia de hacer uso de una serie de excesos, exabruptos, coacciones y constreñimientos, encaminados a generar temor, terror y zozobra en una o en un grupo de personas con el fin de conseguir un objetivo específico que generalmente es de origen político. Desde la perspectiva psicológica, es decir, desde el punto de vista de la ciencia que trata el estudio y el análisis de la conducta y de los procesos mentales de los individuos y de grupos humanos en distintas situaciones, se ha afirmado que el terrorismo implica: “causar un impacto mediático a través del cual la sociedad entre en pánico y desconfie de sus gobernantes como de sí mismo en cuanto a su propia seguridad, de tal forma que al tiempo que aterrorizan al público, consiguen que los medios de comunicación les sirvan de cobertura global a sus actos terroristas” (Rodríguez, 2012, p. 78) Por su parte desde la perspectiva doctrinal – es decir, desde el conjunto de opiniones emitidas por los expertos en la ciencia jurídica – teniendo como fundamento el método de investigación histórica se ha señalado que el terrorismo “aparece en la historia durante la Revolución Francesa con ocasión del Comité de Salud Pública, se ha utilizado en trabajos científicos por primera vez por Gunzburg en Bruselas. Pese a esta discreta antigüedad, el término no es nada diáfano” (Bueno, 2009, p. 61). De lo anterior, es dable afirmar que es a partir de 1789 que se empieza a construir el concepto del terrorismo a nivel mundial pues, el terrorismo se empezó a configurar en las diversas sociedades como una práctica de tipo sistemática que, por medio la violencia, los anuncios, las difusiones y publicidades buscaba acaparar la atención de las personas proponiendo el análisis de diversos temas generalmente políticos o religiosos. En este punto es necesario tener en cuenta que “fue en

esta etapa histórica que surgieron las denominadas organizaciones terroristas (...) se contribuyó a definir mucho más claramente las características, métodos y fines del terrorismo” (Jordán, 2004, p. 14). Es decir, se empezó a hacer uso de los avances tecnológicos para ejecutar las conductas terroristas aumentando de esta manera su nivel de violencia “fue esta la época de la filosofía de la bomba, bajo la cual los terroristas depositaron en los explosivos la esperanza de transformar el mundo” (Laqueur, 2003, p. 55). Al señalarse que el término no es nada diáfano se está haciendo referencia a que el término no es nada claro, por lo cual será necesario tener en cuenta las diversas opiniones jurídicas emitidas por los juristas y operadores jurídicos en general respecto del concepto de terrorismo. En el ámbito académico el terrorismo es “la imitación y aplicación de los métodos del terror a los (al menos, en principio) débiles, los despreciados, los desesperados, que ven en el terrorismo el único medio de conseguir que se les tome en serio y se les escuche” (González, 2006, p. 17), lo cual posee relación directa con los hechos del 11 de septiembre, en donde los miembros de la red yihadista Al-Qaeda, por medio de diversos ataques suicidas causaron la muerte de aproximadamente 3.016 personas, y daños a las Torres Gemelas, a cinco edificios del World Trade Center y a cuatro estaciones del metro de Nueva York. Siguiendo la línea argumental del citado autor, Brieger explica que el terrorismo también puede ser considerado como “un acto político (...) que tiene como propósito causar daños dramáticos y mortales sobre civiles y crear una atmósfera de miedo, generalmente por un motivo político o ideológico; sea este secular o religioso” (2011, p. 40) sin embargo, dicha apreciación se queda corta pues, no abarca completamente el análisis del concepto de terrorismo, ya que lo limita al ámbito político dejando por fuera las otras motivaciones que pueden impulsar a un sujeto o, a un grupo de individuos a cometer las conductas terroristas. De forma paralela se ha explicado que el concepto objeto de análisis en esta parte de la investigación también comprende: “una secuencia

de actos de violencia, debidamente planificada y altamente mediatizada, que toma deliberadamente como blanco a objetivos no militares a fin de crear un clima de miedo e inseguridad, impresionar a la población e influir en los políticos con la intención de modificar los procesos de decisión (ceder, negociar, pagar, reprimir) y satisfacer unos objetivos (políticos, económicos o criminales) previamente definidos” (Khader, 2010, p. 306) Es decir, desde esta perspectiva el terrorismo está integrado por una serie de acciones, hechos y sucesos caracterizados principalmente por sus altos niveles de crueldad, ensañamiento y exceso que surgen como resultado de la organización y articulación y en donde, adicionalmente, se ataca de forma premeditada e intencionada a personas que hacen parte de la población civil, generando con ello un incómodo y desagradable ambiente de pánico, de desconfianza y de terror, que finalmente influye en el ejercicio libre y espontáneo de los derechos políticos y, en general en el desarrollo pleno y eficaz de derechos humanos y fundamentales de las personas que al ser sujetos pasivos adquieren la categoría de víctimas. En contraposición a lo anteriormente señalado Higgins (1997) señala en una de sus obras que el terrorismo “es un término sin significado jurídico. Es simplemente una forma conveniente de aludir a actividades, ya sea de Estados o de individuos, ampliamente desaprobadas y en las cuales los métodos utilizados son ilegales, o los objetivos se encuentran protegidos, o ambos” (p. 28), sin embargo, es claro que el terrorismo posee un evidente nexo con el ámbito jurídico, pues al ejecutarse o desplegarse la acción terrorista, se puede generar la transgresión de derechos humanos y de derechos fundamentales dependiendo – claro está – de la forma y del lugar en donde se lleve a cabo la acción terrorista. En este punto es necesario hacer un breve análisis diferencial de los conceptos de derechos humanos y de derechos fundamentales, pues como se mencionó, con la ejecución de los denominados actos terroristas se puede llegar a violentar estos derechos. En primer lugar, es

necesario que el lector comprenda que derechos humanos y derechos fundamentales son dos conceptos que si bien se encuentran estrechamente ligados, poseen diverso significado. Dicha situación merece ser analizada en la presente investigación pues, generalmente se considera que son palabras análogas o equivalentes, sin embargo, algunos de los doctrinantes más influyentes y destacados en Teoría y Filosofía del Derecho han explicado en sus obras que son dos conceptos distintos por su aplicación práctica pero semejante por su contenido.

Uno de dichos doctrinantes es el jurista italiano Luigi Ferrajoli – que ha sido considerado como uno de los principales teóricos del garantismo jurídico aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales – en sus obras uno de los puntos que generalmente analiza es la diferencia que existe entre los denominados derechos humanos con los derechos de raigambre constitucional. En cuanto a los derechos humanos afirma que “son aquellos de los que son titulares todos los individuos, de forma generalizada, por el simple hecho de existir dentro del planeta tierra, por lo tanto son los derechos primarios o sustanciales de la persona” (Ferrajoli, 2011, p. 697), según su análisis son postulados que se caracterizan por ser “derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, en los Pactos Internacionales de 1966 y demás Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos” (Ferrajoli, 2008, p. 43), y adicionalmente son derechos que se configuran como: “otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política (...) forman parte de la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores no solo de legitimación sino también, como factores de deslegitimación de las decisiones (...) son normas supra ordenadas a cualquier poder decisonal, son normativamente de todos, sin inalienables y no negociables (...) son prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares (...) son en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones de prestación o prohibiciones de

lesión” (Ferrajoli, 2004, p. 23 - 43) En cuanto a los derechos fundamentales el citado autor explica que, a diferencia de los derechos humanos, estos postulados son “derechos singulares que adquiere cada individuo con exclusión de los demás son universales, indispensables, inalienables atribuidos por normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar dentro de un Estado”

(Ferrajoli, 2008, p. 61), en otras palabras son “todos aquellos derechos subjetivos que Corresponden a todos los seres humanos en cuanto dotados del status personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (Ferrajoli, 2009, p. 19). Al respecto, es necesario tener en cuenta lo señalado por Galán en su obra en la cual se señala que los derechos fundamentales son “la expresión positiva de los derechos humanos, al positivarse un derecho humano dentro de un ordenamiento jurídico, recibe el nombre de derecho fundamental, tiene como objetivo asegurar la efectiva aplicación de garantías que aseguren la sana convivencia en la sociedad” (Galán, 2016, p. 38-39).

Por su parte otros autores como Alexy – jurista alemán y catedrático de Derecho Público – señalan que los derechos fundamentales son “normas de derecho fundamental, son aquellas expresadas a través de disposiciones ius fundamentales entendiéndose por estas exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la ley fundamental” (1993, p. 62), son derechos que poseen el carácter de mandatos de optimización dentro del sistema normativo, por tanto “no se trata de derechos definitivos, sino de derechos prima facie que, cuando entran en colisión con bienes colectivos o con derechos de otros, pueden ser restringidos” (Alexy, 1997, p. 185).

En cuanto a los derechos humanos explica que estos derechos son “derechos que tienen todos los seres humanos, como individuos, independientemente de un título adquisitivo (...) que pueden ser justificados frente a todo el que toma parte en una fundamentación racional”

(Alexy, 1998, p. 25-26). Dicha definición resulta ser bastante general por lo cual es necesario tener en cuenta lo señalado por Agudelo & Riaño (2017) que señalan en su obra que estos derechos son aquellos que “forman parte del ámbito internacional y son concebidos como aquellos derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración de los derechos humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y demás convenciones internacionales sobre derechos humanos” (p. 65). Al respecto Bobbio – jurista, filósofo y politólogo italiano – afirma que los derechos humanos son “cosas deseables, esto es, fines merecedores de ser protegidos en igual medida (...) son aquellos derechos que se exige no sean limitados ni en casos excepcionales, son derechos privilegiados porque no vienen puestos en concurrencia con otros derechos también humanos” (Bobbio, 1991, p. 54-58) y, Habermas – filósofo y sociólogo alemán, conocido especialmente por su investigación en filosofía práctica – preceptúa señalando los derechos humanos “tienen un contenido exclusivamente moral pero su forma es positiva, penables mediante sanciones estatales, son especificados caso a caso por medio de la jurisdicción” (Habermas, 2012, p. 22). Comprendido el concepto de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, así como sus diferencias y similitudes, y la relación que poseen con la consecuencia de la ejecución de actos terroristas, es procedente ahora señalar que el terrorismo en el sistema jurídico colombiano ha sido establecido como un tipo penal, según lo señalado en el artículo 144 del Código Penal en el cual se señala 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 de doscientos cuarenta a cuatrocientos cincuenta meses, multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta a trescientos sesenta meses” (Congreso de Colombia, 2000) Como se observa, la disposición normativa citada no presenta una definición de terrorismo expresa, sin embargo, por su redacción y, luego de un proceso interpretativo de tipo hermenéutico se infiere que el hecho de ordenar llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o hacer objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla constituye lo que la doctrina considera como terrorismo, por lo cual dicho postulado podría ser considerado como una definición del concepto. Es necesario tener en cuenta que en dicho tipo penal el sujeto activo es indeterminado, por lo tanto, pueden serlo cualquiera de las personas que en un conflicto armado combaten a favor de una de las partes en contienda. Por su parte el sujeto pasivo son todas las personas protegidas, que según lo estipulado en el artículo 135 del código penal son de conformidad con el derecho internacional humanitario: “los integrantes de la población civil (...) las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa (...) los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate (...) el personal sanitario o religioso (...) los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados (...) los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga y quienes antes del comienzo de las hostilidades fueron considerados como apátridas o refugiados” (Congreso de Colombia, 2000) En cuanto a la clasificación del concepto de terrorismo, es necesario señalar que Fernández (2002) menciona el terrorismo internacional como “una extensión de la práctica del terrorismo estatal como parte de los instrumentos de política exterior” (p. 72), siguiendo dicha línea argumental González explica que bajo esta tipología de terrorismo “se ha tratado de definir la promoción o la protección de organizaciones armadas por parte de gobiernos extranjeros, o bien la colaboración entre grupos terroristas de diversa nacionalidad” (2006, p. 137). Por su parte,

Rojas (1991) explica que actualmente ha surgido el concepto de terrorismo global que es básicamente, aquel que “abarca a los grupos que operan a escala planetaria, su meta no es la liberación de un grupo concreto, sino infligir daños y humillación a un poder global” (Ignatieff, 2005, p. 116) a través de “una estructura horizontal en redes, con un contingente de activistas más bien difuso; una configuración distinta de lo habitual entre las organizaciones verticales rígidamente jerarquizadas” (Reinares, 2003, p. 46). Como se observa, la discusión para lograr una definición de terrorismo que sea conciliada, respetada y aplicada en el universo jurídico aun sigue vigente pues, hasta ahora ni la jurisprudencia ni la doctrina se han puesto de acuerdo acerca de su significado, por ello es dable inferir que este está determinado más por el contexto que por una explicación lógica. Por tal indeterminación semántica conviene examinar más detalladamente la noción de acto terrorista o acto de terrorismo. En primer lugar, es necesario señalar que la Convención para la prevención y represión del terrorismo definía los actos terroristas como aquellos: “hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin y naturaleza es provocar el terror en personalidades determinadas, grupos de personas y en el público”, los cuales consistían en destruir intencionalmente o dañar los bienes públicos o de uso público, poner intencionalmente en peligro vidas humanas, fabricar o procurarse armas, municiones, explosivos o sustancias nocivas para conseguir los efectos anteriores o en la tentativa de las mismas acciones” (Sociedad de Naciones, 1937, p. 1) Si bien dicha Convención no contó con las ratificaciones necesarias para entrar en vigencia, es claro que su importancia radica en que fue la primera que estableció el principio del derecho internacional que establece la responsabilidad de los Estados de cooperar en la prevención y represión del terrorismo. Por su parte el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional de 1988 establece respecto de los actos terroristas que son aquellos

que son “ejecutados con violencia contra una persona en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional, que cause o pueda causar graves lesiones o la muerte: o destruya o cause graves daños en las instalaciones de un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional o en una aeronave que no esté en servicio y este situada en el aeropuerto, o perturbe los servicios del aeropuerto” (OEA, 1971) En vista de lo anteriormente señalado, es preciso concluir esta parte inicial de la investigación señalando que si bien el terrorismo, el acto terrorista, y la acción terrorista son conceptos confusos que ocasionan un alto grado de indeterminismo semántico, de acuerdo a lo investigado se puede inferir que el terrorismo es una forma de instrumentalización de la violencia, en donde por medio de actos violentos e intimidatorios se causa terror y miedo sistemático en una sociedad determinada, causando generalmente la trasgresión de derechos humanos y fundamentales de las víctimas. En otras palabras los actos terroristas son aquellos que dependen de la propaganda, y que hacen uso de la violencia de un modo brutal, simplista y directo y, sobretodo, alardeando su indiferencia por la vida humana.

5. EN QUE CASOS PUEDE SER RESPONSABLE EL ESTADO COLOMBIANO, SEGÚN SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES.

El hecho de que vivir en sociedad trae consigo diversas cargas, contemporáneamente, una de estas cargas es soportar los daños que se causan por ataques terroristas dirigidos contra el Estado como organización que, finalmente terminan perjudicando física y psicológicamente a la población civil. Antes de entrar a analizar el objeto central de esta investigación, es imperativo realizar un análisis exhaustivo del panorama de la responsabilidad extracontractual del Estado en el sistema normativo colombiano. No sin antes mencionar que dicho análisis previo es importante y necesario pues, permitirá comprender de forma clara el régimen de responsabilidad estatal colombiano, así como los elementos estructurales de este, su relación con el daño antijurídico y, con los denominados títulos de imputación.

Para comenzar es necesario partir de la premisa de que todo ordenamiento jurídico se encuentra compuesto de dos clases de normas generales, los principios y las reglas. Según Alexy (1993) los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (...) por lo tanto son mandatos de optimización”(p. 86), también han sido considerados como “estándares que han de ser observados por ser una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1977, p. 72), es decir son estándares que constituyen la dimensión ética y moral del ordenamiento jurídico que poseen un importante valor normativo pues, “los particulares y las autoridades pueden solicitar su cumplimiento, para así lograr su plena garantía” (Enterría, 1981, p. 16).

En cuanto a las reglas es necesario señalar que estas son las que prescriben las conductas que se consideran como necesarias para el buen funcionamiento de la vida colectiva, según Herbert Hart

– prestigioso filósofo del derecho – el ordenamiento jurídico está comprendido por dos grupos de reglas que se diferencian por la función que cumple cada uno en el sistema normativo.

El primer grupo fue denominado por el filósofo británico como reglas primarias, entendidas como aquellas reglas que “prescriben el comportamiento que es de esperarse por parte de los miembros del grupo en determinadas circunstancias (...) o que facultan o autorizan a estos para llevar a cabo determinadas conductas” (Hart, 2009, p. 79). Por su parte el segundo grupo, está integrado por las reglas secundarias que son reglas que se constituyen como el “complemento necesario para subsanar ciertos defectos propios de las reglas primarias” (Hart, 2009, p. 80), como en el caso de la indeterminabilidad de las disposiciones normativas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el ordenamiento jurídico colombiano las reglas y principios que orientan la responsabilidad del Estado se encuentran contenidas en el plexo superior, es decir, en la Constitución Política de 1991, así las cosas en el artículo 90 se estipula que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 14) Dicho postulado normativo, además de constituir la cláusula general de responsabilidad – en donde se incluye la responsabilidad contractual y extracontractual en el mismo régimen – configura una garantía constitucional en el sistema que denota el corte garantista que tuvo el constituyente derivado en el acto de creación del plexo constitucional colombiano, pues antes de la expedición de la Constitución Política, existía una crisis por la falta de reglas y principios orientadores del régimen de responsabilidad estatal, no obstante, dicha situación cambió con la expedición de la norma superior en el año de 1991 pues,

se incorporaron al ordenamiento jurídico una serie de mandatos optimizadores y una serie de normas que en conjunto subsanaron los vacíos existentes con la anterior normatividad. Uno de esos mandatos es la dignidad humana, que al ser un principio se erige como el cimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, al respecto es necesario señalar según lo dispuesto por la filosofía moral de Immanuel Kant “cada ser humano está dotado de dignidad – Würde – en virtud de su naturaleza racional.” (Kant, 2007, p. 42) entonces, la dignidad es “aquello que está por encima de todo precio, y por lo tanto no tiene ningún equivalente, posee dignidad” (Roig, 1999, p. 29), significa “lo que se debe a la persona por su calidad de tal y, si se quiere, darle un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal” (Picazo, 2003, p. 28). Ahora bien, en este punto es necesario señalar que la Responsabilidad Estatal “consiste en la obligación a cargo del Estado de indemnizar un daño que le es imputable” (Bernal & Fabra, 2013, p.560), tiene asiento en el principio de la justicia distributiva, en ese sentido se busca que “se evita que se produzca cualquier daño injustificado, que deba soportarlo la comunidad” (Farrando & Martínez, 1999, p. 545). Se divide en responsabilidad contractual que como su nombre lo indica es la que surge en la ejecución de un contrato estatal y en responsabilidad extracontractual que es aquella que surge por fuera de la ejecución de un contrato estatal. En cuanto a esta última es preciso señalar que posee dos regímenes: “uno objetivo en donde el daño sufrido por la víctima implica un desequilibrio injustificado en las cargas públicas que deben soportar normalmente las personas por el hecho de vivir en sociedad y, otro subjetivo en donde además de la demostración de la existencia de un daño se exige que para su imputación jurídica ese menoscabo haya sido causado por la acción u omisión predicable el estado de sus agentes y que igualmente la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo” (Henao & Ospina, 2015, p. 238) De ello resulta preciso señalar que la

responsabilidad estatal además de ser un importante postulado constitucional, se encuentra comprendida por dos elementos indispensables, el daño antijurídico y la imputación jurídica en donde, se atribuyen los perjuicios derivados de los daños antijurídicos al Estado. El daño antijurídico es un concepto complejo pues se encuentra integrado por dos unidades lingüísticas, por un lado, el daño como concepto jurídico es “la alteración negativa de un estado de cosas existentes” (Saavedra, 2003, p. 75) y, por otro lado el daño antijurídico analizado de forma integral es “el primer elemento de la responsabilidad, de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma por más que exista una falla en el servicio” (Cupis, 1970, p. 36), Según el ilustre jurista colombiano Hineirosa el daño antijurídico es: “la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar en el proceso. Si no hubo daño no se puede determinar o no se le pudo evaluar hasta ahí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional relativo a la calificación moral de la conducta del autor resultarán necio e inútil (Hineirosa, 2016, p. 165) Por su parte, los títulos de imputación son aquellos instrumentos procesales o mecanismos por medio de los cuales se atribuye al Estado el daño antijurídico causado. Según el Consejo de Estado: “En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la

indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica” (Consejo de Estado, 2002) Es decir, en el ordenamiento jurídico colombiano los títulos de imputación son tres, por un lado, se encuentra el título de imputación denominado falla en la prestación del servicio y, por otro lado se encuentran el riesgo excepcional y el daño especial. En cuanto al título de imputación denominado falla en la prestación del servicio es necesario anotar que se ha definido como “un régimen de responsabilidad subjetiva, donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado” (Orjuela, 2016, p. 3), por su parte el riesgo excepcional es aquel título que se fundamenta en “el desequilibrio de las cargas públicas que afecta a la víctima (...) La noción de carga pública hace referencia a ciertos deberes que son impuestos por el Estado en ejercicio de su soberanía” (Parra, 2010, p. 275) y el daño especial es un título de imputación objetivo que: “surge en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que la administración se ha beneficiado de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de igualdad ante las cargas del poder público” (Consejo de Estado , 2008)

6. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ATENTADOS TERRORISTA

Analizado el concepto de responsabilidad, de daño antijurídico y de los títulos de imputación es procedente ahora analizar la teoría con el tema central de análisis en la presente investigación. Como se mencionó en la parte introductoria existen eventos en los que las personas sufren graves daños antijurídicos a su integridad física o emocional por la ocurrencia de actos terroristas que algunas veces tienen la finalidad de atacar o generar daño a algún cuerpo estatal y terminan causando daño a la población civil o actos que premeditadamente buscan atentar contra las personas. Por lo anterior, surge la duda tendiente a determinar si el Estado debe o no responder por los daños antijurídicos que se causen a los particulares con ocasión de actos terroristas y cuál es el título de imputación aplicable. Para resolver lo anterior se pensaría que es necesario hacer un análisis jurisprudencial de los diversos fallos proferidos por el Consejo de Estado, sin embargo, dicho órgano de cierre no posee una línea jurisprudencial uniforme en materia de responsabilidad del estado por actos terroristas, por el contrario es bastante variable, por ejemplo, existen casos en donde a pesar de existir situaciones fácticas similares se aplica un título diferente al anterior o casos en donde el alto tribunal señala que no hay responsabilidad del Estado, dejando de lado que en otras situaciones similares dijo que sí existía. En primer lugar, es necesario señalar que de acuerdo con la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado respecto de daños antijurídicos causados con ocasión de actos terroristas, es posible imputar la reparación de dichos daños al Estado si se demuestra que el acto terrorista era previsible o, si se demuestra que la comunidad avisó a las autoridades acerca de la posible realización de un acto terrorista o, si sencillamente por los antecedentes era posible la existencia de un ataque, en dichos casos, las personas afectadas podrán acudir a la jurisdicción contencioso administrativo para solicitarle al operador judicial que declare al Estado colombiano como responsable de los

daños antijurídicos causados con ocasión de acto terrorista, para esto será fundamental la presentación del medio de control de reparación directa y, el estado responderá si no tomo las medidas suficientes y necesarias para repeler, evitar o menguar las consecuencias del ataque. En este aspecto, también es necesario tener en cuenta que el accionante tiene la carga de demostrar al juez que existieron una serie de sucesos que le permitían a las autoridades, inferir que en efecto era inminente un ataque o la existencia de amenaza de tal situación y que la o las autoridades no reaccionaron, en ese caso el título de imputación procedente es el de Falla en la prestación del Servicio. Ahora bien, si el atentado es dirigido de forma específica contra un elemento representativo del Estado, la situación cambia pues existe un inminente desequilibrio de las cargas públicas que puede ser imputable al Estado colombiano a título de daño especial, en este caso si bien el daño antijurídico no es causado por el Estado es sufrido por las personas en razón de él, razón que justifica el título de imputación que permite impetrar la reparación. Por otra parte, el Estado no responderá patrimonialmente si el acto terrorista es realizado de forma indiscriminada, si tiene como finalidad generar miedo o terror en la sociedad, y si es realizado sin previo aviso por tanto, es imposible de detectar por los organismos encargados de la seguridad pública, pues es claro que el Estado no es un ente omnisciente, omnipresente ni omnipotente, para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia. Para fundamentar lo anteriormente señalado es necesario tener en cuenta algunas sentencias que han sido consideradas como hito en el tema de responsabilidad del Estado por actos terroristas. En primer lugar se encuentra la sentencia de 27 de enero de 2001 en la cual el Consejo de Estado analizó la responsabilidad del Estado por un ataque que fue realizado por la guerrilla en las instalaciones de una mina localizada a pocos kilómetros de un puesto del ejército, el Consejo de Estado en este caso considero que debía confirmar el fallo de primera instancia pues, de acuerdo al acervo

probatorio aportado al proceso no se logró probar que el Estado incumplió con las labores de vigilancia que los particulares le solicitaron para proteger la dinamita que se empleaba para la explotación carbonífera, en ese sentido explico que: “No se rompe la igualdad ante las cargas públicas porque todos los colombianos estamos sometidos a ese tipo de violencia generalizada, pudiendo ser víctimas de hechos semejantes, pues la guerra de la subversión se extiende por todo el país y si bien hay zonas de mayor conflicto, en una de ellas ocurrieron los hechos y había presencia militar” (Consejo de Estado, 2000) Luego, el 20 de septiembre de 2001 el alto tribunal en lo contencioso administrativo resolvió el caso de un particular al cual se le causaron una serie de daños antijurídicos como consecuencia del ataque terrorista realizado en contra de un agente de la policía. En este fallo el Consejo de Estado considera que el inferior jerárquico erro en el fallo por lo cual procede a revocarlo, declarando en su lugar la responsabilidad del Estado a título de riesgo excepcional pues en el lugar de los hechos había conocimiento de la presencia de grupos armados y era previsible un ataque al sitio donde estaba ubicado la estación de policía. Al respecto la Alta Corporación argumentó: “Observa la Sala que obran en el proceso algunas pruebas con fundamento en las cuales puede concluirse que le asiste razón a la parte actora. En efecto, si bien, como se explicó anteriormente, no pueden ser tenidas en cuenta en este proceso las declaraciones rendidas por los miembros de la Policía Nacional que sobrevivieron a la toma de El Calvario, existen testimonios, informes y documentos que permiten establecer que las armas con que contaban el cabo segundo y los agentes adscritos a la Subestación de dicha población no se encontraban en buen estado.” (Consejo de Estado, 2001) Posteriormente en el año 2002, luego de analizar la parte fáctica del caso el Consejo de Estado no encontró demostrada la falla del servicio y tampoco el riesgo excepcional, pues consideró que el accionante no logro demostrar que fuera previsible el ataque, en cuanto el riesgo excepcional

consideró que el ataque no estuvo dirigido contra un objetivo militar o derivó de la creación de un riesgo realizado de manera consciente, por tanto eximio de responsabilidad al Estado en ese caso y señaló que: “Particularmente, examinando los hechos probados se observa que la información que tenía el demandado en cuanto a que en la zona – donde ocurrió el hecho dañoso – han operado grupos subversivos, como en la mayoría del país, tal situación de conocimiento sobre hechos históricos o pasados no hacen que ese conocimiento se traduzca, para el futuro, en situaciones de previsibilidad porque esta cualidad dice de lo futuro y probable en la ocurrencia de hechos. Por lo tanto, no se probó que en el zona había señales de inminencia de ocurrencia de ataques – en el momento que ocurrió el hecho - para que la autoridad activara el deber de defensa y/o de conjuración para evitar actos terroristas o para terminarlos” (Consejo de Estado, 2002) En conclusión, la responsabilidad del Estado por actos terroristas se puede imputar a título de falla del servicio solo cuando la administración actuó con omisión frente a los llamados de la comunidad, de un particular o frente a situaciones de las cuales se puede prever la amenaza inminente de un atentado terrorista o en razón a que, no desplegó el equipo de seguridad o de prevención requerido para conjurar las posibilidades de un ataque. También se puede imputar a título de riesgo excepcional cuando hay ataques dirigidos a elementos representativos del estado, funcionarios estratégicos del mismo, lo cual coloca al particular en una situación de riesgo creado de manera consciente por el Estado que se torna excepcional y, que en caso de realizarse y causarse un daño, desborda los parámetros bajo los cuales está desarrollado el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Régimen de falla del servicio y riesgo excepcional

Referente jurisprudencial. Consejo de Estado. Sentencia de 27 de enero de 2000. C.P.

JESUS MARIA CARRILLO. Radicación 8490

En este fallo el consejo de estado analizó la responsabilidad del estado por un ataque realizado por la guerrilla en las instalaciones de una mina localizada a pocos kilómetros de un puesto del ejército, el consejo de estado confirmó el fallo de primera instancia en el sentido que no se logró demostrar la responsabilidad del estado, pues aseguro que el estado cumplió con las labores de vigilancia que los particulares le solicitaron para proteger la dinamita que se empleaba para la explotación carbonífera y que la mera petición verbal de reforzamiento de la vigilancia era una prueba insuficiente para demostrar la responsabilidad del estado por falla del servicio.

Frente lo anterior, agrego que no es posible tornar las labores de vigilancia del estado de carácter absoluto, que se precisa hablar de unas obligaciones relativas, ya que, al estado no se le puede exigir la ubicación de un puesto o de un cuartel de vigilancia en cada predio rural, por la sencilla razón que no puede ser omnisciente, omnipresente, omnipotente. Así se expresó:

Cuando el atentado es dirigido en concreto contra un elemento representativo del Estado, se produce en relación con los administrados damnificados un desequilibrio de las cargas públicas, o un daño especial, que si bien no es causado por el Estado, es padecido en razón de él, y en ese caso surge un título de imputación que permite impetrar la reparación.

Si el atentado es indiscriminado, no es selectivo, y tiene como fin sembrar pánico y desconcierto social como una forma de expresión, por sus propias características cierra las puertas a una posible responsabilidad Estatal ya que es un acto sorpresivo en el tiempo y en el espacio, planeado y ejecutado sigilosamente, y por lo mismo, en principio imposible de detectar por los organismos encargados de la seguridad pública y como ya se ha dicho, los deberes del

Estado, que son irrenunciables y obligatorios, no significan que sea por principio omnisciente, omnipresente ni omnipotente, para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia.

En concreto, y de conformidad con los planteamientos de la parte actora, quien acepta la relatividad del servicio, y pretende responsabilizar al Estado argumentando que a ella no le era exigible el deber de pedir protección concreta para el caso, ni la carga procesal en ese sentido, porque en su sentir la ubicación geográfica de la mina dentro de un área de conflicto señalada como zona roja cambia las reglas del juego, imponiéndole a la Administración un deber de resultado en cuanto a la seguridad de bienes y personas, en forma generalizada.

Sobre el particular, deben considerarse las siguientes razones:

1. No por lo expuesto, el Estado se convierte en asegurador absoluto dentro de dichas áreas, ni sus obligaciones se convierten en absolutas, abandonando allí la idea de la relatividad.

2. Había presencia de efectivos militares, lo cual indica un ánimo protector y de cumplimiento de la misión, por cierto con privilegio para el demandante.

3. El propio actor señala que los efectivos acantonados eran insuficientes para repeler un eventual ataque y como se sabe, no se puede pretender la instalación de un batallón en cada predio, finca o explotación, y tampoco garantizar en términos absolutos la posibilidad de superar un ataque, por su naturaleza, futuro incierto y de magnitud desconocida, y en el caso, acepta el actor que las unidades destacadas habrían sido insuficientes para repeler el ataque, pero se observa que es un juicio posterior a los hechos. No puede olvidarse adicionalmente, que el ataque no se encauzó contra los militares, para luego de hostigarlos o coparlos proceder a incendiar, sino que se dirigió concretamente a las instalaciones de la mina, por lo cual las fuerzas legítimas sólo quedaban ante la posibilidad de emprender la persecución de los atacantes, pero

sin probabilidad de impedir lo que ya estaba consumado, y no hay prueba de que por su negligencia no se hubiere impedido la causación del daño en la magnitud en que se presentó.

4. El caso evidencia un ataque a bienes del actor que no pudo ser evitado, y que la reacción posterior debía obedecer a la posibilidad de que se agravara el daño, lo cual ya era imposible por la incineración a que se habían sometido, y cualquier movimiento de tropa con posterioridad si bien podía significar restablecimiento del orden y expulsión de los violentos, ya nada tenía que ver con los daños, y en cambio implicaba abandonar el polvorín y exponerse a un riesgo dinamitero o emboscada, que es lo usual en ese tipo de acciones.

5. No se rompe la igualdad ante las cargas públicas porque todos los colombianos estamos sometidos a ese tipo de violencia generalizada, pudiendo ser víctimas de hechos semejantes, pues la guerra de la subversión se extiende por todo el país y si bien hay zonas de mayor conflicto, en una de ellas ocurrieron los hechos y había presencia militar.

6. Por igual, en tiempos de paz y en tiempos de guerra o de turbación del orden, todos los ciudadanos están obligados a velar en forma primaria y esencial por su propia seguridad y la de sus bienes dentro del marco de la ley, y según la gravedad de la situación, a obrar con mayor diligencia, cuidado y prevención en su favor.

7. No es razonable exponerse personal y patrimonialmente y es obligatorio tomar las medidas mínimas de precaución y de protección y por lo mismo tomar medidas de seguridad sin que ello implique naturalmente relevar al Estado en sus obligaciones, ni ejercer justicia por mano propia.

8. Por lo atrás expuesto, casos como éste no quedan dentro del marco de la responsabilidad y menos en las condiciones en que pretende el demandante, y sí pudieran ser objeto de una legislación particular que posiblemente esté en mora de expedirse y para la cual el legislador adoptará las políticas que a bien tenga, y tratándose de una expresión de la solidaridad nacional

dentro del Estado Social de Derecho es también probable que dicha asistencia no sea automática y absoluta, sino modulada según el comportamiento del damnificado, pues como se viene diciendo la exposición al daño hace que no se merezca la indemnización y quien no es leal con la Administración tampoco tiene autoridad moral para acudir a la solidaridad que no practica, como por ejemplo ocurriría con quien no declara sus bienes para tributar y sí los relaciona para obtener beneficio social de asistencia pública acogiéndose a un régimen de responsabilidad legislada.

9. Adicionalmente a las circunstancias particulares del caso, que ya fueron reseñadas como ataque a la mina “La Victoria” en el municipio de la Jagua de Ibirico (Cesar), propiedad de Carboandes y operada por Minera Ibirico S.A., debe agregarse el informe pericial según el cual la guarnición militar más cercana se encontraba a tres (3) kilómetros por carretable destapado (fl. 223 c. 1); y el de inteligencia militar según el cual la autoría de los daños radica en grupos guerrilleros (fl. 230 c. 1).

De igual manera, el consejo de estado en este fallo hace unas distinciones en torno a la responsabilidad del estado, empieza diciendo que el estado no responde cuando se trate de ataques indiscriminados, que busquen generar pánico y desconcierto social, criterio que el suscrito comparte por cuanto no existe posibilidad de imputar el daño al estado, es muy cierto que con las consecuencias de dicho ataque se causa daños que excede lo que los particulares están obligados a soportar, pero la derivación de responsabilidad del estado resulta incoherente en la medida –se insiste- que no hay imputabilidad al estado y menos nexo causal, lo que resta para las víctimas es la asistencia social.

Se considera, que las razones para no derivar responsabilidad del estado son plausibles, por cuanto el ataque contra la mina no fue dirigido inicialmente contra el cuartel militar para causar una distracción y atacar seguidamente a la mina sino que estuvo dirigido directamente contra

ella, luego si se acepta seguir la orientación dada por el consejo de estado a la tesis del riesgo excepcional entonces, de entrada se descarta que el ataque estuvo dirigido contra un elemento representativo del estado y por ende la responsabilidad del estado.

Además, en un país como Colombia con un orden público difícil de controlar en un cien por ciento, no se puede declarar la responsabilidad del estado considerando que por ser una zona roja o de ubicación de la insurgencia el estado debe pretender tornar sus obligaciones de vigilancia de relativas en absolutas- es cierto que debe haber presencia militar, más no se le puede exigir que la haya en cada predio de la zona-, hay que tener en cuenta que los grupos subversivos pueden estar ubicados en todas partes y ser un peligro latente y para ser inminente se requiere entonces, que existan amenazas claras, concisas o contundentes de la inminencia de un ataque para que ante tal escenario de probabilidades con alta certeza de realización se derive responsabilidad del estado, si no acato los llamados, las alertas.

Referente jurisprudencial. Consejo de Estado. Sentencia de 20 de septiembre de 2001. C.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ. Radicación. 1994-4398

En el siguiente fallo, se resuelve la responsabilidad del estado no por los daños causados a un particular producto de una toma guerrillera sino por los daños causados a un agente de la policía, daños que si bien fueron causados por un tercero es menester analizar la responsabilidad del estado para determinar si existe una imputabilidad al estado por haber expuesto al agente a un riesgo desproporcionado.

En este fallo el consejo de estado revoca la sentencia de primera instancia y en su lugar declara la responsabilidad del estado al considerar que la responsabilidad surge como consecuencia del sometimiento del estado a un riesgo excepcional en cabeza del agente de policía, por cuanto existía en primer lugar presencia de grupos subversivos y en segundo lugar

toda una serie de situaciones que daban para asegurar la inminencia de un ataque al sitio donde estaba ubicado la estación de policía y en tercer lugar conforme con lo anterior y por principio es deber del estado dotar a los miembros de la fuerza pública de las municiones necesarias y con calidad, además de la preparación militar idónea para exigir resultados satisfactorios, aspectos que no se cumplieron, sumado a que no se aumentó el pie de fuerza, no llegaron refuerzos; si bien los miembros de la fuerza pública se someten a riesgos propios de su trabajo en donde por regla general el estado se exime demostrando el hecho de un tercero o fuerza mayor, no puede el estado dejarlos a su suerte. La Alta Corporación argumentó:

“Observa la Sala que obran en el proceso algunas pruebas con fundamento en las cuales puede concluirse que le asiste razón a la parte actora. En efecto, si bien, como se explicó anteriormente, no pueden ser tenidas en cuenta en este proceso las declaraciones rendidas por los miembros de la Policía Nacional que sobrevivieron a la toma de El Calvario, existen testimonios, informes y documentos que permiten establecer que las armas con que contaban el cabo segundo y los agentes adscritos a la Subestación de dicha población no se encontraban en buen estado.”

“Esta información coincide, en términos generales, con la contenida en el informe rendido por el Comandante del Primer Distrito del Departamento de Policía del Meta, en relación con el asalto guerrillero. Allí se expresa, en efecto, que éste fue perpetrado por un número aproximado de 80 ó 100 hombres, que portaban “armamento de alto poder”, como fusiles G-3, R-15, granadas de fragmentación y dinamita. También se alude en este informe a que algunos agentes sobrevivientes expresaron al comandante que sus armas, en desarrollo del combate, se trabaron, y otras se desarmaron, por lo cual aquél concluyó que el armamento de dotación no estaba “en capacidad de resistir” el ataque de los subversivos, no obstante lo cual el personal de la subestación combatió “hasta las 10:00 a.m., en forma valerosa”.”

“Es evidente, entonces, por una parte, que, con anterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos, los superiores del cabo segundo y de los agentes adscritos a la Subestación de Policía de El Calvario tenían conocimiento de que ésta última se encontraba en una zona que presentaba graves alteraciones del orden público, por la presencia del grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, y por otra, que existía una alta posibilidad de que se produjeran ataques “terroristas” y, por lo tanto, que era necesario reemplazar las armas asignadas al personal adscrito a dicha subestación. Un indicio más de que un ataque de tal naturaleza era considerado inminente lo constituye la medida de evacuación nocturna de las instalaciones de la subestación, insuficiente sin duda, para garantizar las condiciones de resistencia de los miembros de la misma, y aparentemente inadecuada frente a las necesidades de protección de la población.”

“Concluye esta Sala, entonces, que la muerte del agente Luis Alfonso Gutiérrez Pinilla resulta imputable a la Nación. En efecto, no obstante que altos mandos de la Policía Nacional tenían conocimiento de la inminencia de un ataque guerrillero a la Subestación de El Calvario, a la cual se encontraba adscrito dicho agente, aquéllos no tomaron medida alguna para garantizar que los miembros de la institución estuvieran preparados para afrontarlo; así, por ejemplo, no reemplazaron el armamento, ni los equipos de comunicaciones –a pesar de haber advertido que era necesario–, y no aumentaron el pie de fuerza, ni diseñaron mecanismos especiales para enviar refuerzos, en caso de urgencia.”

“Así las cosas, es claro que Luis Alfonso Gutiérrez Pinilla, en su condición de agente asignado a la subestación mencionada, fue sometido a un riesgo excesivo e innecesario, por causa de una falla en la prestación del servicio de Policía. Si bien los miembros de la Fuerza Pública deben soportar el riesgo de sufrir daños como consecuencia del ejercicio de sus

funciones, el cual, por la naturaleza de éstas, asumen al aceptar sus cargos, y al ocurrir, no da lugar al surgimiento de la responsabilidad del Estado –pues, por lo general, se configura una de las causales de exoneración, normalmente hecho de tercero o fuerza mayor–, debe precisarse que ello no autoriza a éste último para abandonarlos a su suerte, imponiéndoles cargas imposibles de cumplir; por el contrario, es su deber dotarlos de los elementos necesarios para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones, con mayor razón en los casos en que es previsible un enfrentamiento armado, y poner en práctica planes y estrategias tendientes a la adopción oportuna de medidas preventivas, para garantizar el éxito de las operaciones y proteger la integridad de los combatientes legítimos.”

Los anteriores criterios empleados para determinar la configuración de responsabilidad del estado, resultan ser plausibles, si consideramos que el ejercicio de la soberanía, protección de la integridad personal y vida de las personas a cargo de los miembros de las fuerzas de seguridad debe estar respaldado por elementos ya se denominen, municiones, equipos de comunicación con alto desarrollo tecnológico, de detección de agentes extraños, de recurso humano con alta preparación etc, para poder exigir resultados satisfactorios a los intereses de la nación de lo contrario someter a los agentes encargados de llevar a costas semejante responsabilidad sin la indumentaria necesaria resulta en el sometimiento de un riesgo que excede las cargas que la naturaleza de su cargo y funciones lo permiten.

**Referente jurisprudencial: Consejo de estado, sentencia de 2 de mayo de 2002, C.P.
MARIA ELENA GIRALDO Radicación 1995-3251-01**

En la situación fáctica analizada el consejo de estado no encontró demostrada la falla del servicio y tampoco el riesgo excepcional, consideró que el accionante sólo demostró que en la zona donde ocurrió el hecho dañoso (quema de 21 vehículos particulares) hubo presencia de fuerzas ilegales antes del ataque más no logro demostrar la “la evidente y nueva situación actual de amenaza en la zona para que el estado estuviese presente”, en cuanto el riesgo excepcional consideró que el ataque no estuvo dirigido contra un objetivo militar o derivado de la creación de un riesgo realizado de manera consciente.

“La falla endilgada en la demanda se sustentó, jurídicamente, en la omisión de la Nación en el deber constitucional de protección, vigilancia y seguridad de los bienes de las personas residentes en el territorio y se concretó, en los hechos relativos a que para las autoridades era previsible el suceso de un acto terrorista, tanto por el lugar, una zona de “desorden público” en la que delinquen activamente cuadrillas de guerrilleros como por el modo en que los organismos de seguridad conocían la situación vivida en esa región.”

“El análisis de responsabilidad bajo ese título de imputación jurídica, por actos terroristas, requiere de la concurrencia de varios elementos:”

“- El desconocimiento por acción u omisión a deberes constitucionales, legales, reglamentarios o administrativos por parte del Estado que correlativamente implican derechos de los administrados, en situaciones concretas previsibles.”

“- El daño, cierto, particular, anormal, a las personas que solicitan reparación, a una situación jurídicamente protegida o que genere confianza legítima por parte del Estado.”

“- El nexo de causalidad adecuado, determinante y eficiente, entre el daño y la conducta irregular del Estado.”

“Frente al tema de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de las competencias de las fuerzas militares, la Carta Política enseña que éstas ejercen la defensa de la Nación, primordialmente para la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (art. 217).”

“La concepción jurídica en la fijación de esos deberes de defensa de la soberanía, independencia e integridad del territorio nacional y del orden constitucional, por su propia naturaleza, implica que esos intereses jurídicos tutelados estén amenazados o se estén vulnerando; que la situación de amenaza o de vulneración sean ciertas, concretas, determinadas y por tanto previsible en las circunstancias de tiempo y lugar, porque el modo delincencial siempre es sorpresivo; el conocimiento por parte del Estado de una situación de esas, jurídicamente lo incita, a poner en movimiento su actuar. **La previsibilidad se torna pues en una situación cualificada necesaria cuando se trata de imputaciones jurídicas por falla en el servicio, en este caso por actos terroristas.** Por ello es que la jurisprudencia, apreciando, de una parte, el marco jurídico del deber del Estado - que por lo demás la Constitución no califica de permanente -, y las circunstancias que lo ponen en movimiento, alude a que la responsabilidad del Estado puede darse por falla pero dentro de esas circunstancias relativas (falla relativa del servicio), debido a que a los militares no puede exigírseles que hubieran actuado cuando el mismo administrado sintió confianza en desplegar sus actividades en lugares y tiempo en los que no existía amenaza visible, a esas actividades.” (Negrilla fuera de texto)...

“Particularmente, examinando los hechos probados se observa que la información que tenía el demandado en cuanto a que en la zona – donde ocurrió el hecho dañoso – han operado grupos

subversivos, como en la mayoría del país, tal situación de conocimiento sobre hechos históricos o pasados no hacen que ese conocimiento se traduzca, para el futuro, en situaciones de PREVISIBILIDAD porque esta cualidad dice de lo futuro y probable en la ocurrencia de hechos. Por lo tanto, no se probó que en el zona había señales de inminencia de ocurrencia de ataques – en el momento que ocurrió el hecho - para que la autoridad activara el deber de defensa y/o de conjuración para evitar actos terroristas o para terminarlos.”...

“Procesalmente se demostró que sólo en forma sobreviviente, al hecho delincencial, el Estado conoció de la situación y emprendió, inmediatamente, las medidas necesarias de salvamento.”

“...no demostró el hecho constitutivo fundamental de la falla del servicio; se limitó a demostrar la ocurrencia del ataque delincencial, el conocimiento pasado del Estado sobre desórdenes en la zona, pero no a probar la evidente y nueva situación actual de amenaza en la zona en la que fuera necesaria la presencia del Estado.”

“Finalmente, también se observa que los hechos demandados no ocurrieron porque el Estado creó un riesgo con el cual expuso al dañado directo y al indirecto (cesionario legal) a sufrir una carga mayor a los demás administrados, por lo siguiente:”

“- Según la narración de los hechos y los antecedentes probados, la incineración de los vehículos no fue consecuencia de un ataque perpetrado contra el Estado (en sus servidores, en sus bienes, en el ejercicio de sus funciones); no se demostró que el Estado fue el blanco de los movimientos ilegales y que de contera personas y bienes particulares sufrieron la consecuencia de padecer el riesgo creado por el Estado, al ser puntal que persiguen las fuerzas ilegales.”

“- Tampoco los hechos alegados en la demanda y las pruebas practicadas tienen alcance para ubicarlos bajo las especiales circunstancias de que el Estado impuso una carga pública mayor en

beneficio de la comunidad. Aunque el incendio de los vehículos causó al demandante la obligación de indemnización del siniestro al asegurado, éste no perdió los bienes como resultado de la imposición del soporte mayor de cargas públicas, lícitas y legítimas, del Estado.”

En este fallo, el consejo de estado alude a la noción de falla del servicio relativa, se deduce que dicho concepto se deriva de las obligaciones constitucionales impuestas a las autoridades encargadas de garantizar la soberanía, guarda de la vida, integridad personal y convivencia ciudadana y que no son permanentes bajo el entendido que se tornan obligatorias o de imperiosa presencia del estado cuando existen situaciones de amenazas claras, ciertas y por tanto previsibles, en síntesis al estado no se le puede exigir lo imposible o la omnipresencia del mismo en todo momento y lugar.

La no declaratoria de responsabilidad del estado, resulta plausible y en concordancia con el caso resuelto por el Consejo de Estado por un acto terrorista dirigido contra una mina de carbón- ya citado- puesto que, en primer lugar no fue un ataque dirigido contra un elemento representativo del estado y en segundo lugar si bien existía la presencia de grupos al margen de la ley, en época anterior a la ocurrencia de los hechos, lo cierto es, que el accionante no logro demostrar la inminencia o amenaza del ataque para pretender encauzar la responsabilidad del estado con base en la falla del servicio; luego, al no quedar demostrado la previsibilidad del ataque no hay lugar a entrar a determinar si en efecto el estado actuó de una manera diligente, prudente en torno a las advertencias.

Referente jurisprudencial. Consejo de Estado. Sentencia de 5 de diciembre de 2005, radicado 16.149 M.P Maria Elena Giraldo Gómez

En este fallo el consejo de estado analiza en detalle el régimen de falla del servicio y de riesgo excepcional en cuanto al primero de una manera más enfática y clara sostiene que NO es la previsión de generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino que la falla se analiza con base en aquellas situaciones “que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida” y agrega que el hecho que la víctima no haya solicitado protección previa especial no significa que sea un eximente de responsabilidad estatal.

En cuanto, al riesgo excepcional es partidario de la tesis según la cual cuando el estado en el ejercicio de sus funciones utiliza medios o recursos (instituciones de seguridad, funcionarios con altos cargos) crea un riesgo colocando a un grupo particular en riesgo excepcional o en una situación que excede las cargas públicas normales que una persona debe soportar, en caso de realizarse el riesgo y causar daños debe repararlos. Al respecto argumentó:

“TÍTULO JURÍDICO APLICABLE EN ATENTADOS TERRORISTAS:”

“La responsabilidad del Estado por actos terroristas parte del supuesto de que el acto o la conducta dañosa son perpetrados por terceros ajenos a él, trátase de delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo.”

“POR FALLA cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir cuando la imputación se refiere a la actuación falente o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero. Para determinar la responsabilidad bajo este título debe

analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida. Por tanto la sola circunstancia de que el afectado no haya solicitado protección previa especial no siempre será causal que permita exonerar a la administración de su deber de protección y vigilancia sino dependiendo del caso, pueden existir otras circunstancias indicadoras que permitieran a las autoridades entender que se cometería un acto terrorista. Y si del estudio fáctico y probatorio se concluye que para la Administración sí existieron circunstancias que indicaban la probabilidad de comisión de un acto terrorista y no obstante teniendo algo más que una suposición omitió tomar las medidas necesarias para prestar el servicio de vigilancia y protección y ese acto terrorista causó daños le sería imputable responsabilidad a título de falla dada la trasgresión a su deber de proteger a las personas y bienes de los residentes en el país; profusamente así, se ha pronunciado la Sala .”

“RESPONSABILIDAD POR RIESGO EXCEPCIONAL cuando en un actuar legítimo la autoridad coloca en riesgo a unas personas en aras de proteger a la comunidad. La Sala ha precisado que los elementos estructurales de la responsabilidad bajo este título jurídico, son: “Un riesgo de naturaleza excepcional para los administrados que aparece por la amenaza potencial contra los instrumentos de acción del Estado – instrumentales, humanos y de actividad – en época de desórdenes públicos provenientes y propiciados por terceros que luchan contra el mismo Estado y que se concreta con el ataque real de esos instrumentos y la consecuencia refleja en los administrados (personas o bienes), que quebranta la igualdad frente a las cargas públicas. El daño a bienes protegidos por el derecho. El nexo de causalidad, entre el daño y la conducta de

riesgo creada por el Estado, con eficiencia de producir aquel ... La responsabilidad patrimonial del Estado se ve comprometida cuando en ejercicio de sus actividades y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional; éste dada su gravedad excede las cargas normales que deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resulta de la existencia de dicho servicio público. La Sala no desconoce que el daño en sí mismo considerado no lo produjo el Estado, sino que lo produjo un tercero, pero advierte que para su producción el riesgo sí fue eficiente en el apareamiento del mismo”. Se destaca la sentencia de 8 de febrero de 1999: “En relación con la responsabilidad del Estado por los daños producidos a las personas o a los vehículos que prestan servicio público de transporte o de carga por actos terroristas, la jurisprudencia ha considerado...que en los casos en que se obliga al transportador a prestar el servicio en momentos de alteración del orden público, el Estado debe responder por los perjuicios que aquéllos sufran, así se preste la debida vigilancia, porque se produce en estos casos un desequilibrio en las cargas públicas”

“EL ACERVO PROBATORIO ES DEMOSTRATIVO del primer elemento de responsabilidad bajo el título del riesgo, porque se estableció que a raíz de la ubicación del cuartel de Policía del Municipio del Carmen en área urbana habitada, se expuso a las personas que habitaban, en los inmuebles aledaños y a sus bienes, a un riesgo mayor a sufrir un daño, excediéndose de tal manera las cargas normales que debían soportar los habitantes, para verse beneficiados de la seguridad, mantenimiento del orden público y de la protección de su vida, honra, vida y bienes, cometidos estatales a cargo de la Nación Colombiana (Policía Nacional).”

El Consejo de Estado condeno al estado bajo el supuesto que la ubicación del cuartel de policía del Municipio del Carmen en área urbana habitada expuso a las personas que habitaban

en los inmuebles aledaños y en sus bienes a un riesgo mayor a sufrir un daño, criterio que comparto siempre que el riesgo haya sido creado por el estado y no que haya sido el ciudadano que decidió asumirlo, es decir, si el estado ubico un elemento representativo del mismo en una zona despoblada o con niveles de urbanización mínimos y el ciudadano haciendo uso de su libre albedrío pese a saber, el riesgo que representa el elemento decide construir un bien no hay porque declarar responsable al estado en caso de realizarse, pues el riesgo no lo creo el estado, lo asumió con posterioridad el ciudadano, no se lo impusieron, él surgió de la decisión unilateral del particular de construir pese a las consecuencias que ello le podría generar.

Si el acto terrorista no está dirigido contra un elemento representativo del estado y no fue posible de prever y tampoco hubo participación de agentes del estado, no es posible concluir una falla de servicio; estamos entonces, ante un acto terrorista que tuvo como objetivo causar pánico o zozobra social y no puede haber responsabilidad porque se estaría generalizando la tesis de responsabilidad patrimonial del estado por actos terroristas y como consecuencia de ello se estaría cambiando el sentido con el cual fue creado el artículo 90 de la constitución política, la responsabilidad del estado frente a hechos de un tercero no puede surgir simplemente porque exploto un carro bomba al frente de un sitio cualquiera que no se constituya como elemento representativo del estado, del cual no tenía noticia alguna la autoridad, no había situaciones para preverlo y tampoco medio la participación de agentes del estado en el mismo.

Objetivar la responsabilidad patrimonial del estado a tal punto de responder hasta por los hechos de un tercero equivale a darle un viraje sustancial a los elementos mediante los cuales se puede imputar responsabilidad al estado, pues el nexo causal no habría que entrar a demostrarlo y menos se podrá desvirtuar, si de entrada se asume que el estado responde por hechos de un tercero donde el estado no tuvo participación alguna.

Lo que si es viable, es fortalecer los sistemas de asistencia social y humanitaria con el fin de prestar un auxilio, si se puede, lo más integral posible a las victimas pero se insiste nunca a título de responsabilidad del estado.

Referente jurisprudencial. Consejo de estado. Sección tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. MAURICIO FAJARDO. Radicación 1993-09273-01(15571).

En este fallo el Consejo de Estado analizó la responsabilidad del estado por un joven odontólogo que se transportaba en un vehículo camino al puesto de salud, el cual fue embestido (el 15 de agosto de 1991) por grupos ilegales ubicados en el puesto de policía del municipio de Santa Rosa del Sur, siendo el joven una víctima fatal del ataque, el Consejo de Estado determinó que se configuraba la responsabilidad del estado bajo la tesis del riesgo excepcional por haberlo expuesto en cumplimiento de sus funciones a un riesgo de tal magnitud, consideró que el estado había utilizado medios o recursos que colocan a los particulares - el puesto de policía- o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional que excede las cargas públicas en relación con las ventajas para el Estado. Así se expresó:

“Ahora bien, respecto de que la muerte de dicho profesional haya sido el resultado exclusivo de la conducta ilegal que despliegan los grupos que actúan al margen de la ley, se considera que, si bien es cierto que, en un sentido estricto ello tiene una explicación lógica, en el entendido de que si no se hubiera presentado la incursión guerrillera tampoco se hubiera dado la muerte violenta de Gómez Sierra, también lo es que, ese fenómeno social, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, ha dado lugar a establecer que los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la Administración, en ejercicio de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros

activos del Estado, o la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección de las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a evitar o enfrentar eficientemente el ataque. La responsabilidad del Estado por actos terroristas parte del supuesto de que el acto o la conducta dañosa son perpetrados por terceros ajenos a él, tratándose de delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo. En el mismo sentido ha determinado la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la Administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. **En conclusión, en el caso concreto se demostró que en el Municipio de Santa Rosa del Sur, en el Departamento de Bolívar, se adelantó un combate entre las fuerzas del orden y grupos subversivos, circunstancia que generó un riesgo excepcional para la ciudadanía, en el caso concreto para el médico Freddy del Cristo Gómez Sierra, hecho que, por ende, conforme al criterio jurisprudencial expuesto, da lugar a afirmar que el daño por el cual se demanda indemnización es imputable a la entidad demandada.”** (Negrilla fuera de texto).

En este fallo, podríamos hacer uso de los elementos determinados por la jurisprudencia para configurar responsabilidad del estado por la creación de un riesgo excepcional, en efecto el Consejo de Estado afirma que se requiere “un riesgo de naturaleza excepcional para los administrados”, palabras más o menos es el producto de la amenaza potencial contra un elemento representativo del estado que puede ser instrumental, humano o de actividad, en época de desórdenes públicos provenientes y propiciados por terceros que luchan contra el mismo estado y que se concreta con el ataque real de esos instrumentos, como segundo elemento, encontramos, el daño, representado en la afectación sobre personas o bienes protegidos por el derecho, como

tercer elemento, encontramos, “el nexo de causalidad entre el daño y la conducta de riesgo creada por el Estado, con eficiencia de producir aquel”, por tanto nos encontramos ante un joven que no tenía por qué soportar las consecuencias que se derivan del ejercicio de actividades legítimas del estado y que lo pusieron ante una situación que desbordo las cargas públicas que están obligados a soportar los ciudadanos; es así, como el estado en ejercicio de sus funciones crea amenazas potenciales, es decir, de entrada el estado sabe que el ejercicio de la defensa y seguridad al causar un riesgo latente puede ser fuente de responsabilidad patrimonial, puesto que, como se anotó, estamos ante el ejercicio de una actividad lícita desplegada por el establecimiento de elementos representativos del estado-instrumentales, humanos, de actividad- que en época de disturbios públicos pueden causar daños a los particulares y bienes y frente a los cuales no hay lugar a soportarlos.

Referente jurisprudencial: Consejo de Estado. Sentencia de 28 de junio de 2006. C.P. RUTH ESTELLA CORREA PALACIO. Radicación 1995-00196.

El Consejo de Estado analizó la responsabilidad del estado por actos terroristas con ocasión de la explosión de una bomba en un comando de la policía en bello Antioquia (ocurrida el 23 de febrero de 1994) que se encontraba al frente de una cafetería ocasionándole grandes daños, la Alta Corporación condenó al estado como consecuencia de la materialización de un riesgo creado por él, concluyó que se instaló un comando de la policía para proteger a la comunidad pero lo que hizo fue generar un riesgo excepcional.

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

las personas y que el ataque estuvo dirigido concretamente contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal.”

“En el sub exámine, el daño es imputable al Estado, no a título de falla del servicio porque no aparece demostrada en el expediente la omisión atribuida a las autoridades de policía, pero sí a título de riesgo excepcional, porque el ataque estuvo dirigido contra el comando En consecuencia, si bien es cierto que no existe una prueba directa que acredite que el atentado terrorista ocurrido el 23 de febrero de 1994, fue dirigido contra el comando de policía, ubicado en el parque de Bello, Antioquia, sí existe una serie de indicios que permiten llegar a esa conclusión, tales como las amenazas generalizadas de ataques con explosivos contra las instalaciones militares y la ubicación del artefacto explosivo.” ...

“En consecuencia, el Estado es patrimonialmente responsable de los daños causados al señor Andrés Hernando Hoyos Marín, porque los mismos se produjeron como consecuencia del ataque terrorista cometido contra el comando de la Policía, que si bien había sido instalado en ese lugar con el fin de proteger a la comunidad, generaba para sus vecinos la existencia de un riesgo excepcional”.

Posiciones en contra - supuestos bajo los cuales no se configura la responsabilidad del Estado por actos terroristas-operaciones de guerra.

1. Criterios doctrinarios

TAMAYO JARAMILLO considera que no debe de existir responsabilidad del estado por actos terroristas, él es partidario de un sistema de indemnizaciones para los perjudicados pero bajo la noción de solidaridad social más no sobre la tesis de responsabilidad patrimonial de Estado, el doctrinante disiente del criterio del consejo de estado, según el cual existe

responsabilidad del estado por dichos actos bien sea bajo el régimen de daño especial o de riesgo excepcional.

TAMAYO JARAMILLO en la exposición de su tesis, nos refiere el término “operaciones de guerra”, para referirse al conflicto armado desatado en nuestro país, y manifiesta tomando como referencia para su argumentación la obra de MICHEL ROUGEVIN “en nuestro concepto, cuando hay una lucha frente a frente, por defender un poblado o una región, las operaciones son de guerra. Lo mismo ocurre cuando, por razones preventivas, previas a un combate, el Estado causa daños a los particulares (en este caso podría emplearse la responsabilidad por daño especial). En cambio a pesar de que una región esté ocupada por guerrilleros y el estado también haga presencia no por ello podemos afirmar que, siempre, las actividades de la tropa estén completamente ajenas a la responsabilidad. Puede haber casos en que la responsabilidad estatal subsista, pese a que los daños se produzcan por la tropa, en una zona de guerra.

Así, por ejemplo, tratándose de daños causados por un vehículo, es necesario averiguar cuales circunstancias rodearon el hecho. En efecto si el accidente se produce en medio del combate, cuando en el vehículo se transportaban heridos o municiones, es claro que no habrá responsabilidad de ninguna índole. En cambio si el accidente se produce en tiempo y en campo de guerra, pero fuera de una operación de esa naturaleza, la responsabilidad subsiste. Piénsese en el vehículo que no estando en combate, transporta tropa o municiones y causa daño a terceros” [14].

De una manera más explícita al referirse a los actos terroristas manifiesta:

“Y en lo que se refiere a la utilización de armas de fuego y explosivos la situación es más o menos similar, en efecto si en medio de un bombardeo, el estado o sus enemigos causan daños a terceros, estos no tendrían acción en responsabilidad contra el estado, pues ese es el

caso típico de la irresponsabilidad estatal por operaciones de guerra.” (Negrilla fuera de texto).

“En cambio, puede suceder que se produzcan explosiones en los arsenales del estado, como consecuencia de ataques del enemigo, o que dichas explosiones se produzcan accidentalmente. En este caso es equivocado pensar en aplicar la responsabilidad por riesgo excepcional, argumentado el riesgo que genera la presencia del estado al lado de los bienes de los particulares. Pese al innegable riesgo, el Estado no puede ser responsable en forma objetiva, pues no fue voluntariamente que escogió generar ese riesgo. Lo hizo en favor de la sociedad”.

En cuanto a las situaciones frente a las cuales puede haber responsabilidad TAMAYO JARAMILLO siguiendo las tesis del Consejo de Estado y de MICHEL ROUGEVIN expresa que “será responsable el Estado si, pasada la guerra, teniendo como hacerlo, por su negligencia, omite recoger los explosivos”, en el caso especial de las minas quiebra patas y de artefactos similares, colocado por los enemigos, el estado responde siempre que, pudiendo controlar los riesgos, según los recursos disponibles, no lo hace.

Más recientemente TAMAYO JARAMILLO expresó las razones por las cuales no debe de haber responsabilidad del estado por actos terroristas: “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 quien no obtiene ningún beneficio de los mismos, y 3. los costes económicos. Y por ello, las sumas que se dedican a indemnizar a las víctimas de tales atentados terroristas u operaciones de guerra, se deberían canalizar más bien a la infraestructura del país o en atender servicios públicos de mayor necesidad como sería el caso de los desplazados.

GIL BOTERO, interpreta las razones esgrimidas por TAMAYO JARAMILLO así: “según se desprende del texto, se va mucho más allá de la tendencia del Consejo de Estado, en la visión exigente de responsabilidad de la administración pues se infiere que el estado no solo no debe responder por los actos terroristas sino que tampoco debe responder por los daños que cometa la fuerza pública en operaciones de guerra, todo lo cual presenta un panorama desolador para las víctimas.”

TAMAYO JARAMILLO, sólo acepta la responsabilidad del estado por operaciones de guerra o actos terroristas en caso de falla del servicio, con tal posición rechaza la responsabilidad del estado por actos terroristas con base en el daño especial, considera que es inapropiado aplicar este régimen para las actividades de guerra o actos terroristas, porque para él constituyen una especie de causa extraña y además porque la teoría del daño especial no se aplica cada vez que se da una ruptura del equilibrio de las cargas públicas, porque de ser así cualquiera situación por la cual se sienta afectado una persona puede dar lugar para declarar responsable al estado, para apoyar su posición trae a colación al profesor español GARCIA DE ENTERRIA quien manifiesta con respecto al concepto técnico-jurídico de lesión resarcible: “nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro derecho que interpretarlo como una formula 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 JARAMILLO considera entonces, que la aplicación desbordada de la teoría del daño especial o la del riesgo excepcional en caso de actos terroristas, torna la existencia misma del estado en fuente de responsabilidad permanente, en la medida en que esa existencia genera riesgos.

Criterios de disentimiento al interior de la jurisprudencia del consejo de estado

En un fallo reciente del consejo de estado donde se discutía la responsabilidad del estado por un joven odontólogo que se transportaba en un vehículo camino al puesto de salud, el cual fue embestido (el 15 de agosto de 1991) por grupos ilegales ubicados en el puesto de policía del municipio de Santa Rosa del Sur, siendo el joven una víctima fatal del ataque, el Consejo de Estado determinó que se configuraba la responsabilidad del estado bajo la tesis del riesgo excepcional por haberlo expuesto en cumplimiento de sus funciones a un riesgo de tal magnitud, consideró que el estado había utilizado medios o recursos que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional que excede las cargas públicas en relación con las ventajas para el Estado.

En el mismo sentido, sostuvo que la imputabilidad surgía como consecuencia de la creación de un riesgo excepcional, en la medida en que se pone en peligro a un grupo de ciudadanos con el fin de proteger a la comunidad en general, si bien el daño lo produjo un tercero, su realización es producto de un riesgo excepcional, creado conscientemente por el estado, es decir, dentro del marco de la guerra creo un riesgo lícito, previsible y consciente que al concretarse compromete la responsabilidad.

En dicho fallo, hubo salvamento de voto del Magistrado RAMIRO SAAVEDRA, su disentimiento del fallo viene dado al considerar que la tesis del riesgo excepcional no debe de ser aplicada en razón del ataque a sitios determinados como susceptibles de ser objetivos de guerra, apoya su tesis en el argumento según el cual la tesis del riesgo excepcional es empleada para referirse a actividades con un amplio desarrollo tecnológico (redes eléctricas, creación de equipos de guerra, conducción de vehículos automotores, armas de dotación oficial) en tanto que las instituciones de seguridad no son creadoras de riesgo sino que buscan proteger a la

ciudadanía, por ello considera que en esos eventos sólo se da la responsabilidad del estado cuando hay una falla del servicio, tal es el caso que el ataque era previsible y no se tomaron medidas necesarias y suficientes para repeler, evitar o atenuar los efectos del acto terrorista.

Termina su disertación el Magistrado concluyendo que si existe cercanía de instalaciones militares y de policía y hay un ataque pero no fue previsible, el estado no puede volverse omnipresente, omnipotente y omnisciente para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia, a continuación veamos algunos extractos de su salvamento de voto:

“Es bien sabido que una de las causales eximentes de responsabilidad es el acto exclusivo de un tercero, lo que convierte por tanto al autor de la actuación terrorista en una causa extraña y por ende, en un elemento de ruptura del nexo causal. Tal y como lo ha señalado la Sala en otras oportunidades, los atentados terroristas dirigidos inesperadamente contra la población resultan imprevisibles para las autoridades públicas, a menos, que se produzcan amenazas previas que permitan adoptar oportunamente medidas de protección. No existe, entonces, en casos de ataques imprevistos, una omisión del Estado que pueda constituirse en causa del hecho, por no haber impedido la acción de la delincuencia. Tampoco se presenta un riesgo concreto y excepcional que afecte a un grupo específico de ciudadanos, creado por la misma administración en cumplimiento de sus funciones. No podría pensarse que el Estado está obligado a responder por los perjuicios causados a los ciudadanos como consecuencia de la realización de cualquier delito. Si bien el aparato estatal tiene una función preventiva y sancionadora en relación con los hechos punibles, no puede concluirse, a partir de ello, que sea responsable de su comisión en todos los casos, ya que solo pueden considerarse imputables a él, aquellos que han tenido ocurrencia por causa de la acción o la omisión de uno de sus agentes, como podría suceder con el delito del terrorismo, en aquellos eventos en los que la acción de los antisociales fue facilitada por la

omisión en el cumplimiento de un deber concreto de la administración o, tuvo lugar por causa de la realización de un riesgo creado ilícitamente por ésta, que tenía carácter excepcional o especial, en relación con quienes resultaron afectados.”

“Según los dispuestos en el artículo 2° de la Constitución Política, *“las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”* y, como parte de esas autoridades, las fuerzas armadas tienen dentro de sus funciones, el deber de proteger a los habitantes del territorio y de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y de seguridad (Art. 218), lo que las erige como una garantía constitucional que ofrece el Estado a sus ciudadanos.”

“En virtud de ello, no podría afirmarse que la sola existencia de una instalación militar o de policía o, el ejercicio del deber de defensa de la comunidad, se convierta por sí mismo en un riesgo para la población en general, pues de aceptarse un razonamiento tal, se tendría que llegar a la paradoja de que la Fuerza Pública es al mismo tiempo un elemento de auxilio y de peligro de la ciudadanía, lo que generaría inestabilidad jurídica que atentaría contra los fines esenciales del Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución Política, pues en ella la connotación que se le dio a la Fuerza Pública no fue otra que la de autoridad de protección.”

“Cabe anotar, que la teoría del riesgo, como ya se dijo, se funda especialmente en los peligros surgidos del desarrollo tecnológico, como las instalaciones de las redes eléctricas, la creación de equipos de guerra de largo alcance y potencialidad, etc., que se caracterizan por generar un riesgo excepcional, cosa distinta al riesgo que se pretende crear por la sola existencia de las dependencias encargadas de la defensa y vigilancia de la Nación, pues no debe olvidarse que las

primeras siempre tendrán la connotación de peligrosas por su esencia, por su naturaleza, y las segundas siempre se caracterizan por ser de protección para la ciudadanía.”

“Ciertamente la cercanía a las instalaciones militares y de policía implica posibilidades de atentados terroristas, pero si dichas posibilidades no son previsibles, por cuanto no existen indicios que demuestren la inminente ocurrencia de los mismos, el Estado no puede constituirse en un ente omnisciente, omnipresente ni omnipotente para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia, pues no tiene la oportunidad de programarse para un eventual enfrentamiento, poniendo a salvo previamente a la población y bienes civiles, más aún, cuando se trata de pueblos y veredas donde la vigilancia es más difícil y donde la población cuenta con una Fuerza Pública dentro de las posibilidades reales del país.”

“Estas son las razones por las cuales la responsabilidad del Estado, en esos eventos, sólo puede provenir de una **falla del servicio**, porque el ataque era previsible y no se tomaron las medidas necesarias, ni los cuidados para evitar los daños provenientes del ataque, que es en todo caso el hecho de un tercero y como tal, siempre una causal de exclusión de imputación de responsabilidad.”

En otro fallo del Consejo de Estado ya citado, se analizó la responsabilidad del estado por actos terroristas con ocasión de la explosión de una bomba en un comando de la policía en Bello Antioquia (ocurrída el 23 de febrero de 1994) que se encontraba al frente de una cafetería ocasionándole grandes daños, la Alta Corporación condenó al estado como consecuencia de la materialización de un riesgo creado por él, el Consejo de Estado concluyó que se instaló un comando de la policía para proteger a la comunidad pero lo que hizo fue generar un riesgo excepcional.

En dicho fallo hubo salvamento de voto del magistrado MAURICIO FAJARDO, quien curiosamente fue ponente de un fallo donde se condena al estado bajo la tesis del riesgo excepcional en razón de la creación de un riesgo que desbordo el límite permitido, sufriendo un joven odontólogo la muerte al quedar en medio de un fuego armado entre un grupo ilegal y autoridades del estado, en el salvamento de voto el magistrado FAJARDO considera que no es posible condenar al estado con base en la noción que el ataque iba dirigido contra el comando de policía y que por tanto el estado creó para la sociedad y en beneficio de ella un riesgo excepcional y que de realizarse como ocurrió debe el estado responder.

El magistrado disidente considera que la presencia de las instituciones que proporcionan seguridad y protección a la comunidad antes que crear un riesgo lo que hacen es reducirlos, además, que resulta contradictorio pensar que de una parte la constitución le encarga en este caso a la policía nacional la protección de la vida, integridad, convivencia, de las personas y que de otra parte en ejercicio de sus funciones en procura de cumplir con los fines constitucionales sus actividades se tornen riesgosas. Así argumentó su salvamento de voto:

“Se ha sostenido que si en aras del interés general la Administración impone legítimamente a los asociados riesgos que resultan ser de una naturaleza excepcional, de llegarse a realizar éstos debe haber resarcimiento de los daños causados a favor de los afectados.”

“Y en punto al *«riesgo excepcional»*, como título jurídico de imputación, se ha añadido que el riesgo en cuestión, en efecto y como su nombre lo indica, debe ser (i) de naturaleza excepcional e (ii) impuesto legítimamente y dentro de un rango permitido. Si se echa de menos alguna de las dos anteriores características, los daños experimentados por la víctima o caen —cosa que comparto— bajo la noción de *«riesgo social»*, o pasan a ser atribuibles a una *«falla en el*

servicio» y, por consiguiente, no es aplicable el título jurídico de imputación «riesgo excepcional».”

“En el *sub exámine* la posición mayoritaria de la Sala supone que la ubicación de una estación de la Policía Nacional en medio de la comunidad, cierne sobre ésta un riesgo de especial magnitud que, de materializarse, compromete la responsabilidad de esa autoridad y, por tal convicción, ha dado aplicación al título jurídico de imputación “*riesgo excepcional*”.”

“Pero a mi juicio la Sala parte de un supuesto que se da por cierto siendo realmente equivocado, porque la ubicación de una estación de la Policía Nacional en la comunidad a la cual sirve, si bien conlleva algún riesgo, no puede decirse que sea de naturaleza excepcional, pues más bien resulta ser una cuestión apenas razonable si se tienen en consideración tanto (i) las circunstancias en que tal sociedad se debate, como (ii) los deberes constitucionales y legales de la entidad.”

“Y tener en cuenta esas circunstancias y esos deberes para afirmar que, precisamente, en un estado de zozobra y de conflicto generalizado la Policía Nacional es la que impone un riesgo de naturaleza excepcional a la comunidad al acantonarse dentro de ella, pasa por desconocer que esa comunidad necesita la presencia de la institución para su defensa y su seguridad.” ...

“No es posible concluir que en este caso la presencia de los efectivos policiales impuso un riesgo de naturaleza excepcional que se realizó conllevando daños al demandante. Y no está probado procesalmente —ni según las reglas de la experiencia—, que la existencia de un cuartel de la Policía Nacional cree en sus inmediaciones más riesgos de los que reduce. Esa es una inferencia cuyas conclusiones se ven notablemente incididas por el dramatismo de cada hecho execrable.”...

“No es razonable atribuir responsabilidad por hallar configurada una relación causal entre la presencia de la Policía Nacional y el daño experimentado por el demandante. En caso contrario, cruel es el sino que enfrenta la fuerza pública, porque no se ve entonces cómo podría la institución modificar su conducta para no ser condenada, pues si no hace presencia y deja de cumplir sus funciones incurre en omisión, pero si las cumple y para ello se hace presente de modo permanente, entonces es responsable por haber creado un riesgo de naturaleza excepcional por el sólo hecho de acantonarse.”

“Por la anterior disyuntiva analizada detenida y cuidadosamente la situación, sólo es posible concluir, con profundo respeto pero con crítica, que la Sala en verdad ha venido aplicando en casos como el presente *“imputación objetiva”* en vez de *“imputación jurídica”*. Así pues, si para llegar a condenar no importa que en el acontecimiento haya o no habido defecto de conducta por parte de la accionada y si, además, lo único que debe tenerse en cuenta en materia de causalidad es que el atentado haya sido contra uno de los objetivos que la jurisprudencia tiene establecidos, lo único que queda por demostrar al accionante es su daño antijurídico. Por tal ruta, los procesos relacionados con este tipo de casos estarían bien próximos a dejar de ser declarativos, para llegar a convertirse, prácticamente, en ejecutivos.”

Considera que la única posibilidad de condenar al estado es por falla del servicio en caso de ser posible prever el ataque y en caso de actividades donde resulta “sacrificado un inocente si la fuerza pública, no en razón de su mera localización, presencia o existencia sino al realizar operaciones orientadas a cumplir los deberes constitucionales y legales que le son inherentes, despliega lícitamente la fuerza para emprender o para repeler un ataque”, de lo contrario lo que puede obtener el damnificado o afectado es una asistencia social por parte del Estado.

“Cosa distinta es la que ocurre —según mi convicción—, cuando resulta sacrificado un inocente si la fuerza pública, no en razón de su mera localización, presencia o existencia, sino al realizar operaciones orientadas a cumplir los deberes constitucionales y legales que le son inherentes, despliega lícitamente la fuerza para emprender, o para repeler un ataque. Frente a tales casos, sí compartiré la idea de que a la institución, a cuyo cargo haya estado la operación, se le podrá imputar con toda la claridad necesaria el daño experimentado por la víctima, que será antijurídico sólo si va más allá de lo que normalmente cualquier persona deba soportar por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada, comportándose como un sujeto solidario.”

En este punto de su intervención se deduce que el magistrado FAJARDO considera que la responsabilidad del estado aparte de la falla del servicio ante un acto que pudo ser previsible, surge cuando hay actividad por parte de las autoridades públicas pero no en razón como él lo argumenta de la localización, presencia o existencia de la fuerza pública sino en razón de las operaciones adelantadas para repeler o iniciar un ataque es decir, que si sólo media la acción de un tercero y no es previsible no hay responsabilidad del estado, pero si hay un ataque en donde hay acción de la fuerza pública-autoridades del estado si puede haber responsabilidad del estado, siempre que se cause un daño que exceda lo que una persona está obligado a soportar y así lo haya causado un tercero.

Tal criterio empleado en su salvamento de voto al ser cotejado con el empleado en el fallo aludido del cual fue ponente, permite colegir que en efecto él parte del supuesto de responsabilizar al estado si surge un enfrentamiento armado entre las fuerzas armadas del estado- es decir, cuando hay acción u operativos de combate desplegados por el estado - y las insurgentes, más no es partidario de la tesis según la cual debe responder el estado cuando el

ataque va dirigido contra un establecimiento considerado como objetivo militar o contra una persona con un alto mando y en razón de ello se causan daños a particulares y el atentado no es posible de prever.

Se observa entonces, que entre las tesis esgrimidas por el magistrado MAURICIO FAJARDO y RAMIRO SAAVEDRA hay algo en común y es que no están de acuerdo con condenar patrimonialmente al estado por actos terroristas que recaen sobre objetivos considerados como elementos representativos del estado y sobre personas con altos mandos, cuando se tornan irresistibles, imprevisibles para el estado, dicho en otros términos cuando no media falla del servicio y que a su vez pueden generar daños a terceros, precisamente porque consideran que la ubicación de las instituciones de la fuerza pública y armada, antes que crear un riesgo lo reducen y porque se desdibujaría los fines que le impone la constitución a dichas instituciones con el hecho de ser consideradas como de riesgo excepcional, no obstante SAAVEDRA disintió del fallo donde FAJARDO era el ponente precisamente porque considero que la sala había condenado al estado en razón del riesgo excepcional creado por la instalación del puesto de policía donde se dio el ataque y fue víctima un joven odontólogo.

Es decir, que el magistrado SAAVEDRA no comparte el criterio según el cual ante un ataque u acto terrorista sorpresivo y ante la reacción de las fuerzas armadas del estado y la posible causación de un daño a un particular así lo haya causado un tercero surge la responsabilidad del estado, porque se evidencia que hubo un despliegue de una operación militar por parte del estado así el ataque y el hecho dañoso sean imputables únicamente al tercero, para el magistrado SAAVEDRA lo que debería de operar en esos casos son los sistemas de asistencia social provistos por el estado para las víctimas.

Coinciden además, en considerar que en aquellos eventos donde no hay falla del servicio del estado por la imprevisibilidad del ataque o cuando el ataque este dirigido a un objetivo militar y sea imprevisto al no ser posible endilgarle responsabilidad al estado lo que resta para las víctimas es ser atendidas por los fondos de asistencia social.

Frente a las posiciones del autor TAMAYO JARAMILLO y los magistrados del Consejo de Estado relacionados como disidentes de ciertos criterios de decisión, comparto varios criterios pero con ciertas precisiones, en efecto, no es posible generalizar la responsabilidad del estado por actos terroristas porque primero sería desbordar los parámetros de alcance bajo los cuales se esgrime el artículo 90 de la constitución como cláusula general de responsabilidad, de hecho no puede ser imputable a la acción u omisión del estado un acto terrorista imprevisto, realizado con la intención de causar pánico, no dirigido contra un elemento representativo del estado y donde no intervino algún agente del mismo, estaríamos ante el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad y no hablaríamos de responsabilidad patrimonial del estado sino de obligaciones de asistencia humanitaria que le asisten al estado con la comunidad afectada y en segundo lugar porque el presupuesto de la nación colapsaría ante tantos eventos de índole terrorista por los cuales se ve agitado el orden público de nuestro país y frente a los cuales no puede ser responsable el estado precisamente porque no puede ser omnipresente, omnisciente o no se le puede exigir lo imposible.

Si, se acepta que hay responsabilidad del estado por todo acto terrorista entonces, cualquiera afectación que pueda sufrir el administrado puede dar lugar a declarar responsable administrativamente al estado y los presupuestos de causalidad jurídica, fáctica, el daño, nexo causal perderían toda la elaboración que han alcanzado, pues simplemente el afectado debe demostrar un daño.

Como tampoco, puede configurarse la responsabilidad del estado ante riesgos o amenazas potenciales, asumidas por decisión del particular y no por imposición del estado, es el caso de la ubicación de un elemento representativo del estado en un lugar con un mínimo de riesgo para la comunidad y la subsiguiente construcción de una obra en zona aledaña al mismo pero por decisión únicamente imputable al particular.

En el siguiente fallo de fecha 28 de abril de 1994, el consejo de estado analizó la responsabilidad que eventualmente recaía en el estado por las lesiones sufridas por una persona a raíz de un atentado terrorista de los narcotraficantes contra el periódico *vanguardia liberal* de la ciudad de Bucaramanga, veamos:

“a la luz de la filosofía jurídica que se deja expuesta supone concluir que la nación-Ministerio de Defensa no es culpable de la realización de ninguna conducta antijurídica, ora por acción, ora por omisión. No por lo primero, porque la fuerza pública encargada de guardar y mantener el orden, no participo en los hechos. No lo segundo, porque los directores de periódico *Vanguardia liberal* no habían demandado de la autoridad policiva una protección, o al menos esta circunstancia no se demostró dentro del informativo. El demandante fue, pues, una víctima más de las conductas antijurídicas realizadas por las fuerzas del desorden que han sembrado los caminos y valles de patria de víctimas inocentes. Sin que sea posible predicar que el Estado será responsable por no tener al pie de cada colombiano un agente del orden que cuide su vida o de sus bienes.”

En el siguiente fallo, el Consejo de Estado estudio la responsabilidad de estado por la quema de un bus por parte de terroristas pertenecientes a la guerrilla, en dicho fallo consideró que no hubo una falla del servicio porque el ataque fue imposible de prever:

“5. En el sub judice no aparece probada ninguna circunstancia especial que permita prever que el día de los hechos podían presentarse atentados terroristas en el lugar donde ocurrió el que es objeto del proceso, ante la cual las autoridades tuviesen la obligación de establecer la protección especial para los vehículos que transitaran por dicha vía.”

“En el certificado de policía allegado al expediente (fl. 72) se señala que durante el año en que ocurrieron los hechos (1990) y en 1989, solo se habían presentado ataques contra buses de transporte de pasajeros en el perímetro urbano de Barrancabermeja y no en la carretera que comunica dicha ciudad con Bucaramanga. Y la sola afirmación de que dicha ruta está en “zona roja” no es suficiente para evidenciar un falla del servicio por omisión de medidas especiales de protección, habida cuenta de que gran parte del país puede calificarse de la misma manera”.

De igual manera, aceptar que existe un riesgo excepcional en razón de la configuración de amenazas potenciales – instrumentales, humanas y de actividad- creadas de manera consciente por el estado, y que de realizarse puede dar lugar a responsabilizar patrimonialmente al estado no resulta desbordado con los fines y principios que le determina la constitución y la ley a las labores de seguridad que deben ser desplegadas por el estado y tampoco pugna con la condición de estado social de derecho.

De hecho, las funciones y principios de rango constitucional y legal hacen que el estado, deba realizar todo y más de lo que este a su alcance con el fin de buscar garantizar la seguridad ciudadana, sin embargo, es también cierto, que considerando las limitaciones con las cuales cuenta el estado al no poder pedírsele lo imposible como, es el caso de prever actos terroristas contra elementos representativos del estado cuando no media amenaza o indicio alguno, si resulta coherente declararlo responsable por cuanto el ejercicio de sus actividades lícitas que suponen un riesgo, colocaron en peligro a los particulares y no precisamente porque los hayan

asumido de manera voluntaria sino porque el estado en cumplimiento de los deberes impuestos por la constitución y la ley le impuso tal amenaza potencial contra su integridad, vida o sus bienes y al configurarse una ruptura de igualdad ante las cargas publicas debe el estado entrar a responder, no por la falla o culpa sino por la realización de un riesgo excepcional no asumido por el particular.

Lo que se reitera, es que el estado no debe responder ante riesgos asumidos directamente por el particular, ello ocurre cuando el particular aun sabiendo la amenaza que genera para su vida, integridad y bienes un elemento representativo del estado decide construir un bien en zona aledaña a dicho elemento o cuando el acto terrorista está dirigido contra elementos que no se constituyen como representativos del estado y no hubo participación de agentes estatales ni tampoco alteración del orden público por encima de lo normal o la advertencia de una amenaza inminente de un atentado.

Aplicación de la tesis de daño especial para actos terroristas:

En la jurisprudencia del consejo de estado el daño especial y el riesgo excepcional al momento de ser aplicado para definir la responsabilidad del estado por actos terroristas no logra ser muy clara, es confusa, se aplica la ruptura de principio de igualdad frente a las cargas públicas para decir que al afectado se le causo un daño especial o que fue sometido a un riesgo excepcional que excede el límite de lo permitido y que por tanto debe de haber responsabilidad del estado pese a que se está ante el ejercicio de una actividad lícita y no media culpa o responsabilidad del estado.

Es así como el consejo de estado ha fallado varios casos con base en la tesis del daño especial cuando en su lugar se debería de aplicar la tesis del riesgo excepcional si siguiéramos la evolución jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado.

Referente jurisprudencial. Sentencia del Consejo de Estado, de abril de 1994, C.P. Juan de Dios Montes, mediante la cual se precisa las características del daño especial:

“La actividad de la fuerza pública y la ubicación de sus instalaciones era legítima y en beneficio de la comunidad, pero como por razón de ellas el actor sufrió un daño que desborda y excede los límites que normalmente están obligados a soportar los administrados, la indemnización de los perjuicios correrán a cargo del Estado (art. 90 de la C.N.).”

“La teoría del daño especial se torna más de recibo, para manejar el caso en comento, habida consideración de que el Ejército Nacional hacia el año de 1983 decidió organizar sus instalaciones en un sector residencial de la ciudad colocando así a los habitantes del mismo, en las especiales circunstancias de riesgo pues nadie osaría negar, que dada la situación de orden público que hoy registra el país, las instalaciones militares son centros apetecidos por la guerrilla para hacer sus confrontaciones de guerra.”

“El Estado social de derecho, fundado en la SOLIDARIDAD en el cual LA PAZ es un deber de obligatorio cumplimiento, debe responder patrimonialmente, en los términos del artículo 90 de la Constitución, en todos aquellos casos en que tengan el universo del que dio lugar al presente proceso pues sólo así garantizara EL BIENESTAR, que es uno de sus fines. El problema de la guerra, como camino bloqueado, esto es, sin salida, genera para el Estado nuevas responsabilidades, que deben ser definidas por la magistratura teniendo en cuenta, en cada caso, como lo recuerda muy bien el profesor Jean Rivero.””

En el caso en comento, vemos como se asimila la ubicación de un cuartel del ejército a la configuración de “circunstancias especiales de riesgo” que sin llamarse riesgo excepcional el consejo de estado las adecua al régimen de daño especial por la causación de un daño que excedió el límite de las cargas públicas, actualmente vemos que conforme con las tesis

elaboradas por el consejo de estado, gran parte de ellas aducen que la ubicación de organismos, instituciones, cuarteles, centros de policía denominados elementos representativos del estado, se constituyen en la creación de un riesgo excepcional que de ser objeto de un ataque y causar daños a terceros el estado debe repararlos así no hubiese mediado su omisión u acción.

Referente jurisprudencial. Consejo de estado. Sentencia 8 de febrero de 1999, expediente 10731. Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

En el siguiente caso, se observa nuevamente como el consejo de estado crea confusiones teóricas a nivel de daño especial y riesgo excepcional, una vez más considera que por haber sido el ataque dirigido contra un objetivo claro, representativo de la entidad estatal se causó un daño especial. Veamos:

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

En sentencia del 9 de febrero de 1995, proceso No. 9550. Actor: LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ Y OTROS. Consejero ponente: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, se reflexionó con base en el daño especial:

Este caso resulta ser generador de dos posiciones jurisprudenciales, el 6 de diciembre de 1989 las instalaciones del DAS fueron víctimas de un acto terrorista, una bomba explotó y causó daños millonarios y dejó varias víctimas. La falla del servicio es obvia, los funcionarios de

inteligencia y el mismo director solicitaron aumentar los controles de seguridad, vigilancia por la inminencia de un ataque y sin embargo ello no se hizo, no obstante lo anterior el consejo de estado ha fallado con base en similares presupuestos fácticos en dos sentidos, con la tesis del daño especial y la falla del servicio, a continuación se trae a colación un caso por los hechos del DAS en el cual se falló con fundamento en la producción de un daño especial:

“En el caso sub-exámine no hay espacio para la duda que impida concluir que el centro de imputación jurídica es responsable de las heridas causadas a LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ, con ocasión de la explosión dinamitera dirigida por las fuerzas de la subversión contra el edificio donde funciona el Departamento Administrativo de Seguridad en Bogotá. Esa responsabilidad toma apoyo en la filosofía jurídica que informa la RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL, y encuentra respaldo jurídico en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que claramente preceptúa:”

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Referente jurisprudencial. Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 2005, radicado 11.372. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

En el siguiente pronunciamiento el Consejo de Estado señaló el viraje en la fundamentación del régimen aplicable a los actos terroristas, del régimen de daño especial con el cual se declaró la responsabilidad patrimonial del estado en el año de 1995, se pasó al régimen de falla del servicio[35] para el año 2005, tomando como referente fáctico los atentados terroristas perpetrados contra las instalaciones del DAS en Bogotá el 6 de diciembre de 1989:

“La Sala en repetidas oportunidades se ha pronunciado sobre los daños causados a los particulares con ocasión del atentado terrorista atribuido a la delincuencia organizada el 6 de

diciembre de 1989 en las instalaciones de la sede principal del edificio del D.A.S., en el cual perdieron la vida un sin número de personas y quedó destruida la sede del establecimiento oficial y varios inmuebles instalados en inmediaciones del mencionado organismo de seguridad en donde funcionaban en su mayoría establecimientos comerciales.”

“Aunque en la sentencia No. 9550 del 9 de febrero de 1995, se analizaron los elementos que estructuraron la responsabilidad estatal en el atentado terrorista que destruyó las instalaciones del edificio del D.A.S., y aunque en esta oportunidad no hay razones fácticas y jurídicas que permitan llegar a una conclusión diferente, lo cierto es que para entonces el régimen aplicable era el del daño especial, en cuanto estimó que las personas afectadas no tenían la carga de soportar el daño antijurídico causado, pues a pesar de que el actuar de la administración fue lícito, ello no la liberaba del deber jurídico de indemnizar los daños ocasionados en especial cuando el ataque fue dirigido a un establecimiento estatal.”

“En efecto en sentencia del 9 de febrero de 1995, proceso No. 9550. Actor: LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ Y OTROS. Consejero ponente: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, se reflexionó en estos términos:”

“En el caso sub-exámene no hay espacio para la duda que impida concluir que el centro de imputación jurídica es responsable de las heridas causadas a LUIS CARLOS CASTELLANOS RUIZ, con ocasión de la explosión dinamitera dirigida por las fuerzas de la subversión contra el edificio donde funciona el Departamento Administrativo de Seguridad en Bogotá. Esa responsabilidad toma apoyo en la filosofía jurídica que informa la RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL, y encuentra respaldo jurídico en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que claramente preceptúa:”

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

“El acervo probatorio que obra dentro del informativo permite concluir, como lo hizo el tribunal de instancia, que en el caso en comento y en la lucha contra las fuerzas de la subversión, hubo NEGLIGENCIA e INCUMPLIMIENTO de las instrucciones impartidas por el Director General de Inteligencia, en las comunicaciones calendadas los días 29 de septiembre y 27 de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dirigidas al Jefe de Seguridad Interna y al Jefe de Sección de Vigilancia y Control. En la primera el alto funcionario pone de presente “...la inminencia de amenazas contra instalaciones oficiales y, en especial, contra la sede del Departamento Administrativo de Seguridad...”, por lo cual se demanda “...intensificar las medidas activas y pasivas de seguridad...”. Allí se lee que: “El control de ingreso de particulares por la puerta de empleados debe ser ejercido de forma más rigurosa, **en razón a que continuamente se presentan casos de personas que inexplicablemente logran hacer su entrada por ese lugar, sin ser oportunamente detectados por el servicio de vigilancia**” (C 2, fol.20) (Subrayas de la Sala). En la misma nota se destaca: “...de la severidad con que sean aplicadas estas modalidades dependerá la detección oportuna de cualquier movimiento o acto sospechoso y su consecuente neutralización, **evitando así la ocurrencia de hechos que lamentar para la Institución y para la totalidad de los empleados**”. (C 2, fol. 23).

“Que las instrucciones anteriores no fueron cumplidas se vivencia en la segunda comunicación, esto es, la del 27 de octubre de 1989, esto es, pocos meses antes de ocurrir la tragedia. En ella se lee:”

“...son constantes los casos de ingreso de particulares por todas las entradas, **SIN QUE SEAN DEBIDAMENTE REVISADOS, IGUALMENTE TIENEN ACCESO A LOS**

DIFERENTES PISOS SIN PORTAR LA CORRESPONDIENTE FICHA. Ello significa que los controles deben ser más rigurosos.”

“Ningún vehículo que ingresa al sótano del Departamento **ESTA SIENDO SOMETIDO A LA REVISIÓN CORRESPONDIENTE**, como sí ocurre con los que entran al aparcadero ubicado sobre la carrera 28 y con los que salen del mismo sótano. Se requiere de forma inmediata que dichos automotores también sean revisados minuciosamente al ingresar al sótano, verificando además la identidad de los conductores.” ...

“Es frecuente observar merodeando en los alrededores de las instalaciones a personas de extraña apariencia, sin motivo que justifique su presencia....”.

“Que los altos mandos del DAS presentían la tragedia se vivencia en la comunicación del 27 de octubre de 1989, en cuyo numeral 6o. el Director General de Inteligencia advierte:”

“La drasticidad y constante aplicación de las medidas de seguridad, serán factores disuasivos **para que el enemigo desista de sus PROPOSITOS DELICTIVOS CONTRA EL PERSONAL Y LAS INSTALACIONES DEL DAS...**”. (C 2, fol. 19).

“Como si lo anterior fuera poco, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, Dr. Fernando BRITO RUIZ, en nota calendada el día 12 de noviembre de 1992, dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no desconoce que el segundo semestre de 1989, se caracterizó “...por la ocurrencia de múltiples actos terroristas contra diversos estamentos públicos y privados. **ANTES DEL 6 DE DICIEMBRE DE 1989, CON FUNDAMENTO EN LAS INFORMACIONES RECIBIDAS Y EN LA RESPECTIVA APRECIACIÓN DE INTELIGENCIA, SE CONTEMPO LA POSIBILIDAD DE QUE LA SEDE DEL DAS FUERA OBJETO DE UN ATENTADO EXPLOSIVO**”. (C 2., fol. 14).

“Es verdad que a través de todas las anteriores comunicaciones se habla de que se han impartido **“INSTRUCCIONES PRECISAS”** para reforzar las medidas de seguridad. Es cierto, igualmente, que los funcionarios competentes enviaron **“CIRCULARES”** para que se tomaran medidas de seguridad del edificio, etc, etc, pero es lo cierto que la tragedia que se venía venir se dio, sin que se hayan podido explicar, en forma satisfactoria, por qué causa, motivo o razón, las medidas de seguridad no dieron resultado...”

“Por todo lo anterior, la Sala reitera la orientación doctrinaria que se reconoce en sentencia de septiembre 23 de 1994. Expediente No. 8577, Actor Justo Vicente Cuervo Londoño. Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta, en la cual y en lo pertinente, se lee:”

“Ahora bien: si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal, son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el OBJETO DIRECTO de la agresión fue, UN ESTABLECIMIENTO MILITAR DEL GOBIERNO, UN CENTRO DE COMUNICACIONES, al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc., se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado.” ...

“En el caso sub-exámíne el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de ésta, no tiene por qué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión. 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....”

“No obstante el análisis expuesto en la sentencia que antecede, no debe perderse de vista que en circunstancias tan graves de perturbación de orden público, la obligación de diligencia,

vigilancia y cuidado por parte de las autoridades es imperativa, especialmente en los grandes centros urbanos donde están los cuarteles, batallones y agencias de seguridad del estado, porque aunque en la guerra irregular cualquier institución o dependencia pública está en peligro, la posibilidad de un acto terrorista es más previsible en las instalaciones militares o de policía. Es por ello que un atentado como el que destruyó el edificio del Departamento Administrativo de Seguridad en Bogotá constituyó una falla del servicio totalmente inexcusable, tal y como lo consideró esta Corporación en otros pronunciamientos. En la medida de que el camión permaneció largas horas frente al edificio del DAS sin motivo evidente, y ese solo hecho debió ser motivo suficiente para alertar un sistema de seguridad bien organizado.”

“Se llega a esta conclusión porque el mismo Jefe de la División Interna y Externa del D.A.S informó al Tribunal de instancia sobre este hecho lo siguiente:”

“...es importante precisar que la calle 17ª , vía sobre la cual fue desplazado el bus bomba para que partiendo de la carrera 25 accediera a la carrera 27, no tenía restricciones de acceso, solo de control, en razón a que era usada para el ingreso a varios locales comerciales...” (Folios 1 y 2 cuaderno 4)”

“Estos elementos de juicio son los que llevaron a la Sala en dicha oportunidad a considerar que el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. si tenía conocimiento de la posibilidad de que la delincuencia organizada o los carteles del narcotráfico atentaran contra sus instalaciones, y a pesar de ello no se adoptaron las medidas de seguridad suficientes que impidieran el atentado terrorista, por el contrario se bajaron lo controles de seguridad lo cual permitió el ingreso del camión bomba en inmediaciones de la instalaciones del edificio del DAS; pero se insiste, la administración en estos casos si resulta responsable bajo el régimen de la falla

del servicio en atención a que el atentado era previsible y además no tenía la condición de ser irresistible.”

“Las razones que anteceden resultan suficientes para considerar que en este caso el daño resulta imputable a la entidad demandada como consecuencia de la omisión que dio lugar al hecho daños.”

En esta sentencia a pesar que se alude a la sentencia en la cual se falló con base en la teoría del daño especial, lo cierto es que el consejo de estado consideró que la tesis del daño especial fue aplicable hasta el año 1995 y que no puede desconocerse que lo que se configura es una evidente falla del servicio ya que fue un ataque previsible y no irresistible debido a la solicitud por parte del personal de inteligencia y altos mandos de la misma institución de la toma de medidas necesarias para evitar un posible ataque de las fuerzas subversivas y además, que el día de los hechos el carro bomba estuvo frente al DAS por largas horas sin que nadie advirtiera una irregularidad o la necesidad de efectuar un control.

Agregó además, que pese a lo expuesto en la sentencia ya referida, lo cierto es que en situaciones de perturbación del orden público no se puede olvidar que la diligencia y cuidado por parte de las autoridades es imperativa, especialmente en los grandes centros urbanos donde están los cuarteles batallones y agencias de seguridad del estado porque la posibilidad de un ataque terrorista es más previsible en las instalaciones militares o de policía.

Distinciones entre riesgo excepcional y daño especial:

La tesis del riesgo excepcional

- Supone el provecho o utilidad de la actividad que se desarrolla (eje: conducción de energía, conducción de vehículos, manejo de armas de dotación para repeler o evitar un ataque, la construcción de una obra pública).

- Implica la prestación de servicios en beneficio de la comunidad pero con el empleo de medios o recursos que generan un riesgo excepcional.

- El daño puede ser producido por un tercero pero en razón del riesgo creado y asumido por el estado de forma consciente, el estado se ve conminado a responder patrimonialmente.

- Suele ser empleado su noción para referirse a la ejecución de actividades con un amplio desarrollo tecnológico.

- Actualmente la tendencia en el consejo de estado es considerar que la ubicación de elementos representativos del estado o los funcionarios con altos cargos crean un riesgo excepcional que de realizarse debe ser indemnizados los daños causados.

- Cuando el daño es causado por un tercero y fue la administración quien creó el riesgo, surge la concurrencia de culpas, lo cual implica que existe solidaridad en materia de responsabilidad, lo que le permite al afectado disponer de libertad de elección para dirigir su demanda frente a ambos o uno de ellos, con la posibilidad de que, quien responde patrimonialmente puede subrogarse frente a su deudor solidario en proporción a la concurrencia de culpas.

- No se cuestiona la licitud de la actividad desplegada

La tesis del daño especial

- Hay un beneficio para la sociedad pero no redundante o se funda en ganancias económicas necesariamente.

- Generalmente no se deriva de la peligrosidad de la actividad estatal sino del ejercicio de actividades que no generan un riesgo o un peligro y que de causarse el daño no se relaciona con la vida, integridad de las personas o de los bienes, es el caso de la expedición de ley en beneficio de la comunidad pero que perjudica a unos pocos.

- La reparación patrimonial se sustenta en el art. 90 CN y 13 CN, y en los principios universales del derecho como la equidad, en los que fundan el estado social de derecho como lo son: la solidaridad y bienestar colectivo

- Es evidente que cuando se produce un daño especial se genera una ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

- No se cuestiona la licitud de la actividad desplegada por el estado.

Una vez hecha la anterior distinción, termino por decir que no soy partidario de las tesis según las cuales puede existir responsabilidad del estado por el hecho de que el acto terrorista estuvo dirigido contra un elemento no representativo y no fue posible resistirlo o preverlo, considero que la responsabilidad del estado por actos terroristas frente a elementos no representativos de estado, sólo debe de existir frente a una falla del servicio, es decir frente a aquellas situaciones en las cuales surgen circunstancias que permitan prever la amenaza inminente de un ataque bien sea porque la ciudadanía alerto o porque el orden público estaba alterado en parámetros fuera de lo normal o porque existían estudios de inteligencia lo suficientemente coherentes y claros como para suponerlo y por ende tomar las medidas necesarias.

Si, se considera que existe responsabilidad del estado con fundamento en el riesgo excepcional por hechos basados en las circunstancias descritas, en primer lugar como ya se ha dicho en varias ocasiones se desdibujaría el sentido con el cual fue creado el artículo 90 de la constitución política pues estaríamos imputándole al estado una acción u omisión en la que no tuvo participación sencillamente porque era totalmente ajeno a sus posibilidades conocerlo y en segundo lugar estaríamos deduciendo un nexo causal de donde no existe, entonces, los elementos de responsabilidad del estado no tendrían porque existir.

Lo mismo ocurre en aquellos casos donde el particular asume el riesgo, pese a existir la amenaza potencial a sufrir un daño, pues el estado, consciente de la creación del riesgo, decide ubicarse en una zona alejada de la urbe y precisamente el particular se traslada a donde se ha trasladado el riesgo y no lo hace por imposición.

7. CONCLUSIONES

Como se ha analizado a lo largo de este escrito es claro que en el transcurso del tiempo la responsabilidad del Estado Colombiano por atentados terroristas a sufridos cambios y está demostrado que hasta la fecha no existe propiamente una línea jurisprudencial de responsabilidad por los daños ocasionados mediante actos terroristas, pues esta se debe encuadrar bajo alguno de los sistemas tradicionales de la responsabilidad de la administración pública, todos ellos bajo los lineamientos del artículo 90 de la Constitución Política colombiana. De manera específica ha sido difícil consolidar una línea jurisprudencial en la aplicación de la teoría del daño especial.

El Consejo de Estado venía aplicando el título de imputación de daño especial desde 1945, por el principio de igualdad ante las cargas públicas, encontrando su fundamento en la igualdad y la solidaridad, pero con la llegada de la constitución de 1991 la sala vario su criterio considerando que además podría imputarse la responsabilidad del estado por el régimen de falla en el servicio y riesgo excepcional.

Podría concluirse que las línea de la sala más marcada consideran que la falla del servicio opera como fundamento del deber de reparar en aquellos casos en los que agentes estatales intervienen en la producción del daño por ineficacia, retardo u omisión en el cumplimiento de sus funciones, lo cual ocurre cuando la falta de cuidado del Estado facilita la actuaciones de los terroristas, cuando la persona contra quien iba dirigido el acto terrorista solicita protección y estas la retardan, la imiten o la prestan en forma ineficiente, cuando el hecho era previsible por las especiales condiciones que se vivían en el momento y el Estado no realiza ninguna actuación dirigida a evitar o enfrentar el ataque y por ultimo cuando la administración omite adoptar medidas para evitar o atender adecuadamente una situación de riesgo creada por ella.

Cuando no se encontraba probada la falla en el servicio, consideraba la sala anteriormente que el régimen de daño especial, era aplicable en los casos en los cuales el ataque tenía como objetivo un establecimiento militar o policivo, pues consideraba que los daños derivados de este tipo de actos conllevaba a la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Teniendo la obligación de reparar por los principios de equidad y solidaridad, en la medida en que los damnificados ajenos al conflicto no tienen por qué soportar los daños generados por las acciones contra el Estado.

Pero posteriormente el Consejo de Estado consideró que estos perjuicios eran imputables a la administración a título de riesgo excepcional, no de daño especial, no sustentándose en la existencia de una acción u omisión reprochable al Estado, sino en la producción de un daño derivado de ataques por grupos armados al margen de la ley contra cuarteles militares o estaciones de policía, redes de comunicación; contra un típico objetivo militar, pues la simple presencia o ubicación de estos generan un riesgo para la comunidad. Pero si el ataque tiene un carácter indiscriminado y se dirige únicamente a generar pánico o zozobra entre la comunidad no se puede declarar la responsabilidad del Estado.

A pesar de que no ha existido una evolución coherente en relación con el régimen de daño especial, no significa esto que se haya abandonado totalmente este título de imputación por lo que, señala la Sala, que pueden variar las consideraciones del fallador en relación con las circunstancias fácticas que se demuestren dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro de su argumentación, por lo que este puede considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de este título de imputación

8. BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS

AGUDELO, Ó., & RIAÑO, Á. (2017). Ciudadanía y Nación: Políticas de control fronterizo e Inmigración. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 0(2), 57-75.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. (J. M. Seña, Trad.) Barcelona: Gedisa.

Alexy, R. (1998). *La Institucionalización De Los Derechos Humanos En El Estado Constitucional democrático*. (M. C. Meza, Trad.) Bogotá: Derechos y Garantías .

Bernal, C., & Fabra, J. (2013). *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Universidad Externado.

Bobbio, N. (1991). *El Tiempo de los Derechos*. (R. d. Roig, Trad.) Madrid: Sistema.

Brieger, P. (2011). *¿Que es Al Qaeda? Terrorismo y violencia*. Madrid: Clave intelectual.

Bueno, P. (2009). *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes*. Valencia: Tirant

Congreso de Colombia. (24 de Julio de 2000). Ley 599, por medio de la cual se expide el Código Penal Colombiano. *Diario Oficial* (44.097).

Consejo de Estado. (2001). Radicación. 1994-4398. C.P. Alier Eduardo Hernandez. Bogotá.

Consejo de Estado. (2008). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá.

Consejo de Estado. (2000). Radicación 8490: Régimen de falla del servicio y riesgo excepcional. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá.

Consejo de Estado. (2002). Radicación 1995-3251-01. C.P. María Elena Giraldo. Bogotá.

- Consejo de Estado. (2002). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá.
- Cupis, A. d. (1970). El daño. Teoría general de la responsabilidad civil (2° ed.). (Á. Martínez, Trad.) Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Dworkin, R. (1977). Los Derechos en Serio. (M. Guastavino, Trad.) Madrid: Ariel Derecho.
- Enterría, E. G. (1981). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas.
- Farrando, I., & Martinez, P. (1999). Manuel de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Fernández, J. (2002). Terrorismo de Estado y Terrorismo Internacional. España: Ariel. Ferrajoli, L. (2004). Derechos y Garatías, La Ley del más débil . Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). Democracia y garantismo. Madrid : Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). Los fundamentos de los derechos fundamentales (Antonio de Gabo; Gerardo Pisarello ed.). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). Principia Iuris . Madrid: Trotta.
- Galán, A. (2016). Los derechos humanos fundamentados mediante la legitimación y la moral jurídica. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 10(1), 31-48.
- Garzón, E. (2001). Filosofía Política. España: Derecho. Colección Honoris Causa Universidad de Valencia.
- González, E. (2006). El Fenómeno Terrorista. España: Dastin.
- Habermas, J. (2012). La Constitución de Europa. Madrid: Trotta.
- Hart, H. (2009). El concepto del derecho. (G. Carrío, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Henao, J. C., & Ospina, A. (2015). La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá : Universidad Externado de Colombia .

Higgins, R. (1997). El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad. Buenos Aires: Ábaco.

Hinestrosa, F. (2016). Responsabilidad extracontractual: Antijuridicidad y Culpa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ignatieff, M. (2005). El Mal Menor. Valencia: Ética Política.

Jordán, J. (2004). Los orígenes del terror: indagando las causas del terrorismo. Barcelona: Paidós.

Kant, I. (2007). Crítica de la razón pura. Dialéctica Trascendental (1° ed.). Buenos Aires: Cohnue.

Khader, B. (2010). El mundo árabe explicado a Europa. Barcelona: Icaria.

Laqueur, W. (2003). La guerra sin fin. El terrorismo en el siglo XXI. Bogotá: Planeta. OEA. (27 de septiembre de 1971). Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional. Recuperado el 30

De julio de 2017, de Boletín Oficial del Estado:

<https://www.boe.es/boe2/03/0507567.pdf>

Roig, F. (1999). Problemas de la Eutanasia. Madrid: Dykinson.

Saavedra, R. (2003). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Sociedad de Naciones. (1937). Convención para la Prevención y la Represión del Terrorismo. Recuperado el 30 de julio de 2017, de Biblioteca Jurídica Mundial:

ROUGEVIN VABILLE, Michel. Responsabilite de la puissance publique. Rubrica. Irresponsabilite de la puissance publique. Num. 64. citado por TAMAYO JARAMILLO. La

responsabilidad del Estado. el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico. Temis. Bogotá. 1997 p. 94.

RICARDO DE ANGEL YAGUEZ, tratado de responsabilidad civil. Madrid. Editorial Civitas. 1973. p. 511 y ss

GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ TOMAS Ramón. Curso de derecho administrativo. T. II., 7 edición. Madrid, Editorial Civitas, 1996. p 419

RICARDO DE ANGEL YAGUEZ, tratado de responsabilidad civil.op. cit. p. 511 y ss. Citado por TAMAYO JARAMILLO. La responsabilidad del Estado. P. 112

Consejo de estado. sección tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. MAURICIO FAJARDO. Radicación 1993-09273-01(15571). Salvamento de voto del Magistrado RAMIRO SAAVEDRA

Consejo de Estado Sentencia de 22 de octubre de 1997, expediente 11.300, actor: Carmen Emilia Mora, M.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Así se expresó:

“La precisión que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho en repetidas oportunidades, en el sentido de señalar que el artículo 90 de la C.P no consagró una responsabilidad absolutamente objetiva del Estado y que, por el contrario, aun con base en dicha disposición la falla del servicio sigue siendo el régimen general de responsabilidad estatal, al lado del cual se reconoce la existencia de regímenes objetivos, permite indicar que bajo el fundamento del rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, no pueden indemnizarse todos los daños que sufran los particulares, sin que exista un título de imputación que permita atribuirselos a determinada autoridad estatal”.

Frente a este tratamiento pueden consultarse sentencias de la Sección Tercera, de 13 de mayo de 1996, expediente 10.627, actor Gustavo Garrido Vecino; de 5 de septiembre de 1996,

expediente 10.654, actor Augusto Anaya Hernández; de 3 de abril de 1997, expediente 12.378, actor Gonzalo Rojas Velásquez.

Sentencia de 19 de abril de 2001. Exp. 12.179. Actor: María Margarita Cáceres Zambrano y otros.

Exp. 10.731. Actor: Eduardo Navarro Guarín.

Consejo de Estado. Sentencia de 19 de abril de 2001. expediente 12.179. actor: Maria Margarita Caceres Zambrano y otros.

ROUGEVIN VABILLE, Michel. Responsabilite de la puissance publique. Rubrica. Irresponsabilite de la pusissance publique. Num. 76. citado por TAMAYO JARAMILLO. De la responsabilidad del estado. P. 95.

ROUGEVIN VABILLE, Michel. Responsabilite de la puissance publique. Rubrica. Irresponsabilite de la pusissance publique. Num. 77. citado por TAMAYO JARAMILLO. La responsabilidad del Estado. p. 95.

Consejo de Estado. Fallo de octubre 25 de 1991.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Periódico ámbito Jurídico. Año VII-No. 145, 26 de enero al 8 de febrero de 2004. p. 13 A. Citado por GIL BOTERO, Enrique. Temas de responsabilidad extracontractual del estado. 3ra edición. Comlibros. Bogotá. D.C., 2006. p. 199.

TAMAYO JARAMILLO. La responsabilidad del Estado. p. 107, 121..

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS RAMON FERNANDEZ. T.1. Citado por TAMAYO JARAMILLO. La responsabilidad del Estado. op, cit. p.106

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. ct. P. 108

Consejo de estado. Sección tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. MAURICIO FAJARDO. Radicación 1993-09273-01(15571).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de agosto de 2000. Exp. 11.585. M.P. Alier E. Hernández. E.

Consejo de Estado. Sentencia de 28 de junio de 2006. C.P. RUTH ESTELLA CORREA PALACIO. Radicación 1995-00196.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 1997, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Actor Carmen Emilia Mora y otros.

Entendiendo por «imputación objetiva» aquella modalidad en la que se acepta que “para que pueda imputarse un resultado a una conducta que lo ha causado, es preciso que dicha conducta haya creado un riesgo jurídicamente relevante que a su vez se haya realizado” (Cfr. MIR PUIG, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, Organización, imputación y causalidad”, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pág 223.).

Consejo de Estado, sentencia de 28 de abril de 1994, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta. expediente 7733.

[32] Consejo de Estado. sentencia de abril 18 de 1996. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Expediente: 10.230

Consejo de estado. Sentencia 8 de febrero de 1999, expediente 10731. consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sentencia de Abril 29 de 1994, expediente 7136. Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil dos (2.002) Radicación número: 25000-23-26-000-1991-7458-01(10119), en esta sentencia el consejo de estado toma como referente otros fallos donde se decretó la responsabilidad del DAS

por la falla en el servicio y aplico conceptos y pruebas para fundar su fallo con base en el régimen de responsabilidad por falla en el servicio.