

Responsabilidad del Estado por actos terroristas - *de la responsabilidad por falla a la responsabilidad sin falla-*



AUTOR: CIRO NOLBERTO GUECHÁ MEDINA

Resumen:

El incremento del terrorismo como consecuencia del conflicto armado, ha hecho que los actos determinados como tales, generen día por día perjuicios patrimoniales y morales a las personas, los cuales de alguna manera se deben reparar.

La obligación de reparar perjuicios por parte del Estado, determina que debe existir en primer lugar una responsabilidad de éste para que nazca la obligación de indemnizar, pues de lo contrario, el elemento esencial para que se presente la reparación, no existiría y en esa medida no habría obligatoriedad de reparar el perjuicio causado.

Las actuaciones irregulares de la Administración, han sido las que en principio han dado lugar a la responsabilidad del Estado por actos terroristas, como un reflejo de la responsabilidad general del Estado por falla; pero esta clase de responsabilidad no ha sido exclusiva, sino que por el contrario se ha venido dando en igual forma una responsabilidad sin falla.

La existencia de responsabilidad objetiva del Estado frente a los perjuicios causados como consecuencia de actos terroristas, ha determinado que las condenas proferidas en contra de entidades públicas, se vean altamente incrementadas, afectado de manera notable los presupuestos públicos.

En efecto, le ha correspondido al Estado Colombiano sufragar grandes cantidades de dinero, para pagar las sentencias proferidas por la jurisdicción contencioso administrativo, indemnizatorias de perjuicios, causadas por la actividad terrorista; lo que ha generado que recursos que debían destinarse a inversión social, deban trasladarse para ser invertidos en el resarcimiento de los daños.

La tendencia de la jurisdicción contencioso administrativo ante la responsabilidad del Estado por actos terroristas, ha seguido los lineamientos normales de la responsabilidad general del Estado, en el sentido que, de una responsabilidad por falla, se ha venido abriendo paso la responsabilidad sin falla, haciendo más gravosa la situación para las entidades públicas y, afianzando la protección de los particulares.

Palabras clave: Acto, terrorista, responsabilidad, Estado, falla, objetiva, riesgo, daño, perjuicios, resarcimiento.

Abstract:

The increment of the terrorism like consequence of the armed conflict, he/she has made that the certain acts as such, generate day per day patrimonial and moral damages to people, those which somehow should be repaired.

The obligation of repairing damages on the part of the State, determines that it should exist a responsibility in the first place of this so that the obligation is born of reimbursing, because otherwise, the essential element so that the repair is presented, it would not exist and in that measure there would not be obligatoriedad of repairing the caused damage.

The irregular performances of the Administration, they have been those that have given place to the responsibility of the State for terrorist acts in principle, as a reflection of the general responsibility of the State for flaw; but this class of responsibility has not been exclusive, but rather on the contrary one has come giving in equal it forms a responsibility without flaw.

The existence of objective responsibility of the State in front of the damages caused as consequence of terrorist acts, it has determined that the condemnations uttered against public entities, be highly increased, affected in a remarkable way the public budgets.

Indeed, it has corresponded to the Colombian State to finance big quantities of money, to pay the sentences uttered by the administrative contentious jurisdiction, indemnizatorias of damages, caused by the terrorist activity; what has generated that resources that should be dedicated to social investment, should move to be invested in the indemnity of the damages.

The tendency of the administrative contentious jurisdiction in the face of the responsibility of the State for terrorist acts, it has followed the normal limits of the general responsibility of the State, in the sense that, of a responsibility for flaw, one has come opening step the responsibility without flaw, making more grievous the situation for the public entities and, securing the protection of the matters.

Key words: Act, terrorist, responsibility, State, failure, objective, risk, damage, damages, indemnity.

INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano a lo largo de su historia, ha sufrido continuas situaciones de anormalidad, que han ido desde las luchas armadas por la emancipación del yugo español, los conflictos de comienzos de la República; que llevaron a que se tildara nuestra República como la patria boba; pasando por las luchas intestinas de comienzos de siglo XX, la guerrilla de los llanos orientales de los años cincuenta; la violencia política de los partidos, la insurgencia de las FARC, el ELN y otros grupos; para culminar con el conflicto armado que nos asiste, que no es solamente guerrillero, sino del narcotráfico.

Y esa continua situación de violencia que ha padecido el País, ha hecho que el terrorismo, esté a la orden del día, como forma de manifestación de la misma; el cual no solamente ha ido en contra de las instituciones del Estado sino de los administrados, que en la mayoría de los casos, siendo ajenos a la confrontación, son quienes más han sufrido los rigores de los actos terroristas; como uno de los mecanismos de la lucha armada. Pero los actos terroristas, no solamente han venido de los grupos o personas que luchan contra el Estado, sino en igual forma del propio Estado, en su afán de combatir a los factores adversos.

Actos terroristas que han dado lugar a muerte y destrucción, causando con ello perjuicios a quienes los sufren, de orden material y moral, en cuanto a que sus patrimonios se han visto afectados como consecuencia de los mismos; entrando así, a discutirse el problema jurídico de a quién corresponde resarcir esos perjuicios causados, como consecuencia de los actos terroristas. Nace entonces, la idea de si el Estado como garante de la vida honra y bienes de los ciudadanos, está en la obligación de evitar o no dichos actos; y así, se entra a determinar cual ha sido la actividad de éste, para que los mismos no ocurran o si ha existido alguna irregularidad en su actuación, que de alguna forma los ha permitido; y nos enfrentamos a lo que en la teoría de la responsabilidad del Estado se denomina falla del servicio.

Pero, como las tendencias del derecho no pueden ser estáticas sino en continua evolución, se ha planteado otra forma para responder del Estado, en casos de sufrir perjuicios los administrados; como es la responsabilidad objetiva y en esa medida, han brotado voces que propugnan por una responsabilidad del Estado sin falla en los casos de actos terroristas; es decir, sin que haya existido ninguna actuación irregular del mismo, sino como fundamento del rompimiento del principio de derecho que implica una igualdad de los ciudadanos o de las personas frente a las imposiciones del Estado, "equilibrio frente a las cargas públicas".

Circunstancias que determinarían un cambio en la mentalidad de los operadores jurídicos, al decidir los conflictos surgidos ante la jurisdicción como consecuencia de los actos terroristas; dando lugar a que las condenas en contra del Estado se deriven no solamente por actuaciones irregulares del mismo, sino por la obligación de mantener el equilibrio frente a las cargas públicas; lo cual, podría implicar mayores erogaciones para el erario público, ya que, las condenas derivadas de esta clase de responsabilidad, son más gravosas para la Administración.

Es por lo que en este escrito, se pretende hacer un análisis de cómo opera la jurisdicción contencioso administrativa, frente a la responsabilidad del Estado por actos terroristas; en el sentido de, si aún sigue imperando en forma exclusiva la responsabilidad por falla en el servicio o si por el contrario, la idea de una responsabilidad objetiva en los eventos de actos terroristas, se abre paso con la fuerza que podría pensarse.

1. EL TERRORISMO COMO GENERADOR DE PERJUICIOS

El término terrorismo, ha implicado un sin número de acepciones, las cuales expresan de una u otra manera, un medio de lucha violenta de un grupo frente al poder del Estado¹, que llevan a que se incurra en hechos que causan terror; y en esa medida, el terrorismo es la consecuencia de éste². Pero esa actividad de generar terror, determina que se incurra en actos concretos, que constituyen expresiones violentas que generan igualmente un perjuicio concreto frente al patrimonio material y moral de los administrados; causándose entonces, lo que se conoce como daño o perjuicio, que es lo que en última instancia determina la obligación de reparar³.

¹ PÉREZ, Montserrat. *El Pequeño Larousse Ilustrado*, séptima edición, Bogotá, 2001, pág. 972, lo determina de la siguiente manera: "Dominación por el terror. 2. Medio de lucha violenta practicada por una organización o grupo político frente al poder del Estado y para la consecución de sus fines".

² MAGIL, M. *Crónica oculta del conflicto: Antecedentes, estrategias de paz y opiniones de los protagonistas*, Ediciones Desde Abajo, Bogotá, 2003, págs. 9 a 12, prólogo.

³ Es que los daños o perjuicios toman el carácter de materiales y morales y en esa medida nace la obligación de reparación.



En las anteriores circunstancias, el terrorismo va dirigido comúnmente en contra de la población civil o no combatiente⁴, a través de actos violentos, que son normalmente premeditados⁵; y que usualmente se concretan en el secuestro o sabotaje de cualquier medio de transporte; detener o retener y amenazar con matar, herir o mantener en detención a un individuo, para obligar a una tercera persona a realizar o abstenerse de realizar un acto; el ataque violento sobre una persona protegida internacionalmente o sobre la libertad de tal persona; el asesinato; el uso de los siguientes elementos como medio de destrucción: agentes biológicos, químicos, armas o artefactos nucleares; explosivos o armas de fuego, con la intención de poner en peligro, directa o indirectamente, la seguridad de uno o de más individuos, o causar daño substancial a la propiedad; la amenaza, intento o conspiración de causar daño en los eventos antes descritos⁶.

Pero el terrorismo no conlleva siempre un ideal político, como se ha pretendido hacer ver en algunos casos, sino que por el contrario, existen diversas modalidades de terrorismo, si tenemos en cuenta la finalidad de los actos descritos anteriormente y entonces, nos encontramos frente a actos terroristas con fines religiosos, separatistas, nacionalistas, anarquistas, contraterroristas, ultraderechistas, narcoterroristas y otros⁷.

Así las cosas, esos actos concretos en que se manifiesta el terrorismo, es lo que causa el perjuicio, como afectación en el patrimonio de las personas; lo que genera una obligación de resarcir, ya sea de quien causa el daño directamente, o del Estado como consecuencia de su obligación de protección a las personas; situaciones estas que se entran a determinar en acápite siguientes.

A) Colombia, una historia continua de terrorismo

El Estado colombiano ha vivido a lo largo de su historia una continua situación de guerra y violencia, que se ha prolongado desde las luchas de independencia, hasta el conflicto armado que vivimos actualmente; en donde se conjugan la violencia de la narcoguerrilla, de los grupos de autodefensa o paramilitares y la violencia de la delincuencia común, representada principalmente por los grupos de narcotraficantes.

Situaciones tan concretas como la guerra de los mil días de 1899 a 1902, donde la lucha de los liberales contra el gobierno conservador, dio lugar a una gran cantidad de hechos violentos de cada una de las partes, que perfectamente pueden ser llamados en esta época como actos terroristas⁸; o la huelga de las Bananeras de 1928, donde los actos de barbarie fueron la muestra de un terrorismo de Estado; o el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán el 9 de abril de 1948⁹, que generó la denominada época de la violencia partidista, que se caracterizó por la mezcla de terror oficial, sectarismo partidista y política de tierra arrasada¹⁰; y que decir de la violencia guerrillera de los años cincuenta de los Llanos Orientales y del sur del Tolima, que dio lugar a la creación de grupos armados insurgentes como las FARC, que aun subsisten con gran influencia en nuestro territorio¹¹.

Pero la violencia y por tal el terrorismo, no solo han existido en nuestro medio, como el resultado de ideales políticos o revolucionarios como se mencionó anteriormente; sino que por el contrario, también han existido otras formas de violencia, como las derivadas del narcotráfico, que han dado lugar a un sin número de actos terroristas, como el atentado al avión de AVIANCA o las múltiples bombas de fines de los ochenta y comienzos de los 90; que en el atentado al edificio del DAS en Bogotá D.C., dejan su mayor expresión.

⁴ El término no combatiente incluye no sólo a los civiles, sino en igual forma a los militares que se encuentren desarmados o fuera del servicio.

⁵ El estatuto del Terrorismo de los Estados Unidos, contiene una definición del terrorismo en su título 22, sección 2656 f(d), que se identifica con violencia premeditada, políticamente motivada perpetrada contra objetivos no combatientes, por grupos subnacionales o agentes clandestinos, generalmente con la intención de influenciar una audiencia.

⁶ Así lo plantea el Acta de Antiterrorismo y Pena Capital de 1996.

⁷ VASCONCELLOS AVENDAÑO, Jaime. *Terrorismo, su Historia, Evolución e Incidencia en el Desarrollo de Suramérica*, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, Chile, 2004, págs. 8 a 10.

⁸ Ver JARAMILLO, Carlos Eduardo. *La guerra de los mil días 1899-1902*, en *Nueva historia de Colombia*, T.I., Editorial Planeta, Bogotá 1989, págs. 89 a 112.

⁹ Ver ALAPE, Arturo. *El 9 de abril, asesinato de una esperanza*, en *Nueva Historia de Colombia*, obra citada, págs. 33 a 56.

¹⁰ Así lo expresa SÁNCHEZ G, Gonzalo. *Violencia, guerrillas y estructuras agrarias*, en *Nueva Historia de Colombia*, obra citada, pág. 140.

¹¹ No se olvide que Manuel Marulanda Vélez, fue guerrillero del sur del Tolima y en los años 60.

Principia IURIS



Pero es la narcoguerrilla que con unos supuestos ideales de izquierda revolucionaria y las autodefensas de derecha, quienes actualmente generan una situación de terrorismo; que ha dado lugar a un sin número de actos de tal naturaleza, causando graves perjuicios económicos a los particulares colombianos y que han hecho que se hable dentro de nuestro sistema jurídico, de la responsabilidad del Estado por actos terroristas.

B) El conflicto armado actual y la acentuación del terrorismo en nuestro país

El estado de guerra que desde tiempo atrás ha venido sufriendo nuestra república, ha hecho que los actos terroristas, se vean acentuados, como consecuencia del conflicto. En Efecto, las tomas guerrilleras, las bombas, las masacres y otros actos son el pan de cada día en nuestro territorio.

Pero esta situación de guerra, no es solamente cosa del presente, sino que el conflicto armado actual, se remonta a los años sesenta, cuando aparecen los grupos guerrilleros actuales, como las FARC Y EL ELN, en donde se inicia la actividad de violencia de los mismos y que se va acentuando década tras década, con la aparición de otros grupos, como el E.P.L. y el M -19. Es así, que hechos como el atentado al Palacio de Justicia en el año de 1985, dejan ver que los actos terroristas han sido una forma de lucha de los llamados grupos guerrilleros, que pretenden llegar al poder a través de la vía del terror¹².

Los paros armados, la toma de pueblos y los retores de la guerrilla, son una manifestación del terror que pretenden implantar e incrementar dichos grupos, como una muestra de su poderío frente al enemigo natural que no es otro que el Estado¹³; pero que en realidad, recaen en las personas inermes que sufren los rigores del conflicto y que son los que asumen los perjuicios de dichos actos en su patrimonio, que se ve continuamente afectado; o sino que lo diga el campesino, que en una toma de la guerrilla ve como su vivienda es destruida y queda con su familia sin un techo donde resguardarse¹⁴.

Pero no solamente es la guerrilla la que actualmente genera terrorismo y por tal actos de tal naturaleza; sino que a la par de dichos grupos, las llamadas autodefensas o paramilitares, han dado lugar a un gran número de actos terroristas, cuando utilizan los mismos medios que la guerrilla, o aún perores para lograr sus fines de destrucción de la misma. Es que las masacres, donde mueren 5, 10 20 o mas campesinos, por ser supuestamente auxiliadores de la guerrilla, no son más que una muestra de actos de terrorismo que realizan dichos grupos.

Grupos paramilitares, que en ocasiones se han unido a los narcotraficantes, así como lo ha hecho la guerrilla, para lograr poderío económico, a través no sólo de la guardia y vigilancia de los cultivos de hoja coca, sino de la propia producción y su comercialización¹⁵. Pero esa alianza de los grupos paramilitares, no solamente es con los narcotraficantes, si no que en igual forma, se le ha vinculado con las fuerzas de seguridad del Estado, policía y ejército, que ha incentivado múltiples atropellos de los derechos humanos de los ciudadanos; campañas de exterminio a través de masacres colectivas; y desplazamientos forzados de los supuestos colaboradores de la subversión¹⁶; de los cuales se ha vinculado al ejército o a la policía, ya sea por acción o por omisión, como se ve en las informaciones de los medios de comunicación.

En resumidas cuentas, los actos de terrorismo, derivados del conflicto armado, provienen de todos los involucrados en el mismo, mostrándose así, que tales actos derivan de los factores de violencia existentes, los cuales

¹² La toma del Palacio de Justicia, constituye uno de los mayores actos de barbarie que se han dado en nuestro País que trajo un costo político trascendental para el gobierno de la época, como para el propio M-19, como lo expresa PIZARRO LEÓN GÓMEZ, Eduardo. Elementos para una sociología de la guerrilla colombiana. En Guerra en Colombia: actores armados, Universidad Nacional, Bogotá 2004, pág. 71.

¹³ LAIR, ERIC. El terror, recurso estratégico de los actores armados Reflexiones en torno al conflicto colombiano. En Guerra en Colombia: actores armados, obra citada, pág. 139, dice que en los últimos años, los grupos en conflicto han hecho del terror uno de sus métodos de acción privilegiados.

¹⁴ Ese campesino, seguro se preguntará, quien responde por la pérdida de su vivienda, si el Estado que ha debido protegerlo o el grupo irregular, que utilizó los cilindros bomba para destruirla; ¿no será que el derecho y los juristas deben responderle?

¹⁵ Es que el narcotráfico, es actualmente la mayor fuente de financiación del los grupos guerrilleros y paramilitares.

¹⁶ REYES POSADA, Alejandro. Paramilitares en Colombia: contexto, aliados y consecuencias. En Guerra en Colombia: actores armados, obra citada, pág. 87-88.

podemos identificar con Reyes Posada en la propensión militar y policial por las prácticas violatorias de los derechos humanos contra la población no combatiente; la continua guerra de guerrillas de las FARC Y el ELN, en contra de la infraestructura económica y de servicios públicos, que ha involucrado a los particulares; y la violencia irracional de masacres de los paramilitares, que en igual forma ha tenido por blanco directo a las personas particulares y a su patrimonio¹⁷.

Así las Cosas, el incremento del terrorismo como consecuencia del conflicto armado, ha hecho que los actos determinados como tales, generen día por día perjuicios patrimoniales y morales a las personas, los cuales de alguna manera se deben reparar; circunstancia que se pretende aclarar en este escrito, así sea de manera somera.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, UNA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR PERJUICIOS

Existe un principio de derecho que implica, que el que cause un daño a otro debe repararlo, lo que determina que exista una obligación indemnizatoria de perjuicios por quienes los acusen a favor de los afectados¹⁸; principio, que no solamente se aplica en el derecho privado frente a los particulares, sino, en igual forma en el derecho público frente al Estado.

En las anteriores circunstancias, si el Estado causa un daño a otro, nace la obligación de reparación, ya que en este sentido no existe distinción entre el Estado y los particulares, en la medida que a los dos les asiste la obligación de indemnizar perjuicios¹⁹. Circunstancia diferente es que, la manera como se llega a dicha reparación varíe del Estado a los particulares y, así nos vemos ante las formas o clases de responsabilidad del Estado; que son especiales, en la medida que se derivan de la actividad de éste, la cual igualmente es especial²⁰.

Así, la obligación de reparar perjuicios por parte del Estado, determina que debe existir en primer lugar una responsabilidad de éste para que nazca la obligación de indemnizar, pues de lo contrario, el elemento esencial para que se presente la reparación, no existiría y en esa medida no habría obligatoriedad de reparar el perjuicio causado²¹.

Situación esta, que no siempre se ha presentado dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en otros ordenamientos jurídicos, especialmente el francés, de donde tenemos un antecedente bien fuerte, en nuestro sistema administrativo de responsabilidad.

En efecto, el criterio de responsabilidad general del Estado, no siempre ha sido el mismo tanto en el sistema francés como en el nuestro; ya que, de una forma de irresponsabilidad del Estado, se ha llegado a criterios de responsabilidad objetiva, pasando por todo un proceso de evolución, que incluye la responsabilidad por falla del servicio, las cuales son materia de discusión en cuanto a su aplicación en el caso de la responsabilidad del Estado por actos terroristas.

Por lo anterior, es necesario identificar cada una de las formas de responsabilidad del Estado en general, para así poder aplicarlas al evento específico de responsabilidad por actos terroristas, con el fin de determinar, cuál es la que en cuadra con mayor contenido de argumentación.

¹⁷ REYES POSADA, Alejandro. *Paramilitares en Colombia: Contexto, aliados y consecuencias*. En *Guerra en Colombia: actores armados*, obra citada, pág. 92, 93 y 94.

¹⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y colombiano, décimo tercera edición*, Editorial Temis, Bogotá 2002.

¹⁹ HENAO, Juan Carlos. *El daño, primera edición Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998, pág. 35, hace relación a que el daño es el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad, tal vez porque la misma se expresa en la obligación de repararlo.*

²⁰ *El Estado tiene unos mecanismos de actuación como son los hechos, las operaciones administrativas, los actos administrativos, las omisiones administrativas, los contratos y las vías de hecho administrativas; así el artículo 83 del C.C.A., no se refiera a estas últimas y por tal razón algunos las asimilen a operaciones administrativas manifiestamente ilegales.*

²¹ *Es así, que cuando se intenta una acción de reparación directa como mecanismo para buscar una indemnización de perjuicios por actividad derivada de actuación de la Administración, lo primero que se debe lograr es la declaratoria de responsabilidad del Estado. "si no hay responsabilidad no hay reparación"*

A) Los estados irresponsables: Exoneración de indemnizar perjuicios

Dentro del sistema jurídico francés y como una muestra de la influencia del modelo monárquico, se determinó la irresponsabilidad del Estado, cuando causaba perjuicios derivados de su actuación²²; con fundamento en el principio de soberanía del Estado, en donde el mismo se imponía a los particulares o administrados, sin contraprestación alguna²³.

Dicha imposición del Estado frente al particular, derivó que existiera una desprotección de los administrados frente a la actuación del mismo, que en muchas ocasiones les generaba perjuicio, pero que no se podía reclamar, ya que el particular estaba en un plano de desigualdad inferior ante un Estado omnipotente y que actuaba normalmente en ejercicio de su poder de imperium.

Pero esa irresponsabilidad del Estado, tuvo sus limitaciones tal vez para no caer en una arbitrariedad general, que iría en contra de los principios clásicos derivados de la Revolución francesa, especialmente el principio de legalidad, en donde la Administración debía estar sometida a la ley.

En efecto, se establecieron unas limitaciones a la irresponsabilidad del Estado, las cuales se determinaron en tres eventos para atribuir responsabilidad, así: En el caso que la ley lo estableciera, en la responsabilidad de las colectividades locales y cuando la Administración actuaba en ejercicio de gestión privada²⁴. En el caso de las consagraciones legales, se trataba de decisión del legislador; en el caso de la responsabilidad de las entidades locales, se establecía porque las mismas no estaban investidas de soberanía, elemento éste necesario para la existencia de la irresponsabilidad del Estado; y en el caso de los actos de gestión, se consagraba la responsabilidad, porque el Estado actuaba en igualdad de condiciones a como lo hacían los particulares²⁵; lo que determinaba que el principal acto de gestión generador de responsabilidad del Estado eran los contratos, en donde se plasmaba el acuerdo de voluntades entre las partes²⁶.

Pero la idea de la irresponsabilidad general del Estado pierde fuerza, en la medida que suceden acontecimientos de importancia, como el debilitamiento de la justicia retenida²⁷, en donde el Consejo de Estado Francés va adquiriendo importancia en las decisiones que adoptaba la Administración²⁸; tomando en cuenta doctrinas tan importantes como la del Estado deudor²⁹, para ir formando un sistema de responsabilidad del Estado, que culminaron con fallos de gran trascendencia en la jurisdicción administrativa francesa que, determinaron un cambio de mentalidad en cuanto a la responsabilidad del Estado; dando origen a una segunda etapa en la responsabilidad del Estado, como es la obligación de éste a indemnizar perjuicios.

En el sistema colombiano por su parte, la idea de un Estado irresponsable, se manejó con criterios similares al ordenamiento jurídico galo, en cuanto a la imposición del Estado frente a los particulares en ejercicio del poder de imperium, lo cual perduró hasta finales del siglo XIX cuando se producen las primeras³⁰ muestra de responsabilidad del Estado por su actuación y la consecuente obligación de indemnización de perjuicios.

²² PAILLET, Michel. *La responsabilidad administrativa, traducción y estudio introductorio*, Jesús María Carrillo Ballesteros, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Bogotá 2001, pág. 44, refiere como la irresponsabilidad del Estado, es una muestra del antiguo régimen, donde los particulares no tenían derechos contra el soberano.

²³ Laferrière, plantea el principio de la siguiente manera: "Es propio de la soberanía imponerse a todos sin compensación". En PAILLET, Michel. *La responsabilidad administrativa*, obra citada, pág. 44.

²⁴ FOILLARD, Philippe. *Droit Administratif, Paradigme Publications Universitaires*, Paris 2204, quien hace referencia a que por la ley del 28 de pluvioso del año VIII, se estableció responsabilidad del Estado por trabajos públicos.

²⁵ EXPÓSITO Vélez, Juan Carlos. *Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, pág. 113, muestra como en los actos de gestión la Administración se despojaba de su poder de imperium, colocándose en el mismo nivel que los particulares y en igualdad de condiciones.

²⁶ LAFERRIERE. *Traité de la Jurisdiction administrative*, 2e ed. Paris 1896, pág. 587.

²⁷ En la justicia retenida, la propia Administración resolvía los conflictos en que era parte.

²⁸ El Consejo de Estado en Francia, fue creado por Napoleón Bonaparte en el año de 1795, con funciones de asesoría al ejecutivo, fundamentalmente en la resolución de conflictos.

²⁹ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, primera edición, tercera reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pág. 77. expresa que el Estado deudor, hacía referencia a la deuda pública; existiendo un conflicto en la competencia para conocer las cuestiones derivadas de la liquidación de la misma; ya que el Consejo de Estado negaba la competencia de los jueces ordinarios para conocer de dichos asuntos, por existir actos y operaciones administrativas.

³⁰ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, obra citada, pág. 95, hace alusión a que existen antecedentes de la responsabilidad del Estado desde 1923, con la expedición de la Ley 1 de dicho año, que reconoce el derecho de compensación por trabajos públicos.

B) La responsabilidad pública, similar a la de los particulares

La idea de un Estado responsable fue determinada, pero asimilándose en algunas ocasiones a la de los particulares; es decir, aplicando principios contenidos en las normas del Código Civil. En efecto, en el sistema francés, la pugna existente por la atribución de competencias para el conocimiento de las cuestiones derivadas con la declaratoria del Estado deudor, entre la jurisdicción ordinaria o civil y la competencia del Consejo de Estado; hizo, que en algunas ocasiones se determinara que los daños causados por cualquier persona, incluso, por los servidores de carácter público debían ser indemnizados, con fundamentos en las disposiciones de derecho civil³¹; situación que no fue claramente aceptada por el Consejo de Estado, quien siempre reclamó la competencia para conocer de dichos asuntos; lo que llevaría a que posteriormente, efectivamente triunfara su posición y ganara la competencia para sí, en lo relativo a la responsabilidad del Estado.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico nuestro, la idea de una responsabilidad del Estado por los perjuicios derivados de su actividad, comienza en la segunda mitad y especialmente a finales del siglo XIX, a través de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, quien aplicando las reglas del Código Civil determinó la responsabilidad del Estado³²; primero como una responsabilidad indirecta y luego como una responsabilidad directa de la Administración.

La responsabilidad indirecta, se sustentaba en la obligación que tenían los particulares de indemnizar perjuicios como consecuencia de los hechos ajenos, que se aplicaba a los particulares³³; que en cuanto a la Administración Pública, se determinaba en la obligación de elegir bien (culpa o falta in eligendo) a los funcionarios y en la vigilancia de los mismos (culpa o falta in vigilando). Es que, en el caso de la responsabilidad indirecta, se contemplaba una independencia entre los servidores y la entidad pública, por lo que debió plantearse la ficción de una responsabilidad proyectada a la Administración, como consecuencia de la actuación de sus agentes, en cuanto a que a la misma le correspondía elegirlos adecuadamente y estar pendiente de vigilar su actuación.

Si bien es cierto, la responsabilidad indirecta de la Administración, como consecuencia de la aplicación de normas de orden civil, puede tener falencias en su concepción; es importante en cuanto a que, la idea de la soberanía del Estado como fundamento de irresponsabilidad del mismo, cedió paso a criterios morales, que determinaron obligación de indemnizar perjuicios de los entes públicos, así fuese en igualdad de condiciones que los particulares³⁴.

En otro sentido y como una forma de responsabilidad del Estado, se planteó posteriormente la teoría de la Responsabilidad Directa de la Administración, en cuanto a que existía la obligación de las personas jurídicas públicas de indemnizar perjuicios, ya no con fundamento en los hechos ajenos, sino en los hechos propios, es decir que la actuación así se desarrollara por algún servidor de la Administración, se consideraba como propia de la misma, con fundamento en un criterio de unidad entre el funcionario y la entidad pública³⁵.

Así, fue el criterio organicista³⁶, en cuanto a la concepción de unidad entre la Administración y sus servidores, el que determinó la existencia de una responsabilidad por hechos propios; la cual fue planteada por múltiples decisiones de la Corte Suprema de Justicia³⁷, que con un criterio civilista propuso y desarrolló esta forma

³¹ Corte de Casación Civil francesa, en fallo de 19 de diciembre de 1954 así lo estableció, dándole además la competencia a los jueces civiles para conocer de dichos asuntos.

³² C. S. J. en sentencia del 20 de octubre de 1896, determinó la responsabilidad civil de la Nación con fundamento en actividades delictuales de los servidores públicos, cuando las desarrollaban en ejercicio del cargo o con ocasión del mismo.

³³ La responsabilidad indirecta se sustentaba en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil; que hacen alusión a la culpa derivada de quienes tenían a su cuidado, bajo su autoridad o guarda a ciertas personas, como los hijos o criados.

³⁴ Ver HOYOS DUQUE, Ricardo. *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, Editorial Temis, Bogotá 1984, pág. 45.

³⁵ El Código Civil Colombiano en el artículo 2341, plantea el criterio de responsabilidad por los hechos propios.

³⁶ El criterio organicista hace referencia a que, se considero que la Administración estaba compuesta de órganos, así como el cuerpo humano y que, los mismos involucraban a sus servidores; por tal razón no se podía separar el órgano del cuerpo ni de la entidad en cuanto a la actuación; existiendo responsabilidad directa, en cuanto a la actuación de los funcionarios, pero se daba una responsabilidad indirecta respecto a los auxiliares de la Administración.

³⁷ LÓPEZ MORALES, Jairo. *Responsabilidad del Estado por Error Judicial*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 1996, pág. 77 trae a colación algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, referidas a la responsabilidad directa, así: de 18 de noviembre de 1940, julio 10 de 1942, abril 7 de 1943, mayo 26 de 1944, noviembre 28 de 1944, abril 18 de 1945, abril 11 de 1946, septiembre 30 de 1946, octubre 30 de 1946 y octubre 18 de 1950.

de responsabilidad, desde el punto de vista jurisprudencial; ya que, como se ha planteado muchas veces, ha sido la jurisprudencia la que ha propugnado por el desarrollo de la teoría de la responsabilidad del Estado, pues el legislador poco a hecho por ocuparse de estos temas y mucho menos en el siglo XIX y gran parte del XX³⁸.

Pero la idea de una responsabilidad del Estado similar a la de los particulares, presentaba dificultades muy serias, derivadas de la actividad especial de la Administración, que no es otra que la actividad administrativa y de servicio público; por lo que se estableció tanto en Francia como en Colombia, una concepción de responsabilidad del Estado, acorde con la actividad del mismo; que por ser ésta, de derecho público, debía ir en concordancia con dichos los postulados y así, fue como se propugnó una teoría especial de responsabilidad del Estado, para diferenciarla de la de los particulares.

C) La responsabilidad del estado, una responsabilidad especial

La concepción de la responsabilidad del Estado como una responsabilidad especial, es decir sometida a reglas diferentes a las de los particulares y portal del derecho privado, se deriva tanto de la competencia para conocer de los conflictos que generan los perjuicios como de los principios y las normas de derecho igualmente aplicables a los eventos de responsabilidad del Estado, como consecuencia de su actividad administrativa y de servicio público.

En el derecho francés, al dársele competencia al Consejo de Estado y por tal a la jurisdicción administrativa, para resolver autónomamente los conflictos en que era parte la Administración³⁹, nace la llamada justicia delegada, en donde ya no es la Administración la que resuelve los conflictos, sino un juez diferente a la misma⁴⁰; por lo que el proceso de conformación de una responsabilidad administrativa especial, se acrecienta, en cuanto a que las decisiones que se tomen en estos asuntos, van a ser manejadas con criterios y principios especiales de derecho público.

Es así, que se producen decisiones tan importantes como el fallo blanco, del tribunal de conflictos, que establece unos criterios especiales de derecho público en cuanto a la responsabilidad del Estado. En efecto el tribunal de conflictos, a través de este fallo, resuelve el caso surgido como consecuencia del atropellamiento de una niña, por parte de una vagoneta de la empresa tabacalera del Estado; conflicto que en principio fue instaurado ante la jurisdicción civil, pero que llega al conocimiento del tribunal de conflictos ante la declaratoria de incompetencia; por lo que se hace necesario resolver a quien le correspondía tramitar y decidir el caso.

El tribunal de conflictos, determina que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competente para conocer de los asuntos de responsabilidad del Estado, por actuaciones de sus agentes, debido a la relación directa que debía existir entre la actuación de la Administración, que lo hace sustentada en principios exorbitantes y extraños al derecho privado, con la necesidad de aplicar una jurisdicción diferente a la civil para resolver los conflictos; siendo ésta la jurisdicción contencioso administrativa. Pero además, con estas decisiones abandona la idea de resolver los conflictos de la Administración, con fundamento en las reglas del derecho privado, desligando la jurisdicción administrativa de la civil; y determina igualmente, que la responsabilidad del Estado no es absoluta, sino que obedece a reglas especiales que varían según las necesidades del servicio público⁴¹.

Como se puede ver este fallo, determina la responsabilidad del Estado, sometida a reglas especiales como son los principios de derecho público, en donde no se aplicaban las normas del Código Civil; es decir, que se plantea una derogatoria del derecho privado en el caso de la obligatoriedad de indemnizar perjuicios por parte de la Administración⁴²; situación de suma importancia para el desarrollo de la responsabilidad del Estado, así en un comienzo no se hubiese planteado como una responsabilidad absoluta, ya que a partir de este momento comienza la evolución de la institución, con criterios como la falla o falta del servicio, hasta llegar a nociones de responsabilidad objetiva, que son de vital importancia, para asuntos como el que nos ocupa de la responsabilidad del Estado por actos terroristas.

³⁸ Así lo plantea la C. S. J. en sentencia del 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez.

³⁹ Mediante ley del 24 de mayo de 1872, se dio la independencia de la jurisdicción contencioso administrativa, como juez natural de la Administración.

⁴⁰ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. *Derecho Procesal Administrativo, Primera Parte, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2004, pág. 40.*

⁴¹ GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. *Derecho Procesal Administrativo, Primera Parte, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2004, pág. 40.*

⁴² DUPUIS, Georges y otros. *Droit Administratif, 9e édition, Arman Colin, Paris 2004, pág. 554.*

Por su parte en el sistema colombiano, la determinación de la responsabilidad del Estado, se dio a partir de la propia competencia que la jurisdicción civil ejercía para resolver los conflictos por responsabilidad del Estado, pero que comenzó a transformarse cuando en la época de 1940, se empezó a tomar como fundamento de las decisiones, el criterio de la responsabilidad por falla del servicio público⁴³; aplicándola a la par, de principios de responsabilidad civil, lo que determinaba que existiera un criterio mixto en cuanto al régimen jurídico aplicable en los casos de responsabilidad del Estado; lo cual era obvio, en la medida que la competencia la ejercía la jurisdicción ordinaria civil, que manejaba fundamentalmente criterios civiles para resolver los conflictos.

En igual forma, el Consejo de Estado, que ejercía una competencia residual en asuntos de responsabilidad del Estado⁴⁴, luchaba por la aplicación de principios de derecho público en cuanto a dicha responsabilidad, específicamente en la aplicación del criterio de la falla del servicio.

Pero es, con la asignación de la competencia general al Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad del Estado⁴⁵, cuando la noción se reafirma, como una responsabilidad especial, diferente a la responsabilidad privada del derecho civil; en la medida que, al ser el juez natural de la Administración quien conoce de los conflictos y este juez aplica fundamentalmente reglas de derecho público, aplique las mismas en los eventos de la responsabilidad del Estado.

En las anteriores circunstancias, la responsabilidad del Estado como una responsabilidad especial, se desarrolla a pasos enormes; oscilando entre criterios de responsabilidad por falla y responsabilidad sin falla u objetiva; por lo que se hace necesario referirnos a los mismos.

1. LA RESPONSABILIDAD POR FALLA

Esta clase de responsabilidad, tiene su origen en el ordenamiento francés; como una actuación irregular de la Administración, generadora de perjuicios a los administrados; que encuentra sus antecedentes en la denominada noción de falta personal, cuando la misma se atribuye exclusivamente al agente y en esa medida se exonera de responsabilidad a la Administración⁴⁶; determinándose así, una distinción de responsabilidades, con fundamento en la clase de falta acaecida⁴⁷.

Entonces, cuando la falta se relacionaba con la actividad directa de la Administración, la misma se denominaba falta del servicio y se generaba la responsabilidad administrativa; a la cual se le aplicaba principios o reglas especiales de derecho público, atribuyéndose la competencia para conocer de la misma a la jurisdicción contencioso administrativa, en contraposición a la responsabilidad derivada de la falta personal, que iba a la jurisdicción ordinaria.

El concepto de falta o falla del servicio, ha tenido alguna distinción en cuanto a su traducción del derecho francés, en lo que se debe considerar como falta o falla y su relación con la culpabilidad; dando lugar a interpretaciones que pueden generar confusión, como lo plantea el profesor Ramiro Saavedra, por lo que podría entrar a hablarse de mal funcionamiento como un criterio de distinción de la falla del servicio⁴⁸; o de un concepto de actuación irregular de la Administración, entendida la misma como contraria a derecho o antijurídica, la cual involucraría criterios de falta o falla del servicio, en cuanto a la irregularidad de la actuación⁴⁹.

⁴³ C.S.J. sentencia de 30 de junio de 1941, toma criterios de falla en el servicio para determinar la responsabilidad del Estado.

⁴⁴ Recordemos que al Consejo de Estado, le estaban asignadas competencias en materia de responsabilidad, específicamente en lo relacionado con la ocupación de inmuebles por trabajos públicos.

⁴⁵ El decreto 528 de 1964, otorgó la competencia la jurisdicción contencioso administrativa, para conocer de los asuntos por responsabilidad del Estado.

⁴⁶ RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, pág. 317, muestra como la falta personal, por oposición a la falta de servicio, se separa del ejercicio de la función.

⁴⁷ El fallo Pelletier del 30 de julio de 1873, del Tribunal de Conflictos francés, hace alusión a la distinción entre la culpa personal y la culpa de servicio de la administración.

⁴⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La Responsabilidad del Estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*, Editorial Temis, Bogotá 1997, pág. 64, en cita que hace SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la Administración pública*, obra citada, pág. 232.

⁴⁹ PAILLET Michel. *La responsabilidad administrativa*, obra citada, págs. 144 y siguientes, además de la actuación irregular de la Administración, reflejada en la sustracción de las leyes del servicio, un comportamiento anormal, la sustracción a las obligaciones administrativas; plantea como nociones de falta, el atentado a los derechos de los administrados, que se expresa en la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, la ruptura de la igualdad ante los servicios públicos, la violación del derecho al correcto funcionamiento del servicio público.

En nuestro sistema, el Consejo de Estado ha considerado la falla o falta del servicio como una actuación irregular de la administración, determinada por comportamientos positivos o de omisión, que además de no ajustarse a parámetros de legalidad, atentan contra el correcto funcionamiento del servicio público⁵⁰.

2. LA RESPONSABILIDAD SIN FALLA

En otras circunstancias, en ocasiones la actuación de la Administración puede ajustarse a criterios de correcto funcionamiento del servicio público; es decir, adecuarse a la normatividad y por tal, ser regular en cuanto a que maneja una adecuada realización del servicio; pero que sin embargo por causar algún perjuicio a los administrados, nace la obligación para el Estado de resarcir dicho perjuicio, con fundamento en criterios de responsabilidad objetiva; enfrentándonos así, a la responsabilidad sin falla o sin culpa.

En la responsabilidad objetiva, no se establece una valoración de la actuación de la Administración, para determinar si es irregular; sino que por el contrario, lo que se hace es una valoración del daño o perjuicio, en el sentido si el mismo es irregular; ya que, quien lo sufre no está obligado a soportarlo.

Existen diversas tendencias que tratan de explicar la existencia de la responsabilidad sin falla o sin culpa, como ocurre en el derecho francés, donde se habla de la responsabilidad por riesgo, que tomando el criterio civilista, determina que una actividad ajustada a buen servicio público, puede comportar peligro y por tal la probabilidad que haciéndose efectivo el mismo, cause un daño a alguien. Por otra parte existe el criterio de la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, en donde si la Administración rompe la igualdad de los ciudadanos frente a las imposiciones del Estado causándole un perjuicio, nace la obligación de reparar, así, la actuación de la Administración sea perfectamente ajustada a derecho; y por último, el sistema francés habla de una responsabilidad sin culpa, por iniciativa del legislador, en donde es éste quien determina en qué eventos existe la obligación del Estado de reparar, así su actuación este ajustada a la legalidad⁵¹.

En el ordenamiento francés, la idea de una responsabilidad sin falta es de vieja data, pues debemos remontarnos a fallos como el Cames del Consejo de Estado, en donde se hace referencia a la responsabilidad por riesgo⁵², o al fallo Couitéas que hace alusión a la responsabilidad del Estado como consecuencia del rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas⁵³.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la responsabilidad sin falla, se ha manejado desde tiempo atrás, desde la óptica de una responsabilidad por riesgo y por daño especial, como expresión del rompimiento de equilibrio de los administrados frente a las cargas públicas⁵⁴; que pasando por otras formas de responsabilidad igualmente sin falla como la responsabilidad por trabajos públicos, por almacenaje, por expropiación, por el hecho de las leyes, ha llegado con la Constitución de 1991, a la concepción de una responsabilidad estrictamente objetiva, como es la denominada responsabilidad por daño antijurídico.

En efecto, el artículo 90 de la Constitución recoge toda la teoría de la responsabilidad por falta, para en marcarla en la denominada responsabilidad por daño antijurídico⁵⁵; que con su antecedente en el derecho español⁵⁶, constituyó un significativo avance en el proceso de formación del criterio de responsabilidad sin falla de la administración, ya que la configuración de la misma que hasta entonces era de estricto origen jurisprudencial, toma rango constitucional, pues es una norma de dicho orden que la establece.

⁵⁰ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 17 de diciembre de 1998, Exp. 10331 M.P. RICARDO HOYOSDUQUE.

⁵¹ PAILLET, Michel. *La responsabilidad administrativa*, obra citada, págs. 184 a 229.

⁵² C. E. F., fallo del 21 de junio de 1895. En MARCEAU, Long y otros. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, obra citada, pág. 23.

⁵³ C.E.F., fallo del 30 de noviembre de 1923. En MARCEAU, Long y otros. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, obra citada, pág. 164.

⁵⁴ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La responsabilidad administrativa de la administración pública*, obra citada, pág. 432, muestra como la teoría del daño especial, fue incorporada por el Consejo de Estado en 1947.

⁵⁵ El artículo 90 constitucional dice: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades...".

⁵⁶ El artículo 106 de la constitución española, es el fundamento para la consagración de la responsabilidad del Estado por daño antijurídico en nuestro ordenamiento constitucional.



En la consideración de la responsabilidad por daño antijurídico, la irregularidad pasa de la actuación al daño⁵⁷; lo que quiere decir, que en este evento, la antijuridicidad está en el daño, en la medida que quien lo padece no está obligado a soportarlo⁵⁸, así la actuación de la Administración comporte criterios de interés general; en la medida que el afectado está soportando cargas que exceden el principio de igualdad de las mismas y que por tal la actuación está violando derechos jurídicamente protegidos.

Al ser el daño antijurídico, el criterio fundamental en cuanto a la responsabilidad objetiva, es preciso afirmar, que este encierra a las demás clases de responsabilidad, en la medida que todas ellas implican responsabilidad del Estado derivadas de actuaciones legítimas de la Administración, pero que causan perjuicios a los administrados, en cuanto que vulneran derechos igualmente legítimos; es decir jurídicos, lo que quiere decir que solamente existirá obligación de reparar intereses que estén en estado de legalidad o juridicidad, es decir protegidos; porque de lo contrario, si el interés no es jurídicamente protegido, no podrá existir reparación del daño⁵⁹.

Así, si la responsabilidad sin falla u objetiva, determina en ciertos eventos obligación de reparar perjuicios, debemos analizar como opera para el caso específico de la responsabilidad por actos terroristas, al igual que la responsabilidad por falla, para establecer cual criterio opera y si está existiendo alguna transición de un sistema a otro; que es lo que se hace en el acápite siguiente.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS: DE UNA RESPONSABILIDAD POR FALLA HACIA UNA LA RESPONSABILIDAD SIN FALLA

El criterio tradicional que ha imperado en nuestro ordenamiento, en cuanto a la responsabilidad por actos terroristas, es el de la responsabilidad por falla, ya que la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa, ha planteado la actuación irregular de la Administración como el sustento fundamental de la misma; principalmente por omisiones de actuación.

Pero el criterio no ha sido exclusivo, sino que se ha ido abriendo paso la noción de responsabilidad objetiva en cuanto a la obligación del Estado a indemnizar perjuicios como consecuencia de actos terroristas, principalmente con fundamento en la responsabilidad por riesgo y daño antijurídico, al existir rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas del dañado. Situación que amerita verificar como ha sido la forma de aplicación de una y otra, en cuanto a la clase de responsabilidad ajustable por actos terroristas.

A) La falla en el servicio: fundamento inicial de la responsabilidad por actos terroristas

La falla en el servicio, ha sido el sustento primordial para determinar la responsabilidad del Estado por actos terroristas, en la medida que las actuaciones irregulares son las que han primado en la determinación de la misma⁶⁰; por lo que el funcionamiento anormal del servicio público, es el que prima en la asignación de responsabilidad del Estado en caso de estos actos⁶¹.

En las anteriores circunstancias, se ha establecido que la falla del servicio en cuanto a los actos terroristas, ocurre cuando la Administración ha actuado mal, ha actuado tardíamente o no ha actuado, generando la ocurrencia

⁵⁷ Recordemos que en la responsabilidad por falla, la irregularidad esta en la conducta.

⁵⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*, obra citada, pág 442, lo hace ver haciendo alusión a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los siguientes términos. "El daño antijurídico es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar.

⁵⁹ Cuando el agente público cause la muerte a una persona, que se encontraba realizando un atraco a un banco, a pesar que puede, se está causando un daño en cuanto se vulnera el derecho a la vida, no existirá obligación de reparar, pues el derecho no estaba jurídicamente protegido, ya que la víctima estaba en situación de ilegalidad.

⁶⁰ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos terroristas*, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Bogotá año 2000, pág. 28.

⁶¹ CHAPU, R. *Droit Administratif General T. I., Paris Monchrestien 1995*, pág. establece la falla como la falta a una obligación preexistente, por lo que en esa medida la actuación se torna ilegítima.

Principia JURIS

del acto terrorista; por lo que, la anormalidad en la actuación es la que sustenta la responsabilidad del Estado⁶²; y en esa medida nace la obligación de reparar.

Así, es la falla y su demostración dentro de la acción judicial, la que en principio debe existir para que se de la responsabilidad del Estado; existiendo así, una obligación de prueba por quien alega la falla, de demostrar no solamente la actuación de la Administración como generadora del daño, sino igualmente la culpabilidad de la misma, para que opere esta clase de responsabilidad.

Pero la falla en que puede incurrir la Administración en los casos de actos terroristas, se fundamenta en la anormalidad de las actuaciones encaminadas a lograr la protección de los ciudadanos y de su patrimonio, que determina que se presente un medio propicio para la ocurrencia del acto terrorista; lo que quiere decir que son los actos omisivos los que fundamentalmente configuran la falla, en esta clase de responsabilidad⁶³; sin que se descarten actos positivos de la Administración como generadores de los mismos.

Así las cosas, si existe alguna probabilidad de ocurrencia del acto terrorista y la Administración no toma las medidas para evitarlo, estamos ante una falla del servicio; ya que, se está incumpliendo con la obligación de protección que le asiste⁶⁴; y por tales circunstancias, la responsabilidad del Estado en cuanto a dichos actos, opera únicamente cuando el acto terrorista es previsible y a contrario sensu, se exoneraría de responsabilidad cuando el acto es imprevisible⁶⁵.

Es que, ante la posibilidad de ocurrencia del acto, la Administración con su actuación puede generar que el mismo ocurra, configurándose entonces la falla del servicio, ya que en lugar de evitarlo lo está propiciando. Pero, esa obligación que le asiste al Estado de evitar los actos terroristas no determina una obligación automática de indemnizar, ya que, la misma está provista de algún grado de relatividad, pues no se puede exigir a la Administración una obligación general de protección, en la medida que esto sería imposible, en circunstancias de anormalidad y conflicto armado, como las que se presentan en nuestro territorio, generándose así una exoneración de responsabilidad, en cuanto a que no se puede exigir lo imposible a la Administración.

Como se puede ver, las actuaciones irregulares de la Administración, han sido las que en principio han dado lugar a la responsabilidad del Estado por actos terroristas, como un reflejo de la responsabilidad general del Estado por falla; pero esta clase de responsabilidad no ha sido exclusiva, sino que por el contrario se ha venido dando en igual forma una responsabilidad sin falla, en estos eventos, como lo pasamos a analizar.

A) La responsabilidad objetiva por actos terroristas, se sustenta en el riesgo excepcional y el daño especial

En ocasiones, puede que la actuación de la Administración se ajuste a legitimidad y correcto funcionamiento del servicio público; pero sin embargo, ante la ocurrencia de un acto terrorista nace la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios que se causen con los mismos y, en este evento estaremos frente a una responsabilidad sin falla.

Así las cosas, cuando la Administración en ejercicio de su actividad administrativa de servicio público, coloca en situación de riesgo a los administrados, es decir, expuestos a un atentado terrorista; si el mismo se llega a causar, ocasionando perjuicio para los administrados, se presenta para el Estado la obligación de reparar, así su actuación haya sido plenamente diligente; porque quien creó el riesgo fue el Estado y el administrado no estaba en la obligación de soportar el daño⁶⁶.

⁶² C.E. Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1994, exp. 9276, M.P. Daniel Suárez; contempló la falla del servicio por omisión, en cuanto a la toma del palacio de justicia por el M-19.

⁶³ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre 20 de 1998 exp. 11804, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, al referirse a la masacre de la policía en Usme dijo: "La responsabilidad de la entidad demandada resultó comprometida, en la medida que desatendió los deberes constitucionales y legales de protección que le eran propios pues no tomó las medidas idóneas de seguridad para proteger la vida de los funcionarios del Cuerpo Técnico de Policía Judicial...".

⁶⁴ El artículo XXXX

⁶⁵ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, obra citada, pág. 39, muestra cómo el juez administrativo colombiano analiza la previsibilidad del acto terrorista desde dos puntos de vista; uno, desde el comportamiento previo de la víctima o persona contra quien va dirigido el acto y otro desde las circunstancias exteriores a dichos comportamientos.

⁶⁶ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 2000, exp. 11834, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, lo planteó de esa manera cuando resolvió una acción por atentado en contra de los CAI de Medellín.

La concepción anterior, nos deja frente a la responsabilidad por riesgo excepcional o riesgo creado por la Administración en ejercicio del servicio público⁶⁷; ya que, cuando el Estado crea el riesgo y este se hace efectivo generando el perjuicio, debe responder, puesto que se está rompiendo el principio del equilibrio frente a las cargas públicas que deben soportar los administrados⁶⁸.

Por otra parte, se presentan ocasiones en que El Estado debe responder por los perjuicios generados por actos terroristas; aún cuando los mismos se suceden, sin que haya existido falla de la Administración, ni la creación de un riesgo; solamente con fundamento en el criterio del daño especial, como modalidad de responsabilidad sin falla de la Administración.

En efecto, la teoría de la responsabilidad por daño especial se sustenta en una actividad de la Administración plenamente legítima, que genera un perjuicio para el administrado, en la medida que rompe el equilibrio que debe existir frente a las cargas o imposiciones públicas, existiendo un nexo de causalidad entre la actuación y el daño, que determina la obligación de reparar, de manera excepcional, puesto que lo normal es el daño derivado de la responsabilidad por falla⁶⁹.

Hay que decir eso si, que la modalidad de responsabilidad del Estado por daño especial es de menor incidencia, en lo referente a los actos terroristas, que lo que pueda darse frente a la falla y al riesgo excepcional.

CONCLUSIONES

El continuo conflicto que ha existido a lo largo de la historia de nuestro país, ha hecho que se presenten un sin número de actos denominados "actos terroristas", los cuales causan perjuicios a las personas, en la medida que afectan su patrimonio.

Afectación que de una u otra forma debe ser reparada por alguien, ya sea por quien directamente causa el daño o, por el Estado en su calidad de garante de la vida, honra y bienes de las personas.

Así las cosas se debe determinar, que la obligación de reparar los daños causados como consecuencia de los actos terroristas, normalmente recae en el Estado, porque quienes los causan materialmente son grupos ilegales, que se sustraen de la obligación de reparar, por la misma circunstancia de ilegalidad.

Entonces, si es el Estado el que debe reparar, la obligación se enmarca en la teoría de la responsabilidad del Estado, que desde el punto de vista conceptual oscila entre la responsabilidad por falla y la responsabilidad sin falla.

Y que, para la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, la responsabilidad por falla ya no es la única forma de obligación que tiene el Estado de reparar perjuicios como consecuencia de actos terroristas; sino que por el contrario se ha abierto paso la teoría de la responsabilidad sin falla, expresada en el riesgo excepcional y en el daño especial, como manifestaciones de la obligación de indemnizar.

BIBLIOGRAFÍA

PÉREZ, Montserrat. El Pequeño Larousse Ilustrado., séptima edición, Bogotá, 2001.

MAGIL, M. Crónica oculta del conflicto: Antecedentes, estrategias de paz y opiniones de los protagonistas, Ediciones Desde Abajo, Bogotá, 2003.

VASCONCELLOS AVENDAÑO, Jaime. Terrorismo, su Historia, Evolución e Incidencia en el Desarrollo de Suramérica, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, Chile, 2004.

JARAMILLO, Carlos Eduardo. La guerra de los mil días 1899 1902, en Nueva historia de Colombia, T.I., Editorial Planeta, Bogotá 1989.

⁶⁷ El profesor PELÁEZ, GUTIÉRREZ Juan Carlos, en su obra que hemos citado, página 92, habla de varias clases de riesgo, como el riesgo provecho, el de utilizar cosas o métodos peligrosos, por crear situaciones peligrosas, pero todos generadores de responsabilidad.

⁶⁸ La noción de riesgo creado es típicamente francesa, como fundamento de responsabilidad del Estado.

⁶⁹ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 febrero de 1999, exp. 10731, M.P. Ricardo Hoyos Duque, se refirió al daño especial como forma de responsabilidad por actos terroristas, en el caso de transporte en circunstancias de alteración del orden público y la debida vigilancia de las autoridades hacia el mismo.

- ALAPE, Arturo. El 9 de abril, asesinato de una esperanza, en Nueva Historia de Colombia.
- SÁNCHEZ G, Gonzalo. Violencia, guerrillas y estructuras agrarias, Nueva Historia de Colombia.
- PIZARRO LEÓN GÓMEZ, Eduardo. Elementos para una sociología de la guerrilla colombiana. En Guerra en Colombia: actores armados, Universidad Nacional, Bogotá 2004.
- LAIR, ERIC. El terror, recurso estratégico de los actores armados Reflexiones en torno al conflicto colombiano. En Guerra en Colombia: actores armados.
- REYES POSADA, Alejandro. Paramilitares en Colombia: contexto, aliados y consecuencias. En Guerra en Colombia: actores armados.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano, décimo tercera edición, Editorial Temis, Bogotá 2002.
- HENAO, Juan Carlos. El daño, primera edición Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998.
- PAILLET, Michel. La responsabilidad administrativa, traducción y estudio introductorio, Jesús María Carrillo Ballesteros, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Bogotá 2001.
- FOILLARD, Philippe. Droit Administratif, Paradigme Publications Universitaires, Paris 2004.
- EXÓSITO Vélez, Juan Carlos. Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003.
- LAFERRIERE. Traité de la Jurisdiction administrative, 2e ed., Paris 1896.
- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, primera edición, tercera reimpresión, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.
- HOYOS DUQUE, Ricardo. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública, Editorial Temis, Bogotá 1984.
- LÓPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad del Estado por Error Judicial, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 1996.
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Derecho Procesal Administrativo, Primera Parte, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2004.
- MARCEAU, Long y otros. Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa, ediciones Librería el profesional, Bogotá 2000.
- DUPUIS, Georges y otros. Droit Administratif, 9e édition, Arman Colin, Paris 2004.
- RIVERO, Jean. Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado, el daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas, Editorial Temis, Bogotá 1997.
- PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos terroristas, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá año 2000.
- CHAPU, R. Droit Administratif General T. I., Paris Monchrestien 1995.

AFILIACIÓN INSTITUCIONAL

Autor: CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA

Decano y Docente Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás - Tunja

Área: Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo

Abogado de la universidad libre de Colombia; Especializado en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás; Magíster en Derecho Procesal, Universidad Libre; postgrado en derecho Administrativo, universidad de Salamanca (España); Magíster en derecho Administrativo, Universidad del Rosario; Doctorando en derecho

