

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 77, ISSN: 2463-1914

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

Responsabilidad estatal por actos terroristas: Estudio de derecho comparado entre Colombia y España

Dra. Luisa Fernanda García L.
Directora

Edier Alberto Alzate S.
Estudiante



Universidad del
Rosario

RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS TERRORISTAS:
ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO
ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA

Responsabilidad estatal por actos terroristas: estudio de derecho comparado entre Colombia y España / Luisa Fernanda García L., directora; Edier Alberto Alzate S., estudiante. -- Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017.

38 páginas -- (Borrador de Investigación (Facultad de Jurisprudencia); No. 77)
Incluye referencias bibliográficas.

ISSNe: 2463-1914

Responsabilidad del Estado -- Colombia / Responsabilidad del Estado -- España / Terrorismo -- Aspectos jurídicos / Derecho comparado / I. Alzate S., Edier Alberto / II. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Maestría en Derecho Administrativo / III. Título / IV. Serie.

986.1053 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

JDA

febrero 28 de 2017

RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS TERRORISTAS:
ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO
ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA

Dra. Luisa Fernanda García L.
Directora

Edier Alberto Alzate S.
Estudiante

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN CRÍTICA
BORRADOR DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2017

Dra. Luisa Fernanda García L.
Edier Alberto Alzate S.

Corrección de estilo
Claudia Ríos

Diseño y diagramación
Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSNe: 2463-1914

Todos los derechos reservados
Primera edición: marzo de 2017

Made in Colombia

CONTENIDO

1. NOCIÓN DE TERRORISMO COMO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD.....	11
2. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS TERRORISTAS EN COLOMBIA.....	15
2.1. Régimen subjetivo	18
2.2. Régimen objetivo	22
3. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS TERRORISTAS EN ESPAÑA.....	26
4. ANÁLISIS COMPARATIVO.....	32
4.1. Semejanzas.....	32
4.2 Diferencias.....	33
5. CONCLUSIÓN.....	36
REFERENCIAS.....	37

RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS TERRORISTAS: ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA

¹Dra. Luisa Fernanda García L.*
Directora

Edier Alberto Alzate S.**
Estudiante

En las últimas décadas el fenómeno del terrorismo ha tomado gran trascendencia desde la óptica mundial, al convertirse en uno de los principales focos de lucha en contra de crimen organizado de los Estados, quienes, en la búsqueda de proteger a sus individuos y garantizar el cumplimiento de sus fines, han hecho grandes esfuerzos por combatirlo y erradicarlo por completo. La relevancia del asunto se encuentra en que tras la perpetración de los ataques se genera una vulneración sistemática e indiscriminada de los derechos de los individuos y de la colectividad, haciendo que sean los Estados quienes sean llamados, a través de sus órganos jurisdiccionales, a impartir justicia para que los daños causados sean resarcidos una vez se hayan esclarecido los hechos bajo investigación.

Dos muestras de lo afirmado son las realidades colombiana y española, puesto que el devenir histórico del siglo pasado estuvo marcado por conflictos sociales en ambos países, los cuales debieron soportar de forma reiterativa actos terroristas en los

* Profesora principal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, PhD. en derecho público de la Universidad de Montpellier (Francia). Coordinadora del área de Derecho Constitucional y directora del grupo de investigación en derecho privado. Actualmente, dirige el semillero de confluencias entre derecho público y derecho privado. Ha sido profesora invitada en el Master 2 de Derecho constitucional de la Universidad de Bordeaux - Francia.

** Abogado de la Universidad del Rosario, candidato a Magíster en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Se ha desempeñado como asistente de investigación e investigador asociado del Observatorio de lavado activos y extinción de dominio. Asimismo, ha trabajado como abogado del Grupo de Contratación del Ministerio de Tecnologías de la información y las comunicaciones y de la oficina jurídica del Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas - Sinchi.

que grupos insurgentes, tras la defensa de determinadas ideologías, atacaban directamente a la población civil, las instituciones estatales y la infraestructura vital para el desarrollo. Es más, sin contemplar la dimensión de los perjuicios a causar y con la idea de debilitar al bando contrario, mediante ataques que causaran terror, miedo y zozobra, se efectuaron explosiones de artefactos, masacres, tomas a la población, entre otros ataques, trayendo como consecuencia la muerte de miles de personas y la destrucción de municipios y ciudades.

Todo esto llevado al ámbito del derecho se traduce en la vulneración reiterativa e injustificada de las prerrogativas fundamentales del ser humano, catalogadas con dicha jerarquía por tratarse de garantías esenciales para el desarrollo de todos los individuos. En este conjunto pueden identificarse el derecho a la vida, honra, derecho de propiedad, salud, a la familia, entre otros; cuyo ejercicio pleno es uno de los fines del Estado dentro de la Teoría Constitucional actual.

Cabe recalcar que, por el devenir de los acontecimientos marcados por el terrorismo, con un impacto notorio a nivel nacional e internacional, hay un gran esfuerzo por parte de Colombia y España para que en el interior de sus ordenamientos se establezcan los mecanismos mediante los cuales las víctimas puedan ser reparadas. Por tal razón, frente a dicho contexto cada uno de ellos ha tomado una postura marcada con respecto a las vías jurídicas implementadas para lograr la reparación de las víctimas, cuyas fundamentaciones representan postulados esenciales que obedecen a la razón de ser de su existencia en concordancia con su historia.

Así las cosas, desde el ámbito jurídico se ha suscitado la necesidad de consolidar instituciones que respondan ante los diversos acontecimientos, con el objeto de determinar la responsabilidad penal y civil extracontractual de los autores de los actos de terrorismo. Igualmente, ha sido indispensable establecer los supuestos en los que el Estado también es declarado responsable, teniendo la obligación de reparar a las víctimas del terrorismo.

Esto último es bastante llamativo considerando que, en principio, cuando se habla de terrorismo se piensa en ataques de grupos apartados del andamiaje institucional del Estado, postulando que por tratarse de actos de terceros no se debería concebir ninguna responsabilidad a cargo del ente estatal. No obstante, normativa y jurisprudencialmente se ha abierto la posibilidad de estudiar la presunta responsabilidad estatal por ataques terroristas, teniendo principalmente como fundamento las omisiones o actuaciones retardadas por parte de los agentes del Estado, que influyeron en la materialización del daño. Inclusive ha estado bajo examen la tesis que propugna por

imponer a la Administración la obligación de reparar en los casos en que actuó dentro del marco legal, pero habiéndose quebrantado el principio de igualdad ante las cargas públicas al hacer más gravosa la condición de ciertos individuos.

En este sentido, el presente artículo tiene como objeto analizar comparativamente la institución jurídica de responsabilidad del Estado por actos de terrorismo en Colombia y España, exponiendo los fundamentos de su existencia, los desarrollos en la materia, además de las principales semejanzas y diferencias entre ambos sistemas. Lo anterior se efectuará al llevar a cabo un ejercicio de microcomparación, a partir del principio de funcionalidad,² teniendo como pilares los fundamentos de la responsabilidad estatal en cada ordenamiento y sus regímenes aplicables.

De entrada, se sostendrá que el ordenamiento jurídico colombiano en materia de responsabilidad estatal por ataques terroristas se caracteriza por la existencia de dos regímenes aplicables, es decir, el subjetivo y el objetivo. El subjetivo se materializa por la teoría de falla del servicio, mientras que el objetivo, por la aplicación de los títulos de imputación de riesgo excepcional y daño especial. En el caso español existe un tratamiento especializado a la misma institución, porque aun habiendo instaurado un régimen de responsabilidad objetivo para la generalidad de los casos en los que se debe determinar la obligación del Estado de reparar, se ha establecido que únicamente procederá para la situación en que los actos de terrorismo se concreten por una falla del servicio, debiendo probarse el actuar negligente u omisivo por parte de los organismos estatales en los eventos en que el ataque haya sido previsible.

Antes de proseguir es muy importante justificar la elección de Colombia y España como ámbitos de estudio, razón por la que a continuación se harán las siguientes precisiones. De inicio hay que señalar que la elección de estos dos Estados no es caprichosa y sin fundamento. La escogencia se justifica en la influencia que han tenido las disposiciones españolas que regulan la institución jurídica de responsabilidad del Estado en Colombia, en la pertenencia de ambos ordenamientos jurídicos a una misma familia jurídica como es la romano-germánica y por haber experimentado en su historia ataques terroristas reiterados por parte de grupos al margen de la estructura estatal, los cuales tienen como efecto la instauración de teorías aplicables a la responsabilidad estatal por esos hechos.

2 ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. Introducción al derecho comparado. México: Oxford University Press. p. 38.

Es así como pueden esbozarse brevemente los dos contextos. De un lado, el conflicto armado interno colombiano ha confrontado las fuerzas del Estado frente a guerrillas organizadas que se vieron fortalecidas por estructuras criminales dedicadas al narcotráfico, generando etapas de recrudecimiento de la violencia en las que la mayor afectación fue causada para la población. En otras palabras, durante más de medio siglo los colombianos han tenido que soportar contextos de incertidumbre, peligro e inseguridad, como consecuencia de los ataques terroristas que cobraron la vida de miles de individuos, y destruyeron gran parte de la infraestructura esencial del país.

De otro lado, en el escenario español los grupos con ideologías independentistas radicales llegaron al punto de constituir algunos conjuntos reconocidos internacionalmente como terroristas. Este es el caso de la ETA —por la expresión “Euskadi ta askatasuna”—, cuyo origen se remonta a 1958 y cuya trascendencia radica en que en el seno de esa organización se logró la materialización de ataques terroristas de alto impacto, principalmente en territorio español y la frontera con Francia, como estrategia de presión al Gobierno del Reino de España para lograr la separación del País Vasco y la imposición del modelo socialista. Ahora, si bien esta organización decidió cesar sus actividades en 2011 luego de negociar con el Gobierno de dicho país, sus ataques por décadas son un factor determinante para estudiar las respuestas jurídicas brindadas en el ordenamiento español.

En este marco el escrito se desarrollará de la siguiente manera: 1. Noción de terrorismo como generador de responsabilidad, 2. Fundamentos de la responsabilidad estatal por actos terroristas en Colombia, 3. Fundamentos de la responsabilidad estatal por actos terroristas en España, 4. Análisis comparativo y la conclusión.

1. NOCIÓN DE TERRORISMO COMO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD

El contexto que se observó en el siglo xx y lo que ha transcurrido del xxi ha generado la necesidad de estudiar un fenómeno mundial denominado terrorismo, convirtiéndose en un reto para los Estados existentes al tener que responder a actos atroces que vulneran de forma sistemática e indiscriminada los derechos de los individuos. Se hace referencia a las actuaciones que no hacen diferencia entre edad, sexo, profesión o nacionalidad, sino que obedecen a una lógica que tiene como objetivo posicionarse a través del terror y el miedo ocasionado en la sociedad.

Es en este sentido que desde diferentes ópticas se debe abordar el concepto de terrorismo y sus implicaciones, intentando definir sus rasgos característicos con base en sus motivos de origen, formas de ejecución y finalidades. Por tal motivo, es importante centrarse en esta oportunidad en el abordaje de la temática en mención, con el fin de describir de forma puntual los elementos característicos de lo que hoy se entiende como terrorismo, además de hacer un análisis jurídico de cómo este se convierte en generador de responsabilidad patrimonial.

Partiendo de la definición más sencilla se puede decir que el terrorismo es un conjunto de actos ejecutados con el objeto de difundir terror, espantar o atemorizar a una población específica, provocando de esta manera un desorden social, político y económico. Inclusive, no debe abordarse únicamente como un fenómeno nacional, sino que trasciende las fronteras de los Estados como consecuencia de la apertura mundial de personas, ideologías, capitales e intereses. Dicho de un modo más pragmático el terrorismo se refleja en todo acto que tenga como finalidad causar zozobra, miedo y desestabilizar el orden establecido, teniendo como causa fines ideológicos, anarquistas, separatistas, religiosos, narcoterroristas, entre otros. Por lo general, estos ataques se caracterizan por un alto contenido violento al utilizar técnicas intimidatorias, amenazas, apoderamiento de los medios de transporte, secuestros, asesinatos, artefactos explosivos, destrucción de infraestructura vital, armas de fuego, armas biológicas y armas nucleares, para infundir temor al grupo poblacional atacado y a las autoridades gubernamentales.

No obstante, hay otro conjunto de acciones que, si bien no implican un ataque directo a las personas, sí tienen un impacto muy importante en ellas, por afectar el

modo de vivir en sociedad. Puntualmente, pueden describirse dos ejemplos particulares. El primero se relaciona con todas aquellas vulneraciones y daños que se causan a los recursos naturales, como son el envenenamiento de fuentes hídricas y los incendios de bosques. Mientras que el segundo —un poco más imaginario pero probable por los grandes avances tecnológicos— refleja todas aquellas intimidaciones y amenazas, que pueden llegar a suscitarse por ataques cibernéticos a las instituciones del Estado, teniendo implicaciones de seguridad personal, financiera, política y social, al tenerse el acceso, control y poder para manipular información privilegiada.

Lo anterior tiene como propósito llevar más allá el concepto general de terrorismo al ampliar el espectro de estudio al partir de las transformaciones de la sociedad actual y de la evolución tecnológica voraz de las últimas décadas, entendiendo que el terrorismo no solo se circunscribe a ataques violentos e indiscriminados, sino a cualquier acto de relevancia social que se ejecute con el objetivo de causar pánico en la sociedad para desequilibrar el orden.

Ahora bien, con el fin de ampliar los conceptos esbozados, cabe destacar las palabras de los autores Miguel Ángel Poveda y Pedro Agudo Novo, quienes postulan:

A diferencia de otras formas de conflicto político armado, el terrorismo ignora, y viola cualquier norma preestablecida. Su intención no es otra que la de destruir, alterar el tejido social, político y económico de un país, interfiriendo en la distribución del poder y de los recursos materiales o simbólicos en el seno de la sociedad. Es por ello, que en la mayoría de los casos, nuestro fenómeno, no supone un acto aislado, irreflexivo, sino que a pesar de su sorpresa e imprevisibilidad, suele apuntar a objetivos designados en función de su relevancia social, política, económica o simbólica, formando parte, a su vez, de una estrategia vinculada con determinados fines políticos concretos, siendo su efecto o efectos psicológicos más importantes que las consecuencias físicas del hecho en sí.³

Otra manera de aproximarse a la definición de terrorismo es enlistar algunas marcas distintivas del terrorismo, labor que Fernando Reinares sintetiza al decir que:

3 POVEDA, Miguel Ángel y AGUDO, Pedro. Clasificación del terrorismo, según sus fines: Ideológico, autóctono, de liberación, nacional e internacional. *En*: Dirección Nacional de Escuelas de la Policía (ed.). Terrorismo, cuerpos de seguridad y derechos humanos. Bogotá: Panamericana, 2015. p. 193.

1. El impacto psíquico que provoca, sobrepasa con creces las consecuencias puramente materiales. 2. Los terroristas pretenden condicionar las actitudes y el comportamiento de la población. 3. Es una violencia sistemática e imprevisible. 4. Los blancos tienen relevancia simbólica. 5. Es un fenómeno indiscriminado. 6. Constituye un método virulento de comunicación, propaganda y control social. 7. Puede ser practicado por individuos aislados o por actos colectivos y se considera terrorismo político cuando lo que se busca es alterar la estructura y la distribución del poder.⁴

De esta manera, puede plantearse un sinnúmero de escenarios para aplicar los conceptos expuestos, que, siendo abordados desde la óptica de las ciencias jurídicas, implican un conjunto de efectos a los cuales debe presentárseles un modo de regulación y medios efectivos de solución de controversias. Esto nos trae de nuevo al párrafo inicial del presente capítulo, entendiendo que la relevancia jurídica del terrorismo se soporta en que su concreción es una clara muestra de violaciones sistemáticas a los derechos humanos y a los bienes constitucionalmente protegidos.

De allí que toda vulneración o afectación que se produzca a estos, es susceptible de generar responsabilidad patrimonial de los actores de las conductas, bien sean individuos miembros de cuerpos armados civiles o agentes estatales, bajo la teoría clásica que conjuga la materialización de un daño, la conducta u omisión que le dio origen, y el nexo de causalidad entre los mismos, que se ve concretada finalmente en la obligación de reparar.

Dentro del conjunto de derechos afectados por los ataques terroristas pueden identificarse el derecho a la vida, la honra, el derecho de propiedad, la salud, derecho a la familia, a la seguridad común, y a la tranquilidad pública; asimismo, puede resaltarse la vulneración que el terrorismo causa a los poderes públicos, las instituciones y en definitiva al orden.

Bajo esta mirada toma relevancia la tendencia jurídica de constitucionalización del Derecho, y en específico, la del Derecho Administrativo en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, puesto que, es esencial tener en cuenta las máximas que determinan la razón de ser del Estado, ya que al estudiar el fenómeno del terrorismo y sus implicaciones es indispensable enfocarse en el cumplimiento de las obligaciones del mismo con relación a la efectividad de los derechos fundamentales de sus asociados.

4 REINARES, Fernando. Terrorismo global. Madrid: Santillana, 2003. pp. 16-17.

Así las cosas, se observa que la temática a estudiar tiene un alcance enorme, por ser de actualidad y tener relación con las bases mismas de la sociedad. Para lo cual se requiere que se brinden respuestas claras a las problemáticas suscitadas, de tal manera que los apartados que se desarrollarán a continuación tendrán el objeto de analizar el desarrollo de la institución de responsabilidad del Estado por actos terroristas en Colombia y España.

2. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS TERRORISTAS EN COLOMBIA

Para desarrollar la temática propuesta es esencial realizar primero una caracterización de la Responsabilidad Estatal, antes de entrar en concreto a la materia específica del artículo. Para empezar debe señalarse que la Responsabilidad Extracontractual en el Estado colombiano ha tenido un crecimiento en más de 100 años de evolución, al tener sus primeros antecedentes hacia la segunda mitad del siglo XIX, lapso en el que se han sostenido distintos dogmas. Es así como, las líneas trazadas en esta materia pueden caracterizarse desde la tesis de la irresponsabilidad del Estado hasta las diferentes teorías esbozadas para imponer la obligación de reparar a las víctimas en cabeza del ente estatal, al declararle responsable bien sea por vía directa o indirecta.

Respecto del marco actual puede indicarse que existen disposiciones muy puntuales que demarcan los aspectos esenciales de la materia, como son el artículo 90⁵ de la Constitución Política y el artículo 140⁶ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. A su vez la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en especial de la Sección Tercera de este Alto Tribunal, ha establecido las principales tendencias con relación a los títulos de imputación, teorías de causalidad, reparación en materia de daños materiales e inmateriales, así como, los eximentes de responsabilidad aplicables.

5 COLOMBIA. Constitución Política. Artículo 90: “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, aquél deberá repetir contra éste”.

6 COLOMBIA. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 140: “En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma [...]”

Sobre este punto el profesor Hugo Andrés Arenas manifiesta que en Colombia se han presentado dos títulos de responsabilidad, siendo ampliamente predominante el subjetivo, mientras que el objetivo se ha aplicado tan solo de manera subsidiaria.⁷ Lo anterior, es explicado al expresarse que al lado del modelo subjetivo, predominante tanto en el mundo como en Colombia y que sigue las tendencias civilistas, se han venido incorporando algunas excepciones en que se reconoce la responsabilidad del Estado en supuestos en que ha actuado correctamente o por haber presentado un funcionamiento normal, las cuales han permitido importantes avances en la materia y soluciones más justas cuando se le causen daños a los asociados.⁸

Esto último es reiterado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, como lo muestra el pronunciamiento hecho en la Sentencia del 26 de febrero del 2015, con ponencia del magistrado Hernán Andrade Rincón al decir:

El sistema de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en sede judicial tradicionalmente ha consultado un régimen subjetivo, el de falla en el servicio, evento en el cual, además de la demostración de la existencia de un daño, se exige para su imputación que ese menoscabo haya sido causado por acción u omisión predicable de las entidades estatales y que dicha conducta resulte anómala o desconocedora del ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, paralelamente a dicho régimen, la Sección Tercera de esta Corporación también ha aceptado la posibilidad de condenar patrimonialmente al Estado bajo enfoques objetivos, como es el caso de los que se derivan del riesgo excepcional o de la noción de daño especial, en los cuales el estudio no se centra en la naturaleza de la conducta estatal -la cual en muchas ocasiones se muestra acorde a derecho- sino que comporta el análisis en torno a precisar si el daño sufrido por el asociado se muestra como un desequilibrio injustificado en las cargas públicas que deben soportar normalmente las personas por el hecho de vivir en sociedad.⁹

Con relación a los títulos de imputación propios del sistema de responsabilidad adoptado en Colombia puede mencionarse que existen tres teorías principalmente. En primer lugar, se encuentra el título jurídico de falla del servicio como criterio de imputación para los eventos en que de manera directa el Estado genera un daño

7 ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad subjetiva. Bogotá: Legis. 1ª ed., 2014, p. 204.

8 Ibid., p. 77.

9 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A., Sentencia del 26 de febrero 2015. C.P: Hernán Andrade Rincón.

como consecuencia de no haber actuado teniendo el deber de hacerlo, de haber actuado erradamente o por haberlo hecho de manera tardía. Este postulado se soporta en la proyección del deber que tiene el Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos, de tal manera que cualquier daño originado en irregularidades o deficiencia de estos tiene que ser satisfecho por la Administración.¹⁰

Así las cosas, como lo afirma el profesor Wilson Ruiz Orjuela, la falla en el servicio corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, en que predomina la culpa de la Administración por supuestos de 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, siendo acciones u omisiones que se predicen de la Administración y que en su funcionamiento resultan en cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al Estado.¹¹

En segundo lugar, debe hacerse referencia al título de imputación denominado riesgo excepcional, el cual tiene lugar cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la Administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal o que resulta excesivo, bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o exceden lo razonablemente asumible por el perjudicado.¹² Bajo esta lógica, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en el curso de una actividad catalogada como peligrosa, desarrollada en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que ponen a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional que excede notoriamente las cargas que normalmente deben soportar los administrados.¹³

Y, en tercer lugar, se predica el daño especial imponiendo al ente estatal la obligación de reparar, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar en beneficio de la comunidad causa al individuo un

-
- 10 RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. Bogotá: Temis. 19ª ed. Bogotá, 2015. p. 662.
- 11 RUIZ ORJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. 2ª ed. Bogotá: ECOE, 2013.
- 12 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., Sentencia del 28 de enero de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofimio.
- 13 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 1989.

daño especial, anormal y considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos, rompiéndose la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas.¹⁴

Habiendo fijado este panorama general del desarrollo específico de la responsabilidad estatal por actos terroristas en Colombia se puede decir que es una institución que ha tenido constantes variaciones soportadas en las diversas posturas adoptadas en la jurisprudencia, en la medida en que a partir de discusiones académicas sobre los elementos que fundamentan la declaratoria de responsabilidad en cabeza del Estado, se generaron cambios sustanciales en la institución y sus componentes.

En este sentido, la aplicación de los regímenes de responsabilidad para estos eventos tiene desarrollos marcados por la predominancia del título subjetivo de falla del servicio e incoherencias entre los títulos objetivos. Para demostrar la veracidad de lo afirmado, se procederá a exponer cada régimen por separado.

2.1. Régimen subjetivo

Con respecto a la evolución de la responsabilidad del Estado por actos terroristas en el régimen subjetivo, hay que mencionar que la doctrina tiene un consenso al estudiar las tendencias del Consejo de Estado sobre el asunto. El alto tribunal se ha encargado de postular que la falla del servicio se presenta 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 hubo falencias o irregularidades por parte de la Administración que se concretan en una omisión, al no utilizar todos los medios que tenía a su alcance para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso.¹⁵ Del mismo modo, se ha establecido que la previsibilidad es un elemento a tener en cuenta en la aplicación del régimen subjetivo, puesto que la conducta anómala de la Administración se determina por la inoperancia en aquellas situaciones en que es previsible que se desencadene el acto terrorista.

Un ejemplo de ello es lo expresado por el profesor Wilson Ruiz Orjuela, quien en varios acercamientos frente a la falla del servicio indica que:

14 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de octubre de 1976.

15 GUERRA GARCÍA, Yolanda Margaux. Novedosa tendencia jurisprudencial colombiana sobre responsabilidad del Estado por actos terroristas. En: Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho. Volumen 13 (No 25): 111-126. 2010.

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 tomó 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 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.

Junto a lo descrito, debe considerarse que también existe responsabilidad patrimonial de la Administración cuando sin ningún margen de duda intervienen uno o varios agentes del Estado en el ataque terrorista. Igualmente, otro aspecto que se debe resaltar de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consiste en que esta establece que no hay lugar a la responsabilidad estatal cuando el ataque terrorista es indiscriminado, no es selectivo, y tiene como fin sembrar pánico y desconcierto social, porque es un acto sorpresivo en el tiempo y en el espacio, en principio imposible de detectar por los organismos encargados de la seguridad pública. Lo previo, en otras palabras, se traduce en que, si bien los deberes del Estado son irrenunciables y obligatorios, no significa que este sea omnisciente, omnipresente ni omnipotente, teniendo que responder indefectiblemente y bajo toda circunstancia.¹⁶

Esta misma línea argumentativa es defendida por el profesor *Ciro Nolberto Güechá*, quien destaca que en el caso colombiano el título tradicional en la materia es la falla del servicio, basado en que la Administración es responsable por su actuar irregular bajo dos supuestos principalmente. En primer lugar, por las conductas omisivas de las entidades públicas que conllevan a que el atentado terrorista se produzca porque, habiéndola previsto, no la evitó. Y, en segundo lugar, cuando el Estado es el que causa directamente el acto terrorista, como sucede en lo que se ha denominado terrorismo de Estado.¹⁷

De lo mencionado puede inferirse que con relación al régimen subjetivo hay mayor claridad de los supuestos necesarios para que el Estado sea hallado responsable,

16 RUIZ ORJUELA. Op. cit.

17 GÜECHÁ MEDINA, *Ciro Nolberto*. Responsabilidad del Estado por actos de terrorismo. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 257.

al quedar cubiertos los casos en que la acción sea tardía, fraudulenta o exista una omisión de las autoridades.

Habiendo expuesto lo anterior, y con el fin de ilustrar los conceptos, es importante abordar el contenido de la sentencia del Consejo de Estado del 27 de abril de 2016, cuyo consejero ponente es Hernán Andrade Rincón. La situación fáctica se presenta de la siguiente manera:

- a. Inversiones Mejasi era una sociedad de responsabilidad limitada, cuyo objeto social consistía en la explotación agropecuaria que desarrollaba en la hacienda La Gaitana, de su propiedad, ubicada en inmediaciones de los municipios de La Montañita (Meta) y Milán (Caquetá). Entre los meses de enero y marzo de 2002 dicha sociedad fue víctima de hurto continuado de ganado y de actos vandálicos, como el hurto y la destrucción de maquinaria por parte de las FARC-EP. Días más adelante los trabajadores recibieron un ultimátum de dicho grupo, diciendo que si no despejaban la zona en los próximos días serían tenidos como objetivo militar.
- b. Los anteriores hechos fueron puestos en conocimiento de la Fuerza Pública, tanto por los trabajadores y el administrador de la hacienda La Gaitana, como por el propio representante legal de la sociedad.
- c. En una primera ocasión, el día 17 de mayo de 2002, el señor José Jairo Lozada, en su calidad de administrador de la hacienda La Gaitana, denunció ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Montañita la continuidad del hurto de ganado de propiedad de la sociedad demandante.
- d. En una segunda vez, el día 8 de julio de 2002, el señor José Jairo Lozada denunció ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Montañita acerca de las amenazas que habían recibido los trabajadores de la hacienda La Gaitana, provenientes de las FARC-EP, oportunidad en la que sus integrantes les exigieron que abandonaran la hacienda, so pena de ser declarados objetivo militar.
- e. Finalmente, el día 18 de diciembre de 2002 el representante legal de la Sociedad Inversiones Mejasi Ltda. procedió a formular denuncia ante el Director General de la Policía Nacional y el Comandante de Policía Caquetá, a través de la cual les informó sobre los hechos delictivos anteriormente narrados (hurto continuo de ganado, hurto e incineración de maquinaria y el despojo y ocupación de la hacienda La Gaitana de propiedad de la sociedad demandante) y

les solicitó apoyo y colaboración para recuperar la finca que se encontraba en manos de los subversivos y el ganado que se encontraba en ella.¹⁸

El Consejo de Estado debió analizar si el actuar de la Policía Nacional y el Ejército podrían vincularse como generadores de responsabilidad por los daños causados por sus presuntas omisiones de sus deberes de vigilancia y seguridad. En el caso de la Policía Nacional, una vez estudiado el acervo probatorio, el Alto Tribunal dijo que ante la recepción de la denuncia dicha institución desplegó una serie de actividades encaminadas a encontrar el ganado hurtado, a capturar a los autores del delito, y a brindar la protección requerida. Asimismo, resaltó que, al no tener la información oportuna de lo acontecido, la Institución no pudo realizar un control oportuno para la recuperación de los bienes y semovientes hurtados, motivo por el cual no es responsable patrimonialmente.

Evento diferente es el relativo al Ejército Nacional debido que, una vez puesto en conocimiento de los hechos, no aportó ninguna prueba que constatará la realización de algún trámite para averiguar el destino de los bienes hurtados, el despliegue de medidas reales para combatir y evitar las situaciones enunciadas o acciones para perseguir, contrarrestar y sancionar los hechos específicos.¹⁹ De este modo, el Consejo de Estado procedió a condenar al Ejército Nacional por las omisiones presentadas en el caso bajo estudio.

Por último, cabe destacar el pronunciamiento del alto tribunal en este caso frente al marco obligacional de las autoridades, que se perfila como razón de ser de estos eventos, al postular:

Ahora bien, en cuanto al contenido obligacional que se denuncia como incumplido por las entidades demandadas, resulta pertinente recordar que el artículo 2° de la Constitución Política de 1991 señala que 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. Ese deber, general y abstracto en principio se particulariza cuando alguna persona invoque la protección de las autoridades competentes, por hallarse en especiales circunstancias de riesgo o cuando, aun sin mediar

18 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2016. C.P. Hernán Andrade. p. 11-13.

19 Ibid. p. 19.

solicitud previa, la notoriedad pública del inminente peligro que corre el particular hace forzosa la intervención del Estado.

En uno y otro caso, la omisión de las autoridades competentes, consistente en no brindar la protección necesaria para salvaguardar los bienes o la vida e integridad de las personas, hace responsable a la Administración de los daños que se ocasionen a éstas.

Sin embargo, debe hacerse claridad acerca de que no es viable atribuirle a la Administración una posible deficiencia en la seguridad, extendiendo el deber de las autoridades a una misión objetiva de resultado traducida en que no se produjera ningún acto que afectara el orden social, deseo que, si bien es loable dentro de cualquier sistema de gobierno, resulta imposible de lograr, ni siquiera con los mayores esfuerzos y medidas extremas.

Lo que sí es procedente, es que si la Administración cuenta con un mínimo de conocimiento acerca de una situación de vulnerabilidad en la que se encuentra determinada persona, el deber genérico de protección y seguridad se concrete y esa circunstancia haga surgir una conducta activa de la Administración que, de omitirse, permite que se declare su responsabilidad por el daño derivado de la materialización del peligro.

En este orden de ideas se tiene que el primer elemento de la falla del servicio por omisión es el de la determinación de la existencia de la obligación a cargo del Estado, que, de haberse cumplido, hubiera producido la ruptura del nexo causal, que habría impedido el daño.²⁰

2.2. Régimen objetivo

En lo atinente al desarrollo de la institución jurídica en el régimen objetivo debe resaltarse que la línea jurisprudencial del Consejo de Estado no es lo suficientemente constante y coherente, al observarse que los títulos aplicados y las razones para hacerlo en muchos casos no tienen una distinción ideal. Así, por ejemplo, se evidencia que ante situaciones fácticas similares en un primer fallo se adopta la tesis del daño especial y en otro la del riesgo excepcional, sin otorgar argumentos plausibles. Inclusive hay otros casos semejantes en los que el alto tribunal determina que no hay responsabilidad, aunque en el pasado hubiera dicho que sí existía.²¹

Con el fin de presentar la situación actual del régimen objetivo en aquellos hechos en que los actos terroristas son generadores de responsabilidad estatal, se expondrán

20 Ibid., p. 15.

21 RUIZ ORJUELA. Op. cit.

a continuación las teorías implementadas con relación al riesgo excepcional y al daño especial. En primer término, la profesora Yolanda Margaux sostiene que existe riesgo excepcional cuando el Estado, en ejercicio de sus actividades y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, utiliza recursos o medios que ponen a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional; este, 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.²²

Frente a este mismo título de imputación, el profesor Wilson Ruiz Orjuela sostiene que el Consejo de Estado considera que surge de la creación de un riesgo el cual pone en peligro a un grupo particular de ciudadanos, siendo un hecho consciente con el fin de proteger a la comunidad. A su vez, destaca que en las hipótesis en las que, frente a un ataque sorpresivo, no se pueda aplicar la falla del servicio, el ataque debe estar dirigido contra un elemento estatal u objetivo militar causando a terceros un daño excepcional, haciendo que el Estado deba responder por esto último.²³ En otras palabras, de acuerdo a la jurisprudencia, para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado en virtud del régimen objetivo, se requiere que este haya sido dirigido contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula militar.

A manera de ejemplo, la sentencia del 14 de julio de 2004 del Consejo de Estado afirmó:

En efecto, los daños ocasionados por hechos exclusivos y determinantes de un tercero no le son imputables al Estado, salvo cuando ha sido éste el que ha creado el riesgo, en el caso de “[...] de ataques con bomba dirigidos a inmuebles oficiales, o personas representativas de funciones institucionales susceptibles de convertirse en ‘blanco’ de la insurgencia, el narcotráfico o grupos paramilitares y que, por lo mismo, exigen del Estado una especial protección. En una palabra, aunque el daño fuere causado por un tercero, este se imputa al Estado en tanto que generó el riesgo; así para los habitantes cercanos de dichos inmuebles, su sola presencia constituye un riesgo excepcional

22 GUERRA GARCÍA, Yolanda Margaux. Novedosa tendencia jurisprudencial colombiana sobre responsabilidad del estado por actos terroristas. En: *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*. Vol. 13 (No 25): 111-126. 2010.

23 RUIZ ORJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*. Segunda Edición. Bogotá – Colombia: ECOE Ediciones. 2013.

y —por lo mismo— de presentarse el daño, este no viene a ser nada distinto que la ‘materialización’ del riesgo al que ha sido expuesto el administrado”.²⁴

Con relación al daño especial debe indicarse que en esencia es un título de imputación basado en el principio de igualdad ante las cargas públicas, de naturaleza excepcional, que surge de la imposibilidad de reparar un daño antijurídico a partir del régimen subjetivo de responsabilidad. En este orden de ideas, únicamente debe recurrirse al daño especial para los eventos en los que el caso examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros títulos de imputación. Adicionalmente, el elemento central de esta teoría enfatiza en que el daño debe ser excepcional y anormal, ya que la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que causa el daño, sino del carácter singular del daño causado.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

Como se anotó, la justicia material se concreta en los casos de daño especial en el objetivo de reequilibrar la asunción de cargas públicas, en virtud a que el perjuicio sufrido presenta características de excepcional y anormal. En otras palabras es un perjuicio que, desde la perspectiva del principio de igualdad frente a las cargas públicas, resulta considerablemente superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón del ejercicio de los poderes de actuación con que cuenta la administración.²⁵

Ahora bien, sobre este título de imputación el profesor Ruiz Orjuela reitera lo expuesto, destacando que al hacer el estudio jurisprudencial correspondiente halló que el daño excepcional suele ser aplicado para imponer al Estado la obligación de reparar los daños causados a los terceros por una respuesta legítima que se realiza para repeler un ataque terrorista imprevisto, contra un elemento representativo del Estado.

Otro referente al consultar la bibliografía propia del asunto que nos concierne es Sergio Alberto Rojas, quien, en su artículo “La responsabilidad extracontractual del Estado por ataques terroristas: ¿La falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial?: Una reevaluación de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, muestra algunas

24 COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P: Dr Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia de 14 de julio de 2004, Exp. 14318. En similar sentido, sentencia de 27 de noviembre de 2002, Exp 13774. C.P: María Elena Giraldo Gómez.

25 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de septiembre 30 de 1949. C. P: Pedro Gómez Parra.

diferencias específicas entre el riesgo excepcional y el daño especial. Concretamente, expresa que, a diferencia del riesgo excepcional, el daño especial requiere que la actuación legítima de la Administración sea la que cause el daño antijurídico a un grupo determinado de sujetos. Es decir, el Estado a través de la actuación legal de sus funcionarios debe generar el perjuicio directamente a las personas para que se configure la teoría del daño especial.

Adicionalmente, desde la perspectiva del autor es un error jurídico aplicar el daño especial para casos de actos terroristas. Para soportarlo reafirma el concepto según el cual, para que exista daño especial, es necesario que los daños hayan sido ocasionados directamente por la acción del Estado, al plantear que para estos eventos la teoría ideal es la falla del servicio cuando hubo un actuar directo y fraudulento de los agentes estatales. Por tal motivo, establece que es imposible que ante un atentado generado por terceros la Administración esté obligada resarcir los perjuicios, agregando que ante dichas circunstancias opera una causal para absolver al Estado de responsabilidad al configurarse una causa extraña, conocida como el hecho de un tercero.²⁶

Como puede verse en lo indicado y tal como se enunció de inicio, en Colombia el régimen objetivo está sujeto a muchas discusiones y posiciones encontradas, a partir de las diversas posturas que se han creado en su interior.

26 Ibid. p. 245.

3. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS TERRORISTAS EN ESPAÑA

Pasando a lo atinente al ordenamiento jurídico español y al régimen existente para determinar la responsabilidad del Estado, debe señalarse que es un sistema eminentemente objetivo, iluminado por las disposiciones fijadas en la Constitución española de 1978, que propugna por brindar garantías al ciudadano, teniendo como fundamento la protección de la integridad patrimonial del administrado.²⁷ Concebidas así las cosas, en esta cuestión toman preponderancia del nivel constitucional el numeral 3 del artículo 9,²⁸ el numeral 2 del artículo 106,²⁹ el numeral 18 del artículo 149³⁰ y el artículo 121,³¹ debido a que desde la cúspide normativa del ordenamiento jurídico español se establecen los lineamientos esenciales y de acción respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

De forma específica, el conjunto de disposiciones citadas consagra el derecho a la indemnización que tienen los individuos que hayan sido lesionados en sus bienes o prerrogativas producto del funcionamiento de los servicios públicos, instaurando así la responsabilidad de los poderes públicos en el desarrollo de sus funciones. Igualmente, se precisan las materias en las que deberá estudiarse la responsabilidad

27 MENÉNDEZ, Eva. "Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública". En: La responsabilidad patrimonial de la Administración. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 37.

28 REINO DE ESPAÑA. Constitución de 1978, Artículo 9, numeral 3: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

29 *Ibid.*, artículo 106, numeral 2: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

30 *Ibid.*, artículo 149, numeral 18: "Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas".

31 *Ibid.*, artículo 121: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley".

estatal a partir de los postulados de un régimen subjetivo, en el que es esencial probar el elemento culpabilístico, refiriéndose a los daños causados por error judicial o que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia.

Ahora bien, con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1978 se promulgaron las Leyes 30 de 1992, 4 de 1999 y 29 del 2011, que, en compañía de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, los Tribunales Superiores de Justicia y de los dictámenes del Consejo de Estado, conforman los lineamientos constitucionales en la materia. Prueba de lo dicho es el dictamen del Consejo de Estado español del 20 de diciembre de 1982, en el que se expresó:

La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado tiene un carácter objetivo, esto es que no se exige para que se aprecie tal responsabilidad la ocurrencia de una conducta dolosa o simplemente culposa o negligente para que pueda exigirse de la Administración la correspondiente responsabilidad patrimonial.³²

Esta misma línea la reitera el Tribunal Supremo español en sentencia del 04 de septiembre de 1997, al afirmar:

La responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en postulados objetivos, los cuales excluyen a priori las nociones subjetivas de culpa o negligencia. Es cierto, sin embargo, que subsiste el requisito de que el daño causado sea antijurídico y, en consecuencia, que constituya un perjuicio o sacrificio patrimonial que no deba soportar el perjudicado.³³

Dentro de las principales características del sistema español que acompañan el carácter objetivo de este se puede destacar que se estructura bajo la idea de la responsabilidad directa de la Administración, lo cual significa que esta responderá por los perjuicios causados en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En otras palabras, no es responsable subsidiario del funcionario que causa el daño en concreto, de hecho, ni siquiera es necesario identificarlo, sino que se tiene la garantía de que la Administración indemnizará directamente a la víctima como protección a cualquier evento de insolvencia.³⁴

32 ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen del 20 de diciembre de 1982.

33 ESPAÑA. Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso. Sentencia del 04 de noviembre de 1997, decisión del recurso de casación n° 3594/1993.

34 MENÉNDEZ. Op. cit., p. 46.

Del mismo modo, debe hacerse referencia al carácter total o general según el cual la responsabilidad de la Administración puede surgir por la actividad de cualquiera de las tres ramas del poder, haciendo que haya un amplio margen para que la actividad desplegada, bien sea del ámbito jurídico o meramente fáctico deba pasar bajo el análisis correspondiente, en el supuesto en que haya causado algún daño.³⁵ Se requiere bajo esta lógica, que se compruebe el nexo de causalidad respectivo entre la actividad o inactividad y el perjuicio generado en cabeza de una persona o grupo determinado.

Algunas otras características a destacar son la unidad jurisdiccional para la resolución de las controversias suscitadas, siendo el Tribunal Supremo español el máximo órgano judicial que decide en última instancia sobre la presunta responsabilidad patrimonial de la Administración y la adopción del principio de reparación integral que busca que el afectado reciba una justa compensación. El profesor Hugo Andrés Arenas ha explicado esto último enunciando que “la reparación no debe ser tan baja que no permita que la víctima reciba una real retribución, pero tampoco debe obtener una suma tan alta que sea arbitraria, puesto que la responsabilidad no es un mecanismo de repartición de la renta”.³⁶

Prosiguiendo en este mismo orden de ideas, al hacer referencia a los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento jurídico español, estos pueden sintetizarse en los siguientes supuestos: En primera medida, debe generarse una lesión patrimonial equivalente a un daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. Dicha lesión se define como un daño ilegítimo, por tratarse de perjuicios que los individuos no tienen la obligación de soportarlos. En segunda medida, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiendo darse el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.³⁷ En tercera medida, no debe configurarse ningún elemento eximente de responsabilidad, como puede ser la fuerza mayor. Y, finalmente, el vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.³⁸

35 ARENAS MENDOZA. Op. cit., p. 45.

36 Ibid. p. 51.

37 ESPAÑA. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. Sentencia 164 de febrero de 2013.

38 ESPAÑA. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. Sentencia 164 de febrero de 2013.

Con relación al desarrollo de la temática específica de actos terroristas, es importante mostrar la evolución de posturas que se han sostenido hasta el momento. Por dicho motivo, se procederá a hacer la descripción de cada una. En primer término, debe hacerse referencia a la tesis más antigua, y por ende la inicial en esta secuencia, que se centra en la inexistencia de responsabilidad del Estado por actos de terrorismo. Con el objeto de explicarla, vale traer a colación los estudios realizados por uno de los principales autores, el profesor Wilson Ruiz Orjuela, quien, al remitirse a referentes españoles como son Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en su libro *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, deduce que la indemnización por actos terroristas no cubre todos los daños y no se inscribe dentro del sistema de responsabilidad del Estado, sino que se enmarca dentro de un régimen de solidaridad social.³⁹

Insiste sobre la misma idea al sintetizar la postura del profesor Ricardo Ángel Yáñez, el que en su parecer declara que, dentro del criterio de responsabilidad, el Estado no responde por los daños derivados de actos terroristas. No obstante, manifiesta que existe una legislación que plantea un régimen indemnizatorio en favor de las víctimas de actos terroristas que no se fundamenta en la idea de responsabilidad, sino de socialización de los riesgos, que es la ampliación de la seguridad social.⁴⁰

En esta misma línea, Sergio Andrés Cáceres, Luis Fernando León y Pablo Emilio Luque, en su tesis titulada *Responsabilidad del Estado frente a las víctimas de actos de terrorismo*, al describir los elementos propios del ordenamiento español precisan que por regla general la reparación por actos terroristas no cubre todos los daños y no se efectúa por la vía contencioso administrativa, sino del sistema de seguridad social. Bajo esta óptica citan la sentencia del 3 de junio de 1985 para representar la situación enunciada, en la cual se expresa:

No puede confundirse la responsabilidad patrimonial del Estado que es consecuencia de los servicios públicos, con la indemnización de daños y perjuicios sufridos por una persona por la realización de una conducta delictiva, aunque se trate de un acto terrorista, pues en éste 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 de rasgo suficiente, asumir en todo o en parte la expresada indemnización.⁴¹

39 RUIZ ORJUELA. Op. cit., p. 321.

40 Ibid.

41 ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso. Sentencia del 03 de junio de 1985.

En segundo término, conforme a los postulados de la doctrina y en cumplimiento de los fines estatales se fue desarrollando paulatinamente una posición dentro del Tribunal Supremo español, la cual plantea que cabe la posibilidad de que la administración responda por los daños ocasionados por el acto terrorista, cuando se evidencie que dentro de la actuación no funcionó el servicio de Policía o, si lo ha hecho, haya sido defectuoso.

Por último, y como consecuencia del afianzamiento de la anterior idea en la jurisprudencia, la evolución de la institución ha permitido que se consolide una postura en la que se establece que únicamente puede hablarse de responsabilidad estatal por ataques de terrorismo al encuadrarlo en la falla del servicio, aun cuando la regla general de dicho sistema tiene como fundamento principal la predominancia del régimen objetivo.

En tal estado de las cosas es pertinente resaltar los planteamientos del profesor *Ciro Güechá* en el texto tratado anteriormente,⁴² quien, al explicar esta última postura, dice que el reproche que se le puede llegar a hacer al Estado se presenta cuando se compruebe un funcionamiento anormal que causa un perjuicio que no debe ser resistido por los particulares, incluyendo el elemento de culpabilidad característico del régimen subjetivo. El reproche mencionado existe, siempre y cuando haya una influencia directa del ente estatal, porque, de ser un acto perpetrado por terceros generaría un eximente de responsabilidad.

El autor señala a su vez:

Significa que la existencia de responsabilidad del Estado, está sujeta al incumplimiento de las obligaciones de protección que le corresponden a las entidades o administraciones públicas, lo cual refleja un funcionamiento anormal o inadecuado del servicio público; lo anterior es así, pues para que haya falla en el servicio, debe existir una actuación irregular de la persona jurídica o moral pública obligada a la indemnización; de lo contrario, existirá ausencia de uno de los elementos necesarios para que se presente responsabilidad del Estado, como es la actuación de la administración.⁴³

Otro autor que exhibe esta tendencia que ve viable la materialización de la falla del servicio en las omisiones del Estado frente a ataques terroristas es *Javier*

42 GÜECHÁ MEDINA. Op. cit.

43 Ibid. p. 208.

Barcelona Llop,⁴⁴ quien ilustra a partir de las sentencias del Tribunal Supremo español del 31 de enero 1996 y 18 de julio de 1997 los argumentos esbozados para que, frente al acontecimiento de unos hechos muy puntuales, se declare la responsabilidad de la Administración por las insuficiencias imputadas a las fuerzas de Policía.

De manera específica, se relata la desestimación de los recursos de casación interpuestos por la Abogacía del Estado contra las sentencias de la Audiencia Nacional que habían declarado la responsabilidad patrimonial de la Administración con motivo del atentado terrorista cometido por ETA en el centro comercial “Hipercor” de Barcelona el día 19 de junio de 1987, en el que fallecieron 21 personas y 45 resultaron heridas. El razonamiento en ambos casos es el mismo y está directamente relacionado con la pasividad de las fuerzas de Policía, que hizo que se generará claramente una relación de causalidad entre la inactividad o conducta omisiva respecto de la no adopción de las debidas precauciones y el dramático desenlace.⁴⁵

Para finalizar con este recorrido por el progreso en España y sintetizar lo dicho, podría representarse el estado actual de la institución haciendo una distinción entre dos supuestos que se presentan cuando se generan daños derivados de atentados terroristas. Por un lado, están los eventos en los que puede aplicarse el sistema de responsabilidad patrimonial a los daños causados por actos de terrorismo, teniendo como soporte el funcionamiento anormal de la Administración, debido a que la actividad desplegada se compara con el nivel de diligencia que se le exige. Bajo esta óptica es indispensable que exista alguna actuación que pueda catalogarse como negligente, para que se convierta en el elemento determinante en la materialización del perjuicio.

De otro lado, están las circunstancias en las que se aplican sistemas específicos de ayuda y resarcimientos para las víctimas de estos ataques, basados en el principio de solidaridad social, los fundamentos del Estado Social de Derechos y las Leyes creadas para cumplir con tal finalidad.

44 BARCELONA, Javier. “Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas o cuerpos de seguridad”. *En*: La responsabilidad patrimonial de la Administración. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 1824-1825.

45 *Ibid.* p. 1824-1825.

4. ANÁLISIS COMPARATIVO

Una vez construidas las instituciones jurídicas en ambos países, y habiendo descrito sus evoluciones hasta la actualidad, se procederá a realizar el ejercicio de microcomparación, indicando las principales semejanzas y diferencias halladas.

4.1. Semejanzas

Con relación a las semejanzas encontradas en los países bajo estudio pueden hacerse las siguientes precisiones:

En primer lugar, dentro de las similitudes puede evidenciarse que los fundamentos jurídicos aplicables tienen la misma esencia, al tener en cuenta que los postulados de la Constitución colombiana de 1991 se inspiraron en la Constitución española de 1978. De la misma manera, puede observarse cómo la principal fuente para la evolución de la temática es la jurisprudencia de los altos tribunales de cierre en materia Administrativa.

En segundo lugar, y ligado a lo previo, ambas instituciones jurídicas tienen una piedra angular sobre la cual se soportan sus componentes y avances. Se hace referencia al daño antijurídico, que no se relaciona con la ilegalidad de las actuaciones que dan origen a los perjuicios, sino a que las víctimas no están en la obligación de soportar el quebrantamiento de sus derechos. Es a partir de dicho presupuesto que se configuran los demás elementos que dan lugar a la responsabilidad estatal, en la medida en que con la concreción del daño se estudia el nexo de causalidad, analizándose las vías jurídicas y fácticas por las cuales la acción u omisión de la Administración produce la obligación de reparar.

En tercer lugar, en el asunto específico de los supuestos en que existe responsabilidad del Estado por actos terroristas la principal semejanza de fondo que existe muestra que el régimen subjetivo tiene predominancia marcada. De este modo la aplicación de la teoría de la falla del servicio se sustenta en los eventos que hay terrorismo de Estado, es decir, cuando los agentes estatales despliegan la conducta, o en aquellos casos en que se incumplen los deberes de seguridad y diligencia por omisiones, acciones tardías o acciones fraudulentas.

De este modo es claro que el título de imputación más aplicado para los eventos en que se condena al ente estatal es la falla del servicio, por tratarse de los supuestos

en que los cuerpos de seguridad no han actuado de acuerdo al deber que se les exige y con la diligencia que amerita el contexto social. De esto resulta que, para limitar las causas por las que pueda obligarse al Estado a resarcir las vulneraciones causadas, deban tenerse en cuenta criterios como la previsibilidad de los actos, la relatividad de las obligaciones del Estado y la rigurosidad de la actividad de los cuerpos de seguridad.

Finalmente, luego de haber estudiado la evolución de las instituciones puede decirse que su desarrollo ha tenido un componente similar en materia histórica y social, en la medida en que la presencia de grupos subversivos que marcaron parte de los acontecimientos más relevantes del siglo pasado por sus ataques indiscriminados en Colombia y España llevó a los altos tribunales, a juristas y doctrinantes a plantearse la posibilidad de que el Estado respondiera por los daños causados, dando lugar a las distintas teorías aplicables en la actualidad.

4.2 Diferencias

En lo relacionado con las diferencias evidenciadas debe puntualizarse lo siguiente: en primer lugar, se puede afirmar que, si bien las bases jurídicas son las mismas en Colombia y España, el desarrollo de las instituciones en cada país tiene desemejanzas marcadas. La mayor muestra de lo dicho es que en Colombia existen líneas jurisprudenciales que describen la aplicación de los regímenes subjetivo y objetivo para declarar la responsabilidad estatal, mientras que en España únicamente se ha abierto la posibilidad para que tras el cumplimiento de elementos muy puntuales se aplique el régimen subjetivo.

En segundo lugar, puede verse cómo en el caso colombiano la institución ha crecido de manera desmesurada y en ocasiones sin la coherencia que se esperaría, porque se ha permitido un sinnúmero de posibilidades para que el Estado sea responsable por actos terroristas causados por terceros. Es más, erróneamente se ha sostenido en algunas sentencias del Consejo de Estado bajo la teoría del riesgo, que la Administración pone en riesgo a los particulares al ubicar estaciones de Policía dentro de poblaciones. En cambio, el ordenamiento español ha sido muy restrictivo al señalar los supuestos en los que se declara la responsabilidad estatal en estos casos, convirtiéndose verdaderamente en un régimen excepcional, delimitado y aplicado únicamente para eventos en que se compruebe una falla flagrante en los servicios de vigilancia y seguridad.

En tercer lugar, y como consecuencia de las diferencias indicadas previamente, puede inferirse que, si bien pueden identificarse las instituciones jurídicas en ambos ordenamientos, el caso colombiano no denota sistematicidad y coherencia, mientras que el español se caracteriza por tener una misma línea argumentativa. Para profundizar lo dicho, debe recordarse que en Colombia los principales inconvenientes en el desarrollo temático se encuentran en el régimen objetivo de responsabilidad, justificado en que tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la literatura científica muestran incongruencias y falta de rigor teórico al momento de determinar los lineamientos a seguir, para diferenciar el riesgo excepcional y el daño especial.

A lo anterior debe sumarse que tras la idea de proteger los derechos de las víctimas del terrorismo se ha permitido que el régimen objetivo se aplique, pudiéndose postular que, ante la imposibilidad de la justicia penal de investigar y sancionar a los responsables, el Estado ha tenido que suplir sus falencias institucionales y hacerse cargo de las cuantiosas indemnizaciones surgidas.

En contraste, el régimen español tiene una postura específica para los temas de terrorismo, ya que el primer llamado a reparar los daños causados a las víctimas es el individuo penalmente responsable por el ataque. En el evento en que no sea posible dicha reparación, bien sea porque no puede ser identificado o debido a su insolvencia, el Estado, con base en el principio de solidaridad propio del Estado social de derecho, resarcirá los perjuicios generados con base en las leyes promulgadas para dicha finalidad. Es extraño y poco usual que se haga responsable al Estado por actos terroristas al ser hechos generados por terceros, y la única vía localizada en los argumentos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los autores es la falla del servicio, que exhibe un comportamiento anormal por parte de la Administración, bien sea por sus omisiones o por su actuar errado.

En cuarto lugar, en cuanto a las características de los ordenamientos jurídicos hay que resaltar que en Colombia existe una dualidad en el sistema judicial, puesto que es la jurisdicción especial encabezada por el Consejo de Estado, la encargada de resolver los eventos en que se estudia la responsabilidad patrimonial de la Administración. En el escenario español hay una única jurisdicción, en la que el Tribunal Supremo es el órgano de cierre para dichos asuntos.

Para terminar, producto del análisis de la jurisprudencia de los altos tribunales de los países, puede destacarse que, respecto de la temática estudiada, el Consejo de Estado colombiano continúa fallando casos en los que los actos terroristas son el

hecho principal en los supuestos fácticos. En lo relativo al Tribunal Supremo español se pueden encontrar sentencias hasta iniciado el siglo XXI, lo cual denota que la vía jurídica para resolver estos casos es la justicia penal o la reparación administrativa en su mayoría.

Con esto se espera haber dado un amplio desarrollo temático sobre la responsabilidad estatal por actos terroristas.

5. CONCLUSIÓN

La responsabilidad estatal por ataques terroristas es una institución que ha tenido variaciones con el pasar de los años en países como Colombia y España, al presentar retos teóricos para resolver los acontecimientos vividos en los siglos xx y xxi por sus asociados, por lo que al analizar comparativamente la materia se evidencia que cada uno ha asumido una postura diferente para garantizar el derecho a la reparación de las víctimas.

En Colombia se ha abierto la puerta para que el Estado sea condenado en un alto porcentaje por los hechos en que un acto terrorista es el hecho generador de los daños, teniendo como régimen preeminente la teoría de la falla del servicio y permitiendo que tengan cabida los títulos de imputación propios del régimen objetivo, sin que exista rigor para hacer una diferencia entre estos últimos.

En cambio, en España el sistema, primero, se centra en la obligación de reparación en cabeza los actores del ataque terrorista, precisando que para los eventos en que es inviable la opción inicial, la Administración resarcirá los daños por la aplicación del principio de solidaridad. Y plantea que únicamente el Estado será responsable cuando sea evidente que por una falla en la prestación de los servicios de seguridad se potencializo la materialización de los perjuicios causados a los individuos.

Así las cosas, llama la atención que tratándose de un sistema eminentemente objetivo para el tema puntual de actos de terrorismo se adopte otra tendencia, entendiendo que, a diferencia del tratamiento genérico brindado por la presunta responsabilidad de la Administración, se instala otra solución para que se equilibren las garantías esenciales de las víctimas y su derecho a ser reparadas con los intereses del Estado, los cuales pueden verse afectados cuando se abre la posibilidad para que este deba resarcir con recursos públicos cada evento en que por un ataque terrorista se vulneren las prerrogativas de los asociados.

REFERENCIAS

- ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad subjetiva. Bogotá: Legis, 2014.
- ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad objetiva. Bogotá: Legis.
- BARCELONA, Javier. "Responsabilidad patrimonial por daños causados por, o sufridos por, los miembros de las fuerzas o cuerpos de seguridad". En: La responsabilidad patrimonial de la Administración. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 26 de febrero 2015. C.P: Hernán Andrade Rincón.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de enero de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofimio.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1989.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1976.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008, Expediente n° 16996. C.P: Enrique Gil Botero.
- ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO. Dictamen del 20 de diciembre de 1982.
- ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso, Madrid. Sentencia del 04 de noviembre de 1997. Decisión del Recurso de Casación N° 3594/1993.
- ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso. Madrid. Sentencia del 03 de Junio de 1985.
- ESPAÑA. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. Sentencia 164 de febrero de 2013.
- ESPAÑA. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO. Sentencia 543 del 08 de junio de 2000.
- GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Responsabilidad del Estado por actos de terrorismo. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- GUERRA GARCÍA, Yolanda Margaux. "Novedosa tendencia jurisprudencial colombiana sobre responsabilidad del Estado por actos terroristas". En: Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho. Volumen 13 (n° 25): 111-126. 2010.
- MENÉNDEZ, Eva. "Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública". En: La responsabilidad patrimonial de la Administración. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- MORALES SUAZA, Fredy Alexander y VELÁSQUEZ LEÓN, Manuel Antonio. "La responsabilidad del Estado colombiano por ataques terroristas". En: Nuevo Derecho. Vol. 8 (n° 12): 123-131. 2013.
- RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo general y colombiano. 19ª ed. Bogotá: Temis, 2015.

- ROJAS, Sergio Alberto. "La responsabilidad extracontractual del Estado por ataques terroristas: ¿Falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial? Una reevaluación de la jurisprudencia del Consejo de Estado". En: *Universitatis Studiantes*. (n° 6): 227- 251, 2009.
- RUIZ ORJUELA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. 2ª ed. Bogotá: ECOE, 2013.
- SAYAS CONTRERAS, Rafaela y SOLÓRZANO PADILLA, Luis Carlos. "Responsabilidad patrimonial del Estado por ataques terroristas: Obligación Resarcitoria vs. Reparación integral". En: *Saber, Ciencias y Libertas*. Vol. 9 (n° 1): 17-29, 2014.
- SORO MATEO, Blanca. "Terrorismo y responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas". En: *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. n° 24. 2006.