

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO FRENTE A LOS
ATAQUES DE LOS GRUPOS ARMADOS.**

PRESENTADO POR:

JULLY FERNANDA GOMEZ CARDENAS

PRESENTADO A

NIDIA JOHANNA ROBLES VILLABONA

BOGOTA - COLOMBIA

2016

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TRABAJO DE GRADO

TABLA DE CONTENIDO

- 1. INTRODUCCION**
- 2. TEMA DE INVESTIGACION**
- 3. PROBLEMA DE INVESTIGACION**
- 4. PREGUNTA DE INVESTIGACION**
- 5. HIPOTESIS**
- 6. OBJETIVOS**
 - GENERAL
 - ESPECIFICOS
- 7. METODOLOGIA**
- 8. DESARROLLO DEL TRABAJO - RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTOS TERRORISTAS A PARTIR DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACION**
- 13. CONCLUSIONES**
- 14. BIBLIOGRAFIA**

INTRODUCCION

La responsabilidad del Estado es uno de los temas de mayor relevancia en el ámbito estatal. El Estado al actuar y moverse para cumplir los fines que se han propuesto, choca inevitablemente con otros intereses que, por pertenecer a un individuo o a un grupo de ellos, debe ceder en beneficio de la colectividad que es la que tiene a su cargo la suma de esos intereses y que por esa misma razón son más dignos de tener en cuenta.

Como entidad tiene una personalidad jurídica independiente de los funcionarios que los representan, y también la de los mismos funcionarios por los actos que ellos desempeñan en el ejercicio de sus funciones.

Lo que se pretende con la teoría de la responsabilidad del Estado, es hacer cargo a éste y a los funcionarios, de los actos de gobierno, y con ello limitar el accionar de aquellos con el fin de proteger los derechos individuales de los administrados como la protección de los ciudadanos por los ataques ocasionados por los grupos armados.

Aproximadamente desde 1954 el gobierno colombiano perdió la credibilidad y empezó su decaimiento, a causa de la intervención de los medios de comunicación protestas estudiantiles, a la desconfianza de muchos grupos armados en acogerse al proceso de paz y a la decisión de la clase política del país de no permitir la prolongación del mandato.

Haciendo un análisis histórico de los diferentes acuerdos realizados por el gobierno se puede nombrar al Frente Nacional. Este consistió en un acuerdo entre los partidos conservador y liberal para turnarse el poder durante 16 años, entre 1958 y 1974. Con esta fórmula esperaban calmar los ánimos y frenar la violencia en el país.

Sin embargo, el Frente Nacional aquellas formas de organización política que no estuvieran plegadas a alguno de los partidos tradicionales. Esta situación, finalmente, contribuyó a que surgieran movimientos insurgentes formados por

grupos que, al verse privados de una equitativa oportunidad de participación política, vieron la vía armada como el único modo de optar por el poder.

Por esto, durante el Frente Nacional se formaron diversas guerrillas que desde entonces llegaron a formar parte de la realidad nacional.

Palabras claves:

Responsabilidad extracontractual del estado, grupos armados, ataques, violencia, ciudadanos.

Situación problemática / problema:

La falta de seguridad territorial, control y vigilancia del Estado sobre la ciudadanía dentro del territorio colombiano al igual que la creación de grupos armados al margen de la ley que buscan poder en el gobierno y para obtener sus fines realizan diferentes actividades ilícitas y delitos contra la ciudadanía causando grandes daños y una responsabilidad extracontractual al estado por la omisión en el control de esos grupos armados.

El conflicto en Colombia empieza aproximadamente a comienzos de los años 50 con la llamada Nueva Granada al independizarse de España, da inicio a un conflicto sobre el modelo de Estado que debía adoptar el país, sin embargo, cada etapa de la historia del país ha traído consigo un enfrentamiento diferente. (Giraldo, Juan Fernando (2015), conflicto armado en Colombia. Facultad de ciencias políticas y relaciones internacionales, pontificia universidad javeriana, pag. 43)

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

La época en la que se ubica el mayor recrudecimiento ocurrió entre 1988 y 2003, pero es en la segunda mitad de la década de 1990 cuando se presenta la mayor degradación del conflicto debido a que se generalizan las tomas armadas de poblaciones, las desapariciones forzadas, las masacres indiscriminadas de civiles, el desplazamiento forzado masivo y los secuestros colectivos de civiles, militares y políticos; el pico de este recrudecimiento se presenta durante la presidencia de Andrés Pastrana y el gobierno de Álvaro Uribe, cuando confluyen el accionar del Estado, las guerrillas, grupos de narcotraficantes y paramilitares.

Pregunta de investigación.

¿Es responsable el estado de los daños y perjuicios que causa los grupos armados frente a la ciudadanía dentro del territorio colombiano?

Hipótesis.

La responsabilidad del Estado es uno de los temas de mayor relevancia en el ámbito estatal. El Estado al actuar y moverse para cumplir los fines que se han propuesto, choca inevitablemente con otros intereses que, por pertenecer a un individuo o a un grupo de ellos, debe ceder en beneficio de la colectividad que es la que tiene a su cargo la suma de esos intereses y que por esa misma razón son más dignos de tener en cuenta.

Como entidad tiene una personalidad jurídica independiente de los funcionarios que los representan, y también la de los mismos funcionarios por los actos que ellos desempeñan en el ejercicio de sus funciones.

Lo que se pretende con la teoría de la responsabilidad del Estado, es hacer cargo a éste y a los funcionarios, de los actos de gobierno, y con ello limitar el accionar de aquellos con el fin de proteger los derechos individuales de los administrados como la protección de los ciudadanos por los ataques ocasionados por los grupos armados.

Aproximadamente desde 1954 el gobierno colombiano perdió la credibilidad y empezó su decaimiento, a causa de la intervención de los medios de comunicación protestas estudiantiles, a la desconfianza de muchos grupos armados en acogerse al proceso de paz y a la decisión de la clase política del país de no permitir la prolongación del mandato.

Haciendo un análisis histórico de los diferentes acuerdos realizados por el gobierno se puede nombrar al Frente Nacional. Este consistió en un acuerdo entre los partidos conservador y liberal para turnarse el poder durante 16 años, entre 1958 y 1974. Con esta fórmula esperaban calmar los ánimos y frenar la violencia en el país.

Sin embargo, el Frente Nacional aquellas formas de organización política que no estuvieran plegadas a alguno de los partidos tradicionales. Esta situación, finalmente, contribuyó a que surgieran movimientos insurgentes formados por grupos que, al verse privados de una equitativa oportunidad de participación política, vieron la vía armada como el único modo de optar por el poder. Por esto, durante el Frente Nacional se formaron diversas guerrillas que desde entonces llegaron a formar parte de la realidad nacional.

Por lo anterior surge con la expedición de la constitución de 1991 el artículo 90 donde establece la responsabilidad patrimonial por parte del estado, estableciendo que debe cumplir con dos requisitos fundamentales como lo es el daño antijurídico y de la imputación por la acción, y la omisión de una autoridad pública independiente de la legalidad o ilegalidad de su actuación.

Objetivos

Objetivo general:

Determinar la responsabilidad extracontractual del estado colombiano ante los atentados realizados por los grupos armados.

Objetivos específicos:

- Revisar o analizar la ley 1448 de 2011, ley de víctimas respecto la responsabilidad extracontractual del estado.
- Realizar un análisis de la responsabilidad del estado.
- Analizar en qué casos o circunstancias se genera la responsabilidad del estado dentro de la constitución.

Estado del arte

Para el presente trabajo de investigación sobre la responsabilidad civil extracontractual del Estado, se tomara como base libros y documentación sobre la evolución del conflicto armado en Colombia donde se pueda determinar las causas y consecuencias de ello como lo es la responsabilidad del Estado por los diferentes ataques de los grupos armados. Lo fundamentaremos con libros de derecho administrativo donde nos explica como el estado es responsable a partir de la constitución política de Colombia de 1991, de igual manera basare mi argumentación en la diferente jurisprudencia del Consejo de Estado.

Diseño metodológico.

La metodología a utilizarse en esta investigación es cualitativa toda vez que se realizara un análisis jurídico y analítico sobre la responsabilidad extracontractual del estado que surge a partir de la constitución de 1991 con su artículo 90. Así mismo se tomara aspectos descriptivos de los diferentes ataques de los grupos armados con base en la jurisprudencia de los últimos años.

INTRODUCCION

Al realizar cualquier lectura sobre el desarrollo histórico del derecho administrativo en Colombia podemos inferir que la materia dentro de esta rama del derecho que más ha evolucionado en los últimos lapsos es el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado. Ya se avizora muy lejana la época en que el Estado, en virtud del poder soberano que recibía por voluntad de los asociados, era completamente irresponsable de los daños que pudiera ocasionar a cualquier particular, en ejercicio de sus funciones; y por el contrario, hoy no existe discusión alguna en torno a que cuando cualquier ente público o particular en desarrollo de funciones administrativas ocasiona un daño injusto a uno o varios individuos, aquel tiene el deber legal de repararlo o resarcirlo.

La evolución ha sido de tal magnitud que incluso se ha llegado a concebir, en algunos casos, la abolición de una concepción de la culpabilidad en la responsabilidad patrimonial. Idea que recobra mayor fuerza a partir de la Constitución de 1991, cuyo artículo 90 impone al daño como directriz actual del sistema de responsabilidad patrimonial; pues el desarrollo de la sociedad y de la concepción del Estado, que día tras día afronta nuevos y mayores retos, ha llevado a la jurisprudencia y la doctrina nacional y foránea, a reconocer poco a poco que el deber de reparación es independiente del hecho desencadenante del daño, por lo que ya nada importa si éste tuvo origen en actos ilícitos o en la conducta regular del agente. Entonces, la tradicional falla en el servicio ha dejado de ser el único título de imputación válido, y paralelo a este se han consolidado otros como el daño especial o el riesgo excepcional, ambos de carácter objetivo y que derivan de principios generales del derecho como la equidad, la solidaridad o la igualdad ante las cargas públicas.

Esto ha permitido la posibilidad de que el Estado se haga responsable patrimonialmente frente a situaciones muy especiales, verbigracia, cuando se irrogan daños a una persona como consecuencia de la expedición de un acto

administrativo completamente legal, o cuando una persona resulta afectada por un atentado terrorista. Ello, que hace unos años no era posible, hoy es comprendido como algo normal y justo, pues los fines esenciales del Estado conllevan a que éste, por mandato constitucional, debe proteger la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO FRENTE A LOS ATAQUES DE LOS GRUPOS ARMADOS.

En virtud de la evolución que ha tenido el concepto de Estado, una gran parte de países a nivel mundial adoptaron diferentes regímenes de gobierno y por su lado Colombia con la creación de la Constitución de 1991 se estructuró como un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, 1991. Artículo 1.)

El estado colombiano es soberano puesto que dicha soberanía radica exclusivamente en el pueblo la cual la puede ejercer soberanía directamente o a través de sus representantes, siendo esta contraria a la monarquía, toda vez que hay una sustitución del gobierno del rey por el gobierno de la ley donde el pueblo hace parte de ella.

Como bien se sabe el Estado debe brindar bienestar general, respeto y defensa de los derechos de todos sus ciudadanos ya que una de sus funciones es prevalecer por el bienestar de la ciudadanía y para dar cumplimiento a ello implica que aun cuando el mismo Estado es quien obliga o degrada la integridad moral o física de una persona o causa daños en su patrimonio, debe responder por los daños, agresiones y perjuicios que por su acción u omisión cause a cualquier persona sea esta natural o jurídica.

Sin embargo, no están incluidas dentro de este tipo de responsabilidades aquellas derivadas de contratos o convenios que el Estado en expresión de su voluntad suscribe, lo que no implica que dichas responsabilidades contractuales no deban

ser asumidas e indemnizados sus daños por parte del Estado. (Universidad Nacional Abierta y a Distancia, 2014)

Como primera medida se puede resaltar la constitución Colombia donde se plasma el principio de responsabilidad en su artículo 6; en el cual se plantea la responsabilidad de los servidores públicos por la infracción de la Constitución y las leyes y por la omisión o extralimitación de sus funciones, como segunda medida se encuentra el artículo 90; responsabilidad extracontractual del Estado, hace alusión a que el Estado deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por acción u omisión de sus autoridades. Este último artículo establece una responsabilidad de tipo indirecta del estado, ya que se entiende que los daños que la generan son causados por personas naturales que lo representan y no por el Estado como persona jurídica que también está sujeta a responsabilidades.

Hay que resaltar que el estado tiene diversos regímenes de responsabilidades pero solo trataremos las causadas por el mismo.

Como primera medida hay que resaltar la responsabilidad directa del estado surge toda vez que el estado es una persona jurídica y como tal es sujeto de obligaciones, por lo tanto, independientemente de cuál de sus órganos o autoridades haya originado el acto desfavorable éste debe responder de forma directa. Teniendo claro este entendido no es dable diferenciar si la responsabilidad recae en el Estado o en sus autoridades, ya que éstos son la representación de aquel y por lo tanto ambos conforman un todo, de esta manera si los últimos causan un daño es el Estado en su integridad quien es responsable del mismo.

La Responsabilidad Indirecta se da cuando al Estado también responde por las actuaciones desplegadas por sus agentes pero sustentada bajo los preceptos de *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*, es decir, el Estado debe responder por los daños que causen sus representantes debido a que éste tiene la obligación de elegir

adecuadamente a sus agentes y el deber de vigilar cuidadosamente las actividades de los mismos.

La Responsabilidad por la ejecución de trabajos públicos del estado se origina cuando en ejercicio de obras públicas se produce deterioro a una propiedad de una persona natural o jurídica. Es un tipo de responsabilidad objetiva ya que no se entra a mirar el grado de culpa o dolo que con el daño se causó, sino que simplemente el Estado debe pagar por la comisión de los hechos. Está amparada bajo el precepto: “el que daña paga”

Por consiguiente la Responsabilidad por falla en el servicio; se presenta en virtud de un menoscabo causado por haberse producido una falla en la prestación de un servicio público. A diferencia de la responsabilidad que se produce por ejecución de obras públicas, esta es subjetiva puesto que se presenta por culpa de la administración cuando no se presta un servicio que debe suministrar, o cuando se presta deficientemente o se provee de forma retardada.

La Responsabilidad por acto administrativo surge como consecuencia de la emisión de un acto administrativo que causa perjuicios a un tercero, ya sea por haberse proferido sin los requisitos exigidos por la ley o habiéndose emitido el acto de forma adecuada, éste afecta derechos de particulares. Las acciones a través de las cuales se puede exigir la indemnización al Estado, son la de nulidad y restablecimiento del derecho para el primer caso y para la segunda hipótesis se podrá interponer la acción de reparación directa.

La Responsabilidad por daño antijurídico; establecida en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y hace referencia a que el Estado debe responder por los daños antijurídicos causados a cualquier persona. Se entiende que un daño es antijurídico cuando quien lo sufre no está en el deber legal de soportarlo, éste puede ser generado por una causa lícita o ilícita.

Responsabilidad por el hecho del constituyente surge a raíz de la expedición de una ley se causa un agravio a una persona o a un grupo de personas, siempre y cuando se presenten tres condiciones: a) Que la ley haya sido emitida teniendo presente los intereses de un grupo de personas determinadas y no el interés general, b) en caso que el legislador rechace la ley no podrá solicitarse indemnización por su emisión, c) que la actividad perjudicada o afectada sea lícita y d) Que la carga soportada con la medida adoptada en la ley, sea mucho mayor a las que normalmente se deben soportar, esto es que la medida sea altamente perjudicial para esa persona o grupo específico. Por ejemplo, no se podría hablar de responsabilidad por el hecho del constituyente cuando el congreso emite una ley que prohíbe la comercialización de cocaína, ya que la actividad objeto de prohibición es ilícita.

Con la Responsabilidad por daño especial o de tipo objetiva se configura cuando en ocasión a un acto lícito de la administración se le traslada una carga a una determinada persona que aunque tiene la obligación de soportarla, dicha carga es mucho mayor a la que llevan los demás ciudadanos por la misma causa, produciendo de esta forma un daño especial a quien la asume.

Con la Responsabilidad por expropiación en caso de guerra se deriva del el artículo 59 de la Constitución Política de Colombia y se causa cuando el Estado en desarrollo de una guerra decreta la expropiación de un bien inmueble para uso y servicio exclusivo de la misma.

La Responsabilidad a causa de la administración de justicia no se refiere a aquellos perjuicios que sufre un individuo como parte dentro de un litigio y que se originan como consecuencia lógica del desarrollo normal y justo de un proceso ante cualquier jurisdicción. Por el contrario, la responsabilidad que acá se trata nace cuando en virtud de un proceso judicial el juez cometa un error grave plenamente demostrado, o actúa dolosamente o comete fraude o abuso de poder causando daños ya sea a alguna de las partes del litigio o a un tercero.

Por otra parte la Responsabilidad por privación injusta de la libertad surge cuando se hubiere retenido a una persona de forma arbitraria y violando abruptamente el orden jurídico, se considerará que la privación fue injusta y por lo tanto el Estado deberá responder por tal razón.

Por muchos años en Colombia el estado se convirtió en la principal fuente de Responsabilidad Estatal basándose en la culpa como punto de partida, estructurándose en una responsabilidad subjetiva a causa de una inadecuada prestación de un servicio prestado por la administración.

Consecuente a esta situación la falla en el servicio se desprende de la prestación de un servicio estatal, que al no ser prestado en la forma debida genera un daño, derivándose que el Estado tenga que responder directamente por ese daño ocasionado cuando sea causado por una falla en el servicio, lo cual se configura como nexo causal. Frente a este punto valga la pena aclarar que para que el Estado cumpla su función, esto es los servicios que tiene a su cargo, debe hacerlo por intermedio de individuos y entidades que muchas veces son imposibles de identificar al ocurrir el daño y por ello el estado responde directamente. (Universidad Nacional, 2015)

La jurisprudencia del Consejo de Estado afirma que con ocasión de los actos terroristas, a diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia extranjera, especialmente la francesa y la española, donde el Estado no asume responsabilidad patrimonial alguna por este tipo de actos incluidos dentro de las denominadas operaciones de guerra, ha manifestado que dependiendo de las circunstancias en que los mismos se producen, eventualmente podrían resultar imputables a una acción u omisión de la administración, que en un principio puede consistir en una falla del servicio. (Exp. 200123310001996272601, 2011)

Si indagamos bajo qué condiciones, actualmente, el Estado es responsable por los perjuicios padecidos por los particulares con base en la falla del servicio, deberíamos empezar por señalar que ya desde los años noventa el Consejo de Estado venía precisando que existe responsabilidad del Estado bajo el régimen de la falla del servicio si se logra demostrar la previsibilidad y la viabilidad del acto terrorista o en los casos donde hubo aviso de parte de la comunidad o que existían una serie de situaciones que permitían inferir e la inminencia de un ataque, en cuyo supuesto el Estado responderá si no se tomaron las medidas suficientes y necesarias para repeler, evitar o menguar las consecuencias del mismo; o sencillamente cuando hay participación de uno o varios agentes oficiales en la comisión del acto terrorista. Posición que no ha cambiado en los últimos diez años. (Expediente 2001233100019962726 01, 2002)

El Alto tribunal contencioso ha destacado que el análisis de responsabilidad bajo ese título de imputación jurídica, por actos terroristas, requiere de la concurrencia de varios elementos: El desconocimiento por acción u omisión a deberes constitucionales, legales, reglamentarios o administrativos por parte del Estado que correlativamente implican derechos de los administrados, en situaciones concretas previsibles; El daño, cierto, particular, anormal, a las personas que solicitan reparación, a una situación jurídicamente protegida o que genere confianza legítima por parte del Estado y el nexo de causalidad adecuado, determinante y eficiente, entre el daño y la conducta irregular del Estado.

De esta surge la teoría del daño especial que obedece a uno de los criterios de imputación de la responsabilidad del Estado fundamentados en el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Bajo el régimen de daño especial se prescinden de toda noción de culpa, y encuentra justificación en el hecho de que en ciertos casos durante el desarrollo de actuaciones administrativas, a pesar de la inexistencia de una falla en el servicio, eventualmente un particular puede haber sufrido un daño. Este régimen fue aplicado

por primera vez en el año 1947, en la histórica demanda del diario el Siglo S.A. contra la Nación, en virtud del cerco policial y la suspensión de servicios de que habían sido objeto las instalaciones del rotativo durante 27 días, con el fin de impedir que una multitud destrozara la maquinaria del periódico. (Aristizabal, 2002)

El Consejo de Estado ha llegado a afirmar que “La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial, tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas.” (fallo 470, 1995)

El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas es producto de una visión contractual del Estado, que obedece al hecho de que cuando los individuos decidimos organizarnos como sociedad civil asumimos la responsabilidad de cumplir de forma equitativa con una serie de cargas, como por ejemplo, soportar cierto límite a nuestras libertades individuales. Ahora, el Estado en ejercicio legítimo de sus funciones impone por igual una serie de obligaciones a los asociados, como es el hecho de pagar impuestos, lo cual es comprendido como una actividad normal que tiene como fin el mantenimiento de éste y consecuentemente el provecho de todos los asociados. Sin embargo, el problema se presenta cuando a una persona se le impone una carga superior, pues si bien existiría una buena justificación para ello, colateralmente se estaría irrogando un daño a esa persona, por lo que si no llega resarcirse, de tal manera que se recupere el equilibrio establecido, se estaría generando una situación injusta respecto a ese individuo.

El daño especial se caracteriza por prescindir de toda noción de culpa o de conducta ilícita del agente, tal como habíamos anotado; de igual manera, se fundamenta en la incidencia del daño que objetivamente ha soportado el particular de manera individual o personal, dado que sus equivalentes, o, por lo menos, un grueso número

de ellos, no ha padecido igual deterioro en los bienes que integran su patrimonio; y el proceder o conducta de la Administración, como ha quedado vislumbrado, es a todas luces lícito y hasta loable. El Consejo de Estado ha atinado a decir que esta figura, difiere ostensiblemente de la tradicional "falta o falla en el servicio", ya que desde luego no puede enrostrársele a la Administración deficiencia, equivocación u omisión en las funciones que le competen.

Asimismo, para poder hablar del daño especial, de acuerdo a la justicia contencioso administrativa en Colombia, es indispensable la existencia de una de requisitos: (Gaceta jurisprudencial, 2008) a) Que se desarrolle una actividad legítima de la Administración b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona; c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas; d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados; e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la Administración y el daño causado; y f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración.

Sobre tales requisitos podemos hacer ciertas anotaciones. En primer lugar, con relación a que se debe tratar de una actividad legítima de la administración, podemos establecer que encuentra sentido en el hecho de que si nos refiriéramos a una actividad ilegítima, irremediablemente tendríamos que acudir al concepto de la falla del servicio. En segundo lugar, respecto que la actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una o varias personas cuyo origen se remonta al rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, no merece mayor explicación a las anotadas en los párrafos anteriores. Ahora, el problema recae específicamente es en el hecho de que la jurisprudencia exige que el daño acaecido debe ser grave y especial; pues cómo podríamos determinar cuándo un daño puede ser considerado grave, ya que lo que puede ser considerado grave para una persona, eventualmente no podría serlo para otra,

entonces, estaríamos ubicándonos en el plano de lo subjetivo, lo que llevaría a concluir que la determinación del daño especial en el fondo está sometida a la discrecionalidad judicial.

Por otro lado, es indispensable la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad legítima de la Administración y el daño causado, ya que en el fondo es precisamente la existencia de este elemento la que va a determinar la imputación al Estado la responsabilidad por el daño causado.

A la luz de la actual Constitución Política se podría decir que el régimen del daño especial fue empleado como título de imputación para la responsabilidad del Estado por actos terroristas por primera vez en la sentencia del 5 de julio de 1991, donde luego de explicar los nuevo fundamentos constitucionales que sirven de sustento a la responsabilidad patrimonial de Estado, al resolver el caso concreto se manifiesta que cuando ante el ataque de fuerzas insurgentes contra una instalación de la fuerza pública se le infringe perjuicios a un particular debe concluirse por consiguiente que se configuraron los supuestos de la responsabilidad sin falta del Estado y que los actores tienen derecho a indemnización, porque se rompió la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas y la equidad que debe reinar para todos los ciudadanos ante los sacrificios que implica para los administrados la existencia del Estado y las actuaciones legítimas de sus fuerzas armadas. (Sentencia C- 644, 2011)

El consejo de estado no tiene una línea jurisprudencial que sea lo suficientemente coherente y constante en materia de responsabilidad del estado por actos terroristas, hay casos en los cuales se observa que ante situaciones fácticas similares en un primer fallo se adopta la tesis del daño especial, en otro la tesis del riesgo excepcional y los argumentos esgrimidos para darle un viraje al régimen de responsabilidad no resultan ser del todo plausibles y, hay otros casos donde el consejo de estado dice que no hay responsabilidad del estado pese a que en situaciones similares dijo que sí existía, a continuación se pretende tratar de dar un

marco teórico de distinción entre los regímenes empleados por el consejo de estado para determinar la existencia de responsabilidad o no del estado con el fin de establecer cuáles son los argumentos empleados por la alta corporación al momento de fallar, teniendo en cuenta que son tres, el de falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, de manera paralela se intentará sentar una posición crítica al respecto pero será una posición respetuosa y con argumentos jurídicos, dicho análisis se hará con especial énfasis a partir de la jurisprudencia del año 2000. (Orjuela, 2013)

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

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

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

En cuanto al régimen de riesgo excepcional el consejo de estado considera que el surge de la creación de un riesgo que pone en peligro a un grupo particular de ciudadanos y que es hecho de manera consciente y con el fin de proteger a la comunidad, por regla general es un régimen empleado para el desarrollo de actividades tecnológica (creación de armas, conducción de energía eléctrica, manejo de armas de dotación oficial) pero el consejo de estado es constante- salvo excepciones- al considerar que en caso de no presentarse falla del servicio, es decir de ser sorpresivo el ataque y este estar dirigido contra un elemento

representativo del estado u objetivo militar o contra un alto funcionario y causar daños a terceros el estado debe responder por la creación de un riesgo excepcional que se materializó.

Otro régimen de responsabilidad utilizado usualmente por el Consejo de Estado para condenar responsable patrimonialmente al Estado por los daños padecidos por particulares con ocasión de un atentado terrorista es el riesgo excepcional. Este criterio imperativo encuentra su más remoto origen en el derecho privado, pues como bien señala Michel Paillet, fue la doctrina civilista la que se hizo su promotora desde el fin del Siglo XIX. Esta teoría ha sido estudiada frecuentemente como una expresión de la moral solidaria y responde al sentimiento de injusticia ante la imposibilidad de reparar un daño en la total ausencia de falta, y tiene mayor importancia porque manifiesta la amplitud del fenómeno técnico en el siglo XX, ya que precisamente la teoría del riesgo nació de un accidente ligado al maquinismo y se desarrolla como un testimonio del temor de la sociedad frente al progreso científico y sus aplicaciones técnicas. (Paillet, 2011, pág. 352)

Esta teoría tiene lugar principalmente en los casos en que el Estado realiza el ejercicio de una actividad peligrosa, que puede crear un riesgo excesivo para las demás personas; verbigracia, la conducción de vehículos automotores o el uso de armas de fuego; y es definida por la jurisprudencia nacional como aquella que genera eventos de responsabilidad estatal “que se derivan del riesgo excepcional que se crea y al que son sometidas las personas por el manejo de cosas o el ejercicio de actividades por parte de las autoridades, que, si bien son necesarias para el cumplimiento de los cometidos estatales, revisten una especial peligrosidad, lo que implica el deber, para quien tiene bajo su guarda dichas cosas o actividades peligrosas, de responder por los daños que con los mismos se ocasionen, independientemente de la calificación que pueda darse a la conducta del agente, es decir que se trata de una responsabilidad objetiva”. (Expediente 16180, 2007)

Tal como se describe en la anterior definición, este régimen de imputación se caracteriza por ser de naturaleza objetiva, en el que si bien no tiene ninguna injerencia la calificación subjetiva de la conducta -por lo cual no se requiere probar la falla del servicio ni se acepta al demandado como prueba para exonerarse la demostración de que su actuación fue diligente, los demás elementos de la responsabilidad permanecen y deben ser acreditados de manera fehaciente por la parte demandante; recayendo sobre la parte demandada, entonces, la carga de la prueba de los hechos objetivos que permitan romper el nexo de causalidad, únicos con vocación para exonerarlo de responsabilidad.

Así, para la aplicación de la teoría del riesgo excepcional se deben satisfacer dos supuestos esenciales, los cuales distinguen a esta teoría de cualquier otro título de jurídico de imputación: “a) que el daño antijurídico a indemnizar sea la materialización de un riesgo creado por la propia Administración Pública, y b) que esta última hubiere dado lugar a susodicho riesgo en virtud de una actuación legítima suya.” (Pontificia Universidad Javeriana, 2004)

Tratándose específicamente de atentados terroristas el Consejo de Estado ha manifestado que los elementos estructurales de esta forma de responsabilidad en dichas situaciones son:

Un riesgo de naturaleza excepcional para los administrados que aparece por la amenaza potencial contra los instrumentos de acción del Estado instrumentales, humanos y de actividad-en época de desórdenes públicos provenientes y propiciados por terceros que luchan contra el mismo Estado y que se concreta con el ataque real de esos instrumentos y la consecuencia refleja en los administrados (personas o bienes), que quebranta la igualdad frente a las cargas públicas. El daño a bienes protegidos por el derecho.

El nexo de causalidad, entre el daño y la conducta de riesgo creada por el Estado, cuando la responsabilidad patrimonial del Estado se ve comprometida cuando en

ejercicio de sus actividades y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional; éste dada su gravedad excede las cargas normales que deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resulta de la existencia de dicho servicio público. La Sala no desconoce que el daño en sí mismo considerado no lo produjo el Estado, sino un tercero, pero sí advierte que para su producción el mencionado riesgo sí fue eficiente en el apareamiento del mismo.

Finalmente, aceptar la posibilidad de que el Estado asuma la responsabilidad de los daños antijurídicos padecidos por las víctimas del terrorismo a partir de la teoría del riesgo excepcional en los supuestos planteados, amplía en un gran margen las posibilidades de que un mayor número de personas que padecen las consecuencias del flagelo del terrorismo, sean reparadas; no obstante ello, el panorama se torna desolador para aquellas personas que son víctimas de atentados terroristas ocasionales, imprevisible y sin ningún objetivo específico o cuyo blanco sea un particular, pues para tales casos el Estado es completamente irresponsable, y la mayoría de los veces se desconoce la identidad del autor material del mismo.

Los Fines del Estado plasmado en la Constitución Política, históricamente, han guardado una relación inescindible con la responsabilidad patrimonial del Estado y el deber de reparar, pues, como bien sabemos, algunos de ellos han servido como fundamento constitucional de dicha institución para la jurisprudencia del Consejo de Estado durante la vigencia de la anterior constitución, ya que el artículo 16 de la misma, el cual fue transcrito casi de manera literal en el artículo 2 de la Carta del 1991, contemplaba que las autoridades en Colombia están para proteger a todos los residentes en el país en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales. Ahora, dicho principio también sobresale por ser la norma que erige el contenido obligatorio cuyo desconocimiento en ciertos supuestos ha servido como fundamento para declarar al Estado responsable patrimonialmente por los daños sufridos por los

particulares con ocasión de atentados terroristas. (Asamblea Constituyente de 1991, 1991)

A la luz de la jurisprudencia administrativa colombiana, puede ser entendido como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, y que debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH).

En nuestro país son escasas las normas que se refieren al principio de reparación integral de víctimas, toda vez que el pilar angular del mismo se encuentra en los parámetros consagrados de manera expresa en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, según los cuales, para la valoración de los daños dentro de cualquier proceso que se adelante ante la administración de justicia, en la ponderación y determinación de aquellos daños irrogados a las personas y a las cosas, se atenderán los postulados de "reparación integral", "equidad", así como los criterios técnicos actuariales.

La reparación integral en el ámbito de los derechos humanos no sólo supone el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del statu quo, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones, tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad.

En el caso de la reparación por los daños padecidos por los particulares en virtud de actos terroristas, el Consejo de Estado ha demarcado estos supuestos dentro de

la segunda clasificación, es decir, les ha dado el tratamiento de daños antijurídicos emanados de lesiones a bienes o intereses jurídicos que no se refieran a derechos humanos, pues ello se infiere del hecho de que durante la investigación realizada no se haya descubierto ningún caso en el que al Estado se le haya impuesto medidas preparatorias tendientes a la preservación de la memoria histórica, ni mecanismos de reparación colectiva.

CONCLUSIONES

La falla del servicio se da cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, bien sea porque la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y ésta no se le brindó, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso; también se aplica este régimen por acción, cuando funcionarios públicos participaron directamente en la comisión del hecho.

El conflicto armado como el que padece nuestro país es claro que existe una mayor potencialidad de que las edificaciones y los miembros de la fuerza pública se constituyan en objetivos directos de los ataques perpetrados por los grupos insurgentes. En estas situaciones la teoría del riesgo excepcional debe mirarse desde una dimensión más amplia y no como un riesgo beneficio.

Por la falta de normatividad han surgido enfrentamientos de tipo doctrinal ente el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, generando inseguridad jurídica para determinar el título de imputación al estado.

BIBLIOGRAFÍA

- DIAZGRANADOS, Santiago. Responsabilidad del Estado por Daño EspecialIII, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001.
- DE CUPIS, Adriano. El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil, trad. Ángel Martínez Sarrión, 2ª ed., Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y HERNÁNDEZ Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativoll. Tomo II, Bogotá-Lima: Palestra-Temis, 2006.
- GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad del Estado por los daños causados por actos terroristas II en: Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, No. 11, pp. 33-76.1. Agosto de 2001.
- GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estadoll, Cuarta edición, Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2010.
- GÜECHÁ Medina, Ciro Nolberto. Responsabilidad del Estado por Actos de Terrorismoll. Bogotá, Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- Gil Botero, Enrique (2011). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Quinta edición.
- HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Novedades Jurisprudenciales de la Responsabilidad Extracontractual del Estadoll en: Gerencia Jurídica Pública, Memorias Segundo Seminario Internacional, II Módulo, Bogotá; Secretaría General Dirección Jurídica Distrital, 2005 [consultado el 31 de agosto de 2011] http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/PDF/SemInt_ModuloII1v.pdf
- RAMÍREZ, Octavio Jorge. Consideraciones Generales sobre la Responsabilidad del Estado por Actos TerroristasII En: Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y *Responsabilidad Civil y del Estado*". Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., agosto de 2001, p. 7-32
- RUIZ ORJUELA, Wilson. —IIResponsabilidad del Estados y sus regímenesII, Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010.