



Black Hawk drawing I.  
Acrílico sobre lienzo. 2004  
De la serie *Libertad y Orden*

***RESPONSABILIDAD DEL ESTADO  
COLOMBIANO POR LOS DAÑOS  
OCASIONADOS POR ACTOS  
TERRORISTAS***

## RESUMEN

La responsabilidad patrimonial estatal derivada de los actos terroristas en lo que concierne al terrorismo político o dirigido contra el Estado no puede seguir siendo manejada bajo los cánones decimonónicos del derecho de daños, por la negación o en el mejor de los casos por la insuficiencia en la cobertura del detrimento ocasionado a los particulares, aun bajo el tímido intento de una legislación especial que constituye en su propósito más una ayuda humanitaria que una reparación integral, sino que por el contrario, se debe acudir al bloque de constitucionalidad en atención a la naturaleza del Estado social demócrata y a los fines que justifican su existencia para lograr una indemnización íntegra, de no ser así se da una dislocación entre una concepción política de Estado y el derecho inherente a ella.

**Palabras clave:** daños terrorismo, guerra, responsabilidad, Estado, indemnización, víctimas, equidad, solidaridad, igualdad, antijurídico, patrimonial, extracontractual, justificación, violencia, subversión, atentado, perjuicios, ataques, combates, conflicto, masacres, secuestros, desplazados, hostilidades, valores, principios, democracia, seguridad.

## RESPONSABILITY OF COLOMBIAN STATE FOR THE DAMAGES CAUSED BY TERRORIST ACTS

### ABSTRACT

The State patrimonial responsibility derived from terrorist acts in what concerns the political or direct terrorism against the State cannot continue being handled under canons of damage legislation of the nineteenth century, by negation or in the best of the cases by the insufficiency in the cover of the damage caused to private people, even under the timid attempt of a special legislation that constitutes in its intention more a humanitarian aid than an integral repair, but that on the other side, is due to go to the constitutional block in attention to the nature of the social democrat State and to the purposes that justify it's existence to obtain an entire indemnification, otherwise occurs a breakup between a political conception of State and the law inherent to it.

**Key words:** damages, terrorism, war, responsibility, State, indemnification, victims, equity, solidarity, equality, illegal, patrimonial, extracontractual, justification, violence, subversion, attack, damages, attacks, combats, conflict, massacres, kidnappings, displaced people, hostilities, values, principles, democracy, security.

\* Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho Administrativo, conjuer del Consejo de Estado y docente universitario.

## RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR ACTOS TERRORISTAS

Ante los daños ocasionados por los actos terroristas y las operaciones de guerra se ha presentado una polémica en cuanto a la existencia o no de la responsabilidad del Estado, dada la situación en nuestro medio. Se examinará el problema partiendo de unos topoi o lugares comunes que permitan abordar de manera analítica la situación que en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia vacilante del Consejo de Estado mantienen frente a este tema. Se sabe que los sistemas de responsabilidad administrativa que han servido como instrumentos o medios para lograr la materialización de la indemnización de las víctimas de los atentados terroristas y de las operaciones o actos de guerra, básicamente son tres:

En primer término, se tiene un sistema de responsabilidad que se denomina de la falla del servicio, que es una creación jurisprudencial del derecho francés incorporada a nuestra cultura jurídica, obviamente en el campo del derecho público; allí el concepto de falla del servicio se define de manera genérica o amplia como el quebrantamiento de un contenido obligacional administrativo. En segundo lugar, se encuentra la teoría del riesgo excepcional como fundamento también sobre el cual descansa en algunos eventos la responsabilidad patrimonial del Estado por actos terroristas; este sistema, inicialmente concebido por Erick Kaufmann,<sup>1</sup> hoy día se puede aceptar como un criterio de imputación para resolver estos eventos, bien en su dimensión amplia y no como un riesgo beneficio, sino igualmente como un riesgo creado. La limitante que tenía la teoría del riesgo al concebirse desde la óptica del beneficio ha sido superada de manera coherente para entender por riesgo o criterio de imputación del mismo, no solamente aquellas situaciones que reportan algún provecho, sino todo evento donde se cree un riesgo. Por último, la teoría del daño especial que es una manifestación de responsabilidad sin falta, constituye un régimen subsidiario basamentado en la equidad y la solidaridad, que al igual que todos los sistemas de responsabilidad estatal tiene como fundamento común o mediato el principio de la igualdad ante las cargas públicas como manifestación de

1 Citado por KARL LARENZ: "El primero que comprendió que el problema que aquí planteamos pertenece al terreno de la justicia conmutativa fue Erich Kaufmann, que en el año de 1911 formuló de un modo general el principio de la imputación del riesgo diciendo lo siguiente: "El que origina unos hechos que constituyen imponderables para otro, tiene que indemnizar los daños producidos a quien según las especiales características de la relación jurídica no se le puede exigir que se proteja por sí mismo" Derecho Justo, Ed. Civitas S.A., 1985, 1ª Edición, p. 120.

la igualdad ante la ley. Estos son los tres regímenes de responsabilidad en términos generales, que se aplican al tema de los actos terroristas y operaciones de guerra.

Pese a lo anterior, se viene presentado una fuerte tendencia interna dentro de la sección tercera del Consejo de Estado, que está propugnando por acabar con el sistema del daño especial<sup>2</sup> como fuente de responsabilidad para resolver este tipo de eventos, de allí que quedaría reducido el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, a los casos de falla del servicio y a las situaciones de riesgo excepcional; no obstante, existen contradictores frente a esta nueva tendencia en la misma sección, que han presentado un debate intelectual intenso, lo cual no ha permitido consolidar una línea jurisprudencial coherente y concreta dada la división en cuanto al desconocimiento, total o no, del régimen del daño especial. Este sistema de responsabilidad es importante, como quiera que, por primera vez, fue utilizado en nuestro medio jurídico en el caso del periódico *El Siglo vs la Nación*, en el año de 1947, cuando el Consejo de Estado tuvo la oportunidad de examinar aquella situación tan singular en la cual el Presidente de la República, Alfonso López, fue detenido por unidades militares en la ciudad de Pasto, lo que originó una crisis y propició que ocupara la presidencia, de manera transitoria, el primer designado, quien en virtud de sus facultades otorgó poderes de policía al Ministro de la Defensa para que dictara una resolución tomando posesión y censura de todos los periódicos y revistas del país; a uno de los diarios que no se le designó censor fue al periódico *El Siglo*, que luego se debió proteger, paradójicamente, por la misma fuerza pública frente a las turbas enardecidas que iban a atacar sus instalaciones, y por esa protección que le prestó el Estado, se vio en la imposibilidad circular derivándose así un perjuicio. Fue en esta ocasión cuando el Consejo de Estado tuvo oportunidad de aplicar en nuestra historia jurídica la teoría del daño especial, basamentada en autores de larga trayectoria tales como: Teissiere, Mayer, Tirard, Jesús, Michaud, Romano, etc., quienes la derivaron del gran principio básico del derecho administrativo moderno de “la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas”, e igualmente se trajo a colación la obra del tratadista Carlos García Oviedo, editada en 1927, referenciándose principalmente en lo que alude a “la responsabilidad de la administración pública” y dentro de ella, a la “responsabilidad sin falta” y al “daño especial”, puntos que fueron relacionados con el caso materia de estudio en ese entonces;<sup>3</sup> todos estos autores y otros venían exponiendo luminosamente la teoría

2 “El Consejo de Estado, ha revisado su posición frente al tema de la responsabilidad por actos terroristas, y en la actualidad la orientación de la Sala descansa en las tesis sobre Falla del Servicio y Riesgo Excepcional”, Sentencia del 23 de octubre de 2003, expediente N° 14211, M. P. Ramiro Saavedra Becerra.

3 Concluyó el Consejo de Estado: “Examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que comparadas con remotas teorías del derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso,

del daño especial desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Como se observa esta teoría tiene un linaje ya y una trayectoria en nuestro sistema jurídico como fuente de responsabilidad de la administración pública.

En el momento actual las tensiones en el Consejo de Estado no han permitido consolidar una línea jurisprudencial en cuanto a la responsabilidad por los actos terroristas y las operaciones de guerra, y de manera específica, en lo que concierne a la aplicación o no, de la teoría del daño especial, de allí que vamos a ver más adelante cuáles son las debilidades y la coherencia o no de la argumentación del Consejo de Estado en esta materia.

De otro lado, encontramos un sector doctrinario bastante conservador, que propugna por una abolición total de la responsabilidad por operaciones de guerra y actos terroristas, tal es el caso del escrito publicado en el mes de febrero de 2004, en el periódico *Ámbito Jurídico*,<sup>4</sup> donde el profesor Javier Tamayo Jaramillo esgrime tres argumentos para sostener de manera contundente la irresponsabilidad del Estado en estos eventos, las razones que da son: 1. Todos los ciudadanos estamos obligados a defender la soberanía interna y externa de la nación, 2. El acto terrorista o los actos de guerra son impuestos al Estado quien no obtiene ningún beneficio de los mismos, y 3. Los costes económicos. Y por ello, las sumas que se dedican a indemnizar a las víctimas de tales atentados terroristas u operaciones de guerra, se deberían canalizar más bien a favor de la infraestructura del país o en atender servicios públicos de mayor necesidad como sería el caso de los desplazados, afirma el autor. Bajo esos tres argumentos concluye, que lo que se ha desatado como un sueño de justicia colectiva terminará siendo una pesadilla para las víctimas de los atentados terroristas por la ausencia de recursos del erario. Según se desprende del texto, se va mucho más allá de la tendencia del Consejo de Estado, en la visión eximente de responsabilidad de la administración, pues se infiere que el Estado no sólo no debe responder por los actos terroristas sino que tampoco debe responder por los daños que cometa la fuerza pública en operaciones de guerra, todo lo cual presenta un panorama desolador para las víctimas.

Resulta también desafortunado, como lo afirma el tratadista, que acepta, en vía de discusión, la responsabilidad objetiva del Estado en estos eventos siempre y cuando se produzcan en forma aislada. “Empero, cuando los actos de terrorismo no son

no por saltos sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la responsabilidad sin falta, a los actualmente en vigor del enriquecimiento sin causa y del **daño especial**, señalando los avances del derecho tanto en el tiempo como en el espacio.”

4 Año VII – N° 145, 26 de enero al 8 de febrero de 2004, pág. 13 A.

más que el método diariamente utilizado en una guerra como la que vivimos actualmente en Colombia, es imperativo de la doctrina y jurisprudencia nacionales que analicen con detalle las incidencias de una responsabilidad objetiva por los daños que sufran terceros con dichos actos". Posición que hace descansar la responsabilidad en criterios exógenos y cuantitativos, cómo si la institución o su reconocimiento dependiera de lo poco o lo mucho que se dé como realidad, lo que equivaldría a predicar metafóricamente y al contrario, que si el mal o el pecado es general, se le debe absolver, y si es insular se le debe condenar. En fin, el criterio cuantitativo no es un buen argumento, además la práctica lo desvanece, al constatarse como en los dos últimos años los ataques terroristas a poblaciones se han reducido casi a cero, gracias a la voluntad política de ejercicio de poder del Estado. Lo cual evidencia que sí es posible controlar o mantener dentro de unos estándares mínimos dicha forma de violencia, y el criterio cuantitativo para el caso no es más que un falso consecuente.

Presentados los regímenes jurisprudenciales, el planteamiento de la problemática por un sector de la doctrina y las vacilaciones jurisprudenciales del Consejo de Estado, desarrollemos el tema que se centrará en tres títulos: 1. La evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad por actos terroristas; 2. Los regímenes legislativos automáticos de ayuda humanitaria; y 3. El problema de la responsabilidad del Estado por los actos terroristas en el nuevo orden jurídico —bloque de constitucionalidad—.

## 1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Se ha dicho que no existe propiamente una línea jurisprudencial de responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por atentados terroristas, pues estos eventos son juzgados bajo los sistemas tradicionales en que se enmarca la responsabilidad de la administración pública, hoy todos ellos bajo los lineamientos del artículo 90 de la C.P. Se tiene la falla del servicio como el título jurídico de imputación común, y se reconocen de manera excepcional dos formas de responsabilidad sin falta, con títulos de imputación en el riesgo y en la equidad, en lo que atañe a la responsabilidad por dichos atentados.

En el derecho colombiano, antes de la Constitución Política de 1991, el fundamento de la responsabilidad lo constituía el principio de igualdad ante las cargas públicas, que era el sustrato de los diferentes regímenes de responsabilidad administrativa, ello bajo la influencia del derecho francés; hoy día el concepto daño antijurídico enunciado en el artículo 90 de la Constitución Política, es el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado (la extracontractual, precontractual y la con-

tractual),<sup>5</sup> dado que se ha entendido además por la jurisprudencia que en el marco del dispositivo constitucional encuentran cabida todos los sistemas de responsabilidad administrativa.

La dificultad de delimitar conceptualmente la falla del servicio se debe a la ausencia de factores objetivos, lo que ha implicado que su materialización o no, derive en lo que se ha denominado "el carácter relativo de la falla" bajo el matiz de la discrecionalidad judicial enunciado como "la lógica del caso concreto", lo que ha permitido crear unos niveles altos de exigencia en cuanto a su configuración: "lo cual hace muy difícil —en ocasiones imposible— para la víctima, la tarea de desvirtuar el carácter imprevisible e inevitable de la acción terrorista";<sup>6</sup> y estas nociones, la de imprevisibilidad y la de inevitabilidad propias de la esencia del acto terrorista, paradójicamente son las que permiten aducir una fuerza mayor que, como se sabe, exime de responsabilidad y corresponde a la víctima desvanecerla si quiere acreditar la falla del servicio y salir adelante en su pretensión.

El juez administrativo colombiano tiene en cuenta el comportamiento de la víctima antes del evento dañoso, si ésta tenía conocimiento o no de la potencialidad del mismo, si había pedido medidas de protección o no, pero de la solicitud de protección no cumplida no se sigue automáticamente la existencia de la falla, y de la respuesta positiva de las autoridades —si se da el daño— a pesar de la protección también se puede eximir de responsabilidad a la administración; además tiene en cuenta las modalidades de tiempo, lugar y existencia de precedentes idénticos y recientemente ocurridos, como también pesan las circunstancias especiales de orden público que hacen para las autoridades previsible la comisión de atentados terroristas. Es obvia la ruptura de la imprevisibilidad cuando de determinadas circunstancias conocidas por la administración, tales como las que se vienen de indicar, resulta probable el acontecimiento lesivo que finalmente ocurre, haciéndolo previsible.

En lo que concierne al carácter inevitable de la acción terrorista, éste es signado por el brocardo de que "nadie está obligado a lo imposible", aplicándose así el concepto del carácter relativo de la falla del servicio, que se ha erigido en un baluarte o técnica de control, para con criterios económicos reducir o mantener dentro de ciertos límites las condenas contra la administración. Aspecto que puede empezar a variar. "En efecto, la alta Corporación estimó que las dificultades encontradas por la policía no la exoneran de la obligación de tomar medidas apropiadas

5 Corte Constitucional, sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

6 PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. "Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo" En *Temas de derecho público*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, N° 61, 2000. p. 36.

das<sup>74</sup>, pues si las autoridades competentes no tienen los medios, deben buscarlos”.<sup>7</sup> Se ha originado así en el derecho francés, un criterio oponible a la cotidiana justificación del Estado colombiano: de carencia de medios, ausencia de autoridad, falta de infraestructura, o la pobreza institucional como argumentos que buscan dar soporte a situaciones de verdadera ausencia del Estado; el concepto de inevitabilidad estructurado así pierde la connotación fatalista que se le ha querido dar y encuentra por el contrario un debilitamiento que permite una aplicación coherente con los fines mismos del Estado.

Corresponde a la víctima del atentado terrorista, desvirtuar la imprevisibilidad e inevitabilidad del acto violento, para dar por establecida la falla del servicio.

El juez colombiano exige de manera implícita una falla grave como se desprende del contenido de sus decisiones en la materia, lo cual constituye un obstáculo más para las víctimas en el vía crucis probatorio de demostrar la responsabilidad por esta forma de violencia.

Ha sido regla general de la jurisprudencia del Consejo de Estado el negar las indemnizaciones de los daños causados por los atentados terroristas, amparado en el criterio de la eximente de responsabilidad del hecho del tercero, siguiendo en esto el esquema clásico de la responsabilidad que considera el daño sufrido por los particulares como consecuencia del atentado terrorista, un claro evento típico de fuerza mayor.<sup>8</sup>

El derecho colombiano admite de manera excepcional y subsidiaria la responsabilidad administrativa del Estado con fundamentos de responsabilidad objetiva. Por eso se ha dicho que la jurisprudencia colombiana ha tomado una posición de avanzada. Aquí es importante reseñar, y más adelante se ahondará en el tema, que ello sólo fue posible a partir de la Constitución de 1991, pues la decisión judicial que estableció la ruptura se dio en septiembre 23 de 1994 en el expediente N° 8577 de la Sección Tercera del Consejo de Estado y fue el reflejo del nuevo orden jurídico y del desarrollo del actual panorama constitucional como evidencia de un esquema sociopolítico que comporta nuevas exigencias de la judicatura en general y que ha dado lugar, en su afán de adecuación, a una serie de fallos contradictorios en esta materia.

Hasta el año de 1967 el Estado colombiano no respondía patrimonialmente por este tipo de conductas, posición que venía desde el siglo pasado con el caso “Pedro

74 Consejo de Estado fr., 14 mars 1979, Min. de l'Intérieur c/ Compagnie Air-Inter, cit.

7 PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. *Op. Cit.*, pp. 54 y 55

8 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II, novena edición, Tecnos, 1989. p. 254.

Sales”, cuyo pronunciamiento fue el 3 de enero de 1865 por la Honorable Corte Suprema Federal, donde se consagró la irresponsabilidad patrimonial del Estado bajo el argumento de que no existía ley aplicable al caso por los hechos de guerra, interpretación realizada bajo la idea de una sacralización del texto legal, se dijo: “Si en esto hai [sic] alguna injusticia; si se desatendió un reclamo que parece fundado en la equidad, corresponde al lejislador [sic] reparar esa injusticia, sancionado la disposición que reconozca la indemnización o pago de los perjuicios inferidos a los particulares por los belijerantes [sic] en la última lucha nacional; mas no los tribunales, que tienen la única misión de aplicar la lei [sic] escrita”.

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

Hoy día existe una tendencia muy marcada en el Consejo de Estado que propende a eliminar la responsabilidad con fundamento en el daño especial, en los eventos de atentados terroristas, y resolver este tipo de asuntos por los regímenes de la falla del servicio y del riesgo excepcional,<sup>9</sup> señalando, inclusive, para desnaturalizar el caso del daño especial, que lo que ocurre cuando el atentado va dirigido contra un alto dignatario del Estado y se lesiona a particulares, es ni más ni menos, dar por establecido que se ha expuesto a unas personas más que a otras a un riesgo; o en los casos en que el atentado tiene como objetivo construcciones, tales como: cuarteles, instalaciones militares o centros de comunicaciones, subsiste latente la idea de riesgo, e igualmente en los casos de confrontación entre la subversión y la autoridad se afirma que se está exponiendo a un riesgo a la población. En síntesis,

9 Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2000, expediente N° 11585, y sentencia del 23 de octubre de 2003, expediente N° 14211.

según se pretende por el Consejo de Estado, bajo los regímenes de la falla del servicio y del riesgo se resolvería la situación de responsabilidad de la administración pública por atentados terroristas, reglas por demás comunes al sistema general de responsabilidad estatal.

## 2. REGÍMENES LEGISLATIVOS ESPECIALES DE INDEMNIZACIÓN

En el derecho contemporáneo existen dos vías posibles para garantizar las indemnizaciones a las víctimas por actos terroristas, la vía jurisdiccional y los regímenes legislativos especiales de indemnización y de asistencia pública, como ocurre entre otros en el derecho español<sup>10</sup> y en el francés.<sup>11</sup>

En Colombia fue instaurado un régimen de asistencia pública en el año de 1993 a través de un decreto expedido con base en las facultades extraordinarias propias del estado de excepción —decreto 444 de 1993—, el cual tenía como finalidad adoptar medidas para impedir la extensión de efectos perturbadores del orden público y de la convivencia ciudadana causados con bombas y artefactos explosivos que afectaban indiscriminadamente a la población. El legislador ordinario recogió la materia establecida por este decreto, en la Ley 104 de 1993, mediante la cual se consagraron instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictaron otras disposiciones. El aspecto materia de nuestro estudio, fue determinado en el título II “Atención a las víctimas de atentados terroris-

10 En el derecho español, acontece igual, a la par de la vía jurisdiccional, el régimen legal está conformado por la siguiente normatividad: Real Decreto 1211 del 18 de julio de 1997 por el cual se aprueba el reglamento de ayudas y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo; Real Decreto ley 13 de 1997 por el cual se autorizó la celebración de un sorteo de la lotería nacional a favor de las víctimas de terrorismo; orden del 12 de septiembre de 1997 por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de subvenciones a las asociaciones representativas y de defensa de las víctimas de terrorismo y a las entidades que realicen actividades asistenciales a favor de las mismas; Real Decreto 73 de 1998 del 23 de enero por el que se regulan los criterios de asignación de las ayudas a víctimas de terrorismo derivadas de los beneficios obtenidos en el sorteo de la lotería nacional del 18 de octubre de 1997. Finalmente la Ley 32 de 1999 mediante la cual se alcanza la solidaridad con las víctimas del terrorismo, y el Real Decreto 1912 de 1999 reglamento de ejecución de la Ley 32 de 1999. Como también la Ley 2 de 2003, modificatoria de la Ley 32 de 1999, y el Real Decreto 288 de 2003 por el que se aprueba el reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.

11 En Francia esta última vía fue adoptada mediante el régimen legislativo, Ley N° 86-1020 de septiembre 9 de 1986, que permite por un procedimiento rápido la indemnización de todas las víctimas de terrorismo en territorio francés e incluso de los nacionales franceses en el exterior. Esta ley ha sido complementada y mejorada por reformas legislativas como las leyes del 30 de diciembre de 1986, del 23 de enero y 6 de julio de 1990, y la ley del 8 de febrero de 1995.

tas”, en el artículo 19 se dice que en desarrollo del **principio de solidaridad social y el daño especial sufrido por las víctimas**, éstas recibirán asistencia humanitaria, entendiéndose por tal la ayuda indispensable para atender los requerimientos urgentes y necesarios para satisfacer los derechos constitucionales de dichas personas que hayan sido afectadas por la atención terrorista. La ayuda será de “Asistencia en materia de salud”, “Asistencia en materia de vivienda”, “Asistencia en materia de crédito” y “Asistencia en materia educativa”. El artículo 18 de la ley, delimita el concepto de atentados terroristas, a aquellos cometidos con bombas o artefactos explosivos y tomas guerrilleras que afecten en forma indiscriminada la población. Los artículos 46 y 47 señalan que la asistencia prestada a las víctimas no implica reconocimiento por parte del Estado de responsabilidad alguna por los perjuicios causados por el atentado terrorista y en el evento de ser condenado el Estado, del monto total de los perjuicios se deducirán las sumas entregadas en razón de ésta ayuda.

La Ley 241 de 1995 titulada como “Instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia”, prorrogó la vigencia de la Ley 104 de 1993, la modifica y adiciona. Destacándose que **se mantiene el principio de solidaridad social y el daño especial** que consagraba el artículo 19 de la ley 104 de 1993 y en general todo el título de la misma que se refería a la “Atención a las víctimas de atentados terroristas”, dado que el artículo 19 fue prorrogado por el artículo 19 de la Ley 241 de 1995. En el artículo 10 se modifica el artículo 18 de la Ley 104 de 1993 para entender por víctimas a aquellas personas que sufren perjuicios por razón de los atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos, ataques guerrilleros y combates que afecten en forma indiscriminada a la población y masacres realizadas en forma discriminada por motivos ideológicos o políticos en el marco del conflicto armado interno. El artículo 15 modifica el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 104 de 1993, en el sentido de que la víctima que sufre una pérdida del 50 por ciento o más de su capacidad laboral, tendrá derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo a la Ley 100 de 1993 siempre y cuando carezca de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.

Ley 418 de 1997, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones. La vigencia de esta ley es por dos años y derogó las leyes 104 de 1993 y 241 de 1995. El título II de la misma, se rotula “Atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco del conflicto armado interno”. El artículo 15 entiende por víctimas a aquellas personas de la población civil que sufren perjuicios en su vida, grave deterioro en su integridad personal y/o bienes, por razón de actos que se susciten en el conflicto armado interno, tales como atentados terroristas, combates, ataques y masacres, etc. El artículo 16 reitera, como en las leyes derogadas, el

**desarrollo del principio de solidaridad social y el daño especial sufrido por las víctimas** y por ello las mismas recibirán asistencia humanitaria prestada por la red de solidaridad social, que consistirá en asistencia “En materia de salud”, “En materia de vivienda”, “En materia de crédito” y “En materia de educativa”. El artículo 46, inciso 2º, señala que las víctimas que sufrieren una pérdida del 50 por ciento o más de su capacidad laboral, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo a la Ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud. Y finalmente el artículo 47 señala que la asistencia que preste el Estado a las víctimas no implica reconocimiento de responsabilidad por tales actos.

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

La Ley 782 de 2002, prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999, y se dictan otras disposiciones. Se le tituló “Disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica”. El artículo 6 modifica el artículo 15 de la Ley 418 de 1997, prorrogado por la Ley 548 de 1999, señala que se entienden por víctimas de la violencia política a aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Es importante destacar que se señalan como víctimas a los desplazados en los términos del artículo 1 de la Ley 387 de 1997, y a toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades. El artículo 7 modifica el artículo 16 de la Ley 418 de 1997, prorrogado por la Ley 548 de 1999, reitera que en **desarrollo del principio de la solidaridad social, y el daño especial, sufrido por las víctimas**, estas recibirán asistencia humanitaria, entendida por tal la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos esenciales, a fin de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados por los actos enunciados en el artículo 6. Finalmente, el artículo 18 modifica el artículo 46 de la Ley 418 de 1997, prorrogado por la Ley 548 de 1999, inciso 2 mantiene el criterio de que las víctimas que sufrieren una pérdida del 50 por ciento o más de su capacidad laboral, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo a la Ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.

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

Cabe destacar algunas ideas rectoras que comunican de manera uniforme la totalidad de leyes que se han ocupado de este asunto, tales como:

1. Es una constante en todas las leyes que se han ocupado del asunto la invocación al principio de la solidaridad y al daño especial sufrido por las víctimas de atentados terroristas.
2. Resulta claro que se trata de una ayuda o asistencia humanitaria y no una indemnización, resarcimiento o reparación integral.
3. El concepto de víctimas de actos terroristas se integra al criterio de violencia política donde también se incluyen las categorías de combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado, e igualmente, se tienen como víctimas de la violencia política a los desplazados y toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades.
4. Como particularidad se consagra que las víctimas que sufrieren una pérdida del 50 por ciento o más de su capacidad laboral, tendrán derecho a una pensión mínima legal vigente, de acuerdo a la Ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.
5. No existe incompatibilidad entre la responsabilidad del Estado y la asistencia o ayuda humanitaria, por el contrario puede darse una complementación.
6. Se concluye, y además así lo consideran los violentólogos, que pese a lo difuso que resulta definir el acto terrorista, aun poniendo en juego el principio de la legalidad que señala la descripción cerrada de los tipos en derecho penal, si se tiene que el acto terrorista presenta dos características esenciales: 1) Tiene como objetivo a los no combatientes, a la población civil. 2) La violencia es utilizada para generar pánico en amplios sectores de la población; el miedo colectivo distingue el terrorismo de otras formas delictuales “el terrorismo básicamente es un arma psicológica, cuyo fin último es chantajear a un gobierno enfrentándolo a una opinión pública dispuesta a ceder por el miedo”.<sup>12</sup>
7. El artículo 18 de la Ley 104 de 1993 delimitó el concepto de atentados terroristas a aquellos actos cometidos con bombas o artefactos explosivos y tomas guerrilleras que afecten indiscriminadamente a la población.

12 PIZARRO LEONGOMEZ, Eduardo. *Terrorismo y democracia*. Editorial Planeta, 1ª edición, 2003. p. 34.

La ley de asistencia o ayuda humanitaria se limita a satisfacer los requerimientos urgentes, necesarios y esenciales a fin de satisfacer los derechos que hayan sido menoscabados por el acto terrorista, pero no cumple una función indemnizatoria tal como la cumple, por ejemplo en el derecho español, la Ley 32 de 1999 que constituyó una verdadera conquista frente a la insatisfacción de la responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal en los delitos de terrorismo, como lo ilustra el profesor José María Fuster-Fabra Torrellas al comentar las bases y principios de la gestación de dicha ley:

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

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

“La ley, sin ser perfecta, pues pierde la oportunidad de compensar con mayor generosidad tantos años de olvido, satisface, por lo menos en el terreno económico, muchas de las frustradas pretensiones de quienes hasta hoy eran doblemente víctimas. Víctimas de una barbarie que destruyó sus vidas y víctimas de verse condenados a la condición de perpetuidad acreedora... Esta medida solidaria y necesaria para poner fin al laberinto de reclamar a quien es insolvente cuando no anónimo, debiera ser un verdadero cause de transmisión de derechos, no válvula de escape para la huida de la responsabilidad de los autores”.<sup>13</sup>

Función indemnizatoria, que igualmente, la ley la cumple en Francia, donde se ha reconocido que la víctima del acto terrorista, es víctima inocente de un riesgo social, difícil o imposible de contener por ser un acto de guerra en tiempo de paz y en consecuencia debe ser indemnizado por toda la colectividad, de allí que “las normas jurídicas correspondientes expresan el crecimiento del papel del Estado en las relaciones individuales de responsabilidad civil y la pretensión de reparar las

13 FUSTER-FABRA TORRELLAS, José María. *Responsabilidad civil derivada de actos de terrorismo*. Barcelona, Editorial Atelier, 2001. p. 175. Tesis doctoral Cum Laude.

injusticias sociales causadas por los límites propios de las reglas ordinarias de la responsabilidad civil clásica<sup>82</sup>”.<sup>14</sup>

### 3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS TERRORISTAS EN EL NUEVO ORDEN JURÍDICO —BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD—

Nuestra Carta Política no sólo es fuente formal del derecho, sino que también expresa cuál es el ámbito de aplicación material, se estructura bajo una parte dogmática que contiene valores, principios (lo cual nos saca del positivismo cerrado), derechos fundamentales y un preámbulo que igualmente encierra un principio fundamental; y una parte orgánica que se refiere a los operadores jurídicos. Nuestro modelo constitucional se transpoló del inglés, donde los valores están en la Constitución, las leyes fundamentales limitan o restringen el poder, éste no se crea o regula en el derecho pero si puede limitarlo a través de los derechos; la Constitución es norma de normas y contiene límites al legislador.

Frente a la situación de las víctimas de esta forma cualificada de violencia, una respuesta inspirada en los más puros contenidos de justicia material fue dada en la sentencia N° 8577 del 23 de septiembre 1994, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se aplicó por vez primera la teoría de daño especial como fundamento de justicia para quienes padecen los rigores del actuar terrorista, y si bien allí se destacaron los componentes esenciales del régimen conocido como “Daño Especial”, la decisión judicial contiene un elemento más trascendente cual es la argumentación jurídico-política sobre la clase de Estado que es Colombia, se expuso: “La definición misma de Colombia, como un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana, y en la solidaridad de las personas que la integran, permiten que el sentenciador maneje todo el campo de la responsabilidad del Estado con la solidez que tal normatividad tolera”. En su motivación, la sentencia señalada apunta al nuevo orden jurídico consagrado en la carta política cuando deja de lado factores hieráticos jurisprudenciales, para dar aplicación a principios y valores superiores ligados a la moderna concepción de justicia, tales como la solidaridad, la equidad y el Estado Social de Derecho. Se imprimió así por vía jurisprudencial, un criterio de ponderación al fundamento de la responsabilidad o respuesta al interrogante: ¿Por qué se debe responder?, ligado al problema de la imputación o “quién deber responder”. En mi criterio, esta posición

82 BAUDOUIN, La responsabilité civile délictuelle, Québec, 1985, p. 488 y ss.

14 FUSTER-FABRA TORRELLAS, José María. *Op. Cit.*, p. 146.

que debió consolidarse, se ha ido resquebrajando por posteriores pronunciamientos de la misma corporación que han desconocido el fundamento iusfilosófico y político del Estado y de la Constitución actual, retomando posiciones decimonónicas que hacen irresponsable al Estado por los actos terroristas.<sup>15</sup>

Al haberse definido Colombia en la Constitución Política como un Estado Social de Derecho, ello tiene connotaciones en la organización socio-política, por esto se ha dicho por la Corte Constitucional que el artículo 1º de la Carta es la clave de bóveda o ligamento que irradia todo el texto fundamental; el Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos estén presentes, elementos que determinan su propio ser, y dentro de estos caracteres se tiene necesariamente que contar con la defensa de los contenidos materiales. “No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”.<sup>16</sup> La Constitución no es sólo el estatuto fundamental del poder sino que además es la forma y contenido que determina y regula las relaciones sociales y los fines del Estado. “La entrada en vigencia de un nuevo régimen constitucional, a través de la expedición de la nueva Constitución de 1991, trajo consigo una nueva dimensión en las relaciones de los ciudadanos frente al Estado, partiendo de la primacía del principio de la dignidad humana como rector de la nueva estructura jurídica y política y la concepción de la persona como un fin estatal”.<sup>17</sup>

Como se indica en la sentencia que se viene de reseñar, los principios constitucionales son normas de aplicación inmediata, toda vez que “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación... Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden... En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución... los principios son normas que establecen un deber específico...”. Y sabemos que entre otros son principios constitucionales, los consagrados en los artículos 1º y 3º de dicha normatividad, así es pues que lo son, el respeto a la dignidad humana, la solidaridad, el Estado Social de Derecho, etc. Estos principios tienen una concepción normativa vinculante de eficacia privilegiada y no pueden ser entendidos de manera correcta con independencia del concepto de efectividad; en esta concepción de Estado, las normas no solo se deben acatar sino que su cumpli-

15 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1998, expediente N° 11837, actor: Luis Miguel Fernández Vega.

16 Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Baron.

17 Sentencia C-1062 del 16 de agosto de 2000, expediente N° 2770.

miento debe coincidir con la realización de los principios y valores constitucionales.<sup>18</sup> Y dentro de estos valores constitucionales fundamentales están la dignidad humana, la paz, la libertad, el orden justo, la solidaridad, la igualdad, etc.; y el Estado Social de Derecho se traduce como tal, en cuanto a esa forma de Estado, en los valores más abstractos a que es posible reducir muchos de ellos: “La dignidad, libertad e igualdad”.

Nuestra sociedad hizo una elección política por estos principios constitucionales, nos centraremos en la solidaridad, en la dignidad de la persona humana y en el Estado Social de Derecho, relacionándoles con una justicia no formal sino de contenidos materiales. No se trata de ninguna manera de llegar a la idea del Estado asegurador, pero sí la de plantear la insuficiencia de los fundamentos de la responsabilidad de la administración en los casos de terrorismo, y el examen de la imputación o el “quien debe responder” frente a los daños causados a las víctimas en estos eventos. Es así como de acuerdo a las modernas concepciones de Estado y justicia “... el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, estos términos justos se expresan mediante principios que especifican derechos y deberes básicos dentro de sus principales instituciones, y regulan a través del tiempo los arreglos del trasfondo de justicia, de manera que los beneficios derivados de los esfuerzos de cada cual estén justamente distribuidos y se comportan de una generación a la siguiente”;<sup>19</sup> o bien en el principio ético de la prioridad según el cual a aquellos colocados en una posición desventajosa se les debe conceder el argumento que decide la prioridad; concepto que formulado de manera negativa configura el: “Principio de tolerancia: en caso de duda tiene prelación el argumento que tenga más amplio margen de tolerancia”.<sup>20</sup> Toda esta concepción moderna de la justicia la recoge nuestra Corte Constitucional en la referida sentencia T-406 de 1992, donde se puntualiza de manera clara que redundaría cualquier otro análisis: “Si fuese necesario dar elementos de juicio en abstracto sobre la justicia distributiva —cuestión de por sí temeraria— se podría recurrir al principio de igualdad, ampliamente debatido en la teoría de la justicia de las últimas décadas, a partir del cual toda distribución de recursos para ser justa, deba mejorar al menos la condición de los más desfavorecidos”.

Dentro del Estado Social de Derecho, su naturaleza, conformación sociopolítica y los principios constitucionales reseñados ab initio, obligan al juez en esta materia en

18 Sentencia T-005 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

19 RAWLS, John. *Liberalismo político*. 1ª reimpression de la edición en español (FCE, Colombia), 1996. p. 40.

20 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Universidad externado de Colombia, traducción de la 2ª edición, 1999. p. 195.

cuanto a su aplicación frente a las víctimas de los atentados terroristas a no dejar pasar desapercibido que la persona humana es el epicentro de la Constitución de 1991, y en la tensión del ser humano en su dimensión social —o individuo comunidad—, ésta constituye la razón última de la Carta Política.<sup>21</sup> Y el juez está sometido al ordenamiento jurídico antes que a la ley, la idea de un orden justo se opone a la manifestación de la justicia sólo a través de la ley;<sup>22</sup> los principios en el nuevo esquema jurídico y político adquirieron una importancia excepcional y la naturaleza del juez le imprime el deber ser de buscar la validez y efectividad de los contenidos de la Constitución en los términos del artículo 228 donde debe prevalecer el derecho sustancial; la distinción entre *lex* y *ius* había sido ya formulada desde Santo Tomás de Aquino, prevaleciendo el derecho sobre la norma.

Es así como los fundamentos de responsabilidad administrativa, falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional, deben enriquecerse de contenidos concretos inspirados en el modelo de Estado Social de Derecho, que hacen de él lo que es, porque son de su esencia, o bien, el juez administrativo debe decidir con fundamento en un régimen de derecho conformado por los principios constitucionales en virtud del plus o eficacia privilegiada que tienen dentro del ordenamiento jurídico, en atención al examen de cada caso concreto; los problemas de la responsabilidad deben ser estudiados desde el ángulo de la víctima “sería chocante e inadmisibles hacer soportar por la víctima los perjuicios que exceden por su gravedad y por su particularidad, los inconvenientes normales de la vida en sociedad, que sobrepasan aquello que los individuos deben soportar en nombre del interés general”<sup>23</sup>.

Ahora bien, en cuanto al fenómeno de la imputación que responde a la pregunta de quién debe responder frente a los atentados terroristas, la sentencia N° 11300 del 22 de octubre de 1997,<sup>24</sup> se ocupa del asunto, haciendo algunas consideraciones en torno al concepto de imputabilidad como presupuesto de la responsabilidad del Estado. Se parte allí del tenor literal del artículo 90 de la C.P. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. La parte final de la disposición transcrita “causados por la acción o la omisión...”, hace relación a la causalidad, y de ella depende el examen de la imputación o adjudicación del daño a “las autoridades públicas” que en caso de concretarse, o ser factible el juicio de

21 Sentencia T-02 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

22 Sentencia C-486 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 G. Darcy. *La responsabilité de l'administration*, Dalloz, 1996, p. 96.

23 PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 73.

24 Consejo de Estado, Sección Tercera, M. P. Carlos Betancur Jaramillo.

atribuibilidad, desencadena el factor o fundamento de justicia, bien a través de los regímenes de responsabilidad enunciados, o en la plenitud del ordenamiento jurídico dentro del Estado Social de Derecho y sus principios constitucionales.

La óptica de la sentencia traída a análisis, examina limitadamente la imputación, sólo cuando el daño es causado por autoridad pública (requiere que el agente esté vinculado al servicio o haya obrado con ocasión del mismo), o cuando en la causa del daño no se determina un agente especial (es causado por el funcionamiento del servicio) “En tal evento el daño deberá atribuirse, entre otras causas, a su funcionamiento normal, a su funcionamiento anormal o al riesgo especial que el mismo genere”, se afirma en la sentencia.

Debe existir indiscutiblemente un título de imputación que permita dar respuesta al “quién debe responder”. La imputación significa una reelaboración gnoseológica jurídica sobre la causalidad, pero no es la causalidad misma, va más allá entendida como “*imputatio factis*” que no sólo obedece al criterio de la vinculación —no necesariamente física, pudiendo también obedecer a criterios normativos y jurídicos—, sino que igualmente apareja la aplicación de justicia material deducible para el caso, bien a través de los factores subjetivos u objetivos, lo que cubre la totalidad de los regímenes y criterios de responsabilidad, y que correspondería a la *imputatio juris*, quedando así conformada a satisfacción la imputación plena.

Por ello, cuando una y otra vez, se ha venido afirmando: “Por lo tanto él (se refiere al vínculo causal) aparecerá deducido en los casos en que, como se ha señalado en la sentencia del 23 de septiembre de 1994 antes citada, se evidencia que “el OBJETO DIRECTO de la agresión fue UN ESTABLECIMIENTO MILITAR DEL GOBIERNO, UN CENTRO DE COMUNICACIONES, al servicio del mismo, o un personaje de la cúpula administrativa”, se confunde y así se ha venido aceptando de manera pacífica sin crítica alguna, una simbiosis del vínculo causal con la imputación misma; si el objeto directo de la agresión fue el Estado, al menos de manera limitada y emblemática a los tres casos a que se contrae la decisión judicial, o en otros términos a fragmentos de la institucionalidad o la organización estatal y se sacrifican intereses particulares en la acción dirigida contra el Estado mismo, es éste quien debe responder, pues el terrorismo político “es también un crimen moral, un crimen contra la humanidad y un ataque no solo a nuestra seguridad, a nuestra concepción de la ley y a la seguridad del Estado, sino también a la propia sociedad civilizada”.<sup>25</sup> Al exigirse que el acto terrorista vaya dirigido contra uno cualquiera de los tres objetivos que señala la jurisprudencia, muchas víctimas son excluidas de la posibilidad de resarcimiento, sin embargo existe un precedente

25 RAPOPORT, DAVID C. *La moral del terrorismo*. Editorial Ariel, 1985. p. 125.

que el mismo Consejo de Estado, ha dejado pasar inadvertido y que proyecta considerablemente el límite impuesto al concepto de la organización estatal como objetivo de ataque en su reducida concepción triádica; en la consolidación que viene haciendo la jurisprudencia sobre el tema resultaría plausible retomar su aplicación, por las consecuencias jurídicas que en este campo se darían, desmitificando la concepción ontológica del Estado, de manera tan reducida, se dijo: "La precisión jurisprudencial a la cual se alude toca con el tema discutido, y en torno al mismo, ha sido clara la posición según la cual la obligación de reparar el daño, cuando éste se produzca como consecuencia de un atentado terrorista o en general violento dirigido contra el Estado, **no importa cómo esté representado**. Así, se ha dicho puede ser un centro de comunicaciones al servicio del mismo, un personaje representativo de la cúpula administrativa, y en fin, un objeto claramente identificable como del Estado",<sup>26</sup> y más recientemente se precisó: "Considera la Sala que no hay razón para limitar la responsabilidad estatal a los eventos en los cuales el ataque terrorista se dirige contra un objetivo militar o policivo, sino que debe extenderse a todos aquellos casos en los que el blanco sea "un objeto claramente identificable como del Estado", ya que la justificación para establecer el vínculo causal es la misma: el riesgo particular que se crea con una actividad que ha sido elegida por los terroristas como objetivo. Tal es el caso del oleoducto, como más adelante se verá".<sup>27</sup>

Si la lucha es contra el Estado y el atentado terrorista deviene de un ataque al mismo, debe tenerse en cuenta que éste se beneficia de privilegios, que los ciudadanos contribuyen con sus cargas, deberes y obligaciones al mantenimiento de la organización sociopolítica y de la fuerza pública, contribución que es impuesta equitativamente, de allí que con la misma razón resulta adecuado deducir que cuando el Estado es objeto de actos desestabilizadores, debe reparar los daños de quienes fueron ajenos a ese objetivo directo, que no era la víctima misma, sino la organización política de la cual el individuo hace parte. No puede desconocerse que el ciudadano lesionado en esa guerra contra el Estado, es integrante de una sociedad construida sobre una elección política, donde los contenidos de los principios constitucionales a que hemos venido aludiendo son de vigencia y aplicación inexorable si la esencia estatal es la que predica la Constitución, y no otra forma de colectividad; se ha dado una dislocación entre los principios constitucionales señalados anteriormente que son de imperativo cumplimiento, y lo expuesto recientemente

26 Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 1999, expediente N° 11518, M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

27 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de diciembre de 2003, radicación 12.916 (6270) y 13627 (3627), M. P. Ricardo Hoyos Duque.

por el Consejo de Estado cuando sobre el particular así se expresó: "En Colombia la idea de solidaridad ha encontrado respuesta de modo excepcional en desarrollo de facultades presidenciales y legislativas dentro de estados de excepción, atendiendo a principios loables pero en todo caso por fuera de los lineamientos del régimen de responsabilidad propiamente dicha",<sup>28</sup> se desconoció de esta forma el artículo 2° de la Carta Política que determina la solidaridad como principio constitucional con una fuerza de vinculación indiscutible.

Resulta pertinente recordar lo expuesto en un agudo estudio, donde se detalla como en Francia, el principio de la indemnización de los daños causados por hechos de guerra, inspiró al legislador la Ley 26 de diciembre de 1914 que adoptó la noción de solidaridad como principio fundante de las indemnizaciones, se comenta así: "... El legislador consagró un sistema de reparación totalmente autónomo, fundado en la noción de solidaridad nacional: la igualdad destrozada en detrimento de algunas personas solamente puede restablecerse porque existe en el corazón de la nación un sentimiento de solidaridad. La solidaridad es un principio único, eterno, en el que reside su grandeza, por el que la nación debe extraer el motivo de su obligación: la deuda de la nación es impuesta a su soberanía por la solidaridad... la unidad nacional no sería más que una metáfora sino engendrara, para toda la nación, al tiempo beneficiaria y tributaria de esta unidad, la obligación de vincularla, no en consideración de una infracción de la nación, sino en consideración de ella misma"<sup>29</sup>. La justicia, en términos de Rawls, el teórico contemporáneo más importante en el tema, en palabras sencillas, se fundamenta en una concepción solidarista entre quienes comparten una relación de convivencia, y a partir de su modelo contractual es posible aspirar a un mínimo de ella.

Con motivo de las acciones terroristas se dota de prerrogativas especiales a los gobiernos, no sólo en cuanto a la prevención y represión de las mismas, lo que paradójicamente puede dar origen a la modificación de la construcción teórica que se tenga del Estado, y que hoy día plantea un delicado problema de orden constitucional, en razón de la normatividad de los estados de excepción o estatutos antiterroristas que ponen límites a los derechos fundamentales, donde se traza una peligrosa línea fronteriza entre la legalidad y la ilegalidad de Estado, Colombia tiene una amplia experiencia en el uso de dicha normatividad excepcional. Los

28 Sección Tercera, Sentencia N° 11841 del 18 de mayo de 2000, M. P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

31 Véase, J.O. Déb., 1 de junio de 1915, año Xe 1904.

29 QUINTERO NAVAS, Gustavo. "Conflicto armado y responsabilidad del Estado: análisis del derecho colombiano a la luz del derecho francés". En *Revista derecho público*. Bogotá, Universidad de los Andes, N.° 10, 1999. p. 173.

estados de excepción están ligados a la razón de Estado, o como los llama el jurista alemán Clapmarius "ius dominationis" o derecho de necesidad. Sobre el tema se ha dicho: "En todo caso, cuando hablamos de un estado de excepción constitucionalizado nos referimos más bien a lo que antes he llamado "legislación de crisis" porque, en este caso, no se elimina el orden jurídico normalmente en vigor para sustituirlo por el puro derecho de la necesidad, es decir el no derecho, sino que el antiguo orden jurídico se sustituye por otro régimen de legalidad, especialmente elaborado para los momentos de crisis".<sup>30</sup> Ese es el trasfondo de los estados de excepción, que con la institucionalización de las leyes de emergencia, crean una verdadera mutación constitucional como la denomina la doctrina, situación de dura realidad que es avalada generalmente por los tribunales constitucionales a pesar de las críticas que reciben, tales como "órganos de justificación más que de justicia" referida al Tribunal Constitucional Alemán por contribuir a configurar un estado de emergencia supralegal; o en Italia respecto a la compatibilidad de la legislación antiterrorista con las sentencias dictadas, se ha dicho que el tribunal cumple una función notarial;<sup>31</sup> todo lo anterior ha dado origen en el mundo actual a una transformación en la que el texto constitucional permanece invariable, dándose una contradicción entre las normas escritas y la realidad jurídico constitucional, a eso apunta el concepto de mutación constitucional, por lo tanto: "La cuestión que por el momento queda en el aire es saber por cuanto tiempo pueden convivir en el interior de un mismo ordenamiento jurídico dos culturas diferentes, incluso contradictorias, proyectadas en aspectos tan importantes como las garantías procesales, la construcción del principio de legalidad penal, o el concepto de derechos fundamentales. Se trata de un equilibrio inestable porque las transformaciones profundas del ordenamiento jurídico van en paralelo a cambios en la relación de fuerza sociales, en el poder constituyente, que son las que imprimen su dinamicidad al derecho".<sup>32</sup> Es por ello que las constituciones contemporáneas cuando consagran la figura del estado de excepción, lo hacen cuidadosamente buscando que no se conviertan en el punto neurálgico de la democracia. La doctrina denomina esta normatividad técnicas de sustitución, y a ellas corresponderían, a título de ejemplo: la ley marcial en los Estados Unidos o el estado de sitio en Francia. Esta es la actual encrucijada de los Estados Democráticos, el cómo afrontar este tipo de violencia respetando los límites del Estado de Derecho lo cual se traduce en una lucha entre el "eficientismo" y el "garantismo". En Colombia señalan ese horizonte "el estatuto

30 LÓPEZ GARRIDO, Diego. *Terrorismo, política y derecho*. Alianza editorial, 1987. p. 159.

31 LÓPEZ GARRIDO, Diego. *Op. Cit.*, p. 164.

32 LÓPEZ GARRIDO, Diego. *Op. Cit.*, p. 168 y 169.

de seguridad", "el estatuto antiterrorista" y "el estatuto para la defensa de la democracia".<sup>33</sup>

Esta incidencia dramática que ejerce el terrorismo político sobre la organización estatal, increíblemente la debilita, cuando haciendo uso de la legalidad decide combatirlo, al punto de originar transformaciones profundas y tener la virtualidad de socavar el Estado Social de Derecho. Es éste un elemento más para concluir que si la lucha terrorista es contra el Estado, las víctimas que caen en la misma, son inocentes ajenos al objetivo directo de la confrontación, y el Estado como tal debe acudir en su favor, bien a través de los sistemas de indemnización legal, o bien los resarcitorios propios del régimen de la responsabilidad.

Un argumento traído frecuentemente en referencia por quienes no participan de la idea de la responsabilidad estatal por estos hechos, en desmedro del ordenamiento jurídico, de la concepción de Estado y de la razón y fundamento del mismo que es la persona humana, es el de los costes económicos que según se afirma llevarán al Estado a la bancarrota. Es un enunciado de apariencia. Desde el punto de vista estadístico en el ámbito mundial y de nuestra realidad, la tasa de atentados terroristas es abrumadoramente menor que otras formas delincuenciales y de situaciones originadoras de responsabilidad patrimonial estatal; lo que impacta del terrorismo es su tipología dentro de la escala de la violencia, su finalidad errática y sus connotaciones psicológicas, así resulta, que entonces, otras formas mayoritarias origen de indemnizaciones bajo ese mismo criterio económico se deberían dejar de lado y no indemnizarlas, ni a través de sistemas legales o jurisprudenciales, perdiendo legitimación el Estado en cuanto a sus fines esenciales, lo que le imprimiría al ordenamiento jurídico un mero carácter simbólico, y la Constitución dejaría de ser un instrumento y medio jurídico que regularía el mañana dejando de lado el hoy. Se diluye la capacidad legitimadora por el eclipsamiento del contrato social, acercándonos cada vez más, en tanto cuanto se desconozca el derecho, al estado de naturaleza.

Un criterio adicional al enunciado economicista es el de que no se puede crear una cómoda postura intelectual elíptica, predicando el fracaso del Estado de bienestar por dar cumplimiento a sus fines que son los que justifican su existencia, bajo el argumento negativo de no cumplirlos para que sobreviva. O bien, bajo ese mismo criterio económico predicar que el costo de las indemnizaciones frena la inversión social, desconociendo la estructura misma de la organización estatal, la separación de poderes, la señalación de funciones y cometidos, etc., que implican considerar el Estado desde el punto de vista de asociación política olvidando que: "El problema del establecimiento de un Estado tiene siempre solución, por muy extraño que

33 PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 18.

parezca, aun cuando se trate de un pueblo de demonios; basta con que éstos posean entendimiento, pues tampoco los demonios se podrán exterminar mutuamente, si su imperio no debe derrumbarse";<sup>34</sup> de allí que cumplir con los cometidos estatales no es causal de aniquilamiento del Estado sino todo lo contrario, sólo eso garantiza su eficacia y permite su existencia.

No se puede seguir haciendo eco a la deformación de la llamada constitucionalmente "jurisprudencia política", pues la concepción económica no opera como un factor de oportunidad, y cuando lo hace se nutre de principios jurídicos más amplios ligados a la separación de poderes, tales como el de la fijación de los gastos públicos a través de los presupuestos generales. A nadie se le ha ocurrido pensar, por ejemplo, en que no debe haber presos por el costo económico que resulta para el Estado el mantenimiento de los mismos, ello se encontraría ligado a factores o valores constitucionales. Sobre el tema se ha dicho: "El número de presos puede ser un criterio de oportunidad, pero también es un principio jurídico: el de la paz y seguridad ciudadana. La cuantía económica de una prestación también puede hacer que esté en juego un principio constitucional cual es el de la viabilidad económica de un sistema de seguros colectivos o el del control parlamentario del gasto público. El método jurídico no consiste tanto en la elección entre alternativas como en que la elección en sí misma se vincule a los valores constitucionales. **Estos tienen una fuerza informativa que el juez no puede rehuir**".<sup>35</sup>

Existe también un precio o un costo para reducir el terrorismo —y no eliminarlo totalmente—, pero sí a través del derecho limitarlo al máximo posible, a efectos de no tener que resarcir las víctimas de los atentados de esta forma especial de violencia; ante el criterio economicista no debe olvidarse que el contrato social o pacto original tiene consecuencias vinculantes que obliga a los Estados a legitimarse a través de la eficacia o *pactum solutionis*, de lo contrario: "Si los costes de tolerar el terrorismo se hacen demasiado elevados, se deberán pagar otros costes con el fin de reducir el riesgo. Este riesgo no podrá reducirse hasta cero, pero tampoco es posible reducir hasta cero ninguna de las otras molestias".<sup>36</sup>

No olvidemos que los mecanismos de indemnización son el resultado de las guerras europeas ante la magnitud de los daños y el número de víctimas, éstas fueron el acicate para el avance en la materia y no la excusa para no reparar los daños ocasionados a la población,<sup>37</sup> y de otro lado la existencia de la normatividad de

34 KAUFMANN, Arthur. *Op. Cit.*, pp. 457 y 458.

35 ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1984. pp. 534 y 535.

36 RAPOPORT, David C. *Op. Cit.*, p. 168.

37 JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, *Op. Cit.*, p. 144.

excepción que puede poner en jaque la naturaleza del Estado y sus principios básicos hace que las víctimas deban tener un trato excepcional, como contrapartida del redimensionamiento transitorio de la legalidad.

"Los jueces en desarrollo de su función, se repite, deben hacer una interpretación de la normatividad que involucre los principios y valores constitucionales, a efectos de dar prevalencia a los derechos de los asociados. Por lo tanto, éstos, en su labor interpretativa, no pueden dejar de lado la doctrina constitucional, pues ella, precisamente, plasma el sentido y orientación que debe darse al ordenamiento jurídico. Se requiere, entonces, una acción conjunta dentro de la jurisdicción que imprima un sentido de unidad no sólo en la interpretación sino en la aplicación del conjunto normativo existente, a la luz de los principios y valores que emanan de la Constitución... No puede olvidarse que la función de los jueces, en el marco de un Estado Social de Derecho (...) es, precisamente, materializar en sus decisiones, los principios y fines del Estado, entre los que se encuentra no sólo el mantenimiento de un orden justo sino la efectividad de los derechos de todas y cada una de las personas que habitan el territorio colombiano, artículo 2°".<sup>38</sup>

Tanto en el derecho francés como en el español, para llegar a la materialización de las leyes indemnizatorias por daños ocasionados a las víctimas de atentados terroristas se acudió al principio de la solidaridad. En nuestro medio la normatividad que deviene desde 1993, de manera reiterada ha invocado no sólo el mismo principio, sino además el del "daño especial" que reciben dichas víctimas, pero en el plano de la realidad lo contemplado en dichas disposiciones se torna insuficiente porque no cumple un verdadero papel indemnizatorio, se trata, como allí se destaca de una simple asistencia humanitaria coyuntural, lo que demanda indudablemente ante su insuficiencia que el juez administrativo en el horizonte de esos dos principios —solidaridad y daño especial—, encumbre el estado actual de la jurisprudencia, para realizar lo que la normatividad enuncia pero no cumple ante su propia limitación de "asistencia humanitaria", que le da más un entorno de retórica legislativa que de verdadero compromiso con las víctimas inocentes de una guerra que no les pertenece. Puede el juez administrativo, teniendo como punto de partida la unidad del ordenamiento jurídico, desarrollar y dar aplicación al bloque de constitucionalidad y a las leyes de ayuda humanitaria, para encontrar los fundamentos de imputación que predicen algunos como algo insustituible y sacramental que les permite seguir anclados en el universo utópico de los conceptos, ignorando el incumplimiento de los fines del Estado que son los que justifican su existencia. De allí que "El concepto de "bloque de constitucionalidad", tan arraigado ya en nuestra doctrina y en la jurisprudencia, no es sino expresión de ese fenómeno, en el

38 Sentencia SU-846/2000.

cual la Constitución formal y la legislación ordinaria establecen una potente alianza normadora que afecta los elementos básicos del ordenamiento jurídico, a sus principios esenciales".<sup>39</sup> Sobre estos supuestos, puede el juez trascender la vacilante jurisprudencia en la materia y marcar una línea acorde con la realidad de las víctimas y armónica con el ordenamiento jurídico, en cuanto al papel de los principios constitucionales.

Y no puede, por último, dejarse pasar desapercibida la teoría de D'AHUTEVILLE,<sup>40</sup> citada dentro de las conclusiones de la obra del profesor José María Fuster-Fabra Torrellas, al puntualizar:

"CUARTA: En todo caso, y en aplicación de la teoría de D'Ahuteville, la producción del atentado terrorista es siempre consecuencia de una anomalía del Estado; anomalía que no tiene su origen, en nuestro Estado de Derecho, en una situación de injusticia social, sino en un sistema que no es capaz de evitar la comisión y proliferación de los mismos. Esa consecuencia derivada de la estructura organizativa y protectora del Estado, entendido como sociedad en la que se desenvuelve el individuo, debe ser reparada, en último caso, por el Estado que es quien debe garantizar a sus súbditos las condiciones necesarias de protección y seguridad".<sup>41</sup>

Así las cosas, los tres argumentos señalados ab initio: 1. todos los ciudadanos estamos obligados a defender la soberanía interna y externa de la nación, 2. el acto terrorista o los actos de guerra son impuestos al Estado quien no obtiene ningún beneficio de los mismos, y 3. los costes económicos, se desvanecen estruendosamente ante las razones del origen y conformación del Estado, ante el deber político y el deber jurídico del mismo para con los asociados, ante los principios y valores de la Constitución y por último ha quedado demostrado con suficiencia que el último de ellos no es más que un sofisma. La concepción de la responsabilidad no puede desligarse de la cosmovisión jurídica que trasunta la posición ideológica, una forma de ver el mundo y de ver el hombre, y nuestra Constitución, quiérase o no, es antropocéntrica. Y en lo que concierne a las tensiones jurisprudenciales se puede concluir, como ya lo hiciera el Consejo de Estado en alguna oportunidad, que es preferible cualquier forma de pensamiento que amplíe el espectro de la responsabilidad a aquella que la restrinja.

39 LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Op. Cit.*, p. 167.

40 D'AHUTEVILLE: Indemnity of damages sustained by victims of terrorism. The new system of French laws, en AIDA-Newsletter, N° 29, enero-marzo de 1988. pp. 458 y ss.

41 *Op. Cit.*, p. 238.

El eclipsamiento que se quiere hacer del daño especial como sistema de responsabilidad no ha bebido siquiera en la fuente primigenia que la consagró en nuestro medio, donde se trasuntó el pensamiento y la estructura que le dio existencia, pero más grave aún, el argumento que aduce el Consejo de Estado está poniendo en evidencia una grave confusión estructural y gnoseológica entre lo que es la causalidad y lo que es la imputación. No ha encontrado una respuesta la jurisprudencia al "quién debe responder", y al "porqué se debe responder", como quiera que no ha tenido en cuenta no sólo el criterio ligado a la concepción de Estado y al de bloque de constitucionalidad.

Richard Bellemy con motivo de la muerte de Norberto Bobbio señala que: "Su apasionada defensa de las reglas del juego constitucionales en contra de aquellos que niegan su relevancia o que pasarían sobre ellas por razones pragmáticas", en cita traída a colación por Andrés Mejía Vergnaud, quien a su vez puntualiza así: "Esta profunda comprensión de lo que significa el Estado de Derecho es urgente en la Colombia de hoy, en donde ha hecho carrera la idea de que las reglas del juego pueden variar dependiendo de consideraciones prácticas".<sup>42</sup>

Conclusión de todo lo anterior, es que nuestro juez administrativo en el desarrollo jurisprudencial y en la dinámica del derecho, acorde a nuestra realidad en el tema objeto de análisis, debe trazar una política coherente con el ordenamiento jurídico actual, en la búsqueda de los contenidos materiales de justicia, y para ello tiene como norte una Constitución con valores y principios que no puede desconocer y donde el epicentro de la misma es el ser humano en su grandeza y en su miseria.<sup>43</sup>

42 MEJÍA VERGNAUD, Andrés. En *Ámbito Jurídico*, Bogotá, Legis, N° 145, p. 7 B.

43 "Los principios generales son la causa y el fin, el origen y el término, el alfa y la omega del derecho", MANS PUIGARNAU Jaime M., *Los principios generales del derecho*, Barcelona, editorial Bosch, pág. XXVII, 1957.

"Un derecho sin principios será un derecho desalmado, desanimado y en fin muerto", PUY Francisco, *Sobre los principios generales del derecho*, estudios de deusto, volumen 37, fascículo 83, Bilbao, 1989.