

**EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TERRORISMO EN COLOMBIA**

**CAMILO ALFREDO D’COSTA RODRÍGUEZ
CÓDIGO 698341**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO, PROGRAMA EN INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ D.C. 2011**

**EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TERRORISMO EN COLOMBIA**

CAMILO ALFREDO D’COSTA RODRÍGUEZ

CÓDIGO 698341

TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO

DIRECTOR: DR. RAMIRO PAZOS

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO. PROGRAMA INVESTIGACIÓN
BOGOTÁ D.C.**

2011

¡Levanta la voz por los que no tienen voz!
¡Defiende los derechos de los desposeídos!
¡Levanta la voz y hazles justicia!
¡Defiende a los pobres y necesitados!”
Proverbios 31 - 8,9

AGRADECIMIENTOS

A Dios nuestro Señor, de quien recibí toda la fuerza y valentía para asumir este reto

A mi esposa por su paciencia

A mi hijo Juan Camilo, por darme energía y ganas de luchar por mis sueños

A mi hija María Camila, por darme una nueva razón para vivir

A mi madre, por su confianza

A mi padre, por sus puntos de vista

A mi hermano, por las ideas aportadas a este proyecto

A mis hermanas, Zeena y Adriana por ser especiales en mi vida

Al doctor Ramiro Pazos, por su innegable apoyo y compromiso incondicional

A los docentes de la Maestría, por sus valiosas enseñanzas

A todas aquellas personas que de una u otra manera contribuyeron a la realización de la presente investigación

ÍNDICE GENERAL

| | Pág. |
|---|------|
| INTRODUCCIÓN | 9 |
| CAPÍTULO I | |
| APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DEL TERRORISMO | |
| 1.1. El punto de partida... .. | 11 |
| 1.2. La doctrina | 12 |
| 1.3. La protección de la seguridad pública como bien jurídico tutelado y el terrorismo como conducta delictiva ... | 18 |
| 1.4. El desarrollo del concepto de terrorismo desde la Corte Constitucional... .. | 24 |

CAPÍTULO II.

EL PAPEL DE LA PERSONA, LA DIGNIDAD HUMANA Y LA SOLIDARIDAD EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

| | |
|---|----|
| 2.1 La importancia de la persona y de su situación de desprotección con motivo de ataques terroristas | 34 |
| 2.1.1 Aproximación al concepto de solidaridad | 45 |
| 2.1.2 La solidaridad como sentimiento y la falta de reconocimiento de los individuos como causa de conflictos sociales | 45 |
| 2.1.3 La solidaridad como valor o como fin desde el punto de vista del ordenamiento jurídico | 48 |
| 2.1.4 La solidaridad como principio o como deber ser | 49 |

CAPÍTULO III
EL CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO

| | | |
|--------------|---|----|
| 3.1 | El daño antijurídico | 56 |
| 3.2 | Evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado y análisis particular del tratamiento de la responsabilidad por terrorismo | 64 |
| 3.2.1 | Evolución general de la responsabilidad extracontractual del Estado | 64 |
| 3.2.2 | Análisis jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por terrorismo..... | 66 |
| 3.3 | Explicación de los tres títulos tradicionales de imputación jurídica | 72 |
| 3.3.1 | Falla del servicio | 72 |
| 3.3.2 | Daño especial | 74 |
| 3.3.3 | Riesgo excepcional | 76 |
| 3.4 | Experiencias legislativas foráneas en materia de indemnización a las víctimas por terrorismo en el referente de derecho comparado - España, Francia | 79 |
| 3.5 | Las experiencias legislativas en Colombia y el Decreto 1290 de 2008 | 80 |
| 3.6 | Fundamentos de la responsabilidad del Estado por terrorismo | 85 |
| 3.6.1 | Fundamento constitucional | 85 |
| 3.6.2 | Fundamentos jurisprudenciales de la responsabilidad | |

| | |
|---|----|
| del Estado por terrorismo – la diversidad en materia de títulos de imputación jurídica - | 85 |
| 3.6.3 Fundamentos deontológicos como fuente de la responsabilidad del Estado por terrorismo... .. | 86 |

CAPÍTULO IV.

FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

| | |
|--|-----|
| 4 Importancia y limitaciones del proceso de juridización de los principios | 88 |
| 4.1 Exigibilidad de los principios y valores | 88 |
| 4.2 Teorías jurídicas contemporáneas de los principios y su relación con los derechos fundamentales | 92 |
| 4.2.1 Los derechos en serio, Ronald Dworkin | 92 |
| 4.2.1.1 Aplicación o asociación de la teoría de los principios a los daños antijurídicos producidos con ocasión de ataques terroristas | 95 |
| 4.2.2 Teoría Alexiana de los principios y su relación con los derechos fundamentales | 97 |
| 4.2.3 Teoría Alexiana de la pretensión de corrección del Derecho | 99 |
| 4.2.4 Una teoría de la justicia para la sociedad democrática colombiana “justicia como equidad” - una reformulación – Jhon Rawls... .. | 102 |
| 4.2.4.1 Introducción a la teoría... .. | 102 |
| 4.2.4.2 La necesidad de una concepción política de | |

| | |
|---|-----|
| justicia de trasfondo | 104 |
| 4.2.4.3 La importancia de garantizar unos mínimos o la regla del maximin | 105 |
| 4.2.4.4 La posición original y el velo de ignorancia como medio para entender y atender la situación de las víctimas | 105 |
| Conclusiones... | 108 |
| Bibliografía... | 114 |
| Anexo No. 1... | 121 |

RESUMEN

La presente investigación versa sobre la Responsabilidad del Estado por Terrorismo en Colombia y esgrime como problema central las razones por las cuales el Estado colombiano debe o no indemnizar, es decir, responder patrimonialmente a las víctimas de atentados causados por terceros. El propósito de la presente investigación consiste en potencializar el principio de solidaridad como uno de los fundamentos jurídicos básicos de la responsabilidad del Estado por terrorismo, en aras de encontrar respuestas efectivas a las demandas de indemnización de perjuicios de las víctimas, acordes con su dignidad humana.

Palabras clave: Responsabilidad extracontractual del Estado, terrorismo, persona, dignidad humana, daño antijurídico, principios, solidaridad.

ABSTRACT

This thesis is about the responsibility for terrorism in Colombia and treats, as central problem, the reasons why the Colombian state should or should not indemnify the victims of the terrorist attacks caused by others. The purpose of this investigation is to potentiate the principle of solidarity as a basic legal fundament of the responsibility for terrorism in Colombia, in order to find effective responses to the lawsuits for damages to the victims, according to their human dignity.

key words: Responsibility of state for terrorism, terrorism, person, human dignity, unlawful damage, principles, solidarity.

Nota de aceptación:

Firma del Jurado

Firma del Jurado

“¿Podría un Estado que se dice social de derecho y solidario y fundado en la dignidad de la persona humana dejar solo al individuo, abandonado, sin indemnizarle el daño que el conflicto que él no ha creado le produce?”

Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 9550 del 9 febrero de 1995 C.P. Julio César Uribe Acosta.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio versa sobre la responsabilidad del Estado colombiano en materia de actos terroristas y tiene como problema central determinar las razones por las cuales el Estado colombiano debe o no indemnizar, es decir, responder patrimonialmente a las víctimas de estos atentados.

El propósito de la presente investigación consiste en concebir el principio de solidaridad como fundamento de la responsabilidad del Estado por terrorismo, en aras de encontrar una respuesta efectiva a las solicitudes de indemnización de perjuicios de las víctimas.

En la determinación o no de la responsabilidad del Estado colombiano por terrorismo convergen un conjunto de elementos de orden jurídico, económico y políticos que han llevado a que la indemnización derivada de estos perjuicios sea asunto de difícil consecución, pues por una lado la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, encargada de desarrollar el tema, ha sido vacilante en el manejo que por muchos años ha dado a las demandas de indemnización de las víctimas, lo cual se traduce en que la aplicación de los títulos de imputación jurídica, en muchos casos, resultan insuficientes en el marco de las obligaciones adquiridas por el Estado, tanto desde el punto de vista constitucional como del derecho internacional.

El daño ocasionado con motivo de ataques terroristas comporta una serie de particularidades, verbigracia, que es ocasionado contra el mismo Estado, o que es una manifestación más de la violencia política que padece nuestro país. Estos elementos diferenciadores del daño llevan a pensar que *prima facie* el Estado resulta víctima de tales ataques, por lo cual, su responsabilidad estaría cuestionada toda vez que operaría la causal eximente de responsabilidad denominada hecho exclusivo y excluyente de terceros.

Por otro lado y como una dificultad adicional, se encuentra la falta de una política pública permanente que por muchos años fue requerida por las víctimas y que sólo se concretó en nuestro país con la expedición del Decreto 1290 de 2008, mediante el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley fundada en el principio de solidaridad. Sumado a lo anterior, se encuentran los problemas de orden probatorio para demostrar los daños causados y por último el aspecto presupuestal, es decir, la escasez de recursos del Estado para atender y solucionar múltiples solicitudes de indemnización de las víctimas.

Por lo anterior, se hará un estudio de la responsabilidad del Estado, desde la perspectiva del nuevo orden jurídico y del significado y consecuencias que se derivan del Estado Social de Derecho frente a este tipo de violencia, ofreciendo a través de un estudio de los principios en general y de la solidaridad en particular, una salida teórica (y ojalá práctica) que permita superar las limitaciones y dificultades que impiden la indemnización de los daños ocasionados con motivo del actuar terrorista.

El orden metodológico establecido en la presente investigación está dado, en primer lugar, por un análisis del concepto de terrorismo, destacando los problemas que emergen desde su misma definición y las múltiples afectaciones que presenta en la sociedad y especialmente en los derechos de las personas; en segundo lugar, se trata el papel de la persona, la dignidad humana y la solidaridad y la función que cumplen en el ordenamiento jurídico; en tercer lugar, se aborda el concepto de daño antijurídico, sus elementos estructurales, una reconstrucción histórica de la responsabilidad del Estado, haciendo un especial análisis del desarrollo jurisprudencial en materia de responsabilidad por terrorismo y algunas referencias al tratamiento que la jurisprudencia administrativa francesa le da a este tipo de indemnizaciones; y, por último, se ofrece una justificación teórica que da cuenta de la solvencia e importancia de los principios, reconociendo las dificultades derivadas de su aplicación y los métodos o alternativas utilizados para su correcto ejercicio, logrando con ello encontrar en el principio de solidaridad una garantía de reconocimiento e indemnización de los daños producidos con ocasión de acciones terroristas.

Por último, este trabajo pretende servir de referencia a todos aquellos operadores jurídicos que coincidan en que el actual tratamiento a las solicitudes de indemnización de daños antijurídicos producidos por terrorismo no responde al modelo de Estado adoptado ni es congruente con la aplicación y exigibilidad de los principios ni con las obligaciones del Estado.

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TERRORISMO

“Una injusticia hecha al individuo es una amenaza hecha a toda la sociedad”

Montesquieu

“El terrorismo nace del odio, se basa en el desprecio de la vida del hombre y es un auténtico crimen contra la humanidad.”

Juan Pablo II

1.1 EL PUNTO DE PARTIDA

Como una primera aproximación al concepto de terrorismo, conviene recordar la definición gramatical del término de acuerdo a lo dispuesto por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; en virtud de dicha definición, se entiende por terrorismo *la dominación por el terror y/o la sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror.*¹

En procura de lograr una definición un poco más elaborada del concepto podemos encontrar² que, por terrorismo, también se entiende un medio de lucha violenta practicada por una organización o grupo político, frente al poder del Estado y para la consecución de sus fines.

Como vemos, de estas dos elementales definiciones del concepto de terrorismo subyace un factor o componente central que responde al modelo violento de miedo y de terror que comporta, por lo cual se considera preciso advertir que tanto la Real Academia de la Lengua como el Diccionario Enciclopédico citado, coinciden en aseverar que por terror se entiende un miedo muy grande e intenso, y por miedo una perturbación angustiada del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario. Lo anterior nos sitúa de entrada en un fenómeno complejo, que busca perturbar, alterar y desestabilizar las condiciones normales de seguridad y de tranquilidad de la población con propósitos si se quiere políticos o económicos, que serán desarrollados a continuación a partir del estudio que sobre el particular desarrolla la doctrina.

¹ Esta definición fue consultada en el Diccionario Virtual de la Real Academia de la Lengua Española el día 02 de febrero de 2010 Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=terrorismo.

² Esta definición se encuentra en la Nueva Enciclopedia Larousse. Barcelona: Planeta, Tomo 10, 1981. p. 9623.

1.2 LA DOCTRINA

El análisis sobre el terrorismo no cuenta con una ciencia o con una rama del conocimiento de la actividad académica que pudiera desatenderse de las otras para interpretar un fenómeno tan complejo, enigmático y sobre todo lleno de incertidumbres,³ incluso con demasiada frecuencia quienes opinan sobre el terrorismo alegan que resulta inútil definir con exactitud este término, se quejan de que se hayan propuesto cientos de definiciones, les gusta citar la máxima que dice " *el que para unos es un terrorista, para otros es alguien que lucha por la libertad*"⁴.

El terrorismo pese a tener características específicas⁵ e identificables tales como sembrar terror y zozobra en la población, ser imprevisible y profundamente abominable, ha sido ampliamente discutido y debatido por la doctrina nacional y extranjera y en tal sentido cada afirmación o consideración sobre dicho fenómeno – incluso el calificarlo como *fenómeno* entraña valores, prejuicios o compromisos de los que el autor no podría desprenderse de su labor aséptica,⁶ por lo cual, los términos terrorismo o terrorista entrañan inevitablemente una apreciación moral sobre determinados hechos o actos de violencia.⁷ En el mismo sentir, se considera que las dificultades a las que se enfrentaba desde hace más de dos siglos la definición del terror, se agregan hoy a la noción de terrorismo.⁸

³ Aulestia Urrutia, Kepa. *Historia General del Terrorismo*. Madrid: Santillana, 2005, p. 9.

⁴ Barker, Jonathan. *El Sinsentido Del Terrorismo*. Barcelona: Editorial Intermón Oxfam. 2004.

⁵ Una de las características que reconoce la doctrina, en especial el escritor Hoffman, es que la violencia del terrorista raramente es incontrolada y contrariamente a la creencia popular y a la descripción hecha por los medios de comunicación, en su mayoría, el terrorismo no es ni loco ni caprichoso sino que los atentados terroristas son por lo general premeditados y cuidadosamente planeados. En tal orden continúa aseverando que el atentado terrorista está diseñado para comunicar un mensaje, pero además, la forma en que se ejecuta expresa los fines y motivaciones específicas del grupo terrorista, sus recursos y capacidades así como el público objetivo. Hoffman, Bruce. *A Mano Armada Historia del Terrorismo*. Madrid: Ed. Espasa Calpe, 1998. p. 9.

⁶ *Ibid.*, p. 9. Por labor aséptica entendamos la neutralidad y el desapasionamiento con el que el sujeto debe abordar el objeto del conocimiento.

⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁸ Kohen, Marcelo G. Editado por Carlos Molina Betancur. *El Estado: Reflexiones acerca de sus retos en siglo XXI*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005, p. 314.

Una de las formas de violencia claramente reconocidas en la historia es la violencia política, la cual no es un hecho nuevo en la historia de la humanidad, tampoco lo son las medidas tomadas por el Estado - legislativas o de policía - para hacerle frente. Si bien se dice que es un fenómeno contemporáneo, pocos pueden discutir que el uso de medios violentos para generar terror en la población con objetivos políticos tiene lejanos antecedentes. Tampoco se puede discutir, por cierto, la dificultad del tema, ya que el término terrorismo no tiene un sentido y contenido unívocos. Además, a lo largo de la historia política de nuestros países se ha prestado en más de una ocasión a manipulaciones políticas del poder para hacer frente a disidencias políticas no siempre terroristas en un sentido estricto.⁹

Cualquier suceso de violencia especialmente aborrecible que se percibe como un acto contra la sociedad se etiqueta con demasiada frecuencia como "terrorismo", implique o no las actividades de disidentes antigubernamentales o los propios gobiernos, sindicatos del crimen organizado o delincuentes comunes, desórdenes o manifestaciones de protesta militante, psicópatas, individuales o meros extorsionadores.¹⁰

En términos de Kepa Aulestia, el terrorismo es un hecho diverso tanto desde el punto de vista histórico como en lo que se refiere a su presencia actual. Sin embargo, es posible reconocer en esa diversidad pautas de comportamiento, efectos y mecanismos de decisión que resultan comunes a muchos de los casos de terrorismo que han podido darse a lo largo de los últimos años en distintas partes del mundo.

Para Pizarro León Gómez el terrorismo básicamente es un arma psicológica, cuyo fin último es chantajear a un gobierno enfrentándolo a una opinión pública dispuesta a ceder por miedo.¹¹

El establecimiento de una convención general capaz de definir con carácter universal el significado del *terrorismo* resulta imposible, puesto que su propia naturaleza es causa de polémica y desencuentro en el mundo¹². Hoffman considera que la dificultad que se presenta en la definición del concepto, obedece a que el significado y el uso de esta palabra han cambiado a lo largo de la historia para acomodarse al vocabulario

⁹ Kai, Ambos. *Terrorismo y Ley, Análisis Comparativo: República Federal Alemana, Gran Bretaña, Perú y Colombia*. Perú: Ed. Comisión Andina de Juristas, 1989, p.15.

¹⁰ Hoffman, Op cit., p. 16.

¹¹ Pizarro León Gómez, Eduardo. *Terrorismo y Democracia*. Bogotá: Planeta, 2003, p. 34.

¹² Hoffman, Op cit., p. 12.

político y al pensamiento de cada época histórica, no nos puede sorprender que el terrorismo haya resultado tan esquivo a los intentos de construir una definición más consistente.¹³ Se encuentran desde simples¹⁴ definiciones del concepto como algunas más elaboradas sin que por esto dejen de ser consideradas sencillas como la propuesta por Barker, según la cual el terrorismo consta de tres elementos: (1) Aplicación de la violencia (2) contra blancos civiles y (3) bajo objetivos políticos.¹⁵ El mismo Barker citando a Ganor dice que éste propone que el terrorismo se defina como "El uso premeditado de la violencia o la amenaza de usarla contra civiles u objetivos civiles para obtener beneficios políticos".¹⁶

Algunos consideran que la definición de terrorismo se puede construir desde la redacción del artículo 2 1b del Convenio Internacional de la ONU para la Represión de la Financiación del Terrorismo, el cual señala que infringe dicho convenio: "*Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*".

De otro lado, se ha postulado que las bases para una definición del concepto de terrorismo serían que el acto se dirija a la población civil, y el énfasis en el propósito de dicho acto.¹⁷

Una definición acertada y tal vez la más simple que se puede encontrar es aquella según la cual se considera que el acto terrorista es un crimen de guerra en tiempo de paz.¹⁸

¹³ Ibid., p. 39.

¹⁴ Para estos efectos ténganse en cuenta las definiciones expuestas en el punto de partida y la primera aproximación al concepto ya ilustrada que sin duda compagina con la definición según la cual el terrorismo es la dominación de situaciones por medio del miedo, pánico y pavor infundidos en el ánimo de una persona o de una comunidad. Salah Arguello, Santiago. Tesis de Grado para optar por el título de abogado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 1982. p. 19.

¹⁵ Barker, Op. cit., p. 33, la numeración de las elementos está fuera de texto.

¹⁶ Barker, Op cit., p. 33.

¹⁷ Leído en http://www.ajintem.com/portal/analisis-del-contemporaneo/analisis_terrorismo-derechos-y-excepcion, consultado el día 14 de septiembre de 2010.

¹⁸http://web.archive.org/web/2007/1012230930/http://www.unodc.org/unodc/terrorism_definitors.html, consultado el 14 de septiembre de 2010 a las 10.30 pm.

Una de las definiciones que ha encontrado mayor consenso en la comunidad internacional, es la propuesta por Alex P. Schmid según la cual se asevera que:

"El terrorismo es un método de ansiedad-inspirante de acción violenta repetida, empleado por (semi) los agentes clandestinos del individuo, del grupo o del estado, por razones idiosincrásicas, criminales o políticas, por el que - en contraste con el asesinato - los blancos directos no son los blancos principales. Eligen a las víctimas humanas aleatoriamente (los blancos de la oportunidad) o selectivamente (los blancos representativas o simbólicos) de una como generadores del mensaje. Utilizan la amenaza y los procesos de violencia basados en la comunicación entre el terrorista (organización), las víctimas, y los blancos principales para manipular el blanco principal (audiencia)"¹⁹

Existen también quienes hacen énfasis en el aspecto subjetivo del concepto, esto es, en la persona del terrorista; según esta tesis el terrorista es el agente de dicha actividad y sin él, vale decir, sin esta personalidad psicopática, no habrá terrorismo, ya que el terrorista es quien debido a las perturbaciones o trastornos psicológicos interpreta la realidad como amenazante y coherentemente con tal captación de la misma reacciona persiguiendo en forma delirante y obsesiva las formas de aparición de esa realidad hostil²⁰.

Hoffman aduce que según el uso contemporáneo del término más aceptado, el terrorismo es fundamental e inherentemente político. También se refiere de forma inevitable, al poder: buscar poder, hacerse con el poder y utilizar el poder para conseguir el cambio político. El terrorismo es, por tanto, violencia o, lo que es lo mismo, la amenaza de violencia, utilizada y dirigida en función o al servicio de un objetivo político²¹. El mismo autor trae a colación el significado de la definición de "terrorista" aportada por el OED²²: según la cual se considera que es terrorista "*cualquier persona que intente promover sus opiniones a través de la intimidación coercitiva*"; esta

¹⁹ Leído en: http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/es/Alex_P._Schmid_Definiciones_del_terrorismo. Oficina de Naciones Unidas en las drogas y crimen. Recuperado encendido [2007-06-27](#). **Para una información más detallada, vea:** Schmid, Jongman y otros. *Terrorismo político: una nueva guía a los agentes, a los autores, a los conceptos, a las bases de datos, a las teorías, y a la literatura*. Amsterdam: Holanda del norte, transacción Books, 1988. consultado el 14 de septiembre de 2010 a las 10.30 pm.

²⁰ Sánchez Sandoval, Adolfo. *De la Responsabilidad del Estado por los Hechos de Guerra, Culpa Aquiliana, Cuasidelitos*. Fusagasugá: Ed., Ideas y Soluciones Gráficas, 2004, p. 19.

²¹Hoffman, op cit., p. 17.

²² Orden Europea de detención.

definición presenta la otra característica fundamental del terrorismo: ser un acto planeado, calculado y desde luego sistemático.²³ Sin embargo, se reconoce que aun con esta noción tan clara de terrorismo es muy difícil concretar una definición pues quizá el motivo principal sea que el significado del término ha cambiado con frecuencia durante los últimos años.

En lo que sí hay unanimidad en la doctrina, tal y como lo reconoce expresamente Hoffman es que el terrorismo es un término peyorativo, una palabra con connotaciones intrínsecamente negativas, que por lo general uno atribuye a sus enemigos u oponentes o a aquellos con los que no está de acuerdo y desearía ignorar. Por tanto, aquello que llamamos terrorismo – ha escrito Brian Jenking – parece depender de la opinión de cada uno y que la decisión de llamar o etiquetar a una organización como terrorista se convierte en algo inevitablemente subjetivo que depende en gran manera de si uno simpatiza o se opone a la persona/grupo/causa en cuestión.²⁴

De otro lado y para terminar, existe el denominado terrorismo de Estado, el cual se entiende como el *“uso sistemático, por parte del gobierno de un Estado, de amenazas y represalias, considerado a menudo ilegal dentro incluso de su propia legislación, con el fin de imponer obediencia y una colaboración activa a la población.”*²⁵

El terrorismo de Estado también se entiende como:

“ el empleo sistemático y masivo de métodos violentos físicos o simbólicos, ilegítimos, ilegales y antihumanistas por parte de un gobierno con el propósito de inducir el miedo dentro de una población civil determinada para alcanzar objetivos sociales, políticos, económicos o militares. (Bayer, Borón y Gambina, 2010.)

*Dichos métodos son el uso de la violencia o coerción física, la coacción o persecución ilegítima, el secuestro, la tortura, la amenaza, la extorsión, las chuzadas telefónicas (escuchas ilegales), las estigmas dirigidas, las detenciones arbitrarias, los montajes judiciales, los atentados, los allanamientos, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, el genocidio y el asesinato o ejecución extrajudicial (falso positivo) por parte de miembros de fuerzas estatales tales como las policiales, las militares o incluso paraestatales como las paramilitares.*²⁶

²³ Op cit., Hoffman, p. 17.

²⁴ Op cit., Hoffman, p. 43.

²⁵ Ministerio de Educación de la Nación Argentina, Subsecretaría de Coordinación Administrativa, recuperado el día 29 del mes de junio de 2010, del sitio web, <http://www.me.gov.ar/efeme/24demarzo/quees2.html>.

²⁶ Leído en: <http://colombiadesdeafuera.wordpress.com/2010/10/09/terrorismo-de->

Por último se considera importante reproducir algunas ideas relacionadas en el artículo publicado en la web por Carlos Vladimir Gómez Cárdenas, titulado "*Terrorismo de Estado: El Caso de los Falsos Positivos*" toda vez representa uno de los casos más recientes de terrorismo de Estado en Colombia.

Se informa en este artículo que:

(...) "Los falsos positivos generaron en el año 2008 un escándalo mediático de alcance internacional que causó la expulsión de 27 oficiales del ejército (entre ellos tres generales) y la dimisión del propio Comandante del ejército, General Mario Montoya, quien había sido relacionado con violaciones de derechos humanos. En la actualidad la Fiscalía General de la Nación está investigando unas 2.000 ejecuciones extrajudiciales que al parecer fueron cometidas directamente por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado Colombiano. (AI, 2010).

Dentro del gobierno Uribe los meses más críticos en materia de ejecuciones extrajudiciales fueron los 18 meses transcurridos entre el 1 de Enero de 2007 y el 30 de Junio de 2008. Según los registros de las organizaciones que conforman la Mesa de Ejecuciones Extrajudiciales de la CCEEU, durante este periodo 535 personas perdieron la vida a causa de ejecuciones extrajudiciales directamente atribuibles a la Fuerza Pública. (OO.DD.HH. y DH, 2008)." (...)

Como **conclusión** de lo visto, tanto en el punto de partida como en la doctrina, es importante retomar y precisar los puntos más representativos del estudio doctrinal sobre terrorismo que se encuentran en los siguientes postulados:

- ✚ Desde el reconocimiento de las ideas más elementales de terrorismo se advierten las complejidades que el concepto entraña, alteraciones psicológicas de los individuos que en él participan, fines aparentemente ocultos pero materializados en el miedo y terror generado a la población, la desestabilización del poder que subyace, las apreciaciones subjetivas o los prejuicios de los sujetos frente al concepto etc.
- ✚ En medio de la complejidad y de lo maleable que puede ser el concepto, la doctrina reconoce que el término terrorismo es fundamentalmente político. No obstante lo anterior el carácter político del concepto de terrorismo responde a la frecuencia con que los fines u objetivos políticos han estado ligados a la mayoría de ataques terroristas, sin que por ello se deba desconocer el terrorismo

[estado-en-colombia-el-caso-de-los-falsos-positivos-por-carlos-wladimir-gomez-cardenas/](#)

hora de consulta 9:25 am 10 de enero de 2011

con fines económicos e indirectamente políticos como ha sucedido con los atentados terroristas ocasionados por organizaciones narcotraficantes.

- ✚ No existe una única y universal definición que de cuenta del término para explicarlo en toda su dimensión, pues se entiende que es un concepto sujeto a manipulaciones políticas.
- ✚ Cada afirmación o consideración sobre dicho término entraña valores, prejuicios, o compromisos que hacen que el intérprete no sea neutral o aséptico a la hora de entender el tema.
- ✚ Se caracteriza por ser premeditado, inevitable, imprevisible y abominable.
- ✚ Es un concepto íntimamente ligado a la violencia, pues se vale de ella como arma y estrategia para generar terror y/o pánico en la población.
- ✚ Como consecuencia de la violencia generalizada e indiscriminada producto del terrorismo o de ataques terroristas, se deriva una clara violación a una multiplicidad de derechos de las personas víctimas de estos ataques.
- ✚ Se aprecia en la doctrina varios enfoques del concepto de terrorismo, algunos autores hacen hincapié en la persona terrorista, su personalidad psicopática, otros en los móviles que lo llevan a cometer dichos actos, otros en las dificultades que el término genera y en los elementos que lo caracterizan, otros en los efectos que persigue.

1.3 LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO Y EL TERRORISMO COMO CONDUCTA DELICTIVA

Pese a que con los atentados terroristas se quebrantan los valores y principios que irradian el entramado constitucional y se afecta en forma grave los derechos inalienables del ser humano tales como la vida, la dignidad, la libertad personal, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libre circulación, el trabajo, la familia, la libre participación ciudadana y otros derechos que la Corte Constitucional ha reconocido en las sentencias que posteriormente serán objeto de estudio, se partirá por

efectuar un análisis de la seguridad pública como bien jurídico tutelado, como quiera que desde el punto de vista penal, representa el bien jurídico amenazado o puesto en peligro por el terrorismo como conducta delictiva.

Antes de proceder con el análisis de la seguridad pública como bien jurídico tutelado por la ley penal, es necesario ofrecer una aproximación al concepto de seguridad y al concepto de seguridad pública, en aras de entender las razones por las cuales el terrorismo atenta contra dicho bien jurídico.

En tal sentido valga retomar, dicho sea de paso, el análisis efectuado por Ibañez Najar en torno a tales conceptos. Para este autor, la seguridad es:

*" (...) una finalidad de la comunidad política pues sin ella no es posible garantizar su existencia y de contera, la del Estado, lo mismo que la tranquilidad pública y la convivencia de todas las personas que viven en sociedad, así como la vida, la integridad y los demás derechos de los individuos que lo componen (...)"*²⁷

Al ser concebida la seguridad como una finalidad del Estado, el mismo autor nos informa que:

*"dichas finalidades están íntimamente relacionadas con el objeto de las autoridades de la República: proteger a todas las personas residentes en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares en su vida, honra y bienes".*²⁸

Para Ibañez Najar del concepto genérico de seguridad, entendido como seguridad pública surgen las especies de seguridad nacional –la cual comprende la seguridad del Estado–, y la seguridad ciudadana, por lo cual entonces, la seguridad se puede entender, ora como derecho colectivo, ora como servicio público.

No obstante lo anterior, resulta pertinente destacar que entre las nociones de seguridad del Estado y la seguridad ciudadana existen grandes tensiones como quiera que el Estado, en ocasiones, por desbordar los límites de su acción o por desconocer los límites constitucionales a los cuales debe sujetarse cualquier estrategia de seguridad y defensa²⁹,

²⁷ Ibañez Najar, Jorge Enrique. *Seguridad Nacional, Seguridad del Estado y Seguridad Ciudadana*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2005, p. 3.

²⁸ Ibid., p. 3

²⁹ La Corte Constitucional con ponencia de los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández en sentencia C - 251 de 2002, al revisar la constitucionalidad de la Ley 648 de 2001 sobre seguridad y defensa nacional destacó los

límites constitucionales que debe tener cualquier estrategia de seguridad y defensa advirtiéndolo que:

“el principio según el cual el Estado Colombiano está fundado en la dignidad humana, en la prevalencia de los derechos de la persona y se encuentra al servicio de la comunidad (CP arts 1,2 y 5), tiene consecuencias normativas muy precisas, tanto a nivel general, como en particular en el diseño de las estrategias de seguridad y defensa”.

(...) Estos rasgos definitorios del Estado colombiano, tienen implicaciones evidentes sobre las políticas de seguridad y defensa. Si el estado se funda en la dignidad y derechos de la persona, entonces la preservación del orden público no es una finalidad en sí misma sino que constituye, como esta Corte lo ha dicho, “un valor subordinado al respeto a la dignidad humana”, por lo que la preservación del orden público lograda mediante la supresión de libertades públicas no es compatible con el ideal democrático.”²⁹ Y de otro lado, si el Estado está al servicio de la comunidad y de las personas, entonces corresponde obviamente a las autoridades del Estado proteger y ser garantes de la seguridad de las personas, y no a las personas ser garantes de la seguridad del Estado.

“No cualquier ley de seguridad y defensa es legítima, pues ella debe respetar integralmente la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de derechos humanos y de derecho humanitario. No sólo la ley está sujeta a la Constitución, que es norma de normas, sino que además la Carta instituye un Estado social y democrático de derecho, fundado en ciertos principios y diseños institucionales que no pueden ser desconocidos por las autoridades. “

(...) el sistema de seguridad y defensa no puede vulnerar los derechos constitucionales, so pretexto de perseguir, en abstracto, objetivos de interés general, que no han sido concretados en fines específicos e imperiosos. Tampoco puede desconocer el pluralismo y la participación democrática, así como la autonomía de la sociedad civil, por lo que no es válido intentar que ciertos órganos del Estado, como el ejecutivo, absorban la sociedad para ponerla a sus órdenes (CP arts 1°, 5°, 6° y 7°). Una eventual movilización de la población no puede entonces desconocer la autonomía de los ciudadanos, ni colocarlos en la posición de tomar obligatoriamente partido en contra de manifestaciones legítimas de pluralismo en desmedro de libertades básicas, como, entre otras, la libertad de expresión, la libertad de comunicación y el derecho a ejercer la oposición política (CP arts 5°, 20, 40, 103 y 112).

Igualmente, si el Estado está al servicio de la comunidad y de las personas, entonces corresponde obviamente a las autoridades del Estado proteger y ser garantes de la seguridad de las personas, y no a las personas proteger y ser garantes de la seguridad del Estado (CP art 2°). En particular, es la Fuerza Pública, dirigida por el Presidente de la República, la garante de la convivencia ciudadana, y no puede trasladarse a los propios ciudadanos esa función, sin desnaturalizar la

atenta contra los derechos y las libertades individuales vulnerando consigo la seguridad ciudadana.

Lo anterior puede ser analizado a la luz de la sentencia C - 816 de 2004 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el acto legislativo No. 02 *" por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo."*

En dicha providencia la Corte a pesar que declaró la inexecutable de dicho acto por vicio de procedimiento en el trámite del acto legislativo relacionado con el levantamiento indebido de la sesión y supresión de los efectos de la votación, es claro que los cargos que se formularon contra dicho acto estuvieron dados, entre otros, por la superposición de razones de seguridad a la garantía y respeto de los derechos humanos, violación del derecho a la circulación, violación del derecho a la libertad personal y de inviolabilidad domiciliaria.

En resumen, los cargos sustanciales formulados para la declaratoria de inexecutable del Acto legislativo No. 02 determinaban que el mantenimiento del orden no se puede lograr con detrimento de las libertades públicas y que las acciones contra el terrorismo deben respetar los derechos humanos.

De este modo, se puede apreciar en el anterior planteamiento la tensión entre los conceptos de seguridad del Estado y la prevalencia de los derechos individuales (seguridad ciudadana).

En este mismo sentido se encuentran teorías según las cuales se considera que *" es reprobable todo esfuerzo del Estado para inmiscuirse en*

estructura constitucional del Estado colombiano y desconocer el principio de exclusividad de la Fuerza Pública (CP arts 189, 216, 217 y 218).

Conforme a lo anterior, los deberes que la ley impone a los particulares en materia de orden público deben ser compatibles con el respeto de la dignidad humana y con la naturaleza democrática del Estado colombiano (CP arts 1°, 2° y 3°).

los asuntos privados de los ciudadanos siempre que estos no se refieran directamente a la lesión de los derechos del otro".³⁰

Con lo anterior podemos afirmar que pese a que el terrorismo atenta directamente contra la seguridad pública en tanto y cuanto pone en peligro la estabilidad y existencia del Estado así como la seguridad ciudadana, a su vez puede en su concreción, y de hecho lo hace, afectar o por lo menos amenazar otros bienes jurídicos de mayor entidad, como la vida o la integridad personal, pero su afectación se da como consecuencia indirecta de dichos atentados.

Visto lo anterior, se procederá a analizar propiamente la seguridad pública como bien jurídico tutelado y el terrorismo como conducta delictiva.

Desde los orígenes del derecho penal, se ha determinado que la función del mismo es la protección de los bienes jurídicos. Acerca del entendimiento del concepto de bien jurídico han surgido un número considerable de corrientes o tendencias³¹ que lo conciben de una manera disimil, desconfigurando con ello una doctrina sólida, estable que determine o de cuenta de su naturaleza jurídica.

El bien jurídico, en términos generales responde a aquellos intereses - en este caso la seguridad pública - que el Estado desde su concepción política e ideológica pretende proteger de aquellos comportamientos que la experiencia ha demostrado aptos para lesionarlos, por ello la esencia de lo antijurídico radica entonces en la vulneración de tales intereses.³²

De acuerdo con los planteamientos de Hormazábal Malaver el fundamento o la elección de los bienes jurídicos protegidos descansa en la concepción del poder político, es decir, la democracia, cuya naturaleza

³⁰ Wilhelm von Humboldt, *Los límites de la Acción del Estado*. Madrid: Tecnos S.A. 1998, p. 21.

³¹ Para identificar las teorías que se han erigido sobre la explicación del concepto de bien jurídico puede consultarse el texto "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho" Hernán Hormazábal Malaver, de la Universidad de Barcelona- España, 1991. Algunas de las teorías destacadas son: - La tesis del bien jurídico como teoría de protección del derecho subjetivo - La tesis de restauración, según la cual se aduce que la conducta delictiva no lesiona derechos sino bienes que incorporan derechos - La tesis del bien jurídico como protección de aquellos que el Estado introduce arbitrariamente - Las tesis positivistas con enfoques normativistas y positivistas y la teoría material del bien jurídico.

³² Reyes Echandía, Alfonso. *La Antijuricidad*, Bogotá: Tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 70 - 71.

participativa y el proceso dialéctico que la caracteriza, ilumina las respuestas a los cuestionamientos políticos que se deben responder al momento de decidir qué se debe proteger y de qué manera debe ser protegido.

La seguridad pública es uno de los pilares de un sistema democrático pues a ella está ligada, en términos de Ferreira Delgado, una comunidad atada por vínculos tanto físicos como espirituales que propende por la felicidad de todos.³³

Hecha esta contextualización y entendida la seguridad pública como uno de los intereses y/o bienes jurídicos que el Estado - en cabeza del legislador - determina en el título XII del Código Penal Colombiano, se identifica el terrorismo como una de las conductas constitutivas de lesionar o poner en peligro tal bien.

En principio lo que la seguridad pública protege es un derecho colectivo como sabemos difuso, atado a la idea de bienestar general y tranquilidad. Sin perjuicio de lo anterior, indirectamente propende por garantizar el ejercicio de los derechos individuales, cuyo desarrollo supone la existencia de seguridad pública.

El terrorismo se encuentra tipificado en el artículo 343 del Código Penal Colombiano³⁴.

³³ CF. Ferreira Delgado, Francisco José. *delitos contra la seguridad pública. Derecho Penal Especial, Tomo II, Bogotá: Temis, 2006, p. 116.*

³⁴ Código Penal Colombiano. Artículo 343. " *Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005 "El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.*

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y la multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. "

Un análisis muy bien logrado desde el punto de vista de la dogmática penal puede encontrarse en la obra Derecho Penal Especial Tomo II de Francisco José Ferrerira Delgado, Bogotá, Temis: 2006, p. 150 a 157.

Ha sido tanta la importancia que el legislador le otorgó al delito de terrorismo, por ser un delito de peligro, de destrucción masiva o de vulneración múltiple de derechos, que lo erigió como causal de agravación de la pena para otros delitos entre los cuales se encuentran el constreñimiento para delinquir, y el constreñimiento ilegal.

Por lo anterior, el terrorismo es analizado desde la órbita del derecho penal al constituirse como un comportamiento delictivo, objeto de persecución, reproche y castigo por parte del Estado comoquiera que atenta, lesiona o pone en peligro el bien jurídico de la seguridad pública.

1.4 DESARROLLO DEL CONCEPTO DE TERRORISMO DESDE LA CORTE CONSTITUCIONAL

a) La primera oportunidad en la cual la Corte Constitucional se pronunció frente al tema de terrorismo, fue mediante sentencia C – 134 de 1993³⁵, con ocasión de la revisión automática del Decreto 563 de 1993, por el cual se dictan medidas tendientes a garantizar la atención hospitalaria a las víctimas de atentados terroristas en medio del estado de excepción, declarado mediante Decreto 1793 del 8 de noviembre de 1992. En esta providencia la Corte declaró la constitucionalidad del Decreto citado aduciendo, entre otras consideraciones, que resultaba ajustado a la Constitución Política, como quiera que la norma objeto de revisión protege la vida y la integridad personal, la desigualdad afectación de unos pocos que quedan en una situación de inferioridad en materia de salud de las víctimas y el derecho a atención por las diversas instancias públicas y privadas de seguridad social. En esta misma línea, la Corte consideró que estos derechos tienen el correlativo deber de las personas de comportarse solidariamente en casos de necesidad de auxiliar a los demás.

En adición a lo anterior, la Corte consideró que el atentado terrorista tiene la particularidad de la sorpresa y de ocasionar gran tragedia; por tanto, es efectivo como elemento desestabilizador de las instituciones y vulnerador de derechos. El Estado se ve a veces impotente frente a lo inesperado –el atentado-, a pesar de las medidas preventivas. Es por eso que éste debe desarrollar los instrumentos necesarios para eliminar o minimizar los efectos nocivos de los atentados contra la vida, la integridad personal y la salud de la persona humana.

³⁵ Sentencia con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

Esa protección estatal se cumple con la atención hospitalaria que garantiza el Estado a las víctimas de atentados terroristas, siguiendo el principio de solidaridad de la Carta y su extensión que es la seguridad social.

En el artículo segundo del decreto citado y para la cabal aplicación de la misma norma, se entienden por atentados terroristas aquellos actos, provenientes de organizaciones criminales, que atenten en forma indiscriminada contra la población civil causando un daño en su integridad física.

Por último y dentro del análisis considerativo de la declaratoria de constitucionalidad de este decreto, es importante mencionar que la Corte consideró que:

“El Estado se encuentra en la obligación constitucional (artículos 1 y 2 de la Carta) de garantizar el respeto por la vida tomando en cuenta la dignidad humana como elemento fundante del Estado social de derecho.

Luego la solidaridad de la comunidad ante el atentado a la vida o a la integridad personal enaltece la dignidad humana en la medida en que procura su conservación y restablecimiento”

b) En una segunda oportunidad y mediante sentencia C - 127 -1993, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del Decreto 2266 de 1991, mediante la cual puso de presente que las previsiones que sancionaban el delito de terrorismo y le excluían de la posibilidad de ser considerado como delito político estaban ajustadas a la Carta Política como a distintos instrumentos internacionales, incluidos aquellos con carácter imperativo debido a su pertenencia al *ius cogens*. En ese sentido, el fallo identificó como la prohibición de los actos de terrorismo hacía parte de las garantías fundamentales a favor de las víctimas en conflictos armados no internacionales, según lo dispuesto en el artículo 4-2 d. del protocolo II adicional de los Convenios de Ginebra.

Sobre el terrorismo particularmente la Corte consideró que:

“(…) es un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos. Como conducta responde a unas características diferentes de cualquier tipo penal, por lo siguiente: Primero, es pluriofensivo pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. Segundo, obedece a organizaciones

delincuencias sofisticadas. Tercero, el terrorista demuestra con su actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución Política, que son un mínimo ético, al atentar contra la vida y la dignidad humana de las personas. Es de total gravedad la conducta terrorista que los beneficios constitucionalmente consagrados para el delito político no pueden extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima. El delito político es diferente al delito común y recibe en consecuencia un trato distinto. Pero a su vez, los delitos aun políticos, cuando son atroces, pierden la posibilidad de beneficiarse de la amnistía y el indulto."

c) La Corte Constitucional mediante sentencia C - 762 de 2002, al abordar la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 733 de 2002, por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, y se dictan otras disposiciones, considero para los fines que interesan a la presente investigación, que:

"(...) con la exclusión de los beneficios y subrogados (para estos delitos) penales lo que se busca es evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos; que, como se dijo, quebrantan en forma significativa los valores de gran relevancia individual y colectiva, desestabilizando incluso el propio orden institucional." (Paréntesis fuera de texto).

Adicionalmente, observó que:

"(...) resulte ajustado a la Constitución política que subsista y se aplique la punibilidad para conductas como el terrorismo, el secuestro y la extorsión, que, por razón de su gravedad y alto grado de criminalidad, no pueden ser relevadas de un castigo ejemplarizante y de la proporcionada sanción penal".

Por lo anterior, y por otra serie de elucubraciones expuestas en la parte motiva de la sentencia³⁶, la Corte declaró la exequibilidad de los

³⁶ **ARTÍCULO 10. El artículo 450 de la Ley 599 de 2000, quedará así: Modalidad culposa.** El servidor público encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que por culpa dé lugar a su fuga, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

artículos 10 y 11 de la Ley 733 de 2002 y se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo en relación con la demanda formulada contra el artículo 14 de la misma ley.

Por otra parte, resulta pertinente traer a colación otros aspectos y calificativos propios del terrorismo, analizados por la Corte, en tal sentido dijo:

“el terrorismo y la extorsión, son por su propia naturaleza “considerados como delitos atroces y abominables” que causan gran alarma social y quebrantan o afectan, en forma grave y ostensible, valores y derechos inalienables del ser humano como la vida, la dignidad, la libertad personal, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libre circulación, el trabajo, la familia, la libre participación ciudadana y la paz, todos amparados por la Constitución Política y las leyes.”

d) En la sentencia C – 1055 de 2003, la Corte Constitucional abordó el estudio del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997 y de su ley aprobatoria, Ley 804 del 1 de abril de 2003.

En esta providencia, la Corte declaró tanto la exequibilidad del convenio como de su ley aprobatoria, con fundamento en que el convenio por una parte pretende, de acuerdo a sus considerandos,

Cuando el detenido o condenado estuviere privado de su libertad por los delitos de genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro Extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el Título II de este Libro, incurrirán en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

ARTÍCULO 11. Exclusión de beneficios y subrogados. Cuando se trate de delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva.

prevenir y castigar –de manera idónea- la realización de atentados terroristas con bombas con las cuales proliferan cada vez más y preocupan en alto grado a la comunidad internacional; dicho propósito perseguido por el convenio es compartido tanto por la Constitución Política como por la jurisprudencia, toda vez que cuando el Estado se compromete a tomar medidas para la prevención y sanción de atentados terroristas cometidos con bombas, está protegiendo la vida, la integridad física de los habitantes de su territorio, la propiedad privada –al proteger los bienes de tal naturaleza- y los bienes de uso público.

Un aspecto que se hace necesario resaltar en dicha providencia, consiste en que las definiciones contenidas en el artículo segundo del convenio resultan útiles y pertinentes para los fines que el convenio persigue, lo cual no obsta, para que el Estado colombiano legisle autónomamente sobre terrorismo, siempre y cuando no contradiga lo previsto en el dicho Convenio.

e) Mediante sentencia C – 037 de 2004, la Corte Constitucional³⁷, revisó la constitucionalidad de la Ley 808 del 27 de mayo de 2003, por medio de la cual se aprueba el “Convenio Internacional para la Reprensión de la Financiación del Terrorismo”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el nueve (9) de diciembre de 1999.

En esta providencia, la Corte declaró la exequibilidad del Convenio y de su ley aprobatoria como quiera que mediante el mismo se desarrollan algunas importantes finalidades del ordenamiento constitucional colombiano, entre ellas la de poner en funcionamiento mecanismos para prevenir la comisión de este tipo de conductas, el logro de la paz y la vigencia de un orden social justo, todo en aras de cumplir el mandato impuesto por el artículo 2 de la Carta que prescribe que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida y bienes.

Adicionalmente, la Corte advierte que la adopción del convenio no viola la soberanía del Estado, toda vez que en su artículo tercero establece que el convenio no aplica cuando el delito relacionado con la financiación del terrorismo involucre únicamente la soberanía de un solo Estado. Esta disposición es desarrollo de la soberanía del Estado (art. 9 C.P.) en virtud de la cual, en principio, los delitos cometidos en el país deben ser juzgados en el mismo y por las leyes nacionales, en desarrollo del principio de territorialidad de la ley penal.

³⁷ Con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño.

Por último, se considera que la adopción del convenio no impone cargas excesivas al Estado o a los particulares ni limita derecho ciudadano alguno y por el contrario desarrolla el propósito del constituyente de fomentar la capacidad del Estado en la prevención de los actos terroristas, en una de sus modalidades como es la represión de las conductas destinadas a financiar los actos reprobables que generan las conductas terroristas.

f) En esta oportunidad, mediante sentencia C- 333 de 2005, la Corte declaró la inexecutable de la Ley 898 de 21 de julio de 2004, por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana contra el Terrorismo, suscrita en la ciudad de Bridgetown, Barbados, el 3 de junio de 2002, en el Trigésimo Segundo Periodo Ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, toda vez que el trámite de la ley en el Congreso de la República no cumplió con la totalidad de los requisitos formales de orden constitucional para su aprobación, razón por la que las normas dictadas por el Congreso contrariando lo dispuesto en la Constitución, esto es, desconociendo el procedimiento de formación de las leyes carecen de validez.

g) Mediante la sentencia C - 537 de 2008, la Corte volvió a analizar la constitucionalidad de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, suscrita en la Ciudad de Bridgetown, Barbados, el 3 de junio de 2002, en el trigésimo segundo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y de su ley aprobatoria, Ley 1108 del 27 de diciembre de 2006.

En esta oportunidad la Corte declaró la exequibilidad tanto de la convención como de la ley aprobatoria aduciendo que:

“(…) el procedimiento legislativo que se procedió a la aprobación de la Ley 1108 de 2006, junto con el trámite de subsanación surtido como consecuencia de lo ordenado por esta corporación en el Auto A - 232/07, cumplieron con los requisitos constitucionales exigidos para el efecto. De la misma forma, las disposiciones contenidas en la Convención se ajustan a la Carta Política, en la medida en que ofrecen herramientas de cooperación y asistencia jurídica entre los Estados, útiles para el logro de la prevención, represión y sanción de los actos constitutivos del delito de terrorismo, conductas que son abiertamente incompatibles con los derechos fundamentales y las libertades de los colombianos.”

Por otra parte y como un aspecto importante de la sentencia, se analiza en el numeral 3.2 de una manera sintetizada el tratamiento del delito del terrorismo en la jurisprudencia constitucional colombiana, lo cual nos sirve para repasar y precisar el análisis efectuado en este acápite así:

1. La Corte se ha pronunciado en varias ocasiones sobre las implicaciones que tiene el delito de terrorismo, en términos de la grave afectación que genera respecto de derechos y libertades de primer orden, lo que impone la obligatoriedad para el Estado de establecer medidas suficientes y eficaces, tanto en el ámbito internacional como del derecho interno, para prevenir, combatir y sancionar esas conductas.
2. La siguiente oportunidad en que esta Alta Corporación tuvo lugar en pronunciarse sobre la materia, fue la sentencia C – 769 de 2002, en la que se declaró la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 733 de 2002, norma que excluyó a los responsables del delito de terrorismo de la posibilidad de acceder a amnistías e indultos, en términos del numeral 17 del artículo 150 del Código Penal.
3. Argumentos similares fueron expresados por la Corte Constitucional en la sentencia C – 762 de 2002, a propósito de la declaratoria de constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 733 de 2003, norma que excluye a los responsables del delito de terrorismo de los subrogados y beneficios penales.
4. En la sentencia C – 1055 de 2003, se declaró la constitucionalidad del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (CIRATCB) y de su ley aprobatoria. En esta decisión la Corte sostuvo que el otorgamiento de la voluntad del Estado colombiano, en el sentido de obligarse a establecerse medidas para la represión y sanción de los atentados terroristas cometidos con bombas, era una decisión plenamente armónica con la protección de los derechos fundamentales y, en general, con el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado.
5. En la sentencia C – 037 de 2004, que decidió la constitucionalidad del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (CIRFT) y de su ley aprobatoria. En este caso, la Sala consideró, de manera análoga a como lo hizo en el fallo C - 1055 de 03, que instrumentos de esa naturaleza son vehículos idóneos importantes para el cumplimiento de “algunas importantes finalidades del ordenamiento constitucional colombiano, entre ellas la de poner en funcionamiento mecanismos para prevenir la comisión de este tipo de

conductas, el logro de la paz y la vigencia de un orden social justo, todo en aras de cumplir con el mandato impuesto por el artículo 2 de la Carta que prescribe que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida y bienes. En este marco resulta clara la acción decidida de la comunidad internacional orientada y ordenada para prevenir y reprimir toda suerte de prácticas, métodos y actos terroristas que contravienen los principios y los valores que la Constitución política de Colombia consagra, como son, entre otros, la protección y promoción de los derechos humanos, la unidad de la Nación, la vida, la convivencia, la justicia, la paz, la vigencia de un orden justo y la integración de la comunidad internacional. Por ello, el Convenio y su ley aprobatoria resultan conformes al texto constitucional.

6. Por último la sentencia C – 537 de 2008 aduce que:

“El tratamiento que la jurisprudencia constitucional sobre las implicaciones del delito de terrorismo pueden agruparse en las siguientes reglas, que configuran el marco conceptual para el análisis de las disposiciones de la Convención Interamericana contra el Terrorismo:

- *Las conductas constitutivas de actos de terrorismo configuran un delito atroz, que afecta gravemente bienes constitucionales que conforman los pilares del modelo de Estado adoptado por la Carta Política, en especial la vida, la integridad personal, la dignidad humana y la búsqueda de la paz y de un orden justo. Del mismo modo, tales conductas contradicen varias disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, entre ellas aquellas que conforman el cuerpo normativo de carácter imperativo agrupado bajo el ius cogens. En consecuencia, las decisiones que adopte el legislador dirigidas al implementar medidas para la prevención, represión, y sanción del terrorismo son prima facie armónicas con el Estatuto Superior.*

- *La gravedad de la afectación sistemática que el terrorismo contrae respecto de distintos derechos y garantías constitucionales, aunado a la existencia de un consenso internacional sobre la necesidad de su represión y sanción, implican la validez de un tratamiento penal diferenciado respecto del mismo. Así, se ajusta a la Carta Política, aquellas previsiones que impiden que el terrorismo sea comprendido como delito político y, por ende, susceptible de que los responsables del mismo sean cobijados por amnistías o indultos.*

- *Las conductas constitutivas de terrorismo conforman un límite de la competencia del legislador para determinar la política criminal, y entre ella, la identificación de los comportamientos susceptibles de tipificación penal. Por tanto el Congreso se encuentra obligado a sancionar penalmente esas conductas, de modo tal que se garantice la eficacia del reproche social en contra de los responsables y, especialmente, los derechos de las víctimas a conocer la verdad, lograr la justicia y obtener la reparación por las consecuencias morales y materiales del delito. Desde esa perspectiva, la expedición de normas que imponga un tratamiento penal estricto en contra de los responsables de terrorismo y, entre otras restricciones, los excluyan a los responsables de beneficios y subrogados penales, son compatibles con la Constitución.*

- *El citado consenso internacional sobre la gravedad de los actos constitutivos de terrorismo legitima la adopción, por parte del Estado colombiano, de convenios dirigidos a garantizar la prevención, reprensión y sanción de esa conducta, fundadas en instrumentos amplios de cooperación internacional, en todo caso respetuosos tanto de la soberanía estatal, como de los derechos constitucionales de sus habitantes."*

Por último, es preciso **concluir** en aras de puntualizar los logros y avances obtenidos por la legislación nacional y por la jurisprudencia constitucional, en términos del concepto del terrorismo, los siguientes aspectos relevantes:

- ✚ En un primer momento se analiza el terrorismo como violatorio de la seguridad pública, teniendo en cuenta que desde la legislación penal se concibe el delito de terrorismo como un atentado contra la seguridad pública, al amenazar tanto la seguridad y estabilidad del Estado como la seguridad de los ciudadanos; sin embargo, el terrorismo tal y como lo reconoce la Corte Constitucional afecta gravemente otros derechos o bienes jurídicos protegidos por el Estado colombiano tales como la vida, la integridad personal, la dignidad humana, entre otros.
- ✚ Los problemas en torno a la definición del terrorismo ofrecidos por la doctrina, han sido superados por el derecho positivo a través de la incorporación de un tipo penal caracterizado por circunstancias y elementos objetivos.
- ✚ Al mismo propósito de superar las ambivalencias del concepto destacadas por la doctrina, contribuye la adopción de los

diferentes tratados internacionales³⁸ que sin duda, exponen la gravedad y el impacto que dicho fenómeno representa para la comunidad internacional, razón por la cual se adoptan definiciones y características objetivas que permiten identificarlo y reprimirlo internacionalmente.

- ✚ Si bien podríamos decir que la misma Corte Constitucional reconoce que el terrorismo afecta el derecho internacional y especialmente derechos que hacen parte del *Ius Cogens*, no por ello podríamos aseverar que la prevención, protección y sanción del terrorismo haga parte del mismo, como quiera que la misma Corte Constitucional en sentencia C- 291 de 2007 dispuso que "*(...) son los principios esenciales de Derecho Internacional Humanitario los que tienen el rango de ciertas normas de Ius Cogens, dado que la comunidad internacional como un todo les ha reconocido carácter perentorio e imperativo.*"

³⁸ Téngase en cuenta por ejemplo que el artículo segundo(2) de la Ley 804 de 2003, por la cual se aprueba el **Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas**, define que: "*Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura*".

CAPÍTULO II

LA PERSONA, LA DIGNIDAD HUMANA Y LA SOLIDARIDAD EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Una vez analizado el concepto de terrorismo desde diversas perspectivas, es necesario afirmar que sin duda este fenómeno representa una amenaza para la persona en sí misma considerada, para sus derechos y para su dignidad, por lo cual se hace necesario destacar y enfatizar que esta situación caótica en la que se encuentra inmersa con ocasión de este tipo de ataques, desdibuja su real importancia y dimensión.

2.1 LA IMPORTANCIA DE LA PERSONA HUMANA Y DE SU SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN CON MOTIVO DE ATAQUES TERRORISTAS

En la experiencia jurídica contemporánea se manifiesta una creciente preocupación por la persona y sus derechos; es una preocupación que, por una parte, refleja la más general exigencia de atención a los valores del hombre, comúnmente estimados como fundamentales, no sólo respecto del individuo sino también respecto de la comunidad; por otra parte, determina una más acentuada exigencia de protección a la persona, traducida en reconocimiento y garantía jurídicos de los valores fundamentales que expresa la persona y se presentan precisamente como coesenciales a su ser mismo.³⁹

Los estudios jurídicos sobre la persona humana acrecentaron después de la segunda guerra mundial, reelaboración que, entre otras razones, se justifica por la forma como el pensamiento jurídico contemporáneo ha abordado el tema de los derechos humanos, porque el intento de determinar qué son estos derechos replantea las mismas

³⁹ Mirabelli Cesare, Observaciones sobre los Derechos Fundamentales de la Persona y su Protección, La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribuciones para la Redacción de un Código Civil Tipo en Materia de Personas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 57.

nociones de derecho y de persona⁴⁰. En tal sentido entonces, podemos identificar que desde el punto de vista jurídico el concepto de persona ha variado a lo largo de la historia, desde el antiguo derecho romano en el que se reconocía y aceptaba la esclavitud anulándose así derechos inherentes de la persona, hasta nuestros días, en los que dado el avance y reconocimiento que han cobrado los derechos humanos se ha propiciado un cambio en su manera de proyectarse y concebirse así misma y hacia el mundo exterior.

Para la persona y por la persona, cambian los ordenamientos procurando estar más acordes con el reconocimiento de los derechos inalienables que brotan del ser persona y bajo tal concepción nuestro ordenamiento jurídico no solo ha hecho especial protección a la dignidad de la persona, sino que ha elevado el concepto al nivel de principio fundador del Estado que en compañía de la solidaridad y de la prevalencia del interés general fundan el Estado social de derecho.

En nuestros días el concepto de persona tiene gran desarrollo en la legislación civil⁴¹, pues en ella se debaten todas aquellas posturas que de uno u otro modo intentan definir o aproximarse a la idea de sujeto de derechos, lo que enseguida la ubica en el contexto social en el que por necesidad se desenvuelve.

La definición filosófica del concepto de persona informa que:

*"recibe este nombre el individuo de orden racional. Es, pues, un individuo dotado de naturaleza espiritual en su peculiaridad incomunicable. En el mundo visible solo aparece el hombre con caracteres de la persona; se le designa con un nombre propio y se presenta como sujeto de toda proposición y portador de propiedades."*⁴²

De acuerdo con Francesc Torrelba⁴³,

"es esencial reelaborar el concepto de persona a partir de la noción de vulnerabilidad (E. Levinas) y de posibilidad (S. Kierkegaard). Partimos de

⁴⁰ Hoyos, Ilva Myriam. *De la Dignidad y de los Derechos Humanos*. Bogotá: Temis, Universidad de la Sabana, 2005, p. 7.

⁴¹ Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo estirpe o condición. Art. 74 Código Civil Colombiano.

⁴² Diccionario de Filosofía, Brugger Walter, Ed. Herder, 2005.

⁴³ Torralba Roselle, Francesc. *¿Qué es la dignidad humana?* Barcelona: Herder, 2005. p. 397 – 399.

*la idea de que cualquier separación entre la noción de ser humano y de persona es temeraria intelectualmente y puede ser el origen de una discriminación de orden ético y jurídico. Por ello, pensamos que, en lugar de definir a la persona a partir de uno de sus rasgos o habilidades externas como el pensar, el hablar, el amar, el valorar la propia existencia o el crear objetos tecnológicos, se le debe definir como **un ser radicalmente vulnerable con unas posibilidades singulares en el conjunto de la naturaleza.** (negrilla propia)*

Este ser radicalmente vulnerable tiene una génesis, un desarrollo y un fin, pero a lo largo de todo este proceso debe ser respetado y contemplado como persona humana. El debate en torno al origen de esta estructura vulnerable que denominamos persona es complejo y arduo de resolver, pero, a nuestro juicio, el ser humano requiere de un substrato biológico mínimo, como base para un desarrollo futuro.

(...) Esta idea de persona, entendida como una estructura vulnerable con unas posibilidades singulares en la historia (...) es un concepto inclusivo y universal que integra a personas en distintas etapas evolutivas y en distintos estados de salud.

(...) En nuestro esquema filosófico, no existen prepersonas no expersonas, sino solo personas con distintos grados de vulnerabilidad y con posibilidades singulares en cada caso.

(...) La persona, independientemente de las condiciones en que se desarrolle su vida y de las capacidades que pueda expresar, posee una dignidad única y un valor singular desde el inicio de su existencia hasta el momento de su muerte.

En este sentido compartimos la tesis de Julián Marías, según la cual, "se es persona desde el comienzo, desde la primera realidad recibida de, la que no uno no es autor y con la cual se encuentra. Pero la persona ha de hacerse a lo largo de la vida. Y no basta con la serie de los actos o haceres, hay que entender la realidad hecha, la persona como resultado siempre inacabado, inconcluso, como el quien que se posee y se vuelve sobre sí mismo"

En la filosofía de existencia de Heidegger, tanto más en Sartre, la persona es puro ser en sí mismo, pura capacidad de ser, y la autodeterminación y la autodisposición de la persona sucede en total autonomía.⁴⁴

La dignidad por su parte desde su concepción etimológica, dignitas denota ser dignos o merecedores de algo, más precisamente el hombre por el sólo hecho de serlo es portador de unos derechos fundamentales.

⁴⁴ Kauffman, Arthur. *Filosofía del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 1999, reimpreso 2006 p. 388.

La persona posee dominio sobre su propio ser y fin en sí misma, la hace un ser digno. El distintivo del ser personal y fundamento de la dignidad humana es el dominio. Al ser dueña de sus actos es capaz de dominar el curso de los mismos.⁴⁵

Al hombre se le ha dado una altísima dignidad que tiene sus raíces en el vínculo íntimo que lo une a su creador. En el hombre se refleja la realidad misma de Dios.⁴⁶ En palabras de la Filósofa Liliana Irizar, expuestas en clase de filosofía del derecho, la dignidad enraíza en la espiritualidad.

El concepto Kantiano de dignidad humana advierte que:

*"El hombre y en general todo ser racional existe como fin en sí mismo, no solo como medio para usos cualesquiera de estos o aquella voluntad, debe en todas sus acciones no solo las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado como fin en sí mismo, enuncia este imperativo categórico obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre como un fin y nunca solamente como un medio."*⁴⁷

Se pueden distinguir tres ideas de dignidad que son las que aparecen en las discusiones bioéticas: la dignidad ontológica, la ética y la teológica.⁴⁸

Desde la perspectiva ontológica dignidad significa:

"dentro de la variedad y heterogeneidad del ser, la determinada categoría objetiva de un ser que reclama –ante sí y ante los otros – estima, custodia y realización. (...) dice Roberto Andorno - es una cualidad inseparable unida al ser mismo del hombre, siendo por tanto la misma para todos. (...) es el valor que se descubre en el hombre por el solo hecho de existir. En este sentido, todo hombre aun el peor de los criminales, es un ser digno y, por tanto, no puede ser sometido a tratamientos degradantes, como la tortura u otros. (Bioética y dignidad de la persona. R. Andorno).

La dignidad ontológica radica en la idea de que el ser humano es la perfección o la excelencia y que, indistintamente de la forma concreta que pueda tener en el marco de las apariencias, en

⁴⁵ Polo, Valores y Convivencia, p. 22.

⁴⁶ Ibid., p. 22 y 23.

⁴⁷ Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres y otros escritos*. México: Ed. Porrúa S.A. 1990, p. 44.

⁴⁸ Op cit., Torrelba Roselle, p. 85 – 93.

tanto que ser humano, es sumamente digno de respeto y de honor por el ser que le anima y le sostiene.

La dignidad ontológica se funda en un filosofía del ser, según la cual el ente humano es muy digno de respeto por el ser que sostiene su naturaleza. (...)

Deschamps, así como Andorno, defiende la licitud de la dignidad ontológica. "La dignidad – afirma el pensador francés – es por consiguiente, coextensiva a la naturaleza espiritual del hombre, universalmente porque vale para todos los hombres y particularmente porque lo distingue de todas las demás criaturas" (J. Deschamps.) Pascal fundamenta esta dignidad ontológica en la capacidad de pensar propia del ser humano: El hombre –dice- está hecho para pensar, ahí está toda su dignidad y todo su mérito.

(...)

La dignidad es entendida, de este modo, como una relación humana, producida por el reconocimiento del otro.

(...) La dignidad ontológica es permanente e inmutable pues se atribuye al ser del ser humano y no se adscribe en función de unas valoraciones morales subjetivas y relativas.⁴⁹

Desde la perspectiva ética dignidad significa:

"El ser individual que se realiza y se expresa a sí mismo en tanto que entiende, quiere y ama; posee entonces algunas características que le hacen participar de una comunidad espiritual: conciencia de sí mismo, racionalidad, capacidad de distinguir lo verdadero de lo falso, y el bien del mal, capacidad de decidir y de determinarse con motivaciones comprensibles para otros seres racionales, capacidad para entrar en relación de diálogo y de amor oblativo con otros seres personales.

Es la dignidad que depende en esencia, del mérito, del coraje, de la magnanimidad de un alma. En este sentido la palabra dignidad está emparentada con los términos, lucidez, coraje, aceptación de la realidad, ausencia de odio, pudor, discreción y decencia.

La dignidad ética –sostiene Roberto Andorno- hace referencia no al ser de la persona sino a su obrar. En este sentido, el hombre se hace mayormente digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que él es, o mejor, con lo que él debe ser. Esta dignidad es el fruto de una vida conforme al bien, y no es poseída por todos del mismo modo. Se trata de una dignidad dinámica, en el sentido de que es construida por cada uno a través del ejercicio de su libertad. (R. Andorno. Bioética y dignidad de la persona)

⁴⁹ Ibid., 85 - 87.

(...) *La dignidad ética es relativa, y su atribución depende de un juicio moral que siempre se desarrolla explícita o implícitamente a partir de unos denominados criterios.*⁵⁰

Desde la perspectiva teológica dignidad significa:

(...) *“que la persona en su propio ser y en su propia dignidad, reclama un respeto incondicional, independiente de toda libre valoración y finalidad, absoluto en una palabra. Esta dignidad personal recibe respecto de su carácter absoluto una cualidad todavía más elevada por el hecho de que el hombre está llamado a asociarse de inmediato con Dios, que es sencillamente el Absoluto y el Infinito”.*

Según esta tesis, el ser humano tiene una dignidad que le viene dada por el hecho de ser creado a imagen y semejanza de Dios, por el hecho de establecer con Él una alianza de amor y de amistad y de orientarse existencialmente hacia Dios. Desde la antropología teológica, el ser humano procede de Dios, se desarrolla vitalmente sostenido por Dios y se orienta hacia el bien último que es Dios. Dios se convierte en la causa primera y en la causa final de la existencia humana, en el origen y el fin, en el sustento y en la razón de su dignidad.

Esta idea de dignidad se fundamenta, como puede verse, en una relato simbólico que puede leerse en las, así llamadas, religiones del Libro: el judaísmo, el cristianismo y el islam. El profesor Manuel Cuyás expresa muy sintéticamente este sentido de la dignidad teológica: “ Desde la teología y a la luz de la biblia, la creación del hombre y de la mujer a imagen Dios (Gn 1,27) les otorga una dignidad indiscutible, corroborada por el hecho de que el creador reivindique para sí el tutelar su vida (Gn 4, 9-15; 9,5...), proclame una relación personal con cada uno (Is 43, 1) y lo haya amado hasta hacerse él mismo hombre en la persona del hijo y dar su vida por él (Gal 2, 20.).

*La dignidad teológica es algo dado al ser humano, una dadiva que, como gracia, le es otorgada por el hecho de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios.*⁵¹

Una vez precisadas las tres ideas principales sobre dignidad es pertinente anotar que la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de dignidad humana en múltiples jurisprudencias, por lo cual es preciso

⁵⁰ Ibid., 87 - 89

⁵¹ Ibid., 90 – 95.

destacar algunos pronunciamientos que se consideran relevantes en los siguientes términos:

En sentencia T – 401 de 1992⁵², la Corte analiza la dignidad humana como principio fundante del Estado, así:

“La dignidad humana es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia...”

En sentencia C - 355 de 2006⁵³, se analiza el principio de dignidad humana y su relación con el derecho a la vida y en este sentido advierte que:

“(...) En un Estado social de derecho fundado desde el texto constitucional en el principio de la dignidad humana, el derecho a la vida que se consagra y se protege, no es el derecho a la mera subsistencia, sino el derecho a una vida digna (...)

(...) “El primer deber de un Estado es proteger la vida de los asociados, adoptando todas aquellas medidas que permitan a los ciudadanos vivir en condiciones dignas. Esto es aún más claro si se tiene en cuenta que el Estado Social de Derecho, como lo ha venido reiterando la Jurisprudencia de esta Corte, se, funda en el respeto a la dignidad humana y, tiene como uno de sus fines esenciales garantizar la efectividad de los principios y derechos”.

“El derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”.

(...) el derecho a la vida, sin la observancia del principio de la dignidad humana, perdería toda su potencialidad como valor jurídico esencial y, por ende, insoslayable, dentro de un orden normativo que considera al hombre como fin en sí mismo y no como un medio para que otros realicen mediante él objetivos que le son ajenos”.

En la misma sentencia la corte analiza que el concepto de dignidad humana cumple diversas funciones en el ordenamiento constitucional:

⁵² CConst, T – 401 - 92, MP. E. Cifuentes

⁵³ CConst, C- 355 – 06, MP. J. Araujo y C. Vargas

“La Corte ha entendido que el enunciado normativo “dignidad humana”, desempeña tres roles distintos: (i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter derecho fundamental autónomo.”

(...) Desde estos diversos planos la dignidad humana juega un papel conformador del ordenamiento jurídico. En relación con el plano valorativo o axiológico, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución⁵⁴[60]. Así mismo ha sostenido, que la dignidad humana constituye la base axiológica de la Carta⁵⁵[61], de la cual se derivan derechos fundamentales de las personas naturales⁵⁶[62], fundamento⁵⁷[63] y pilar ético del ordenamiento jurídico⁵⁸[64]. De esta

⁵⁴ *La dignidad humana...es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia...”* sentencia T-401 de 1992.

⁵⁵ *“En la base axiológica de la Carta se encuentra en última instancia la dignidad de la persona en el marco de un Estado social de derecho”* sentencia T-301 de 1993. En el mismo sentido, en la sentencia T-123 de 1994, afirmó la Corte *“La Constitución establece un marco de valores y principios materiales, que se estructuran como fundamento de un verdadero sistema axiológico. Este sistema se basa en la dignidad humana, como principio que indica que el hombre es un ser que tiende hacia su perfeccionamiento, al desarrollar plenamente lo que por naturaleza se le ha dado como bienes esenciales: la vida, la salud, el bienestar, la personalidad, entre otros.”*

⁵⁶ Sentencia T-472 de 1996.

⁵⁷ *“Se ordenó entonces retirar del ordenamiento esa expresión por considerar que ella es incompatible con el concepto de **dignidad humana**, cuyo respeto constituye el fundamento de todo nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1º de la Constitución)”* sentencia C-045 de 1998.

⁵⁸ *“En primer término, debe anotarse que el concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) no es apenas una frase ingeniosa ni una declaración romántica del Constituyente sino un rasgo esencial del sistema jurídico que se proyecta más allá de los mismos textos superiores y cubija la totalidad del sistema jurídico, debiendo por tanto reflejarse en las normas legales, en la actividad del Gobierno y de las autoridades administrativas, no menos que en las decisiones judiciales. (...) En concordancia con lo anterior, el Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de*

múltiple caracterización ha deducido la Corte Constitucional que “la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como conjunto de instituciones jurídicas”⁵⁹[65].

Sin embargo, el alcance de la dignidad humana no se reduce al plano meramente axiológico. Al respecto la jurisprudencia “a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana ha identificado la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico”⁶⁰[66].

A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana -el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana- coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)[67].

En sentencia C – 037 - 2006⁶¹ la Corte reitera el concepto Kantiano de dignidad Humana, así:

*“El artículo 1o de la Constitución consagra el respeto de la dignidad humana” como uno de los fundamentos de nuestro Estado social de derecho. Y no es ese un concepto vano, sino al revés, lleno de contenido ético y político. **Porque el reconocimiento de la dignidad humana implica la concepción de la persona como un fin en sí misma y no como un medio para un fin.** En otras palabras, como un ser que no es manipulable, ni utilizable en vista de un fin, así se juzgue éste muy plausible. El Estado está a su servicio y no a la inversa”. (negrilla fuera de texto)*

La Corte en sentencia T - 133 – 06⁶² destaca que:

bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento.” Sentencia T-1430 de 2000.

⁵⁹ Sentencia T-881 de 2002.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ CConst, C- 037 – 06, MP. V. Naranjo.

“La expresión “dignidad humana” como concepción normativa ha sido presentada por la Corte Constitucional de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y desde su funcionalidad normativa. Así pues, la dignidad humana se constituye como un derecho fundamental autónomo y subjetivo, al contener los elementos de todo derecho como lo son: un sujeto activo determinado (las personas naturales); un objeto de protección más o menos delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral); y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela). En este sentido, tal y como se ha expuesto en este acápite, se concluye que la dignidad humana podrá ser entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”.

Hechas estas precisiones conceptuales sobre el concepto de dignidad humana, es dable enfatizar que la dignidad humana resulta ser el eje central y el lugar de donde emanan los derechos fundamentales del hombre reconocidos, protegidos y garantizados por el ordenamiento jurídico colombiano, a través de la configuración del Estado Social de Derecho.

Si bien no se podría determinar una verdadera jerarquía entre los principios constitucionales, éstos sin embargo tienen un alcance diferente. Mathieu propone la hipótesis de los principios llamados matrices. Dichos principios servirían de fuente a otros derechos de alcance, valor y rango diferentes, así el principio de dignidad constituiría la matriz de un cierto número de garantías jurídicas, con lo cual se asevera que pese a la máxima de que no hay principios absolutos, la dignidad humana, contrariamente a lo que ocurre con las libertades públicas no está llamada a ser conciliada con otros principios.⁶³

Por lo anterior, vemos que en teoría la persona, sus derechos y garantías han sido, son y serán el centro de atención y concentración de los cambios y esfuerzos normativos y teóricos; sin embargo, en medio de los ataques terroristas queda sujeta a un estado material de desprotección que se asimila fácilmente a los calificativos que Giorgio Agamben en su texto el *Homo Sacer* le otorga en medio de los estados de excepción,

⁶² CConst, T - 133 - 06, MP. H. Sierra.

⁶³ B. MATHIEU, Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l’homme, Paris, Ceric, -Université Aix, - Marseille, La documentation française, 1999, pp. 30 a 42. Leído en: Carvajal Sánchez, Bernardo. *El Principio de Dignidad Humana de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita /72 Temas de Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 39.

razón por la cual es conveniente y pertinente traer a colación la cita de Múnera Ruiz, al explicar como Agamben, a partir de la separación entre bios y zoe, construye el concepto de nuda vida.⁶⁴

Conclusiones Preliminares

1. La persona humana es el eje central, el objeto, núcleo y centro de atención de los ordenamientos jurídicos.
2. La dignidad de la persona humana reviste tan alta importancia que ha sido elevada a la categoría de principio constitucional fundador del Estado.
3. Los tres tipos de dignidad son dignidad ontológica, dignidad ética y dignidad teológica.
4. La Corte constitucional concibe la dignidad humana como (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional. (ii) Como principio constitucional y (iii) tiene el carácter de derecho fundamental autónomo.
5. En medio de la ocurrencia de ataques terroristas la persona humana queda sujeta a un estado material de desprotección que hace asimilar su vida al concepto de nuda vida propuesto por Giorgio Agamben, en donde la vida queda expuesta a la muerte o a vejaciones ocasionadas con total desprotección e impunidad.

⁶⁴ La vida del Homo sacer a quien cualquiera puede matar y que al mismo tiempo, es insacristable: su muerte no se somete a ningún ritual y mucho menos al jurídico. La nuda vida no es la simple vida natural, sino una vida políticamente desprotegida, permanentemente expuesta a la muerte o las vejaciones ocasionadas, con impunidad total, por el poder soberano o por quienes lo componen como ciudadanos (Agamben, 2003; 114). En el mundo contemporáneo, la nuda vida se evidencia en la vida de los prisioneros de Abu Ghraib o Guantánamo, *de las víctimas del conflicto armado colombiano o de cualquiera que sea considerado como terrorista o enemigo óntológico*, (óntico diría Schmitt) por los poderes soberanos(...)" (Subraya, negrilla y cursiva fuera de texto)

Múnera Ruiz, Leopoldo. *Normalidad y Excepcionalidad en la Política*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, 2008, p. 26.

2.1.1 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SOLIDARIDAD

Para el desarrollo de este concepto metodológicamente la presentación en tres apartes, el primero, refiere a la solidaridad como sentimiento y a la falta de reconocimiento como una de las causas de los conflictos sociales, el segundo, a la solidaridad como valor o como fin y, el tercero, a la solidaridad como principio constitucional fundante del Estado.

En este desarrollo se pretende incorporar sentencias de la Corte Constitucional, con el fin de mostrar algunos de los pronunciamientos que ha tenido esta Alta Corporación en torno de la solidaridad como principio y como valor constitucional.

2.1.2 LA SOLIDARIDAD COMO SENTIMIENTO Y LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LOS INDIVIDUOS COMO CAUSA DE CONFLICTOS SOCIALES

La doctrina aristotélica anticipa algunas de las características de la solidaridad: una cierta igualdad mutua, junto a la comunidad de empresas que supone un sujeto plural: un nosotros.⁶⁵

La solidaridad es la no indiferencia. Es aquel hábito gracias al cual lo que le sucede al otro me afecta, me importa, me compromete. No da lo mismo que alguien esté triste o alegre, con problemas o sin ellos. En fin, su vida y la mía no están aisladas, sino que se encuentran en relación. El propio bienestar y la felicidad no pueden construirse a espaldas de los demás.⁶⁶

El hombre, por social, en estricto sentido, debe ser solidario. En la solidaridad encuentra además la posibilidad de servir y encontrarse

⁶⁵ De Lucas, Javier. *El Concepto de Solidaridad*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, segunda edición, 1998, p. 14

⁶⁶ Carreño Siniestra de Llorente, María Eugenia. *Valores y Convivencia*. San José C.R.: Editorial Promesa, 2006. p. 131.

personalmente con otros. Así crece su propia dimensión como ser humano.⁶⁷

Si en primer lugar, la solidaridad ha de ser entendida como una sensibilidad por las necesidades y el sufrimiento ajeno; sería desproporcionado decir que el hombre moderno se ha quedado sin este sentimiento. El problema es más bien que la juridicidad capitalista fija los derechos y deberes y más allá de todo ello es voluntario.⁶⁸

Lo anterior se explica por cuanto que los ordenamientos jurídicos al consagrar deberes cuyo incumplimiento no implica necesariamente una sanción jurídica, su cumplimiento resulta ser voluntario, lo cual se traduce en que las personas no lo conciben como un deber ni como una exigencia igual a cualquier otra exigencia jurídica cuyo desconocimiento implique una sanción.

Bell ha definido la solidaridad como el sentimiento del grupo que supone afecto y disposición a combatir y luchar unos por otros. Como se ve el rasgo fundamental es la comunidad de sacrificio y riesgo, junto al afecto; se trataría de una noción que pone de manifiesto el lazo entre fraternidad y solidaridad.⁶⁹

El hombre puede manifestarse a los demás y tiene que resolver el problema de su carácter social. Esto supone la consideración del otro como prójimo, amarle como a sí mismo. "Amar al otro como prójimo es simplemente reconocerlo como prójimo: Es tan persona como yo, es una persona típica, lo que tiene de típico merece todo mi respeto y mi aprecio. Cuando esto se pierde de vista, el problema social se agudiza. Cuando el hombre está abierto al problema social, advierte que ha de abordarlo controlando su propia manifestación⁷⁰".

⁶⁷ Ibid. 131.

⁶⁸ Grueso Delfin Ignacio, *Rawls Una Hermenéutica Pragmática*, Cali: Universidad del Valle, 1997, p. 27.

⁶⁹ Leído en: De Lucas, Javier. *El concepto de solidaridad*. México: Fontamara, segunda edición, 1998, p.14.

⁷⁰ Polo, Leonardo, *Valores y Convivencia Ética*. México: U. Panamericana, 1993 p. 23.

Cuando el hombre es consciente del problema social que lo rodea, se manifiesta una especie de solidaridad pasiva en cuanto a que la lesión de los derechos de una persona pone en peligro los derechos de otras o de todas⁷¹ y en tal sentido se crea un instrumento de protección mediata del derecho propio potencialmente lesionado y esto precisamente en razón de la solidaridad de los derechos fundamentales de cada persona con cada uno de los demás.⁷²

Lo anterior se explica en cuanto a que siendo los ciudadanos conscientes de la grave afectación de derechos que el terrorismo ocasiona, se solidariza con el afectado al entender que su derecho puede ser violentado de la misma manera que el derecho ajeno.

La solidaridad es para Durkheim, ante todo, un hecho social que consiste en el consenso espontáneo de las partes del todo social, una particular conexión entre individuo y sociedad, que como indica Moya, supone dos niveles: el psicosocial –vinculación entre las conciencias individuales y la conciencia colectiva – y el estructural funcional - vinculación entre la posición del individuo y el grupo. ⁷³

Como se dijo en medio de una economía capitalista como la nuestra, se forma en las personas una especie de coraza que las defiende de los problemas y sentimientos ajenos. Predomina la indiferencia por la cual se niega el afecto e interés que debe manifestarse por otra persona. Esta es una manifestación de desprecio y por consiguiente también se falta al respeto debido a cada ser humano.⁷⁴

Para Alex Honnet, la falta de reconocimiento de los individuos es la causa de los conflictos sociales, y en tal sentido, los sentimientos de menosprecio (que bien pueden leerse de falta de solidaridad) constituyen el núcleo de las experiencias morales depositadas en la estructura de las interacciones sociales, ya que los sujetos se encuentran entre sí con

⁷¹ Op. Cit. Cesare Mirabelli, p. 61.

⁷² Ibid., p. 61.

⁷³ Ibid., p.16.

⁷⁴ Ibid., 132.

expectativas de reconocimiento de las cuales dependen las condiciones de su integridad psíquica.⁷⁵ (Paréntesis propio)

2.1.3 LA SOLIDARIDAD COMO VALOR O COMO FIN DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

A su turno, la solidaridad de acuerdo con lo dispuesto por la Corte constitucional,⁷⁶ constituye un valor constitucional y en este sentido puede verse como esta corporación ha sido consistente en considerar *que*:

"(...) la solidaridad es un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios".

Ahora bien, entendida la solidaridad como uno de los valores sobre los cuales se fundamenta el Estado, es preciso advertir que la Corte Constitucional en sentencia T - 406 - 92 observó que sobre éstos se construye el fundamento y la finalidad de la organización política, por consiguiente, la solidaridad como un valor o como un fin se incorpora en el ordenamiento constitucional para irradiar y expresar el carácter humanista de nuestra concepción de Estado.

En desarrollo de la solidaridad como valor se presentan a continuación algunos planteamientos que sobre el concepto de valor ha efectuado la Corte Constitucional en sentencia T - 406 de 1992, toda vez que éstos son un referente obligado para destacar la importancia de los valores constitucionales.

En dicha providencia dijo la Corte:

⁷⁵ Honnet, Alex. *Menosprecio y Resistencia y un concepto formal de eticidad*, en la lucha por el reconocimiento. Barcelona: Crítica, 1997, p. 199.

⁷⁶ CConst, C- 459 -04, J. Araújo, C- 115 - 08, N. Pinilla, T - 115 - 08, N. Pinilla. T - 432 - 02,

“Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico⁷⁷”, pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional.”

En razón de ello, la solidaridad guarda importancia como valor, pues como bien se afirma, debe ser además de buenas intenciones, agregados simbólicos o finalidades propuestas, un objetivo realizable en la sociedad, mediante el establecimiento real de políticas derivadas del legislativo o del ejecutivo.

2.1.4 LA SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO O COMO DEBER SER

Pese a que sobre el tema de los principios se profundizará en el capítulo cuarto de esta investigación, es pertinente por ahora destacar que la solidaridad se eleva a la categoría de principio constitucional, razón por la cual comporta unas dimensiones más concretas y exigibles que se relacionan estrechamente con los fines del Estado de servir a la comunidad⁷⁸ y con un deber⁷⁹ constitucional⁸⁰ específico.

⁷⁷ La Corte cita a R. Dworkin, *Questioni di principio*; Il Saggiatore, Milano 1985, p. 5 y ss.

⁷⁸ Cano Jaramillo, Carlos Arturo. *La redacción del Texto Jurídico*. Bogotá: Ed. Linotipia Bolívar y Cia S. en C. 1997, p. 326.

⁷⁹ Los deberes han sido definidos por la jurisprudencia constitucional como “*conductas o comportamientos de carácter público, que imponen prestaciones físicas o económicas y*

que afectan, en consecuencia, la esfera de su libertad personal.... La imposición de un deber, en consecuencia, presupone necesariamente de una ley previa, quedando descartada su aplicación retroactiva...". (sentencia T-125 de 1994). Corresponde al legislador fijar el alcance y contenido de éstos, su regulación implica una limitación a los derechos y libertades de las personas o ciudadanos llamados a observarlos y, excepcionalmente, pueden ser exigibles sin que medie ley, cuando de su inobservancia se derive o pueda ocasionarse la lesión de derechos fundamentales de otros. En estos casos, la norma constitucional es de aplicación directa, y al juez constitucional le corresponde determinar su exigibilidad. (T - 277 - 99, A. Beltrán.)

⁸⁰ Constitución Política. Artículo 95. "La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano: (...)

2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. (negrilla fuera de texto)

Es importante señalar que la Corte Constitucional al abordar la solidaridad como deber constitucional ha considerado que los deberes constitucionales excepcionalmente son de aplicación inmediata (T- 801- 98, E. Cifuentes) y que *"el deber de solidaridad requiere desarrollo legal pues sólo por esa vía pueden imponerse cargas a las personas en cuanto límites de la cláusula general de libertad que las ampara"*. (T - 170 05, J. Córdoba) **sin embargo, en la misma sentencia se consideró que (...)** *"de manera excepcional, cuando el incumplimiento de un deber constitucional, no reglamentado, implique la afectación de derechos fundamentales, el juez de tutela puede suministrar protección constitucional e imponer cargas a los particulares. Es decir, el juez constitucional puede exigir el cumplimiento del deber de solidaridad como instrumento de protección de los derechos fundamentales conculcados. No obstante, las cargas a imponer deben consultar criterios de razonabilidad de cara a las circunstancias específicas de cada caso pues el principio de solidaridad no tiene tampoco alcance ilimitado."* (negrilla fuera de texto.) La Corte frente al tema del deber constitucional de solidaridad ha dicho en sentencia T- 277-99 y en contraposición con lo anterior que *"Si aceptamos que es una pauta de comportamiento conforme al que deben obrar los particulares en determinadas situaciones - aquellas que pongan en peligro la vida o la salud de las personas-, es claro que será la situación y no una específica regulación que se haga de esta pauta de comportamiento, la que determine el cómo y hasta dónde debe ir la actuación del particular. La observancia de este principio, entonces, no requerirá de una regulación expresa, pues será cada situación la que permita determinar si se estaba en la obligación de obrar conforme a los postulados de este principio constitucional. La regulación, en este caso, se hace importante para determinar tanto las sanciones que puedan derivarse por su desconocimiento, como los máximos exigibles"*. (Negrilla fuera de texto.)

Valga también anotar que la Corte precisó que la solidaridad es un deber derecho en el sentido de que corre a cargo de cada miembro de la comunidad y se constituye como un *"patrón de conducta social de función recíproca, adquiriendo una especial relevancia*

Son considerables las oportunidades y los ámbitos desde los cuales la Corte Constitucional ha abordado el principio de solidaridad, algunas veces desde la esfera del sistema de seguridad social en Salud⁸¹, o desde la esfera pensional⁸², otras desde el sistema tributario⁸³, otras desde su concepción constitucional⁸⁴, otras desde la ayuda humanitaria prevista en la Ley 418 de 1997 para las víctimas del conflicto armado⁸⁵, otras desde los deberes frente a las personas de la tercera edad⁸⁶, o frente a los indigentes⁸⁷, o frente al tema de los servicios públicos domiciliarios entre arrendatario y arrendador⁸⁸, o frente a las personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado⁸⁹, o frente a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta⁹⁰, o frente a la desvinculación laboral de la mujer embarazada⁹¹, entre otros.

Para lo que a nuestro propósito interesa, valga advertir que esta corporación ha definido el principio de solidaridad como⁹²:

*en lo relativo a la **cooperación de todos los asociados para la creación de condiciones favorables a la construcción y mantenimiento de una vida digna por parte de los mismos***, con el propósito de mantener una convivencia pacífica, el desarrollo social, cultural y la construcción de nación (no está en negrilla en el texto original). C- 459 - 2004, J Araujo.

⁸¹ CConst, T - 667- 02, E. Montealegre

⁸² CConst, C - 032 – 08, M. Monroy

⁸³ CConst, C - 032 – 08, M. Monroy

⁸⁴ CConst, C - 459 – 04, J. Araújo

⁸⁵ CConst, T - 017 – 10, J. Henao, T 444- 08, M. González, T 067 – 08, N. Pinilla

⁸⁶ CConst, T - 801 – 98, E. Cifuentes

⁸⁷ CConst, T - 533 – 92, E. Cifuentes, T - 523 - 06, C. Vargas

⁸⁸ CConst, T - 792- 09, G. Mendoza

⁸⁹ CConst, T - 792 – 09 G. Mendoza

⁹⁰ CConst, T - 170 – 05, J. Córdoba

⁹¹ CConst, T - 069 – 10, J. Pretelt, T - 088 – 10 J. Pretelt

⁹² CConst, C- 032 – 08, M. Monroy

“Aquella comunidad de intereses, sentimientos y aspiraciones de la cual emana, como consecuencia natural y obvia, un acuerdo de mutua ayuda y una responsabilidad compartida para el cumplimiento de los fines propuestos: la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas. El principio de solidaridad tiene eficacia normativa que constituye parámetro de control de constitucionalidad y, por consiguiente, condiciona la validez de la ley.”

También ha sido definido constitucionalmente como⁹³:

“un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo’.

A su turno, La Corte ha considerado que el principio de solidaridad:

“constituye una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros del conglomerado social”⁹⁴ y que “no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social, en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados.”⁹⁵

En la sentencia T – 069 de 2010, la Corte al abordar el principio de solidaridad desde el ámbito de la seguridad social advierte que este principio implica:

“(…) un deber jurídico que, generalmente, impone el legislador a un individuo para favorecer a un grupo determinado de personas, sin que exista necesaria y directa contraprestación. Así, esta Corporación ha dicho que el principio de solidaridad puede manifestarse de tres formas:

“son tres las manifestaciones del principio de solidaridad social: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones, (ii) un criterio de interpretación en el análisis

⁹³ CConst, T - 358 – 08, N. Pinilla

⁹⁴ CConst, T – 209 – 99, C. Gaviria, T – 434 – 02, R. Escobar.

⁹⁵ CConst, T - 177- 99, C. Gaviria.

de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales y (iii) un límite a los derechos propios”⁹⁶.

(...) “la solidaridad es un principio que no puede ser entendido a cabalidad con independencia del concepto de efectividad de los derechos fundamentales. En efecto, ambos postulados constitucionales obran en aquellas circunstancias en las cuales la aplicación del sistema legal de derechos y obligaciones resulta disfuncional en relación con la protección de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, el estricto seguimiento de las prescripciones legales no siempre conduce a los objetivos propuestos por el sistema. (...)

La misma Corporación ha establecido el objeto del principio de solidaridad en los siguientes términos:⁹⁷

“La postulación del principio de solidaridad no tiene otro objetivo que recordar junto a la necesidad de colaboración entre los miembros que componen un mismo cuerpo -el Estado-, el hecho de que ciertas acciones sólo pueden llevarse a cabo a partir de la contribución de múltiples organismos y que por lo tanto, la responsabilidad en la consecución de los fines que se estiman deseables depende, en última instancia de la colaboración de todos los entes interesados -institucionalizados o no”.

Por otra parte, se considera necesario destacar que de conformidad con lo expuesto por la Corte, las víctimas del conflicto armado⁹⁸ tienen derecho a recibir asistencia humanitaria por parte de Acción Social; en estos términos lo ha sostenido la alta corporación⁹⁹:

“(...) Víctimas del conflicto armado tienen derecho a recibir asistencia humanitaria por parte de Acción Social independientemente de los resultados en las investigaciones judiciales pertinentes”

⁹⁶ CConst T-434 – 02, R. Escobar, providencia fue reiterada mediante sentencia T-170 de 2005, J. Córdoba.

⁹⁷ CConst T - 389/99, C. Gaviria.

⁹⁸ El artículo 15 de la Ley 418 de 1997 prorrogada por la Ley 548 de 1999, Ley 782 de 2002 y Ley 1106 de 2006, define como víctimas de la violencia política “*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. Son víctimas los desplazados en los términos del artículo 1o. de la Ley 387 de 1997. Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades*”. (Negrilla fuera de texto).

⁹⁹ CConst, T – 017 – 10, J. Henao.

La asistencia humanitaria ha sido definida por la Corte como¹⁰⁰:

“esta tendencia del derecho internacional público que propende por la colaboración, auxilio y asistencia de los más pobres, incluyendo ayuda en casos de desastres naturales, hambruna, terremotos, epidemias y conflictos armados internos”.

Por lo anterior se considera que el principio de solidaridad debe ser observado en el desarrollo de políticas gubernamentales y en la decisión de casos de responsabilidad del Estado por terrorismo, pues su negación u omisión equivaldría a olvidar los cimientos y razón de ser del Estado y trasponer sobre ellos las coyunturas políticas gubernamentales siempre supeditadas a los intereses que el gobierno de turno pretenda desarrollar; por lo cual es preciso acotar el planteamiento de Mora Restrepo en torno de la importancia de los principios, así:

“Los principios fundantes del Estado tales como la dignidad humana y la solidaridad (CP art.1º), deben ser tenidos en cuenta al momento de definir correctamente las instituciones jurídicas, los derechos constitucionales y los mecanismos judiciales para la protección de diversos intereses, lo cual, hace de la persona el fin y la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, pues no se puede justificar, ni legitimar el derecho cuando la persona humana es indefinida o mal definida, cuando está cosificada por que entonces el derecho pasa a ser un instrumento de dominación de otro instrumento.”¹⁰¹

A manera de conclusión preliminar

Por lo anterior y a pesar de todas las manifestaciones teóricas, los daños ocasionados con motivo del actuar terrorista, hacen que la persona sea víctima y quede sometida a un estado de indefensión en el cual sus derechos que en teoría son inviolables y protegidos por el Estado queden, para su restablecimiento, reducidos a limitadas políticas gubernamentales o a mecanismos de defensa judicial cuya activación depende de un conjunto de condiciones fácticas, económicas y jurídicas que como veremos hacen de su restableciendo un asunto difícilmente realizable.

Con todo, y una vez ambientado el tema del terrorismo y de la persona, la dignidad y la solidaridad, es preciso entrar a analizar la concreción del daño antijurídico ocasionado con motivo del accionar

¹⁰⁰ CConst, C – 255 - 03, C. Vargas.

¹⁰¹ Mora Restrepo Gabriel, Ciencia Jurídica y Arte del Derecho, Estudios sobre el oficio del Jurista. Bogotá: Ibáñez, p. 267.

terrorista y las principales dificultades que emergen en su indemnización que como se verá responden en gran medida a los necesarios, pero a su vez limitados títulos tradicionales de imputación jurídica.

Para lo cual se partirá del concepto de daño y de su categorización como antijurídico para en lo sucesivo avanzar en el estudio jurisprudencial sobre la manera como el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha tratado las solicitudes de indemnización de las víctimas de terrorismo.

CAPÍTULO III

EL CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO

1. EL DAÑO ANTIJURÍDICO

La Constitución Política de Colombia, así como la doctrina nacional y foránea ubican al daño como uno de los presupuestos o requisitos fundamentales para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado en sus diferentes fuentes y en concreto para consolidar la responsabilidad derivada del terrorismo; por ello y dada su importante dimensión en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado, se abordará el tema a partir de la consagración genérica y objetiva que hace el artículo 90 superior, para con ello destacar las principales tesis que sobre el particular han sido ampliamente desarrolladas por la doctrina y por la jurisprudencia, marcando consigo los problemas e inconvenientes más relevantes presentados en la configuración de los daños derivados de terrorismo y de la carga, por lo general insoportable, de desvirtuar el hecho de tercero como causal de exoneración de responsabilidad.

En virtud de tal orden, es menester partir del supuesto según el cual, en teoría general, el daño se constituye por una pérdida, privación o menoscabo cualquiera de la integridad de un ser humano, en cualquiera de sus dimensiones, vale decir, en su cuerpo físico, en su patrimonio, en sus ideas, en su ánimo o en sus expectativas y oportunidades¹⁰².

Ahora bien, la connotación o significación que comporta el adjetivo antijurídico señala la lesión que sufre una persona o su familia sin título jurídico válido y que excede el principio de igualdad de las cargas públicas, que ordinariamente deben soportarse.¹⁰³

El carácter antijurídico o injusto del daño en otros términos se puede interpretar de una manera amplia como todas aquellas afectaciones causadas a los diferentes bienes jurídicos protegidos y garantizados por el

¹⁰² Gómez Posada, José Fernando. *Teoría y Crítica de la Responsabilidad por Daños del Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Reimpresión Segunda Edición Corregida y Aumentada, año 2007. p. 37.

¹⁰³ Parra Gutierrez René. *Responsabilidad Patrimonial Estatal*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2003, p. 102.

Estado que exceden la normal distribución de las cargas derivadas del orden jurídico o de la vida en sociedad, lo cual hace que el exceso en el sopesamiento o en la asunción de una determinada carga o situación jurídica indeseable, desborde la esfera de los daños o imposiciones de orden legal y los sitúe en el ámbito ilegal, antijurídico o injusto.

El daño y el perjuicio como lo recuerda Henao al hacer referencia a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se definen así: “**El daño** considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio”, mientras que “**el perjuicio** es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y **la indemnización** es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó.¹⁰⁴ (Negrilla fuera de texto)

En el ordenamiento jurídico Español el concepto de daño es reemplazado por el de lesión y para que exista una lesión en sentido propio no basta que exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; es absolutamente necesario que ese perjuicio material sea calificado como *antijurídico*, antijuridicidad en la que está el fundamento, como ya lo anotamos de la obligación reparatoria, Por lo tanto, un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible *siempre que y sólo cuando* la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuridicidad del perjuicio es pues, una antijuridicidad referida al perjudicado.¹⁰⁵

Algunos autores como Parra Gutiérrez consideran que la antijuridicidad del daño no es absoluta y por lo tanto tiene límites, de tal manera que no son indemnizables aquellos que conllevan un número inmenso de perjudicados o cuando la cuantía conlleva indemnizaciones que derrumbarían el fisco de un país.¹⁰⁶

Aceptar esta tesis, sería tan absurdo como admitir que las personas tienen derecho al restablecimiento de sus derechos solo cuando la violación de los mismos ha sido para un número mínimo de personas, pero, en el evento en que éstos se irrogan a un número exponencial de

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1994, MP Dr. Cardozo Gaitán Leído en Gil Botero, Enrique. *Temas de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Comlibros, Tercera Edición, 2006. p. 55.

¹⁰⁵ García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo, La Responsabilidad Patrimonial de la Administración*. Madrid: año p. 378, 379.

¹⁰⁶ Parra Gutierrez, William René. *Responsabilidad Patrimonial Estatal*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2003. p. 103.

personas como ocurre en los eventos propios de terrorismo, entonces desaparecería de una manera artificial o si se quiere caprichosa la protección ofrecida por el Estado a las víctimas, pues tan falaz es como advertir que unos pocos tienen derecho y que cuando se menoscaban los intereses jurídicos de muchos entonces desaparecen las obligaciones a cargo del Estado.

Lo anterior carece de sentido, pues lo antijurídico o no del daño no puede depender del número de personas afectadas ni de que tan afectadas podrían estar las finanzas públicas por una eventual indemnización a las víctimas, pues sería un sofisma afirmar que lo injusto deja de ser injusto y pasa a ser justo cuando muchos son quienes padecen de esta injusticia.

Hay que advertir entonces que, en primer orden, si el ordenamiento jurídico no impone una determinada carga o si aún garantiza el ejercicio de ciertos derechos catalogados como fundamentales, todos los daños que se ocasionen y que afecten el normal desarrollo y proyección de estos derechos deben ser calificados de antijurídicos o injustos o no soportables independientemente del número de afectados.

El sentido axiológico último del daño antijurídico radica en la formalización de una garantía de protección para los ciudadanos frente a la actividad del Estado, en atención y desarrollo de los principios generales que se proclaman alrededor del Estado Social de Derecho, entre los cuales se encuentran la dignidad humana y la solidaridad.

Para algunos autores es claro que al abordar la responsabilidad del Estado nos encontramos con un tipo de responsabilidad objetiva, pues se mira al ciudadano y no al tipo comportamental de la administración, ahora no nos importa poco ni mucho, si hubo o falla o falta del servicio, y por lo mismo culpa de la administración al producir el daño. Nos preguntamos si dicho perjuicio está obligado el ciudadano a sufrirlo, en desarrollo del principio de igualdad ante las cargas públicas.¹⁰⁷

En concordancia con el anterior planteamiento, Gil Botero al abordar el tema del daño antijurídico, explica que "(...) resulta más práctico acudir no a la calificación de justicia o injusticia del daño sino más bien al concepto antijurídico que trae el artículo 90 C.N. revistiendo así el daño un

¹⁰⁷ Ibid., p. 100 – 101.

*carácter objetivo en si mismo sin relación determinante con la actividad que lo causó. (...)*¹⁰⁸

A su turno, el daño guarda estrecha relación con el objeto de la tutela jurídica y si el ciudadano resulta patrimonialmente vulnerado, no puede concluirse en forma diferente que si además vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la carta política, el perjudicado debe ser indemnizado.¹⁰⁹

Frente a la identificación y ocurrencia de un daño antijurídico es necesario elaborar un siguiente y necesario juicio sobre la imputación o atribución que de éste pueda hacerse a la administración o al Estado, pues como bien lo reconoce el artículo 90 de nuestra carta, en los siguientes términos: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean **imputables**, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”*. (negrilla fuera de texto).

En suma y en aras de puntualizar los problemas derivados de la concepción antijurídica predicada de los daños acaecidos con ocasión de acciones terroristas, es preciso direccionar nuestro análisis a tres subtemas; a saber, **primero**: Las posiciones encontradas en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el carácter antijurídico del daño; **segundo**, el problema de la imputabilidad de los daños al Estado, pues en principio no está cometido directamente por él y; **tercero**, la indemnización o reparación, pues existen tesis que afirman que se dice que el Estado no debe responder por carencia de recursos y que a lo sumo puede ofrecer ayudas o auxilios que nada tienen que ver con el concepto de responsabilidad, sino por el contrario con la creación de fondos especiales de solidaridad en la medida que las finanzas públicas y la voluntad política así lo determine.

Frente al primero de los referidos, valga decir que la doctrina ofrece posiciones disímiles a la hora de considerar los daños como jurídicos o como antijurídicos, y en tal sentido, para algunos autores entre los cuales se ubica Tamayo Jaramillo, se considera que estos daños no son antijurídicos y por consiguiente habría irresponsabilidad del Estado en estos eventos debido a tres consideraciones básicas: “ 1). *Todos los ciudadanos estamos obligados a defender la soberanía interna o externa de la nación;* 2). *Los actos terroristas son impuestos al Estado quien no obtiene ningún*

¹⁰⁸ Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual Del Estado*. Bogotá: Ibáñez, Cuarta Edición, 2010, p. 66.

¹⁰⁹ Op cit., Gil Botero, *Temas de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*, p.101.

beneficio de los mismos y 3). Los costes económicos que a juicio del Dr. Tamayo deberían ser canalizados a favor de la infraestructura del país o a atender servicios públicos de mayor necesidad como sería el caso de los desplazados.”¹¹⁰ Bajo estos tres argumentos concluye el autor 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.

En una línea argumentativa opuesta, se ubica Gil Botero quien, en su última publicación, ya citada anteriormente, retoma varios pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en los cuales se constata que 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, dando 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. En opinión de Gil Botero, esta posición 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 actos terroristas.”¹¹¹

La teoría planteada por Gil Botero gira en torno a la concepción de Estado Social de Derecho y le otorga al juez un papel de suma importancia en materia responsabilidad en los siguientes términos:

“Dentro del Estado Social de Derecho, su naturaleza, conformación sociopolítica, y los principios constitucionales reseñados ab initio, obligan al juez en esta materia en 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. 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 justicia sólo a través de la ley; 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 la efectividad de los contenidos de la Constitución en los términos del artículo

¹¹⁰ Tamayo Jaramillo, Javier. Leído en Periódico Ámbito Jurídico, AÑO VII – No. 145, 226 de enero al 8 de febrero de 2004, p.13 A.

¹¹¹ Op cit., Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual Del Estado*, p. 339.

228 donde debe prevalecer el derecho sustancial ,(...) prevaleciendo el derecho sobre la norma.”¹¹²

Por último y para terminar con el subtema uno referido a la antijuricidad de los daños ocasionados por actos terroristas, es claro que en la presente investigación se considera que los daños producidos por atentados terroristas son daños antijurídicos por cuanto su sopesamiento excede las cargas que puede tolerar el administrado, cargas cuyo restablecimiento, estarían dadas por el desarrollo y la aplicación que de los principios hagan los jueces o tribunales del país, encargados de viabilizar las solicitudes de indemnización de las víctimas.

En cuanto al subtema dos, referido a la imputabilidad del daño, es necesario destacar desde ya que la imputación o atribución de estos daños pese a su categoría de antijurídicos ha sufrido serios problemas al momento de su configuración, pues, la imputación se ha entendido, con gran influencia de las corrientes civilistas, como una imputación causal, o material, es decir, que al Estado le son atribuibles y por ende debe responder por todos aquellos daños antijurídicos que hayan sido causados por extralimitación de sus funciones, o por omisión de las mismas.

En razón de lo anterior, se ha configurado jurisprudencial y doctrinariamente el hecho de tercero como una de las causales de exclusión de responsabilidad, hecho en el que se escuda y por lo general se blinda la responsabilidad del Estado al estar la víctima obligada a probar el nexo causal entre el daño y/o la actividad de la administración. En tal sentido, el Estado se libera de responsabilidad en la medida en que pruebe la ruptura de la relación de causalidad por culpa exclusiva y determinante de la víctima, **hecho exclusivo y determinante de terceros**, fuerza mayor o caso fortuito.¹¹³ (Negrilla fuera de texto).

Como una antítesis del anterior planteamiento se reconoce por parte de Gil Botero que “indiscutiblemente debe existir un título de imputación que permita dar respuesta al “quien debe responder”. La imputación significa una reelaboración gnoseológica jurídica sobre la causalidad, pero no es la causalidad en sí misma, va más allá entendida como “imputatio factis”¹¹⁴ que no sólo obedece al criterio de la vinculación -

¹¹² Op Cit., Gil Botero, p. 341- 342.

¹¹³ Op Cit., Gómez Posada, p. 48.

¹¹⁴ Gil Botero en la misma obra, al tratar el daño antijurídico explica que la imputatio facti u objetiva es la atribución jurídica del daño a una autoridad pública determinada, esa imputación significa, que se acredite que dicho agente se encuentra vinculado al servicio

necesariamente física, pudiendo también obedecer a criterios normativos y jurídicos -, sino que igualmente apareja la aplicación de la justicia material deducible para el caso, bien a través de los factores objetivos o subjetivos, lo que cubre la totalidad de los regímenes y criterios de responsabilidad, y que correspondería a la *imputatio iuris*¹¹⁵, quedando así a satisfacción la imputación plena.”¹¹⁶

Gil Botero continúa exponiendo que se ha venido presentando una simbiosis del vínculo casual con la imputación misma, pues se reconoce por la jurisprudencia que cuando el ataque tuvo como objeto directo un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones al servicio del mismo o un personaje de la cúpula administrativa, el Estado debe responder pues hay un vínculo causal entre el hecho y el ente representativo del Estado. Por ello al exigir que para que haya indemnización el atentado terrorista se dirija contra uno de dichos objetivos excluye a muchas víctimas de la posibilidad del resarcimiento. Dejando de lado un precedente del Consejo de Estado en el que se advirtió que:

“(…) no hay razón para limitar la responsabilidad estatal a los eventos en los cuales el atentado 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 un vínculo causal es la misma: el riesgo particular que se crea con una actividad que ha sido elegido por los terroristas como objetivo. (...)”¹¹⁷

En cuanto al tercer subtema advertido, es preciso poner en consideración que otro de los problemas que se encuentran en el estudio del daño es el económico, pues como se relacionó anteriormente para algunos autores son las limitaciones presupuestales que tiene el fisco del país las que hacen imposible que el Estado pueda indemnizar los daños producidos por atentados terroristas.

o que forma parte del mismo y entrarían en juego los nexos con el servicio, los criterios de funcionamiento normal o anormal etc. (...). p. 117.

¹¹⁵ Gil Botero en la misma obra, al tratar el daño antijurídico, expone que la *imputatio iuris* se da en el proceso valorativo sobre una realidad dañosa, en la que la condición y la consecuencia no se relacionan entre sí según el principio de causalidad, sino según el principio de imputación, lo que significa, que la condición, para nuestro caso es el daño, se relaciona con la consecuencia, deber indemnizatorio, según el principio de la imputación y no el de la causalidad. p. 116.

¹¹⁶ Op cit., Gil Botero, p. 343.

¹¹⁷ Op cit., Gil Botero, p. 344.

Como conclusión de todo lo anteriormente expuesto, es claro que el concepto de daño antijurídico con ocasión de acciones terroristas debe ser indemnizado a pesar de registrar una serie de puntos nodales que hacen más difícil la situación de las víctimas al tener que probar desde la antijuricidad del daño, el título de imputación y los perjuicios irrogados por el mismo.

Por último, se considera que el Estado debe responder por los daños ocasionados por acciones terroristas con base en las siguientes razones:

- ✚ Los daños derivados de atentados terroristas vulneran el principio de igualdad frente a las cargas públicas.
- ✚ Los daños causan graves afectaciones a los derechos garantizados y protegidos constitucionalmente.
- ✚ La imputación derivada de dichos daños responde a una imputación jurídica en donde el hecho es el daño, el nexo es el ordenamiento jurídico – especialmente los principios y valores superiores- y la consecuencia es el deber de indemnizar.
- ✚ Los jueces en sus decisiones están obligados a involucrar principios y valores constitucionales a efectos de dar prevalencia a los derechos de los asociados.

2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y ANÁLISIS PARTICULAR DEL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR TERRORISMO

2.1 EVOLUCIÓN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

No es este el ni el momento ni el escenario para entrar a desarrollar un estudio histórico específico que de cuenta del devenir de cada de las diferentes fases por las cuales ha atravesado la responsabilidad del Estado a lo largo de la historia, pues ello sin duda desbordaría tanto en extensión como en contenido el propósito de la presente investigación; por tanto de lo que se trata en este aparte, es de ilustrar de una manera general las principales etapas que reconoce la doctrina en punto de la responsabilidad extracontractual del Estado de tal manera que se permita, por un lado, ubicar históricamente el tema de la responsabilidad por terrorismo identificando la fase histórica en la que se encuentra y mostrar que sobre el particular existe abundante bibliografía especializada que da cuenta de esta evolución.

En desarrollo de lo anterior, se identifican en la doctrina tres grandes etapas a través de las cuales ha trascurrido la responsabilidad extracontractual del Estado. La primera de ellas se conoce como el **Estado irresponsable**¹¹⁸, en donde el Estado no era responsable de los daños que sufrían los ciudadanos, fue hasta la segunda mitad del siglo XIX¹¹⁹ que vino

¹¹⁸ Hasta el año 1967 el Estado Colombiano no respondía patrimonialmente por este tipo de conductas, posición que venía desde el siglo pasado con el caso de "Pedro 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 legislador, (sic) reparar esa injusticia, sancionando la disposición que reconozca la indemnización o pago de los perjuicios inferidos a los particulares por los beligerantes (sic) en la última lucha nacional; mas no a los tribunales, que tienen la única misión de aplicar la lei (sic) escrita. (Texto leído en Responsabilidad Extracontractual del Estado de Enrique Gil Botero, última edición, p. 331- 332.

¹¹⁹ En sentencia del 17 de noviembre de 1967, expediente 414, el Consejo de Estado, Sección Tercera, abandonó la tesis de la irresponsabilidad patrimonial de la

a reconocerse en el mundo, que a pesar de los poderes de preeminencias que evidentemente lo definen o caracterizan, el Estado como sujeto de derechos que es, está obligado a responder de los perjuicios que por sus actos pueda causarles a los ciudadanos.¹²⁰

La segunda fase es conocida como **la responsabilidad creciente**, a través de la cual el Estado empieza a reconocer y reparar los daños que ocasionan sus agentes, con lo cual se erigieron los regímenes subjetivos y objetivos de responsabilidad; los primeros basados en la culpa, y los segundos conocidos como daño especial y riesgo excepcional.

Ahora, con la consagración de la denominada cláusula general de responsabilidad inserta en el artículo 90 superior, se ha considerado una tercera etapa que se denomina **la responsabilidad del Estado como garantía constitucional**, con la cual en palabras de Esguerra Portocarrero:

*"(...) - lo verdaderamente importante-, como se constató con el tiempo, era que pudiera proclamarse que en torno del concepto de responsabilidad del Estado gravitan unos derechos fundamentales de los ciudadanos y unos deberes correlativos de las autoridades públicas vinculados a la necesidad básica de darle permanente protección a la vida, honra y bienes de las personas. Mas aún, que esos derechos y esos deberes estaban -tenían que estar- íntima e inseparablemente relacionados con la propia razón de ser del Estado y debían por tanto formar parte del contrato social."*¹²¹ (Negrilla fuera de texto)

Una buena explicación y justificación de esta etapa es expuesta por Arévalo Reyes en su texto Responsabilidad del Estado y de sus Agentes, en el cual se aduce que *"(...) Esta consagración constitucional debe interpretarse en concordancia con los artículos del mismo ordenamiento superior, que por un lado le imponen a las autoridades de la república el deber de proteger a todas las personas de su vida honra y bienes y por el otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las*

administración en este tópico, y por 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. (Texto leído en Responsabilidad Extracontractual del Estado de Enrique Gil Botero, última edición, p. 332.

¹²⁰ Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Bogotá: Legis. 2004, p. 258, 259.

¹²¹ Ibid. p. 293.

cargas públicas y de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles."¹²²

La responsabilidad del Estado por terrorismo encontró sus primeras manifestaciones en el marco de la segunda fase (responsabilidad creciente), por cuando en esta se empezaban a destacar algunos visos, criterios o factores que podrían, a partir de un estudio de caso, atribuir la responsabilidad al Estado por los daños ocasionados con motivo del actuar terrorista.

No obstante lo anterior, la responsabilidad estatal con motivo de acciones terroristas, encuentra fundamento en los "nuevos" planteamientos, (tercera fase – responsabilidad como garantía constitucional) fundados tanto en la consagración de la cláusula general de responsabilidad inserta en el artículo 90 constitucional, como en la consonancia y correspondencia que debe existir entre éste y los fundamentos del Estado y del mismo sistema jurídico, que como se sabe comportan aspectos tanto jurídicos como políticos que demarcan la manera cómo el constituyente erigió las bases del sistema democrático social y de derecho, en pro de la creación y consolidación de un sistema social humanista, de garantía y efectividad de derechos y libertades individuales.

2.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TERRORISMO

El propósito del presente análisis responde a la necesidad de conocer cuáles y en qué sentido han sido los pronunciamientos del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en materia de acciones contencioso administrativas de reparación directa, cuyas pretensiones han estado direccionadas a obtener la indemnización de los daños derivados del terrorismo.

Con lo anterior se pretende, a partir de una investigación de fuentes de primera mano (sentencias), ofrecer razones para entender porque no es posible encontrar una línea jurisprudencial en la materia, no sin antes

¹²² Arévalo Reyes, Héctor Dario. *Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios*. Bogotá: Gustavo Ibañez, 1999.

advertir que la doctrina especializada coincide en la carencia de una línea jurisprudencial consistente o la inexistencia de la misma.¹²³

Teniendo en cuenta que el análisis particular de cada una de las sentencias encontradas es extenso y podría dispersar la atención del lector, el análisis específico de las sentencias se encuentra en el anexo No. 1 de la presente investigación.

La metodología utilizada para analizar la jurisprudencia corresponde al análisis estático de precedentes a partir de las técnicas legítimas de interpretación encontradas en la obra "*el derecho de los jueces*" de Diego López Medina.

Se adopta metodológicamente el análisis estático del precedente como quiera que lo que se busca es dar claridad conceptual a la manera como se han entendido los diferentes títulos de imputación jurídica (falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional) en las sentencias cuyas demandas pretenden la indemnización de daños producidos por atentados terroristas.

Es importante precisar que el análisis estático está constituido por las técnicas legítimas de interpretación de precedentes individualmente considerados.¹²⁴

Las técnicas legítimas de interpretación que López Medina desarrolla en la obra mencionada son: Obediencia¹²⁵, la distinción entre *Ratio Decidendi* y *Obiter dictum*¹²⁶ y el cambio de jurisprudencia¹²⁷.

¹²³ Para profundizar en estas posturas pueden verse los análisis efectuados por los doctrinantes Enrique Gil Botero en su texto Temas de responsabilidad Extracontractual del Estado, 2006 y Wilson Ruiz Orejuela en su texto Responsabilidad Extracontractual del Estado, 2008.

¹²⁴ López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis, 2000, p. 203.

¹²⁵ Ibid, p, 213. Consiste básicamente en que el juez debe, por regla general, aplicar la subregla constitucional vigente al caso análogo que le haya sido presentado. (...) El juez posee en todo caso la posibilidad de apartarse de dicho precedente siempre que ofrezca justificación suficiente y adecuada.

¹²⁶ Ibid. p. 218 (...) la Corte define *ratio decidendi* de la siguiente manera: "Es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen las bases de la decisión judicial específica". (...) o como aquellas consideraciones normativas que sean realmente necesarias para decidir el asunto. P. 222. Y (...) *obiter dictum* cuando los apartes en discusión de la sentencia, aunque explícitos, no hacen parte del tema central o esencial del estudio suscitado. (...) es ratio aquel argumento que consciente y explícitamente le

Hecha esta contextualización sobre la metodología adoptada se destacan las principales conclusiones allegadas en el análisis jurisprudencial, así;

- En principio, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo aplica para endilgar la responsabilidad del Estado por terrorismo los tres títulos tradicionales de imputación jurídica a saber: Falla en el servicio, daño especial y riesgo excepcional.¹²⁸ El análisis y caracterización de cada uno de ellos se desarrollará posteriormente.
- Contrario a lo que reconoce la doctrina especializada, en cuanto a la inexistencia de una línea jurisprudencial general que pueda dar cuenta de una manera clara y uniforme el devenir jurisprudencial en esta materia, es necesario recordar y precisar que como lo vimos, existen tres títulos mediante los cuales es dable atribuir responsabilidad al Estado en estos casos, por lo cual es en principio necesario, aclarar que no debe buscarse una línea jurisprudencial general para determinar la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado, sino que en su defecto, lo verdaderamente necesario y conveniente es determinar si el manejo o entendimiento de cada uno de dichos títulos de imputación ha sido uniforme, o si por el contrario, se han presentado ambigüedades o variaciones en la aplicación de cada uno de ellos, lo que en suma reflejaría la

permite a la corte llegar a la decisión; el obiter, de otro lado, son argumentos incidentales, secundarios, subdesarrollados, incluso, meramente sugeridos que no se requieren para la conclusión alcanzada p. 223, 224.

¹²⁷ Ibid., Consiste en aceptar abiertamente que la nueva sentencia es inconsistente con la línea y que por tanto, implica una variación de la jurisprudencia. P. 260. El cambio de jurisprudencia según la Corte Constitucional sólo es posible bajo especiales circunstancias: 1) Solo puede ser ejecutado por la propia corporación judicial que formuló la doctrina a revisar. 2) Es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no solo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión del pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto al precedente en un Estado de Derecho". P.262, cita sentencia SU - 047 - 99.

¹²⁸ Es importante señalar que el único fundamento que utiliza la jurisprudencia francesa para endilgar responsabilidad del Estado por terrorismo es la falla del servicio. Leído en Peláez Gutierrez Juan Carlos, Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y Colombiana en materia de actos de terrorismo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, año, 2000 p. 33.

carencia de líneas jurisprudenciales derivadas de la aplicación de cada uno de dichos títulos.

- En materia de falla del servicio, es posible encontrar un entendimiento uniforme de la teoría que de cuenta de la aplicación de esta teoría, toda vez que la jurisprudencia entiende y aplica con criterio uniforme la falla del servicio al identificar que esta se configura, tal y como lo reconoce Ruiz Orejuela, en aquellos eventos en los cuales (...) *"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 una ataque, entonces, el Estado responderá si no tomo las medidas suficientes y necesarias para repeler, evitar o menguar las consecuencias de un ataque."* ¹²⁹
- En tratándose de los títulos de imputación jurídica, daño especial y riesgo excepcional, y debido a las tensiones que se libran al interior del Consejo de Estado no ha sido posible consolidar y diferenciar claramente estos dos criterios en cuanto a la responsabilidad por actos terroristas especialmente en lo concerniente a la teoría del daño especial, por lo anterior se colige que no están las condiciones dadas para la creación de una línea jurisprudencial. En tal sentido, se aplica la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas para decir que al afectado se le causó un daño especial o que fue sometido a un riesgo excepcional que excede el límite de lo permitido y que por tanto debe haber responsabilidad del Estado pese a que está ante el ejercicio de una actividad lícita y no media culpa o falla del Estado. En razón de lo anterior, en diversas oportunidades se varía el fundamento de la responsabilidad en la aplicación de éstos dos regímenes.

En demostración de lo anterior es conveniente traer a colación para poner un ejemplo, las sentencias del 29 de abril de 1994, expediente 7136¹³⁰, y la sentencia del 4 de diciembre de 2006¹³¹, Consejero Ponente Mauricio Fajardo, Radicación 1993 – 09273- 01 (15571), mediante las cuales el Consejo de Estado condenó bajo distintos títulos de imputación jurídica al Estado colombiano al indemnizar los

¹²⁹ Orejuela Ruiz, Wilson. *Responsabilidad del Estado por Terrorismo, Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá: ECOE, 2008, p. 190 - 191.

¹³⁰ Consejero Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

¹³¹ Consejero Ponente Mauricio Fajardo.

daños ocasionados con motivo de actos terroristas ocurridos en situaciones similares.

Los hechos de la primera sentencia giran en torno a los daños ocasionados a una persona con motivo de un atentado terrorista dirigido contra las instalaciones del Ejército Nacional, las cuales se habían ubicado en un sector residencial de la ciudad, colocando a las habitantes del mismo en un riesgo dada la situación de orden público que se vive en el país, hechos que sirvieron de fundamento para condenar al Estado en desarrollo de la **teoría del daño especial**, pues se produjo un daño que excede el límite de las cargas públicas, pues se consideró que la ubicación de cuarteles, organismos, instituciones, centros de policía denominados elementos representativos del Estado se constituyen en la creación de un riesgo excepcional que de ser objeto de un ataque y causar daños a terceros el Estado debe repararlos así no hubiese mediado su omisión o acción.

Los hechos de la segunda sentencia referida son similares a los anteriores y pese a esto se condenó al Estado ya no por **daño especial sino por riesgo excepcional**, al tratarse de la muerte de un joven que se desplazaba en un vehículo que transitaba por el puesto de policía del Municipio de Santa Rosa del Sur, ante lo cual el Consejo de Estado consideró que el Estado debía responder bajo la tesis del riesgo excepcional, pues los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición de un riesgo de naturaleza excepcional creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general, deben ser indemnizados.

- Por último valga señalar que la última tendencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad del Estado por actos terroristas consiste en eliminar el daño especial como título de imputación jurídica. En este sentido lo señala Gil Botero en su última obra de Responsabilidad Extracontractual del Estado:

“Hoy en 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.¹³², señalando inclusive, para desnaturalizar el caso del daño especial, que lo

¹³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2000, expediente 11.585, y sentencia del 23 de octubre de 2003, expediente 14.211.

que ocurre cuando el atentado va dirigido contra un alto dignatario del Estado y se lesionan intereses de 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 la población. En síntesis, según se pretende por el Consejo de Estado, bajo los regímenes de falla del servicio y del riesgo se resolvería la situación de responsabilidad de la administración pública por atentados terroristas, reglas por demás comunes a los demás regímenes de responsabilidad estatal.”¹³³

Como conclusiones específicas de lo anterior se considera que:

- Se han creado jurisprudencialmente tres modalidades bajo las cuales es posible atribuir responsabilidad al Estado en materia de atentados terroristas, falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional.
- Existe unanimidad en la jurisprudencia en la aplicación y entendimiento de la falla del servicio.
- Existen disparidad de criterios al entender la aplicación del daño especial y del riesgo excepcional.
- Existe una tendencia al interior del Consejo de Estado que pretende eliminar el daño especial como título de imputación para atribuir responsabilidad del Estado por actos terroristas.

Se reconoce que hay responsabilidad del Estado por terrorismo cuando:

- El Estado habiendo tenido conocimiento de las amenazas o de información de la comunidad informando la inminencia del ataque no haya tomado las acciones idóneas y oportunas para prevenirlo o repelerlo.
- El ataque va dirigido contra un agente representativo del Estado, bajo el título riesgo excepcional o daño especial.
- Cuando se demuestra la participación de uno o varios agentes del Estado en el acto terrorista.

¹³³ Op cit., Gil Botero, p. 332 - 333.

No se reconoce responsabilidad del Estado por terrorismo cuando:

- El ataque fue indiscriminado, imprevisible y no iba dirigido contra un agente representativo del Estado, sino que su finalidad estaba dirigida a sembrar zozobra y terror en la población.
- No se logra demostrar los elementos constitutivos del daño antijurídico, (hecho - nexo - daño).
- El ataque es dirigido contra los miembros de la fuerza pública, pues ellos asumen voluntariamente un riesgo consciente que va ligado a la naturaleza de su profesión, siempre que éstos cuenten con la indumentaria necesaria para repeler o evitar el ataque.

3. EXPLICACIÓN DE LOS TRES TÍTULOS TRADICIONALES DE IMPUTACIÓN JURÍDICA.

Valga la pena anotar que de acuerdo con la jurisprudencia¹³⁴, el título de imputación jurídica por excelencia es la falla del servicio; sin embargo, por razones jurídicas o por motivos de equidad, existen otros títulos de imputación excepcionales que determinan las diversas clases de responsabilidad sin falla, tal es por ejemplo el desequilibrio ante las cargas públicas.

Por lo anterior se hará un breve resumen y caracterización de cada uno de los títulos de imputación jurídica, a partir de los cuales la jurisprudencia y la doctrina han reconocido la responsabilidad del Estado en esta materia.

3.1 FALLA DEL SERVICIO

Se define de manera genérica o amplia como el quebrantamiento del contenido obligacional administrativo¹³⁵.

¹³⁴ Sobre la falla del servicio como título de imputación general puede consultarse la sentencia emanada del Consejo de Estado, Sección Tercera, No. E 8163 de fecha 13 de julio de 1993, con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes H.

¹³⁵ Op cit., Gil Botero, p. 325.

Peláez Gutierrez al hacer el estudio de la jurisprudencia francesa y administrativa en materia de actos de terrorismo determina que ni en Francia ni en Colombia existe una definición clara y precisa del concepto¹³⁶. En el mismo sentido se expone en dicha obra que: *" en lo que respecta a la jurisprudencia administrativa en materia de actos de terrorismo, el juez colombiano utiliza entonces los términos tradicionales de ineficiencia, retardo u omisión en la prestación del servicio con el propósito de determinar si la falla del servicio se configura o no (...)."*

Tal y como se reconoce en la obra de Peláez, la jurisprudencia administrativa no se pronuncia explícitamente sobre si toda falla del servicio es susceptible de permitir la condena estatal o si por el contrario, como en el derecho francés, se necesita de una falla del servicio cualificada, para que dicha condena proceda. Sin embargo, el juez administrativo colombiano exige implícitamente una falla del servicio grave o cualificada. Lo anterior, debido a la dificultad que encuentran las víctimas en la jurisprudencia administrativa para desvirtuar el carácter imprevisible e inevitable de las acciones terroristas.¹³⁷

Por lo anterior, la falla del servicio constituye el fundamento principal de la responsabilidad en Colombia y la ausencia de definición unida a las exigencias impuestas por la jurisprudencia, en lo relativo al análisis en concreto de la falla de servicio y al grado que ésta debe presentar para que proceda la responsabilidad del Estado, hacen de ella un fundamento limitado¹³⁸

En términos de Ruiz Orejuela, la falla del servicio se aplica:

" En aquellos eventos en los cuales el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falante o irregular de la administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero. Para determinar la responsabilidad bajo este título debe analizarse si para la administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos, (Estado de anormalidad de orden público) sino de aquellas situaciones que no

¹³⁶ Op cit., p. 33-34.

¹³⁷ Ibid., p. 65-67.

¹³⁸ Peláez Gutierrez, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y Colombiana en materia de actos de terrorismo*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. 2000, p.27.

dejan margen casi para la duda, es decir las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida." (...) ¹³⁹

A manera de ejemplo del presente título de imputación téngase en cuenta la primera sentencia relacionada en el Anexo No. 1 de este documento.

3.2 DAÑO ESPECIAL¹⁴⁰

Este título de imputación tiene un basto desarrollo jurisprudencial y doctrinal, que para efectos teóricos y de profundización vale la pena consultar la compilación encontrada en la obra de la referencia, sin embargo y para los efectos propios de esta investigación es pertinente recordar que en virtud del daño especial *"se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal."*¹⁴¹

La Sección tercera del Consejo de Estado¹⁴² definió esta teoría como:

"Esta teoría, con fuerte basamento en la equidad, la igualdad y la solidaridad, se enmarca dentro de los factores objetivos con los que se ha enriquecido el catálogo de títulos de imputación al Estado.

¹³⁹ Op cit., Orejuela Ruiz, p. 200.

¹⁴⁰ Para un profundo desarrollo y conceptualización de este título de imputación, es importante considerar la obra titulada El Daño Especial, como Título de Imputación de Responsabilidad del Estado, del autor Gustavo Cuello Iriarte, del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Publicada en el año 2009; la cual cuenta con un completo desarrollo histórico, legislativo y jurisprudencial del daño especial.

¹⁴¹ Aparte de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 20 de febrero de 1989, citado en Peláez Gutierrez, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los Fundamentos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa y Colombiana en Materia de Actos de Terrorismo*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. 2000, p. 77.

¹⁴² Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Ponente: Enrique Gil Botero, Radicación número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696) del tres de mayo de dos mil siete (2007).

El daño especial cuenta con una larga tradición en la jurisprudencia de esta Corporación, siendo utilizada por primera vez en 1947. A partir de ese momento esta Corporación ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto del daño especial, en la cual el título de imputación tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado. Los supuestos de aplicación de este título de imputación han sido variados, todos ellos creando líneas jurisprudenciales que se han nutrido de un común denominador de naturaleza principialista.”

“(…)El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal. Lo dicho no debe entenderse como un reducto de arbitrariedad del juez, fruto exclusivo de su personal idea de justicia. Por el contrario, este tipo de razonamiento es el que se exige de todos y cada uno de los operadores jurídicos, quienes al momento de aplicar la ley deben permear su interpretación con los principios constitucionales vigentes dentro del sistema jurídico, sobre todo a partir de la entrada en rigor de la nueva Constitución, norma que incorpora los valores y principios como un elemento axial dentro de su estructura, algo que debe reflejarse en la concepción del derecho que tengan los operadores jurídicos que funcionan dentro del sistema. Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que de sentido al Estado Social de Derecho. Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata de el uso de la discrecionalidad que permite -e incluso, en algunos casos exige- el ordenamiento para eventos en que la vía excepcional es la que cumple con el valor de justicia material que se busca.”

Otro pronunciamiento que vale la pena señalar es el expuesto por el Consejo de Estado en sentencia¹⁴³, en el cual se dijo que:

¹⁴³ Este pronunciamiento jurisprudencial corresponde a la sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera identificación E - 8577 del 23 de Septiembre de 1994, cuyo ponente fue el Doctor Julio César Uribe Acosta.

"(...) el principio de responsabilidad por daño especial se informa, a su vez, en razones de equidad, criterio auxiliar de la actividad judicial. Como es bien sabido ella es la idea fundamental en el concepto de justicia, como lo recuerda Jhon Rawls, en su obra Justicia como Equidad, por ello enseña:

La cuestión de la equidad surge cuando persona libres carecen de autoridad las unas sobre las otras se embarcan en una actividad conjunta y establecen o reconocen entre ellas las reglas que definen esa actividad y que determinan las respectivas cuotas en LOS BENEFICIOS y LAS CARGAS. Una práctica parecerá equitativa a las partes si ninguno siente que, por participar por encima de ella, él o alguno de los demás está sacando ventaja o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. Esto implica que cada uno tiene una concepción de lo que son pretensiones legítimas, y piensa que es razonable que los otros la reconozcan tanto como él. Si se piensa en los principios de justicia como surgiendo de la forma descrita, entonces esos principios definen ese tipo de concepción. (...) Las personas embarcadas en una práctica justa o equitativa, pueden mirarse unas a otras y defender sus respectivas posiciones – si es que parecieran cuestionables – por referencia a principios que es razonable esperar que cada uno acepte. "Es esta idea de la posibilidad de un mutuo reconocimiento de principios por personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras la que hace que el CONCEPTO DE EQUIDAD sea fundamental para la justicia.

(...) la Sala ha hecho suya la perspectiva de cuestionamiento que el ilustre filósofo aconseja al juez, cuando le exige "**determinar que pensaría que es justo o injusto si cada uno de sus intereses fuera tan enteramente el suyo como de hecho son los de otras personas**, y de prestar su juicio sobre el caso tal como le parece que su sentido de justicia exige tras haber articulado en su mente con todo cuidado los problemas que hay que decidir" Obra citada, pág 3). En otras palabras: cualquiera de los magistrados que integran la sala de encontrarse en las mismas circunstancias externas de los demandantes también habría demandado al Estado la indemnización correspondiente, pues el derecho es justicia o no es."

Como ejemplo de aplicación de este título de imputación léase la sentencia relacionada en el ítem No. 1 del Anexo No. 1.

5.3. RIESGO EXCEPCIONAL

El tercer y último título de imputación jurídica tiene ocurrencia cuando *"el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público, utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riego de naturaleza excepcional, el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio*

*público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la administración así no halla habido falta o falla del servicio”.*¹⁴⁴

Este título de imputación se configura cuando en un actuar legítimo la autoridad coloca en riesgo a unas personas en aras de proteger a la comunidad, la sala ha precisado que los elementos estructurales de la responsabilidad bajo este título son: Un riesgo de naturaleza excepcional para los administrados que aparece por la amenaza potencial contra los instrumentos de acción del estado (...). El daño a bienes protegidos por el derecho. El nexo de causalidad entre el daño y la conducta de riesgo creada por el Estado. (...) ¹⁴⁵

Por lo anterior, téngase en cuenta que a las dificultades ofrecidas por la jurisprudencia en materia de daño especial y riesgo excepcional vistas en el 2.2 al exponer el análisis jurisprudencial de la responsabilidad del estado por terrorismo, deben sumarse las conclusiones a las cuales llega el Peláez en la obra que hemos venido relacionando, en punto de la confusa aplicación que han tenido estos dos títulos de imputación de responsabilidad del Estado.

“La jurisprudencia administrativa colombiana utiliza el fundamento del riesgo, de una manera residual, para indemnizar algunas víctimas de de acciones terroristas, pues es claro que el principal fundamento de responsabilidad objetiva utilizado por la jurisprudencia administrativa colombiana en la materia que nos ocupa es el daño especial. Sin embargo, la utilización “residual” de la idea del riesgo resulta, de la aplicación que de él hacen los tribunales administrativos, de algunas sentencias aisladas de Consejo de Estado, - que en nuestra opinión no son claras y de la utilización que la Alta Corporación hace del “riesgo”, con argumento adicional en la aplicación de la responsabilidad por daño especial en materia de terrorismo.”

Téngase como ejemplo de este título de imputación la sentencia relacionada en el ítem No. 3 del anexo No. 1.

A manera de conclusión sobre este apartado es conveniente desatacar los siguientes enunciados:

- 🚦 La falla del servicio es el fundamento principal de la responsabilidad del Estado en Colombia.

¹⁴⁴ Aparte de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 2 de febrero de 1984, citado en Peláez Gutierrez, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los Fundamentos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa y Colombiana en Materia de Actos de Terrorismo*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. 2000, p. 93.

¹⁴⁵ Op cit., RUIZ. p. 200.

- ✚ La falla del servicio es el único fundamento de responsabilidad del Estado en Francia.
- ✚ El juez administrativo exige implícitamente una falla del servicio grave – cualificada.
- ✚ El daño especial es el principal fundamento objetivo de responsabilidad del Estado.
- ✚ El daño especial es un fundamento residual basado en el restablecimiento del equilibrio de las cargas públicas, en la equidad y en la solidaridad.
- ✚ El riesgo excepcional es un fundamento objetivo residual de la responsabilidad del Estado, debido a que en primer término se aplicaría la teoría del daño especial. sin embargo, según la última tendencia del Consejo de Estado, la idea del riesgo está primando sobre la del daño especial, en casos de indemnización de daños derivados de atentados terroristas al punto de proponer la eliminación del daño especial como título de responsabilidad.

4. EXPERIENCIAS LEGISLATIVAS FORÁNEAS EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN A LAS VÍCTIMAS POR TERRORISMO - REFERENTE DE DERECHO COMPARADO – ESPAÑA Y FRANCIA.

En el derecho contemporáneo existen dos vías 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 y en el francés.¹⁴⁶

En España el primer antecedente conocido de indemnización a las víctimas de atentados terroristas es el 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. Posteriormente, el Real Decreto Ley 13 de 1997 autorizó la celebración de un sorteo de lotería nacional a favor de las víctimas del terrorismo.

Finalmente la Ley 32 del 8 de octubre de 1999, denominada “*De la solidaridad con las víctimas de terrorismo*” establece la obligación para el Estado Español de asumir el pago de las indemnizaciones que le son debidas a las víctimas por los autores y demás responsables de los actos terroristas.

En el artículo segundo de dicha ley se establece que los beneficiarios de la ley son las víctimas de terrorismo y que los daños indemnizables solo serán los daños físicos o psicofísicos sufridos por las víctimas siempre que los ataques se hayan producido entre el 1 de enero de 1968 y el 8 de octubre de 1999. Así mismo, se indica que las indemnizaciones otorgadas al amparo de esta disposición se concederán por una sola vez y no implican la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna.

La ley dentro de su articulado presenta los requisitos para el reconocimiento de las indemnizaciones, entre los cuales se encuentra que mediante sentencia se hubiere reconocido el derecho a ser indemnizado y el segundo que sin mediar sentencia se hubieren llevado y adelantado las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos. En estos casos, la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos

¹⁴⁶ Op cit., Gil Botero. *Temas de la responsabilidad extracontractual del Estado* p. 206, 207.

podrán acreditarse ante la Administración General del Estado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

Así mismo se presentan las cuantías de las indemnizaciones y compensaciones y los criterios para determinar dichas cuantías.

Tal y como lo relata Gil Botero en la obra citada con antelación, en el derecho español la Ley 32 de 1999, 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 Fuster – Fabra Torrellas al comentar las bases y principios de la gestión 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, este atraiga para sí, como no puede ser de otro modo, las acciones propias de reclamar a sus responsables 213 – cabría añadir a los 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 destrozó 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, debería ser un verdadero cause de transmisión de derechos, no válvula de escape para la huida de la responsabilidad de los autores.”¹⁴⁷

De otra latitud, en Francia mediante la Ley No. 86 – 1020 de septiembre 9 de 1986 se permite por un procedimiento rápido a la indemnización de todas las víctimas de terrorismo en territorio Francés e incluso de los

¹⁴⁷ Fabra Torrellas, José María Fuster. *Responsabilidad civil derivada de actos terrorismo, Tesis Doctoral Cum Laude*. Barcelona: Editorial Atelier, 2001, p. 175.

nacionales franceses en el exterior, ésta 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.

5. LAS EXPERIENCIAS LEGISLATIVAS EN COLOMBIA Y EL DECRETO 1290 DEL 22 DE ABRIL DE 2008

La primera experiencia legislativa en materia de indemnización de víctimas por terrorismo fue establecida en ejercicio de facultades extraordinarias propias de los estados de excepción mediante el Decreto 444 de 1993, el cual tenía como finalidad adoptar medidas para impedir la extensión de los 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 en el artículo 19 de la Ley 104 de 1993, Título II "Atención a las Víctimas de Atentados Terroristas" **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 acción terrorista. La ayuda será en materia de salud, asistencia en materia de vivienda, asistencia en materia de crédito, y asistencia en materia educativa.

Dicha ley delimita el concepto de atentados terroristas a aquellos cometidos con bombas o artefactos explosivos y tomas guerrilleras que afecten en forma indiscriminada la población¹⁴⁸ y determina expresamente 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 dicha ayuda.¹⁴⁹

En un tercer momento y constituyéndose como tercera experiencia de indemnizaciones a las víctimas de terrorismo, se promulgó la Ley 241 de 1995 mediante la cual se pretendía generar instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia; dicha ley tenía como objetivos fundamentales modificar y adicionar la Ley 104 de 1993. Uno de los aspectos modificados fue el otorgamiento de una pensión mínima legal vigente a quien en condición de víctima de terrorismo sufre

¹⁴⁸ Artículo 18 Ley 104 de 1993.

¹⁴⁹ Artículos 46 y 47 Ley 104 de 1993.

una pérdida del 50 % o más de su capacidad laboral, de acuerdo a lo establecido en la ley 100 de 1993, siempre y cuando carezcan de otras posibilidades pensionales y de atención en salud.

La Ley 418 de 1997, por medio de la cual se consagraron unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones, derogó las leyes 104 de 1993 y 241 de 1995 y tuvo una vigencia de dos (2) años.

El artículo quince (15) de dicha ley definía a las víctimas del conflicto armado interno como 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.

Un aspecto importante a destacar de la ley en comento, que también estaba contenido en las leyes derogadas, se basa en la reiteración que hace **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 consistía en asistencia en materia de salud, vivienda, crédito, educación.** Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 47 de la misma señalaba que la asistencia que preste el Estado a las víctimas no implica reconocimiento de responsabilidad por tales actos.

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

La Ley 782 de 2002 prorrogó la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y modificó el artículo 15 de la misma en cuanto al concepto de víctima, señalando que se entiende 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.

La última expresión legislativa que se conoce, y tal vez la más importante, se produjo con la expedición del **Decreto Ley 1290 del 2008, "por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la Ley"**; dentro de los antecedentes del Decreto se determinó que el Estado además de la reparación judicial establecida en la Ley 975 del 25 de julio de 2005 de Justicia y Paz, es viable que, **dentro del principio de solidaridad** y la obligación residual de reparar pueda establecer un procedimiento administrativo para reparar de manera anticipada a las

víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, sin perjuicio de la obligación de hacerlo que tienen los victimarios y el derecho de repetición del Estado contra estos.

Es importante señalar que en los considerandos de dicho decreto se estima conveniente crear un programa para la reparación administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, **con fundamento en el principio de solidaridad con las víctimas.**

El Decreto 1290 de 2008 establece inicialmente, unos principios rectores entre los que se encuentran la autonomía, la colaboración armónica, la igualdad, la solidaridad, el enfoque diferencial entre otros; del mismo modo consagra unas definiciones, entre las cuales se encuentran los derechos cubiertos (la vida, la integridad física, la salud física y mental, la libertad individual y la libertad sexual), el concepto de víctima, las clases de violaciones, los beneficiarios, los victimarios, las violaciones no incluidas (delitos contra la propiedad, el patrimonio y las violaciones colectivas o atribuibles a agentes del Estado), reconocimiento y dignidad, entre otros.

El decreto en el artículo quinto dispone que el Estado reconocerá y pagará directamente a las víctimas, o a los beneficiarios de que trata el presente decreto, a título de indemnización solidaria, de acuerdo con los derechos fundamentales violados, sumas de dinero expresadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con los derechos de las víctimas, es decir, para homicidios, desapariciones forzadas y secuestro se reconocerán 40 SMLMV, para lesiones personales y psicológicas que produzcan incapacidad permanente se reconocerán hasta 40 SMLMV, para lesiones personales y psicológicas que no causen incapacidad permanente se reconocerán hasta 30 SMLMV, por tortura 30 SMLMV, por delitos contra la libertad e integridad sexuales, reclutamiento ilegal de menores 30 SMLMV, y por desplazamiento forzado hasta 27 SMLMV.

Como vemos las indemnizaciones ofrecidas en este Decreto oscilan entre \$20.600.000 y 13.905.000 de acuerdo con el salario mínimo legal vigente para el 2010.

Adicionalmente el decreto presenta la metodología que se seguirá en caso de concurrir varias personas con derecho a la indemnización solidaria; así como medidas de rehabilitación y restitución de los derechos violados.

De otro lado se presentan medidas de satisfacción que de alguna manera son actos simbólicos para reivindicar los nombres y derechos de las víctimas, tales como - Reconocimiento público del carácter de víctima, de su dignidad, nombre y honor, ante la comunidad y el ofensor. - Efectuar las

publicaciones a que haya lugar relacionadas con el literal anterior, a través de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional-Acción Social. Realización de actos conmemorativos, a través de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Acción Social. Entre otros.

Por último el decreto regula los aspectos atinentes a los programas para el cumplimiento de las medidas de reparación, deducción de las indemnizaciones otorgadas en caso de condenas por vía judicial, se crea el Comité de Reparaciones Administrativas y se regula el procedimiento para el reconocimiento y aplicación de la reparación individual por vía administrativa.

En virtud de lo anterior, es necesario extraer algunas **conclusiones preliminares** que sinteticen y permitan puntualizar los aspectos más importantes de los antecedentes legislativos anotados:

1. Estos regímenes legislativos, representan una forma de asistencia pública, efectuada en virtud del principio constitucional de solidaridad social, que no brinda una reparación completa de los perjuicios sufridos por las víctimas.
2. Se plantea que a pesar de las ayudas ofrecidas a las víctimas, el Estado no reconoce ninguna responsabilidad por tales actos.
3. No se trata entonces de una indemnización por los daños, sino simplemente de una ayuda o asistencia humanitaria que como vimos dependió de la voluntad política del gobierno de turno.
4. El concepto de víctimas de actos terroristas se incorpora al criterio de violencia política.
5. El artículo 18 de la Ley 104 de 1993 delimitó el concepto de actos terroristas a aquellos actos cometidos con bombas o artefactos explosivos y tomas guerrilleras que afecten indiscriminadamente a la población.
6. El Decreto Ley 1290 de 2008 representa un instrumento jurídico importante con vocación de permanencia, basado en el principio de solidaridad mediante el cual el Estado reconoce, por vía administrativa, indemnizaciones para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, entre los que se encuentran las víctimas de atentados terroristas.
7. El Decreto 1290 de 2008, pese a que representa un avance en materia de asistencia a las víctimas de terrorismo y de

materialización del principio de solidaridad, no brinda una reparación completa de los perjuicios sufridos por las víctimas.

6. FUNDAMENTOS¹⁵⁰ DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TERRORISMO

6.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL¹⁵¹

El fundamento constitucional en el que se basa tanto la doctrina como la jurisprudencia para endilgar la responsabilidad extracontractual en Colombia en la actualidad encuentra asidero en el artículo 90 superior¹⁵², pues a partir de dicho reconocimiento constitucional la doctrina identifica una nueva fase de la responsabilidad en la cual la ésta es concebida como garantía constitucional de los derechos de los ciudadanos¹⁵³. Pese a tal reconocimiento, es claro que no resulta ser ni el único, ni el primero, en tanto y cuanto que son los principios y valores constitucionales a quienes, desde la misma Constitución, se les encarga la función de irradiación de las demás disposiciones contenidas en la carta.

6.2 FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TERRORISMO – LA DIVERSIDAD EN MATERIA DE TÍTULOS DE IMPUTACIÓN JURÍDICA

La jurisprudencia con base en el fundamento constitucional anterior, ha sido la llamada a generar respuestas a las solicitudes de indemnización de las víctimas de terrorismo, las cuales han sido disímiles a lo largo de la

¹⁵⁰ Las cosas que tienen un fundamento no son como son por antojo, pudiendo ser también de otra manera, sino que son así porque **necesariamente** tienen que ser. El **fundamento** al que responden no les permite ser **de otro modo**. (...) la idea de fundamento lleva, pues, implícita la ley de una **necesidad activa** de una fuerza eficaz que hace por **ley de necesidad**, que sobre lo que ella se funda **sea así y no de otro modo**. LaSalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Bogotá: Temis, Segunda Edición, p. 39 - 40.

¹⁵¹ Para profundizar en la idea del artículo 90 CP como fundamento de la Responsabilidad del Estado se sugiere la lectura de la sentencia de la CConst, C -3337199, A. Martínez.

¹⁵² Art. 90. 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. (...)"

¹⁵³ Op cit., Esguerra Portocarrero, p. 291.

historia por cuanto son la consecuencia directa de la aplicación de los diferentes regímenes de responsabilidad, traducidos y más conocidos como la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional, los cuales fueron analizados en el numeral 3 de la presente investigación, pues la jurisprudencia ha entendido que en el marco del dispositivo constitucional encuentran cabida todos los sistemas de responsabilidad administrativa.

Se entiende que los regímenes de responsabilidad constituyen un fundamento de la responsabilidad distinto al consagrado en el texto constitucional, pues si bien el artículo 90 pretende englobar todo el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, los títulos de imputación han sido los encargados de desarrollar en la práctica y por muchos años la responsabilidad del Estado, por lo cual han sido los jueces quienes en sus providencias, en aplicación de los diferentes título de imputación, quienes han concebido y desarrollado la responsabilidad del Estado, ora con fundamento en el artículo 90 superior, ora con fundamento en los principios y valores que irradian todo el entramado constitucional.

Por ello se colige que los títulos de imputación constituyen el instrumento o fundamento inmediato mediante el cual es dable endilgar o atribuir la responsabilidad del Estado por actos terroristas.

6.3 FUNDAMENTOS DEONTOLÓGICOS COMO FUENTE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR TERRORISMO

La doctrina contemporánea, la jurisprudencia constitucional y la contencioso administrativa en muy puntuales providencias han destacado cual debe ser el papel que cumplen los principios y valores constitucionales dentro del ordenamiento, por lo cual, más allá de establecer la responsabilidad a partir de títulos jurídicos de imputación, es imperioso rescatar que los principios constitucionales de dignidad humana, solidaridad e igualdad resultan ser, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico vigente, los encargados de fundamentar y reconocer la responsabilidad del Estado por los daños causados a las personas, como consecuencia de un atentado terrorista, pues mal puede entenderse que la obligaciones del Estado de garantizar la vida honra y bienes de las personas quede en entre dicho al no lograrse configurar los elementos objetivos que dan lugar a la responsabilidad, desdibujando el papel de la persona como fin último del Estado y de cualquier relación jurídica.

En desarrollo del fundamento deontológico de la responsabilidad del Estado, se ha decidido entrar a analizar el papel que deben cumplir los principios y valores al interior de nuestro sistema jurídico, para lo cual, se partirá por señalar la importancia y las limitaciones del proceso de juridización de los principios y valores, pasando por destacar su importancia y exigibilidad, hasta llegar al desarrollo de teorías jurídicas y políticas como las propuestas por Valencia Restrepo, Ronald Dworkin, Robert Alexy y Jhon Rawls, no sin antes destacar la relación e importancia de una concepción política de justicia de transfondo.

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

4. IMPORTANCIA Y LIMITACIONES DEL PROCESO DE JURIDIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

4.1 EXIGIBILIDAD DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES

“El problema de los principios generales del derecho reside en saber, cual es el papel que realmente representan, esto es, cuales son sus funciones”

Josef Esser

Muchas e interminables son las discusiones que se suscitan en los diferentes campos jurídicos en torno al papel que juegan los principios del derecho, pues para algunos, los principios simplemente son unos estándares o criterios que fijan ciertos derroteros o parámetros que muestran los objetivos que se pretenden alcanzar, para otros, son verdaderas normas jurídicas que están dotadas de toda fuerza normativa, y para otros son catalogados como normas jurídicas que gozan de ciertas propiedades que las diferencian de las normas jurídicas propiamente dichas.

La complejidad del tema y las distintas teorías que se pueden encontrar en este contexto seguramente responden a un hecho cierto, según el cual se afirma que a través de los principios, el derecho incorpora y hace suyos aspectos propios de la moralidad, de la filosofía y/o de la política que a lo sumo entrañan valores y expectativas que se consideran altamente favorables para un sistema democrático.

Una vez presentada esta breve pero necesaria ilustración del contexto en el que emergen los principios, es necesario advertir las razones que hacen de este tema la piedra angular de la fundamentación de la hipótesis que se pretende ilustrar en el marco de la presente investigación, pues en este tópico y en su posterior formulación se pretende demostrar, explicar, y/o reposicionar el verdadero rol que deben tener los principios del derecho y en particular los principios constitucionales, entre los cuales destaco la solidaridad y la dignidad humana con ocasión de los daños antijurídicos producidos por acciones terroristas.

En desarrollo de lo anterior, se encausa la investigación a través de ciertos autores que a juicio de quien esto escribe, brindan ideas y

concepciones sumamente acertadas a cerca del deber ser de los principios.

En tal sentido y como vehículo de introducción al tema se presenta un análisis de la obra **Nomoárquica, Principalística jurídica o los principios generales del derecho** de Valencia Restrepo.

Para este autor, los principios generales del derecho constituyen la suprema garantía para que la creación, interpretación, e integración del derecho no queden libradas al arbitrio subjetivo de quienes las ejercen, sino a la inatacable objetividad en que ellos consisten.¹⁵⁴ Esta primera idea nos deja muy cerca a los debates encontrados en la teoría jurídica norteamericana, en relación con la discrecionalidad judicial versus el papel de los principios del derecho.¹⁵⁵

Pero, más allá de identificar uno de los objetivos concretos de los principios, cual es el de garantizar los derechos existentes, es menester abordar la naturaleza tanto jurídica como política que comportan, pues esto permite identificar de una mejor manera algunas características de los principios, que *prima facie* pueden ser desconocidas o conocidas superficialmente.

Según Restrepo y en lo que atañe a su naturaleza jurídica se destaca que los principios son auténticas normas: constituyen las taxativas del ordenamiento y pueden ser explícitas o implícitamente positivas y en lo tocante a su naturaleza filosófica se pone el acento en que los principios son normas fundamentales, universales, tópicas y axiológicas, bien los integralmente axiológicos o axiológicos en sentido estricto.¹⁵⁶

Por lo anterior, es dable colegir que en estos dispositivos se da una batalla jurídica y filosófica que no es otra distinta a la que de vieja data nos narró el ius naturalismo y el positivismo, al ubicar en los principios, el campo de batalla por antonomasia del iusnaturalismo y el positivismo.¹⁵⁷

De allí la teoría según la cual se considera que los principios constituyen el mecanismo por medio del cual el derecho natural penetra

¹⁵⁴ Valencia Restrepo, Hernán. *Nomoárquica, Principalística jurídica o los principios generales del derecho*, Bogotá: Temis, 1993. P. 3.

¹⁵⁵ Para este tema puede consultarse el texto *El Debate Judicial entre Hart y Dworkin* de la Universidad de Los Andes. 4ª Edición, 2002, Siglo del Hombre Editores.

¹⁵⁶ Op cit., p. 12.

¹⁵⁷ Ibid., p. 15.

el derecho positivo. Mejor expresado, el derecho natural vive en el derecho positivo a través de los principios.

De otra latitud, es conveniente entrar a analizar qué es lo que hace que el tema de los principios sea tan discutido, tan maleable y tan discriminado por distintos actores; a mi juicio, el meollo de la dificultad se presenta debido a que en los principios se libran las tensiones entre el deber ser y el ser del derecho, del Estado y de su concepción social y democrática; sin embargo, el tema no es tan simple como esta apreciación inicial, pues Valencia Restrepo identifica ocho factores que impiden u obstruyen la estructuración de una teoría general de los principios jurídicos¹⁵⁸

El primer factor de obstrucción que desarrolla el autor es que los principios no tienen como única función la integrativa, porque ellos presiden todo el *iter normae*.

Los principios de acuerdo con este argumento:

“Están antes de la vigencia de la norma con su función creativa orientando los órganos que van a producirla.

Están durante la vigencia de la norma con su función hermenéutica mostrando pautas a los encargados de interpretarla.

Por último, están después de la norma con su función integrativa, llenando el vacío cuando no haya norma legal ni consuetudinaria aplicable al caso controvertido.”

Siguiendo con nuestro análisis, los principios son *topoi* o lugares comunes, o sea, los puntos donde se concentra el sentido común o la experiencia, donde se condensan los valores superiores que en el derecho viven y donde pueden descubrirse la virtualidad y exigencia operativa de estos.¹⁵⁹

Los principios tienen necesariamente un origen no positivo y eventualmente un origen positivo; sin embargo, independientemente

¹⁵⁸ Tales factores son: 1. Su visión ahistórica. 2. Su enfoque unifuncional o la sobrevaloración de su función integrativa. 3. El difundido desconocimiento de su naturaleza jurídico – filosófica. 4. Las insuficientes soluciones del iusnaturalismo individualista y del positivismo. 5. Su pretendida índole axiomática o deductiva. 6. Su recóndita polisemia. 7. Su indistinción original. 8. El no señalamiento de las vías descubridoras y enumerativas de principios jurídicos ni de los métodos para obtenerlos y aplicarlos.

¹⁵⁹ Ibid., p. 27.

de cual sea su origen ya sea en el primero de los casos en el cual los principios pueden originarse en una norma explícitamente positiva, la cual los consagre de manera expresa, y/o en unas necesidades jurídicas que así lo requieran,¹⁶⁰ o en el segundo, en el cual el origen no positivo o las necesidades jurídicas de los principios se originan en una necesidades vivamente sentidas por el derecho y que han de satisfacerse para que pueda funcionar a cabalidad,¹⁶¹ los principios se presentan como auténticos principios jurídicos, pues, aunque sean tomados de la ética, deben ser positivizados, valga aclarar, han de ser juridizados en el más estricto de los sentidos: los principios - que sean normas implícitamente positivas deben tornarse por la positivación normas explícitamente positivas-. En conclusión, todos los principios del derecho son valores coerciblemente.¹⁶²

El anterior razonamiento puede ser traducido en la necesidad de conceptualizar y categorizar que los principios sea cual sea su fuente, comportan el elemento coercitivo u obligante del derecho, el cual no puede ser desnaturalizado por su naturaleza filosófica.

El papel de los jueces en materia de aplicación de principios, resulta ser el más importante instrumento y más adecuado medio de positivación de los principios, pues con ellos se garantiza dinamismo y aplicación efectiva de los postulados que como se dijo están presentes en todas las etapas de la norma al crear, interpretar e integrar el derecho.

Como **conclusión preliminar** podemos destacar que los principios generales del derecho son normas fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícitas o explícitamente positivas que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento.¹⁶³

¹⁶⁰ Ibid., p. 31.

¹⁶¹ Ibid., p. 32.

¹⁶² Op cit., Cossio, Carlos. *La plenitud del orden jurídico*, Buenos Aires: 1939. p. 151. Leído en Valencia Restrepo Hérnan. p 31.

¹⁶³ Las funciones de los principios de crear, interpretar e integrar el derecho son propias del Dr. Valencia Restrepo quien además enfatiza en que uno de los problemas de la teoría general de los principios del derecho, radica en que se ha sobrevalorado su función integrativa desconociendo sus otras dos funcionalidades.

4.2 TEORÍAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS DE LOS PRINCIPIOS Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

4.2.1 LOS DERECHOS EN SERIO, RONALD DWORKIN

“Podemos sentirnos seguros de que lo que estamos haciendo es lo adecuado, pero mientras no podamos identificar los principios que seguimos no podemos tener la seguridad de que son suficientes ni de que los estamos aplicando congruentemente”.

“Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.

“Los principios que resultan convincentes para los miembros de una comunidad determinada estarán causalmente determinados por los objetivos colectivos de dicha comunidad”

Ronald Dworkin

La obra de Dworkin y en especial el desarrollo de su tesis “*los derechos en serio*”, es traída a colación en este acápite para darle realce y mayor fuerza de convicción a la fundamentación de la hipótesis que se pretende ilustrar, según la cual como se ha dicho, el principio de solidaridad debe ser el fundamento de la responsabilidad del Estado con motivo de los daños antijurídicos ocasionados a las personas por el accionar terrorista.

La presente obra resulta ser un referente obligado para la teoría jurídica contemporánea, en tanto y cuanto ubica en los principios del derecho el fundamento de decisión de los jueces en los casos difíciles, pues en términos de Dworkin dejar a la discrecionalidad del juez la cuestión de los derechos significa no tomarse en serio los derechos.

Para desplegar el análisis sobre esta obra, en primer orden se procederán algunos aspectos que, marcan unos puntos determinantes para el entendimiento de la teoría; una vez hecho lo anterior, se procederá a asociar la teoría de defensa de los principios

Dworkiniana a los casos de daños producidos por atentados terroristas.

En primer orden, resulta necesario destacar para efectos de contextualizar la teoría Dworkiniana su eminente carácter crítico al positivismo y al utilitarismo, al punto que ha sido leído como quien sin ser iusnaturalista, ha proveído las críticas más implacables y los ataques más puntillosos al positivismo jurídico.

Dworkin pretende irrumpir una tercera vía entre iusnaturalismo y iuspositivismo fundamentada en el modelo reconstructivo de Rawls; en términos de Neil McCormick, el propósito de Dworkin es reinstaurar la relación íntima entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico, poniendo de manifiesto la fusión entre los principios morales y jurídicos, para lo cual monta todo su aparato analítico sobre la obra "The Concept Of Law" del H.L.A. Hart, catalogada como la obra más desarrollada de la corriente positivista.

La tesis de los derechos de Dworkin es el resultado de un esfuerzo académico muy bien logrado a través del cual se hace, sin decirlo, un llamado a la coherencia y a la integración del derecho permitiendo identificar la importancia del reconocimiento y la realización de los derechos individuales por encima de cualquier directriz política y objetivo social colectivo, pues ninguna de éstas puede triunfar frente a un auténtico derecho individual.

En donde la tesis de Dworkin¹⁶⁴ muestra toda su plenitud es en los casos difíciles, pues en casos como éstos, los principios desempeñan un papel esencial al ofrecerle al juez elementos objetivos que puedan superar su libre y arbitraria discreción en el proceso de razonamiento y creación de obligaciones jurídicas.

Dworkin estructura su teoría sobre la base y la defensa de los derechos individuales, pues considera que ni la discreción judicial, ni los objetivos sociales o las directrices políticas pueden socavar tales derechos, para ello impone acudir a los principios cuando no haya ley aplicable al caso o cuando el caso sea considerado difícil. Ataca frontalmente la discrecionalidad judicial, -punto neurálgico del positivismo jurídico - pues encuentra en ella, la posibilidad de que los jueces desconfiguren o desdibujen los objetivos del Estado, creando de acuerdo con sus propias convicciones, gustos, inclinaciones políticas, sociales, filosóficas y económicas, nuevas normas

¹⁶⁴ Para estos efectos entiéndase por tesis de Dworkin que los principios deben ser consultados y aplicados por el juez en vez de su libre y cambiante discrecionalidad.

aplicables de manera retroactiva sin percatarse que los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales no de hechos legales ni de estrategia.

Dworkin establece una diferencia lógica entre principios y normas, en términos del carácter de orientación que dan, las normas operan de la siguiente manera: si la norma es válida y resulta aplicable al caso debe acogerse, y si no debe rechazarse, pues nada a porta a la cuestión, mientras que en los principios, existe una dimensión que falta en las normas la dimensión de peso o importancia, pues aunque enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pueden ser ponderados y sopesados a partir del peso que tengan y de ahí su carácter decisivo, por ello es propio de los principios preguntar que importancia o que peso tienen. La norma por su parte no es más ni menos importante, sino que por el contrario resulta ser aplicable o no aplicable de acuerdo a la realización de los supuestos de hechos que prevee. Los principios por su parte al desempeñar un papel fundamental en los argumentos que fundan juicios referentes a unos determinados derechos y obligaciones jurídicas, justifican una nueva interpretación de una norma garantizando consigo los derechos individuales de los involucrados y al hacerlo no inventan derecho ni aplican las normas de manera retroactiva, tan solo se limitan a garantizarlos.

En fin, son muchos más los temas que Dworkin despliega en defensa de los principios, tales como la diferencia entre los argumentos políticos¹⁶⁵ y los argumentos de principio¹⁶⁶; el modelo de juez ejemplar a través de la figura ficticia de Hércules para llegar a la respuesta correcta, la coexistencia de principios o el hecho de que los principios rodeen el ordenamiento, la incorporación de los principios como una regla de reconocimiento, las tesis de que las decisiones judiciales en los casos civiles, aun en los casos difíciles (...) son y deben ser de manera característica generadas por principios, no por directrices políticas, entre otros.

¹⁶⁵ Aquellos que favorecen o protegen alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo.

¹⁶⁶ Aquellos que justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o del grupo o que se proponen establecer un derecho individual.

4.2.1.1 APLICACIÓN O ASOCIACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS A LOS CASOS DE DAÑOS ANTIJURÍDICOS PRODUCIDOS CON OCASIÓN DE ATAQUES TERRORISTAS

En este punto de la investigación se pretende desarrollar algunas reflexiones en torno a la fundamentación de las hipótesis de trabajo, basadas en las teorías sobre los principios referidas.

En una primera línea es necesario retomar, si quiera por un momento, los criterios que utiliza la jurisprudencia del Consejo de Estado no sólo para endilgar la responsabilidad al Estado con motivo de este tipo de casos, sino desde otra óptica, para proteger, garantizar o restablecer los derechos de las víctimas. Retomando, existen fundamentos de orden constitucional a partir de los cuales, el Consejo de Estado ha desarrollado una suerte de teorías o más técnicamente denominados títulos tradicionales de imputación jurídica (falla del servicio, daño, especial y riesgo excepcional) a través de los cuales y basados en unos supuestos de hecho determinados, se reconoce o no la responsabilidad del Estado, con lo cual la garantía de los derechos pende, desde la teoría, de la existencia y prueba de un conjunto de circunstancias que en muchos casos resultan ser difícilmente aportados. En otras palabras, la responsabilidad del Estado derivada de terrorismo es una responsabilidad casuística, pues está condicionada a que el ataque sea dirigido contra una institución del Estado o contra un agente representativo del mismo o a que sucedan las demás circunstancias explicadas en el numeral 2.2 para que el derecho pueda ser restablecido, desconociendo ciertamente que al Estado le asiste por una lado, *"un deber de protección hacia el otro, que según advierte pareja, tiene por ende la obligación de indemnizar los daños que le cause su falta de protección. El incumplimiento de esos deberes por parte del Estado dá automáticamente a los perjudicados el derecho de exigir una reparación"*¹⁶⁷ y por otro, una serie de obligaciones frente a los ciudadanos de garantizar sus derechos fundamentales, lo cual va más allá de que materialmente haya tenido participación, autoría, complicidad o causa en la ocurrencia de los hechos.

Este panorama indica, en principio, que la responsabilidad política de los jueces, por lo menos los del Alto Tribunal de lo Contencioso administrativo no muestra una preocupación seria por atender y/o

¹⁶⁷ Leído en Sánchez Sandoval, Adolfo. *Culpa Aquiliana, Cuasidelitos*, De la Responsabilidad del Estado por los Hechos de Guerra. Fusagasugá: Ideas y Soluciones Gráficas, 2004, p 211.

restablecer los derechos individuales de los afectados, que como sabemos y hemos visto no tienen porqué soportar la multiplicidad de afectaciones de sus derechos que generan los ataques terroristas, aspecto que como lo destaca Dworkin, resulta ser trascendental para una eficaz defensa y garantía de los derechos individuales.

En segundo orden, esto muestra que las funciones de los principios, reseñadas por Valencia Restrepo, no son cumplidas al menos en términos de integrar y considerar en las decisiones el entramado de principios que pueden estar comprometidos en la decisión, pues si ni siquiera se considera que el principio de solidaridad circunda o rodea la decisión, mucho menos se entrará a ponderar la dimensión de peso, importancia o el carácter decisorio que puede obtener en la lucha por imponerse frente a otros principios.

De otro lado, los títulos de imputación aunque aplicables no son interpretados a la luz de los principios de solidaridad y dignidad humana, pues si lo fueran otra sería la suerte de las víctimas. Lo anterior en virtud a que pocas son las sentencias en materia de responsabilidad del Estado por terrorismo, en las que los jueces a más de aplicar la ley o las reglas jurisprudenciales creadas procuran analizar los principios constitucionales comprometidos en la decisión y en procura de dicha observancia deciden conforme a ello.

Las víctimas acaso no tendrían derecho a esperar, fundamentadas en el principio de confianza legítima y la buena fe que el Estado genere otro tipo de acciones afirmativas desde el ejecutivo o desde el impulso de proyectos de ley que a lo sumo consignent los mecanismos que se deben activar cuando se presentan este tipo de ataques.

Como conclusión de lo anterior, y estando en total sintonía con la posición de Dworkin según la cual los problemas de la jurisprudencia no son problemas de reglas ni de estrategia sino problemas de principios morales, lo que se quiere mostrar en rigor es la necesidad y exigibilidad de generar críticas constructivas y reflexivas que propendan por mostrar un punto de vista razonado del problema y consecuentemente desarrollar teorías que den sustento a la aplicación de los principios de solidaridad humana y de dignidad frente a las afectaciones derivadas de atentados terroristas.

4.2.2 TEORÍA ALEXIANA DE LOS PRINCIPIOS Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

“Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”

“Lo que debe ser, debe ser bueno para todos en igual medida”

Robert Alexy

Otra tesis que resulta pertinente traer a colación, es la de Alexy, vinculada con la teoría de los principios y su relación con los derechos fundamentales, toda vez que la tesis básica de la concepción de Alexy se erige sobre *“el entendimiento de los derechos fundamentales como principios o como mandatos de optimización, que ordenan, la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”*¹⁶⁸

Por lo anterior, Alexy considera que los principios pueden ser cumplidos en diferentes grados, a diferencia de las reglas que por su parte pueden ser cumplidas o incumplidas, por lo cual se deberá hacer lo que ella exige, ni más ni menos, éstas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible, por lo que las cataloga como mandatos definitivos, a diferencia de los principios a los que cataloga como mandatos de optimización.¹⁶⁹

De otro lado, Alexy menciona que los conflictos entre reglas y las colisiones entre principios no se pueden solucionar de la misma manera, por lo que un conflicto entre reglas solo puede ser solucionado si se introduce una cláusula de excepción o si se declara la invalidez de una de ellas;¹⁷⁰ mientras que una colisión entre principios, debe resolverse estableciendo una relación de precedencia entre los principios relevantes condicionada a las circunstancias del caso concreto.¹⁷¹ La ley de la colisión expresa que entre los principios de un sistema no existen relaciones

¹⁶⁸ Bernal Pulido, Carlos. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 28, p. 14, 15.

¹⁶⁹ Ibid., p. 96.

¹⁷⁰ Ibid., p. 96.

¹⁷¹ Ibid., p. 99.

absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada, por ello la tarea de optimización consiste en establecer estas relaciones de manera correcta, por lo cual establecer una relación de precedencia condicionada es establecer una regla construida con ocasión de un caso concreto.¹⁷²

Dentro de las funciones de los derechos fundamentales, según Alexy, se destaca que *"existe un amplio consenso acerca de que los derechos fundamentales también atribuyen al ciudadano un derecho contra el Estado para obtener de él protección contra intervenciones o ataques provenientes de otros ciudadanos, y de que los derechos fundamentales también son derechos a que se implemente la organización y los procedimientos necesarios y adecuados para el disfrute de los derechos fundamentales."*¹⁷³

Conclusiones parciales

1. Los derechos fundamentales son considerados por Alexy como principios o como mandatos de optimización
2. La colisión entre los principios se soluciona de manera diferente a los conflictos entre las reglas, puesto en los primeros existe la dimensión de peso o importancia, es decir sus conflictos se resuelven mediante el criterio de ponderación.
3. La concepción de los principios no define a los derechos como enemigos de la democracia, sino que hacen de la democracia un factor para determinar el alcance de las garantías implícitas en los derechos.

¹⁷² Ibid., p. 100.

¹⁷³ Ibid., p. 36.

4.2.3 TEORÍA ALEXIANA DE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN DEL DERECHO

Debido a la innegable relación de la teoría de la pretensión de corrección del derecho de Alexy, con la fundamentación teórica de la presente investigación, según la cual se considera que el principio de solidaridad es el basamento sobre el cual debe descansar la responsabilidad del Estado por terrorismo, se ha considerado incorporar en este acápite un análisis reflexivo y aplicado al caso en cuestión mediante el cual se pretenden ofrecer ideas que sirven de sustento adicional a la fundamentación de la hipótesis.

En primer orden, es pertinente anotar que para Alexy la pretensión de corrección del derecho se sitúa en el marco de la antigua discusión entre derecho y moral, y mediante ella se pretende probar que existe una relación conceptual, esto es, necesaria y obligatoria entre estos dos conceptos, pues se considera que *“la pretensión de corrección es una pretensión de justicia y es la que oficia el vínculo entre el derecho y la moral.”*¹⁷⁴

En términos de Alexy el argumento de la corrección dice: *“que tanto las normas jurídicas y las decisiones judiciales aisladas, así como los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección”*¹⁷⁵

Con base en ello se considera que las normas jurídicas (en nuestro caso hablamos del principio de solidaridad y dignidad humana) sea cual sea su naturaleza formulan un deber ser o según esta lectura una corrección moral del ser,¹⁷⁶ por lo cual deben ser realizables ya que según Alexy los sistemas jurídicos son reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada, y si quienes tuvieron el poder en un momento constitucional histórico decidieron

¹⁷⁴ Alexy, Robert. / Bulygin, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho, la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 18 P. Primera reimpresión, 2005 p. 17.

¹⁷⁵ Ibid., p. 45.

¹⁷⁶Alexy afirma que la pretensión de corrección es una pretensión moral. Ibid. p 19.

categorizar y fundar el Estado en estos, así como en otros principios, es por que ellos representan una concepción política y moral ideal del Estado.

Alexy introduce una diferencia entre aquellos sistemas jurídicos que formulan una pretensión de corrección y no la satisfacen, y los sistemas jurídicos que no la formulan, para los primeros les reserva el nombre de un sistema jurídico deficiente y a los segundos los cataloga como aquellos sistemas que carecen del carácter de jurídicos, lo anterior se denomina la relevancia clasificatoria de la pretensión de corrección.

Según esta tesis, y en lo que a nuestra investigación comporta, nuestro sistema jurídico formula una pretensión de corrección, (cual es garantizar la dignidad humana y actuar conforme al principio y el deber de solidaridad), de ahí que el carácter clasificatorio de la pretensión de corrección, pues aunque no se satisface en muchos casos, como el que nos ocupa de responsabilidad por terrorismo, sigue siendo un sistema jurídico aunque jurídicamente deficiente.

Llama particularmente la atención las implicaciones que Alexy le atribuye a la formulación de la pretensión de corrección,¹⁷⁷ toda vez que el acto de creer en lo que se afirma (creer en los fundamentos del Estado y asumirlos como tales) y la consecuente imposibilidad de negarlos o imposibilitar su realización tiene plena relación con los principios de confianza legítima y buena fe, emanados de la jurisprudencia constitucional y administrativa, según los cuales se considera que los particulares tienen derecho a esperar que la administración cumpla con lo prometido o con los fines a los cuales se ha visto constitucionalmente avocada a cumplir, por lo cual al negarlos se estaría incurriendo según Alexy en una contradicción performativa.¹⁷⁸ y según mi concepto en una violación a la teoría de respeto al acto propio.

Alexy plantea la contradicción performativa en los siguientes términos: *“si afirmo que sucede algo e inmediatamente después digo que no lo creo se estaría produciendo una contradicción performativa, por que la afirmación de que algo tiene lugar presupone la creencia en ello. Se trata de una contradicción performativa porque el acto de afirmar es negado por el acto de negar la creencia.”*¹⁷⁹

¹⁷⁷ Las implicaciones pueden verse en específico en la página 21 del texto citado.

¹⁷⁸ Las contradicciones entre el contenido de un acto y las presuposiciones necesarias de su actuación pueden ser designadas como “contradicciones performativas” Ibid., p. 99.

¹⁷⁹ Ibid., p. 22.

Del mismo modo, Alexy sostiene que quienes formulan la pretensión de corrección son los sujetos, pues estos adoptan el punto de vista interno de quienes hacen el derecho y el ordenamiento jurídico es el encargado de concretar esa pretensión, por ello concibe la pretensión de corrección como una adecuación a pautas morales, que es lo que diferencia al derecho de la pura facticidad del poder y lo que le otorga una dimensión ideal.

Por último, es importante concluir con la relevancia práctica que Alexy le atribuye a la pretensión de corrección, puede apreciarse en dos ocasiones en el caso del derrumbe de un sistema jurídico injusto y en la resolución de los casos difíciles en este último caso es donde se desarrolla plenamente.

Es preciso advertir que los casos de responsabilidad por terrorismo son casos difíciles, en tanto que no se cuentan con una ley que permita atender las solicitudes de indemnización y como quiera que existe disparidad de criterios y dificultades de orden probatorio que hacen de la indemnización un asunto de difícil consecución.

Según el autor no solamente el sistema jurídico visto como un todo, debe formular la pretensión de corrección, sino que así mismo toda decisión judicial que se profiera con ocasión de un caso difícil debe formular tal pretensión, razón por la cual se considera, que si los títulos tradicionales de imputación jurídica utilizados para estudiar la responsabilidad del Estado por terrorismo son insuficientes para garantizar los principios de dignidad humana y de solidaridad, éstos deben fallar con una interpretación antipositivista¹⁸⁰, mediante el ejercicio de una pretensión de corrección jurídica y moral que permite decidir correctamente, vinculando su decisión con deberes morales ideales y con una moral universal procedimental.

A manera de conclusión.

1. Para Alexy existe una relación necesaria entre derecho y moral.
2. Tanto las normas jurídicas como un todo, así como las decisiones judiciales individualmente consideradas deben formular una pretensión de corrección.
3. La pretensión de corrección es una pretensión de justicia y es la que oficia el vínculo entre el derecho y la moral.

¹⁸⁰ Por antipositivista quiere decirse una posición en la que no prime el apego estricto a la ley.

4. El Estado al negar los fines perseguidos estaría incurriendo en una contradicción performativa.

4.2.4 UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA PARA LA SOCIEDAD DEMOCRATICA COLOMBIANA “JUSTICIA COMO EQUIDAD” -UNA REFORMULACIÓN – JHON RAWLS¹⁸¹

“El fin último compartido de hacerse mutuamente justicia, puede ser parte de la identidad de los ciudadanos”

Amy Gutmann

4.2.4.1 INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA

Se considera necesario, en primer término, presentar de una manera sintetizada las ideas fundamentales sobre las cuales se estructura el planteamiento de Jhon Rawls, dado que éstas representan y caracterizan su obra. Posteriormente, se presentará una reflexión sobre la manera como esta teoría puede ayudar a superar la situación de vulneración que presentan las víctimas del terrorismo en Colombia.

En primer término, es necesario empezar por decir que “*La justicia como equidad*” representa una concepción política liberal de justicia para ser aplicada en las sociedades democráticas, en donde los ciudadanos se entienden como libres e iguales, capaces de decidir de una manera razonable y racional¹⁸², cuales son los principios de justicia que guiarán su desarrollo social y garantizarán sus derechos y libertades básicas.

Según Rawls la idea organizadora central de esta concepción de justicia es la idea de una **sociedad como un sistema equitativo de**

¹⁸¹ En esta obra Rawls se propone rectificar los defectos más serios de su obra “*Teoría de la Justicia*” y agrupar en una formulación unificada la concepción de la justicia presentada en *Teoría de la Justicia*. La Justicia como equidad Una reformulación, Barcelona: paidós, 2002. p. 17.

¹⁸² Rawls plantea como una constante de su teoría la diferencia entre lo racional y lo razonable, aseverando que lo razonable se entiende como una idea moral intuitiva básica y en ella participa la idea de una sensibilidad moral, mientras que lo racional es una expresión propia de la razón que no necesariamente comporta una dimensión de justicia, por ello lo razonable tiene primacía sobre lo racional y lo subordina absolutamente. Esta primacía exige la primacía de lo justo. (...) p. 29, 30, 120, 121).

cooperación social a lo largo del tiempo de una generación a la siguiente. Esta idea a su turno tiene tres rasgos que la particularizan, el primero está dado porque la cooperación esté guiada por reglas y procedimientos públicamente reconocidos que los cooperantes aceptan como apropiados para regular su conducta; los términos de la cooperación deben ser equitativos, lo que modela una idea de reciprocidad o mutualidad.

Para especificar los términos equitativos de la cooperación social Rawls propone **dos principios de justicia**¹⁸³, los cuales tienen fundamentalmente **tres funciones**, **(I)** definen los derechos y libertades básicos que deben asignar las instituciones políticas y sociales, **(II)** regulan la división de los beneficios que surgen de la cooperación social y **(III)** distribuyen las cargas necesarias para sostenerla.

La idea de una sociedad bien ordenada¹⁸⁴, de una estructura básica¹⁸⁵, de una posición original¹⁸⁶, de personas libres e iguales¹⁸⁷, de una

¹⁸³ Los dos principios sobre los que se estructuran los términos equitativos de cooperación son: **a) El principio de igualdad**, que reza que cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y **b) El Principio de diferencia**: Según el cual se considera que las desigualdades sociales deben satisfacer dos condiciones: en primer lugar tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades y en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad. p. 73.

¹⁸⁴ **Una sociedad bien ordenada** Es aquella en la que los ciudadanos saben y aceptan que los demás aceptan la misma concepción política de justicia, del mismo modo los ciudadanos están seguros de las instituciones políticas y sociales satisfacen los principios de justicia, los ciudadanos tienen un sentido de justicia que los capacita para entender y aplicar tales principios. p. 31,32.

¹⁸⁵ **La estructura básica** se entiende como el modo en que las instituciones políticas y sociales de la sociedad encajan en un sistema de cooperación social y el modo en que asigna derechos y deberes básicos y regulan la división de las ventajas que surgen de la cooperación a lo largo del tiempo. p. 33 // También se entiende como la organización de las principales instituciones de la sociedad en un sistema unificado de cooperación social a lo largo del tiempo. p. 218.

¹⁸⁶ **La posición original** es una situación equitativa, en la que los ciudadanos en procura de crear los términos equitativos de la cooperación social no pueden conocer sus posiciones sociales, económicas o las doctrinas comprensivas particulares de las personas que representan, así como tampoco pueden conocer el grupo étnico, ni la raza, ni el sexo, ni sus dotaciones innatas para que puestos en tal situación puedan evitar las condiciones ventajosas de negociación que inevitablemente surgen con el tiempo como resultado de tendencias históricas acumuladas.

justificación pública¹⁸⁸, del equilibrio reflexivo¹⁸⁹ y de un consenso entrecruzado¹⁹⁰ son claves para entender la dimensión humanista, igualitaria y benefactora de los derechos mínimos de los ciudadanos, conceptos sobre los cuales es preciso reflexionar a la hora de analizar las virtudes de un régimen constitucional estable, por cuanto entraña, el sentido de la equidad, el espíritu del compromiso y la disposición a asumir compromisos con los demás, en donde se entiende que **la solidaridad** no es más que otra expresión de reciprocidad entendida como una cooperación mutuamente ventajosa.

4.2.4.2 LA NECESIDAD DE UNA CONCEPCIÓN POLÍTICA DE JUSTICIA DE TRASFONDO

Estas ideas generales sobre las cuales se estructura la justicia como equidad, sirven para destacar como en Colombia no existe una concepción política de justicia de trasfondo, sino una suerte de doctrinas comprensivas razonables e irrazonables que no le permiten a los operadores jurídicos ni a la sociedad en general discernir que es lo mínimo que se debe garantizar ante una vulneración derechos como la

¹⁸⁷ Los ciudadanos se entienden como **iguales** en el sentido de que todos se entienden poseedores, en el grado mínimo esencial, de las facultades morales (I. Capacidad de poseer un sentido de justicia. II. La capacidad de poseer una concepción del bien); y se entienden como **libres** en dos sentidos I. son libres de tener su propia concepción del bien y capaces de revisar y cambiar esa concepción por motivos racionales y razonables y II. Son libres de presentar exigencias a las instituciones para promover sus concepciones del bien. p. 43, 46-48.

¹⁸⁸ Por **justificación pública**, se entiende aquel ejercicio mediante el cual cada ciudadano pretende justificar juicios políticos mediante el uso de la razón pública, es decir, mediante formas de razonamiento e inferencias apropiadas a las cuestiones políticas fundamentales apelando a creencias, razones y valores políticos de los que cabe razonablemente esperar que los otros también reconocerán. p. 52, 53.

¹⁸⁹ **El equilibrio reflexivo** parte de la capacidad de los ciudadanos para razonar, así como de un sentido de justicia, por ello se entiende como aquel equilibrio alcanzado cuando la persona ha considerado cuidadosamente las concepciones alternativas de la justicia y la fortaleza de los distintos argumentos en su favor. p. 55, 57.

¹⁹⁰ **La idea de un consenso entrecruzado** se usa para permitir pensar en la sociedad bien ordenada de un modo más realista, pues parte de la idea de que en una sociedad bien ordenada hay un pluralismo razonable, esto es, que a pesar de que todos los ciudadanos afirman una concepción política de justicia, éstos defienden tal concepción desde el interior de visiones filosóficas y morales opuestas o desde doctrinas comprensivas diferentes.

presentada en situaciones de terrorismo, razón por la cual huelga decir que en el contexto en el que se ubican los principios como factores exigibles, debe existir una concepción de justicia aplicable a la estructura social en donde los ciudadanos en procura de alcanzar un acuerdo entrecruzado en los términos equitativos de cooperación protejan a los menos favorecidos.

Lo que se pretende denotar con esta influencia teórica, es que con motivo de los atentados terroristas se llega a una situación de desigualdad producida por una contingencia externa ajena a la persona que le hace perder su perspectiva de vida, sus sueños y ambiciones formadas a la largo de una vida, por ello dice Rawls:

"(...) si ignoramos las desigualdades en las perspectivas de vida de la gente, que nacen de esas contingencias y dejamos que esas desigualdades sigan su propio curso sin acertar a instituir la regulaciones necesarias para preservar la justicia de trasfondo, entonces, no nos estaríamos tomando en serio la idea de la sociedad como sistema equitativo de cooperación entre ciudadanos libres e iguales. (...)"

Las personas víctimas de terrorismo podríamos encasillarlas en aquellas que Rawls considera las menos aventajadas, para quienes se reservan los bienes primarios, aquellos que necesitan como ciudadanos para promover sus concepciones permisibles del bien, aquellas cuya promoción es compatible con la justicia.

4.4.2.3 LA IMPORTANCIA DE GARANTIZAR UNOS MÍNIMOS O LA REGLA DEL MAXIMIN

En la justicia como equidad y más precisamente con la formulación de la regla del maximin, lo que se busca es brindar un nivel mínimo garantizable y evitar toda posición que esté por debajo del nivel garantizable, es decir, en donde las personas representantes que estén creando los términos equitativos de la cooperación al desconocer la posición económica, social de sus representados (velo de ignorancia) eleven las condiciones mínimas o las garantías en situaciones más desfavorables en caso de que sean ellos quienes las tengan que padecer.

4.4.2.4 LA POSICIÓN ORIGINAL Y EL VELO DE IGNORANCIA COMO MEDIO PARA ENTENDER Y ATENDER LA SITUACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

La posición original y el velo de ignorancia nos muestran de una manera ideal como podría abordarse una concepción jurídico-política para encarar situaciones de daños producidos por terrorismo, pues al impedir que los sujetos intervinientes en el acuerdo de los términos equitativos de cooperación conozcan su posición y el riesgo que enfrentarían al caer en tal situación, se preocuparían mucho más por garantizar, la exigibilidad de los principios y de los derechos mínimos como la vida, la salud, y los demás derechos cercenados por tales atentados, antes de crear por encima de tales protecciones y garantías, reglas positivas que fijan condiciones y limitantes para el restablecimiento de los mismos.

Esto hace pensar en una posición deseable en la que cada juez que tenga a su cargo el restablecimiento de derechos o la solicitud de indemnización de los mismos con motivo del actuar terrorista, se percaté de la inminente situación de indefensión, desprotección, incertidumbre y riesgo, en la cual puede verse inmersa cada víctima y ante la injusticia producida a uno solo que a su vez representa una amenaza para todos, pueda reconocer los derechos que les asisten a las víctimas y los deberes correlativos de solidaridad en cabeza de la sociedad y del Estado, logrando así garantizar tanto las libertades y los derechos mínimos, así como el ejercicio de una vida digna para todas las víctimas de estos atentados.

De otro lado, si un ciudadano cae por debajo del mínimo esencial como motivo de los daños producidos por atentados terroristas, pierde su calidad de ser un miembro cooperativo de la sociedad y según Rawls el índice de bienes primarios que se le deben proporcionar deben ser determinados con mayor precisión en la etapa legislativa, lo cual hace pensar que el Estado desde el legislativo, debe a lo sumo generar políticas claras que permitan identificar mecanismos precisos para el restablecimiento de tales derechos.

Resulta conveniente traer a colación textualmente, las palabras de Rawls en aras de puntualizar las razones por las cuales el principio de solidaridad cobra toda su plenitud como una expresión más de una justicia política de trasfondo:

" (...) la intención no es simplemente asistir a los que salen perdiendo por accidente o por mala fortuna (aunque esto deba hacerse), sino más bien colocar a todos los ciudadanos en una posición en la que puedan gestionar sus propios asuntos

partiendo de un nivel adecuado de igualdad social y económica.

Los menos aventajados no son, si todo va bien, los desafortunados y desventurados, -objetos de nuestra caridad y compasión, aunque mucho menos de nuestra piedad- sino aquellos a los que se debe reciprocidad en nombre de la justicia política, justicia política para una totalidad de ciudadanos libres e iguales. Aunque controlen menos recursos, cumplen su parte plenamente de un modo que es reconocido por todos como mutuamente ventajoso y consistente con el autorespeto de cada cual.”¹⁹¹

Conclusiones o aportes de la teoría de Rawls

1. Rawls muestra la necesidad de una concepción política de justicia de trasfondo.
2. Rawls muestra la importancia de garantizar los derechos mínimos.
3. La actitud de un juez y un legislador al verse situado en la posición original y al tener el velo de ignorancia que le impide conocer las circunstancias de su vida, debería cambiar en procura de elaborar condiciones equitativas para todos los ciudadanos.
4. No se trata de ayudar o asistir a quien sale perdiendo del infortunio, sino de colocar a todos los ciudadanos en una posición en la que puedan gestionar sus propios asuntos partiendo de un nivel adecuado de justicia social.

¹⁹¹ Rawls, Jhon. *Justicia como Equidad, una reformulación*, Barcelona: Paidós, 2002, p. 190.

CONCLUSIONES GENERALES

- ✚ Desde el reconocimiento de las ideas más elementales de terrorismo se advierten las complejidades que el concepto entraña, alteraciones psicológicas de los individuos que en él participan, fines aparentemente ocultos pero materializados en el miedo y terror generado a la población, la desestabilización del poder que subyace, las apreciaciones subjetivas o los prejuicios de los sujetos frente al concepto etc.
- ✚ En medio de la complejidad y de lo maleable que puede ser el concepto, la doctrina reconoce que el término terrorismo es fundamentalmente político. No obstante lo anterior, el carácter político del concepto de terrorismo responde a la frecuencia con que los fines u objetivos políticos han estado ligados a la mayoría de ataques terroristas, sin que por ello se deba desconocer el terrorismo con fines económicos e indirectamente políticos como ha sucedido con los atentados terroristas ocasionados por organizaciones narcotraficantes.
- ✚ No existe una única y universal definición que de cuenta del término para explicarlo en toda su dimensión, pues se entiende que es un concepto sujeto a manipulaciones políticas.
- ✚ Cada afirmación o consideración sobre el terrorismo entraña valores, prejuicios, o compromisos que hacen que el intérprete no sea neutral o aséptico a la hora de entender el tema.
- ✚ El terrorismo se caracteriza por ser premeditado, inevitable, imprevisible y abominable.
- ✚ El terrorismo es un concepto íntimamente ligado a la violencia, pues se vale de ella como arma y estrategia para generar terror y/o pánico en la población.
- ✚ Como consecuencia de la violencia generalizada e indiscriminada producto del terrorismo o de ataques terroristas, se deriva una clara violación a una multiplicidad de derechos de las personas víctimas de estos ataques.
- ✚ Se aprecia en la doctrina varios enfoques del concepto de terrorismo, algunos autores hacen hincapié en la persona terrorista, su personalidad psicopática, otros en los móviles que lo llevan a cometer dichos actos, otros en las dificultades que el término genera

y en los elementos que lo caracterizan, otros en los efectos que persigue.

- ✚ En un primer momento se analiza el terrorismo como violatorio de la seguridad pública teniendo en cuenta que desde la legislación penal, se concibe el delito de terrorismo como un atentado contra la seguridad pública al amenazar tanto la seguridad y estabilidad del Estado como la seguridad de los ciudadanos, sin embargo, el terrorismo tal y como lo reconoce la Corte Constitucional afecta gravemente otros derechos o bienes jurídicos protegidos por el Estado Colombiano tales como la vida, la integridad personal, la dignidad humana, entre otros.
- ✚ Los problemas en torno a la definición del terrorismo ofrecidos por la doctrina, han sido superados por el derecho positivo a través de la incorporación de un tipo penal caracterizado por circunstancias y elementos objetivos.
- ✚ Al mismo propósito de superar las ambivalencias del concepto destacadas por la doctrina, contribuye la adopción de los diferentes tratados internacionales que sin duda, exponen la gravedad y el impacto que dicho fenómeno representa para la comunidad internacional, razón por la cual se adoptan definiciones y características objetivas que permiten identificarlo y reprimirlo internacionalmente.
- ✚ Si bien podríamos decir que la misma Corte Constitucional reconoce que el terrorismo afecta el Derecho Internacional y especialmente derechos que hacen parte del *Ius Cogens*, no por ello podríamos aseverar que la prevención, protección y sanción del terrorismo haga parte del mismo, como quiera que la misma Corte Constitucional en sentencia C- 291 de 2007 dispuso que "*(...) son los principios esenciales de Derecho Internacional Humanitario los que tienen el rango de ciertas normas de Ius Cogens, dado que la comunidad internacional como un todo les ha reconocido carácter perentorio e imperativo.*"
- ✚ La persona humana es el eje central, el objeto, núcleo y centro de atención de los ordenamientos jurídicos.
- ✚ La dignidad de la persona humana reviste tan alta importancia que ha sido elevada a la categoría de principio constitucional fundador del Estado.

- ✚ Los tres tipos de dignidad son dignidad ontológica, dignidad ética y dignidad teológica.
- ✚ La Corte constitucional concibe la dignidad humana como (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional. (ii) Como principio constitucional y (iii) tiene el carácter derecho fundamental autónomo.
- ✚ En medio de la ocurrencia de ataques terroristas la persona humana queda sujeta a un estado material de desprotección que hace asimilar su vida al concepto de nuda vida propuesto por Giorgio Agamben, en donde la vida queda expuesta a la muerte o a vejaciones ocasionadas con total desprotección e impunidad.
- ✚ A pesar de todas las manifestaciones teóricas, los daños ocasionados con motivo del actuar terrorista, hacen que la persona sea víctima y quede sometida a un estado de indefensión en el cual sus derechos que en teoría son inviolables y protegidos por el Estado queden, para su restablecimiento, reducidos a limitadas políticas gubernamentales o a mecanismos de defensa judicial cuya activación depende de un conjunto de condiciones fácticas, económicas y jurídicas que como vimos hacen de su restableciendo un asunto difícilmente realizable.
- ✚ Los daños derivados de atentados terroristas vulneran el principio de igualdad frente a las cargas públicas.
- ✚ Los daños causan graves afectaciones a los derechos garantizados y protegidos constitucionalmente.
- ✚ La imputación derivada de dichos daños responde a una imputación jurídica en donde el hecho es el daño, el nexo es el ordenamiento jurídico – especialmente los principios y valores superiores- y la consecuencia es el deber de indemnizar.
- ✚ Los jueces en sus decisiones están obligados a involucrar principios y valores constitucionales a efectos de dar prevalencia a los derechos de los asociados.
- ✚ Se han creado jurisprudencialmente tres modalidades bajo las cuales es posible atribuir responsabilidad al Estado en materia de atentados terroristas, falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional.

- ✚ Existe unanimidad en la jurisprudencia en la aplicación y entendimiento de la falla del servicio.
- ✚ Existen disparidad de criterios al entender la aplicación del daño especial y del riesgo excepcional.
- ✚ Existe una tendencia al interior del Consejo de Estado que pretende eliminar el daño especial como título de imputación para atribuir responsabilidad del Estado por actos terroristas.
- ✚ **Se reconoce que hay responsabilidad del Estado por terrorismo cuando:**
 - El Estado habiendo tenido conocimiento de las amenazas o de información de la comunidad informando la inminencia del ataque no haya tomado las acciones idóneas y oportunas para prevenirlo o repelerlo.
 - El ataque va dirigido contra un agente representativo del Estado, bajo el título riesgo excepcional o daño especial.
 - Cuando se demuestra la participación de uno o varios agentes del Estado en el acto terrorista.
- ✚ **No se reconoce responsabilidad del Estado por terrorismo cuando:**
 - El ataque fue indiscriminado, imprevisible y no iba dirigido contra un agente representativo del Estado, sino que su finalidad estaba dirigida a sembrar zozobra y terror en la población.
 - No se logra demostrar los elementos constitutivos del daño antijurídico, (hecho - nexos - daño).
 - El ataque es dirigido contra los miembros de la fuerza pública, pues ellos asumen voluntariamente un riesgo consciente que va ligado a la naturaleza de su profesión, siempre que éstos cuenten con la indumentaria necesaria para repeler o evitar el ataque.
- ✚ La falla del servicio es el fundamento principal de la responsabilidad del Estado en Colombia.
- ✚ La falla del servicio es el único fundamento de responsabilidad del Estado en Francia.
- ✚ El juez administrativo exige implícitamente una falla del servicio grave o cualificada.

- ✚ El daño especial es el principal fundamento objetivo de responsabilidad del Estado.
- ✚ El daño especial es un fundamento residual basado en el restablecimiento del equilibrio de las cargas públicas, en la equidad y en la solidaridad.
- ✚ El riesgo excepcional es un fundamento objetivo residual de la responsabilidad del Estado, debido a que en primer término se aplicaría la teoría del daño especial. Sin embargo, según la última tendencia del Consejo de Estado, la idea del riesgo está primando sobre la del daño especial, en casos de indemnización de daños derivados de atentados terroristas al punto de proponer la eliminación del daño especial como título de responsabilidad.
- ✚ Los regímenes legislativos, representan una forma de asistencia pública, efectuada en virtud del principio constitucional de solidaridad social, que no brinda una reparación completa de los perjuicios sufridos por las víctimas.
- ✚ A pesar de las ayudas ofrecidas a las víctimas, el Estado no se reconoce ninguna responsabilidad por tales actos.
- ✚ No se trata entonces de una indemnización por los daños, sino simplemente de una ayuda o asistencia humanitaria que como vimos dependió de la voluntad política del gobierno de turno.
- ✚ El concepto de víctimas de actos terroristas se incorpora al criterio de violencia política.
- ✚ El artículo 18 de la Ley 104 de 1993 delimitó el concepto de actos terroristas a aquellos actos cometidos con bombas o artefactos explosivos y tomas guerrilleras que afecten indiscriminadamente a la población.
- ✚ El Decreto Ley 1290 de 2008 representa un instrumento jurídico importante con vocación de permanencia, basado en el principio de solidaridad mediante el cual el Estado reconoce, por vía administrativa, indemnizaciones para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley, entre los que se encuentran las víctimas de atentados terroristas.
- ✚ El Decreto 1290 de 2008 pese a que constituye un importante avance en materia de asistencia a las víctimas de terrorismo y de materialización del principio de solidaridad no brinda una reparación completa de los perjuicios sufridos por las víctimas.

- ✚ Los principios generales del derecho son normas fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícitas o explícitamente positivas que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento.
- ✚ Los problemas de la jurisprudencia no son problemas de reglas ni de estrategia, sino problemas de principios morales, lo que se quiere mostrar en rigor es la necesidad y exigibilidad de generar críticas constructivas y reflexivas que propendan por mostrar un punto de vista razonado del problema y consecuentemente desarrollar teorías que den sustento a la aplicación de los principios de solidaridad humana y de dignidad frente a las afectaciones derivadas de atentados terroristas.
- ✚ La colisión entre los principios se soluciona de manera diferente a los conflictos entre las reglas, puesto en los primeros existe la dimensión de peso o importancia, es decir, sus conflictos se resuelven mediante el criterio de ponderación.
- ✚ La concepción de los principios no define a los derechos como enemigos de la democracia, sino que hacen de la democracia un factor para determinar el alcance de las garantías implícitas en los derechos.
- ✚ Tanto las normas jurídicas como un todo, así como las decisiones judiciales individualmente consideradas deben formular una pretensión de corrección.
- ✚ La pretensión de corrección es una pretensión de justicia y es la que oficia el vínculo entre el derecho y la moral.
- ✚ El Estado al negar los fines perseguidos estaría, en términos de Alexy, incurriendo en una contradicción performativa.
- ✚ La actitud de un juez y un legislador al verse situado en la posición original y al tener el velo de ignorancia que le impide conocer las circunstancias de su vida, debería cambiar en procura de elaborar condiciones equitativas para todos los ciudadanos.
- ✚ No se trata de ayudar o asistir a quien sale perdiendo del infortunio, sino de colocar a todos los ciudadanos en una posición en la que puedan gestionar sus propios asuntos partiendo de un nivel adecuado de justicia social.

BIBLIOGRAFÍA

- ✚ Aulestia Urrutia, Kepa. *Historia General del Terrorismo*. Madrid: Santillana, 2005.
- ✚ Nueva Enciclopedia Larousse Tomo 10.
- ✚ Barker, Jonathan. *El Sin sentido Del Terrorismo*. 2004: Madrid, Editorial Intermón Oxfam.
- ✚ Hoffman, Bruce. *A Mano Armada Historia del Terrorismo*, Espasa Calpe, S.A. 1998.
- ✚ Kohen, Marcelo G. Editado por Carlos Molina Betancur. *El Estado: Reflexiones acerca de sus retos en siglo XXI*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.
- ✚ Kai Ambos, *Terrorismo y Ley, Análisis Comparativo: República Federal Alemán, Gran Bretaña, Perú y Colombia, Perú*: 1989, Comisión Andina de Juristas.
- ✚ Pizarro León Gómez, Eduardo *Terrorismo y Democracia*. Bogotá: Planeta, 2003.
- ✚ Salah Arguello, Santiago *Tesis de Grado para optar por el título de abogado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 1982.
- ✚ Sánchez Sandoval, Adolfo. *De la Responsabilidad del Estado por los Hechos de Guerra, Culpa Aquiliana, Cuasidelitos*, Fusagasugá: Ideas y Soluciones Gráficas, 2004.
- ✚ Hormazábal Malaver, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Universidad de Barcelona, 1991.
- ✚ Reyes Echandía, Alfonso. *La Antijuricidad*. Bogotá: Tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, 1981.
- ✚ Código Penal Colombiano.
- ✚ Ferreira Delgado, Francisco José. *Derecho Penal Parte Especial Tomo II*. Bogotá: Temis, 2006,
- ✚ Mirabelli, Cesare. *Observaciones sobre los Derechos Fundamentales de la Persona y su Protección, La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribuciones para la Redacción de un Código Civil Tipo en Materia de Personas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995

- ✚ Hoyos, Ilva Myriam. *De la Dignidad y de los Derechos Humanos* Bogotá: Temis, 2005
- ✚ B. MATHIEU. *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme, Paris, Ceric, -Université Aix, - Marseille, La documentation française, 1999, pp. 30 a 42. Leido El Principio de Dignidad Humana de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa.* Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita /72 Temas de Derecho Público, Universidad Externado de Colombia Bernardo Carvajal Sánchez, 2005.
- ✚ Múnera Ruiz, Leopoldo. *Normalidad y Excepcionalidad en la Política* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Sede, 2008.
- ✚ De Lucas, Javier. *El Concepto de Solidaridad.* México: Segunda Edición, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, 1998.
- ✚ Carreño Siniestra de Llorente, María Eugenia. *Valores y Convivencia.* San José de C.R.: Promesa, 2006.
- ✚ Grueso Delfín, Ignacio. *Rawls Una Hermenéutica Pragmática,* Cali: Universidad del Valle, 1997.
- ✚ Polo, Leonardo. *Valores y Convivencia Ética.* México: U. Panamericana, 1993.
- ✚ Honnet. Alex. *Menosprecio y Resistencia" y "Un concepto formal de eticidad, en la lucha por el reconocimiento.* Barcelona: Crítica, 1997.
- ✚ Cano Jaramillo, Carlos Arturo. *La redacción del Texto Jurídico* Bogotá: Ed. Linotipia Bolívar y Cía S. 1997.
- ✚ Constitución Política de Colombia.
- ✚ Mora Restrepo, Gabriel. *Ciencia Jurídica y Arte del Derecho, Estudios sobre el oficio del Jurista.* Universidad de la Sabana, Gustavo Ibáñez.
- ✚ Gómez Posada, José Fernando. *Teoría y Crítica de la Responsabilidad por Daños del Estado en Colombia.* Bogotá: Reimpresión, Segunda Edición Corregida y Aumentada, Universidad Sergio Arboleda, 2007.
- ✚ Parra Gutierrez, René. *Responsabilidad Patrimonial Estatal,* Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2003.

- ✚ Diccionario de Filosofía, Brugger Walter, Ed. Herder, 2005.
- ✚ García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo, La Responsabilidad Patrimonial de la Administración.*
- ✚ Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad del Estado Colombiano por los Daños Ocasionados Por Actos Terroristas Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado.* Bogotá: Tercera Edición, Comlibros.
- ✚ Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. *La Protección Constitucional del Ciudadano.* Bogotá: Legis, 2004.
- ✚ Arévalo Reyes, Héctor Dario. *Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.* Bogotá: Gustavo Ibañez, 1999,
- ✚ Orejuela Ruiz, Wilson. *Responsabilidad Del Estado Por Terrorismo, Responsabilidad Extracontractual.* Bogotá: ECOE Ediciones, 2008.
- ✚ Fabra Torrellas, José María *Responsabilidad civil derivada de actos terrorismo. Tesis Doctoral Cum Laude.* Barcelona: Atelier, 2001.
- ✚ Valencia Restrepo, Hernán. *Nomoárquica, Principalística Jurídica o los principios generales del derecho.* Temis, Bogotá, 1993.
- ✚ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio,* Barcelona: Sexta reimposición, Ariel, 2007.
- ✚ Bernal Pulido, Carlos, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 28.
- ✚ Alexy Robert / Bulygin Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho, la polémica sobre la relación entre derecho y moral.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 18 P. Primera reimposición 2005.
- ✚ RAWLS Jhon, *La Justicia como equidad Una reformulación,* Paidós, 2002.
- ✚ Peláez Gutierrez, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- ✚ Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado.* Bogotá: Ibañez, Cuarta Edición, 2010.

- ✚ Kauffman, Artur. *Filosofía del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 1999, reimpreso 2006.

- ✚ Torralba Roselle Francesc. *¿Qué es la dignidad humana?*. Barcelona: Herder, 2005.

- ✚ Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres y otros escritos*. México: Ed. Porrúa S.A. 1990,

- ✚ Ibañez Najar, Jorge Enrique. *Seguridad del Estado, Seguridad Nacional y Seguridad Ciudadana*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2005.

- ✚ LaSalle Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Bogotá: Temis, 2010.

- ✚ Sánchez Sandoval, Adolfo. *Culpa Aquiliana, Cuasidelitos, De la Responsabilidad del Estado por los Hechos de Guerra*, Fusagasugá: Ideas y Soluciones Gráficas, 2004.

- ✚ Wilhelm von Humboldt, *Los límites de la Acción del Estado*. Madrid: Tecnos S.A. 1998,

JURISPRUDENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

- ✚ CConst, C – 134 - 93
- ✚ CConst, C – 127 - 93
- ✚ CConst, C - 762 - 02
- ✚ CConst, C – 1055 -03
- ✚ CConst, C – 037 - 04
- ✚ CConst, C - 333 - 05
- ✚ CConst, C- 537 - 2008
- ✚ CConst, T – 406 - 1992
- ✚ CConst, SU – 846 -2000
- ✚ CConst, T – 401 – 92
- ✚ CConst, C- 355 – 06
- ✚ CConst, C- 037 – 06
- ✚ CConst, T - 133 – 06
- ✚ CConst, T - 667- 02
- ✚ CConst, C - 032 – 08

- ✚ CConst, C - 459 – 04
- ✚ CConst, T - 017 – 10,
- ✚ CConst, T - 444- 08,
- ✚ CConst, T - 067 – 08,
- ✚ CConst, T - 801 – 98,
- ✚ CConst, T - 533 – 92,
- ✚ CConst, T - 523 - 06,
- ✚ CConst, T - 792- 09,
- ✚ CConst, T - 170 – 05,
- ✚ CConst, T - 069 – 10,
- ✚ CConst, T - 088 – 10,
- ✚ CConst, C- 032 – 08,
- ✚ CConst, T - 358 – 08,
- ✚ CConst, T – 209 – 99,
- ✚ CConst, T – 434 – 02,
- ✚ CConst, T - 177- 99,
- ✚ CConst, T-434 – 02,
- ✚ CConst, T - 389/99,
- ✚ CConst, C – 255 -03,

JURISPRUDENCIAS CONSEJO DE ESTADO

- ✚ Sección Tercera, Radicación número: 5595, marzo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991), Consejero ponente: JULIO CESAR URIBE ACOSTA.
- ✚ Sección Tercera, Consejero ponente: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, Radicación número: 8577, septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)
- ✚ Sección Tercera, Consejero ponente:, Dr. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS, Radicación número 10648 del 22 de Enero de 1996
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr. Juan de Dios Montes Hernández, Expediente No. 10336 del 20 de Octubre de 1995.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández, Expediente No. 10773 del 20 de Octubre de 1995 del 19 de diciembre de 1995.
- ✚ Sección Tercera, Expediente No. 10602 del 13 de diciembre de 1995
- ✚ Sección Tercera, Expediente No. 10286 del 15 de Noviembre de 1995
- ✚ Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 10475 del 13 de Diciembre de 1995.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Expediente No. 10554 del 19 de Junio de 1996.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Expediente No. 9933 del 29 de marzo de 1996.
- ✚ Sección Tercera, En sentencias 10178 del 29 de marzo de 1996, 10029 del 29 de marzo de 1996, 10694 del 13 de diciembre de 1995, 10249 del 24 de agosto de 1995 y 10457 del 24 de agosto de 1995.
- ✚ Sección Tercera, Expediente No. 10230 del 18 de abril de 1996. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente No. 10461 del 5 de septiembre de 1996
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Daniel Suárez Hernández, Expediente No. 10654 del 9 de mayo de 1996.
- ✚ Sección Tercera, Expediente No. 10627 del 13 de mayo de 1996.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente No. 11046 del 22 de agosto de 1996.

- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Daniel Suárez Hernández, Expediente No.10822 del 11 de septiembre de 1996.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Jesús María Castillo Ballesteros, Expediente No.10595 del 14 de septiembre de 1995.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Jesús María Castillo Ballesteros, Expediente No.12081 del 12 de diciembre de 1996.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Jesús María Castillo Ballesteros, Expediente No.12378 del 3 de abril de 1997.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor, Juan de Dios Montes Hernández, Expediente No.9686 del 02 de diciembre de 1996.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Juan de Dios Montes Hernández, Expediente No.10437 del 12 de diciembre de 1996.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Juan de Dios Montes Hernández, Expediente No.12273 del 30 de octubre de 1997.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Ricardo Hoyos Duque, Expediente No.10235 del 14 de agosto de 1997.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Ricardo Hoyos Duque, Expediente No.8490 del 27 de enero de 2000.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Ruth Stella Correa Palacio, Expediente No. AG-00948 número único 41001-23-31-000-2001<00948>01 de fecha 6 de octubre de 2005
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Ruth Stella Correa Palacio, sentencia 16460 número único 25000-23-26-000-1990<06968>01 de fecha 06 de junio de 2007.
- ✚ Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor, Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia 25627 número único 25000-23-26-000-2000<01615>01 de fecha 21 de junio de 2007.

ANEXO No. 1.

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE TERRORISMO O ACTO TERRORISTA.

En el presente documento se hace un análisis sintetizado de algunas de las más importantes sentencias del Consejo de Estado en esta materia, con lo cual se pretende mostrar la secuencia que ha tenido el tratamiento de la responsabilidad del estado por terrorismo en Colombia.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación número: 5595, marzo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991), Consejero ponente: JULIO CESAR URIBE ACOSTA.**

HECHOS

Con motivo de la prestación del servicio de transporte conocido como TSS (transporte sin subsidio), se presentaron en la ciudad de Medellín movimientos de protesta que llevaron a los transportadores a solicitar especial protección a las autoridades de policía quienes prometieron proteger los vehículos de servicio público y solicitaron muy encarecidamente no mermar el servicio de estos vehículos y los transportadores bajo este compromiso prestaron el servicio de transporte normalmente.

No obstante lo anterior, el día 23 de febrero de 1984, a las 11:50 a.m, a la altura de la Calle Barranquilla con la avenida del Ferrocarril, sujetos encapuchados, armados con revólver, obligaron al conductor del vehículo Guillermo Gaviria Zapata a entregar la plata y las llaves del vehículo, obligaron a los 36 pasajeros a abandonar el bus y condujeron el vehículo a las instalaciones de la Universidad de Antioquia, donde lo incendiaron.

El propietario del vehículo dio oportuno aviso a las autoridades, de policía y de bomberos, quienes en diez minutos asistieron al lugar de los hechos, según los testimonios la Policía no entró al Claustro Universitario pues se aducía que no tenían autorización del Gobernador para entrar a la Universidad.

FUNDAMENTOS

La autoridad policiva no tomó especiales medida de protección y de seguridad en el lugar en que incurrieron los hechos, negligencia que facilitó la labor de los revoltosos que pudieron retener el vehículo y llevarlo hasta los predios de la Universidad donde fue quemado a la vista de los policías y de los bomberos. Por lo anterior, y en vista de que la autoridad de policía obligó a que los transportadores no suspendieran el servicio so pena de hacerse acreedores a las sanciones de ley, y por otro lado en vista de la inminente amenaza de los delincuentes con acudir a las vías de hecho, se crea una situación sin salida que debe romperse a favor de la comunidad, prestando a favor de esta el servicio pero con la seguridad de que la administración asume el costo del riesgo.

DECISIÓN

Se confirma la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la cual se condena a la Nación - Policía Nacional a reparar los perjuicios sufridos por el propietario del Bus, **a título de falla del servicio de la administración.**

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, Radicación número: 8577, septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cuatro (1994)**

Hechos

En Bogotá el 30 de mayo de 1989, se produjo un atentado dinamitero contra el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, General Miguel Alfredo Maza Márquez, en ejecución del mismo perecieron varios transeúntes, entre ellos la señora Elsa Stella Prados de Cuervo.

Fundamentos

Es claro para la Sala que el atentado contra el Brigadier General Miguel Alfredo Maza Márquez fue un "ACTO TERRORISTA" que, por lo mismo, se orientaba a socavar las instituciones, lo que explica la selección del personaje contra el cual se ejecutó. El fenómeno violento se dirigió, pues, contra la organización estatal con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes, para quienes seleccionen esa forma de lucha. Ahora bien, si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal, son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el OBJETO DIRECTO de la agresión fue, UN ESTABLECIMIENTO MILITAR DEL GOBIERNO, UN CENTRO DE COMUNICACIONES, al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc. se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado.

El principio de responsabilidad por daño especial, se informa a su vez en razones de equidad criterio auxiliar en la actividad judicial.

Decisión

Confirma la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se condenó a la Nación, por la muerte de la ciudadana en comento, **con fundamento en la teoría de Daño Especial.**

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente:, Dr. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS, Radicación número 10648 del 22 de Enero de 1996**

Hechos

El señor PEDRO OCTAVIO PARRA QUINTERO, falleció como consecuencia de un ataque dinamitero que dirigió un grupo subversivo contra fuerzas del orden el día 21 de julio de 1990 en las inmediaciones de la localidad de Lebrija.

Fundamentos

La decisión se fundamentó en la teoría del Riesgo Excepcional, siendo la primera oportunidad en la cual tuvo aplicación, pues el ciudadano en cuestión fue sometido a un riesgo excepcional por parte de la administración, el cual no estaba en la obligación de soportar, riesgo que fue creado por la actividad desarrollada por la fuerza policial en cumplimiento de la restauración del orden público que se vio alterado por los atentados dinamiteros perpetrados por grupos criminales del sector. Pues los uniformados al desplazarse por la vía carretable expusieron al sujeto a una situación de naturaleza excepcional y anormal que quebranta así el principio de igualdad de las cargas públicas. Siendo justo que el Estado repare el menoscabo patrimonial que le irrogó a los ciudadanos.

Decisión

Se condena a la Nación por la muerte del ciudadano mencionado **en aplicación de la Teoría del Riesgo Excepcional**.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr. Juan de Dios Montes Hernández, Expediente No. 10336 del 20 de Octubre de 1995.**

Hechos

La víctima y dos personas que lo acompañaban, al parecer guerrilleros o auxiliares de grupos insurgentes, luego de fracasar en el intento de dinamitar el convoy militar fueron detenidos por la fuerza pública, reducidos e inermes, se procedió acribillarlos a tiros causándoles la muerte en forma instantánea; el hecho de suyo punible fue realizado por tres de los setenta y seis soldados que participaron en el operativo, quienes quedaron sin identificar plenamente, todos pertenecientes a la quinta brigada del ejército nacional.

Fundamentos

El Estado tenía la obligación de respetar y preservar la vida del detenido y además, de devolverlo a la sociedad en el mismo estado que se encontraba al efectuarse la captura. La fuerza pública por mandato de rango constitucional debió limitarse a retener al presunto guerrillero y ponerlo a disposición de los jueces competentes para juzgarlo por presuntos delitos que hubiera cometido; como esa previsión no se cumplió sino que se le segó la vida, el Estado tiene el deber correlativo y consecuente de indemnizar los daños inferidos a los afectados."

Decisión

Se condenó a la Nación, Ejército Nacional por la muerte de los presuntos guerrilleros **en aplicación de la teoría de falla del servicio**.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández, Expediente No. 10773 del 20 de Octubre de 1995 del 19 de diciembre de 1995.**

Hechos

La demandante sufrió unos perjuicios materiales con ocasión del daño causado al inmueble y al establecimiento de comercio de su propiedad, a raíz del atentado terrorista dirigido contra el DAS, el 6 de diciembre de 1989.

Fundamentos

La Sala en consideración de la condena impuesta al Estado por falla del servicio en relación con el atentado terrorista dirigido contra el DAS el 6 de diciembre de 1989, determinó que si el país vivía en estado de guerra desde hace muchos años, el Estado no puede dejar solo al individuo que no tiene el control de la guerra, sin indemnizarle el daño que el conflicto que le produce.

Decisión

Se condenó al Estado, con base **en la Teoría del Daño Especial como** criterio para endilgar la responsabilidad del Estado bajo los supuestos de hecho mencionados.

Reitera jurisprudencia expuesta en expediente No. 10773 del 20 de Octubre de 1995 del 19 de diciembre de 1995.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Expediente No. 10602 del 13 de diciembre de 1995**

Hechos

Como consecuencia del atentado terrorista dirigido contra el DAS el 6 de diciembre de 1989 por el cual el Estado fue condenado por falla del servicio tal y como se comprobó en el sentencia del expediente 9550 del 9 de febrero de 1995, se produjo la muerte del señor Eduardo Pinilla Díaz.

Fundamentos

Sí el país vivía en estado de guerra desde hace muchos años, el Estado no puede dejar solo al individuo que no tiene el control de la guerra, sin indemnizarle el daño que el conflicto que no ha creado, le produce.

Decisión

Se condenó nuevamente al Estado en desarrollo del principio de daño especial.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 10286 del 15 de Noviembre de 1995**

Hechos

Con ocasión de un atentado terrorista en donde los miembros de la Policía Nacional repelieron el ataque hasta que llenaron los refuerzos, se produjo la muerte de un Dragoniante de dicha institución.

Fundamentos

No obra prueba en el expediente prueba que de cuenta de que la muerte se produjo por una omisión de la Policía Nacional, ni por la acción de uno de sus funcionarios, pues parece penalmente demostrado que la muerte la causaron terceros ajenos a la institución; adicionalmente se determinó que "No puede pretenderse una declaratoria de responsabilidad patrimonial por el sólo hecho de que los demandantes hayan sufrido un daño con la muerte de su pariente, dado que el estado no colocó al Dragoniante de la Policía Nacional frente a un riesgo excepcional. El voluntariamente asumió el riesgo que implica el trabajar como agente de la Policía Nacional, sin que contra su voluntad se le hubiera impuesto el asumir tal riesgo.

Decisión

No le asistía responsabilidad al Estado por la muerte del Dragoniante de la Policía Nacional.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Expediente No. 10475 del 13 de Diciembre de 1995.**

Hechos

En el marco del atentado terrorista dirigido contra esta institución el 6 de diciembre de 1989 falleció la agente del DAS Magdalena Ramos Hernández

Fundamentos

Sí el país vivía en estado de guerra desde hace muchos años, el Estado no puede dejar solo al individuo que no tiene el control de la guerra, sin indemnizarle el daño que el conflicto que no ha creado, le produce.

Decisión

Se condena al Estado en virtud de la teoría del daño especial y no con base en la teoría de la falla del servicio como lo había dispuesto el Tribunal de Primera Instancia.

Con base en los supuestos anteriormente señalados y en virtud de la teoría del daño especial se condenó al Estado en expediente 10986 de la misma fecha por las graves lesiones que se ocasionaron a la salud del señor Carlos Orlando Ortiz Ramirez.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Expediente No. 10554 del 19 de Junio de 1996.**

Hechos

Si la falla del servicio se hizo consistir en la falta de protección que se le dió a la población durante el asalto de la delincuencia organizada, ocurrida el 11 de noviembre de 1988, ya que la autoridad no hizo absolutamente nada para contrarrestarla, fue, a partir de esa fecha cuando empezó a contarse el término que los damnificados tenían para pedir la indemnización de perjuicios sufridos; o

sea, que si los hechos ocurrieron en ese día, los perjudicados tuvieron oportunidad de presentar sus demandas hasta el 11 de noviembre de 1990; de allí que si lo hicieron el 19 de diciembre siguiente, la acción ya estaba caducada

Fundamentos

La claridad del texto no permite pensar que en el caso de personas lesionadas en un acontecimiento que constituye falla del servicio, habrá que esperar la evolución de las heridas y la definición de la incapacidad para formular la demanda. No; estas definiciones juegan para la evaluación del perjuicio, uno de los supuestos de la responsabilidad, pero no para la concreción del hecho causal."

Decisión

No le asiste responsabilidad al Estado, por caducidad de la acción de reparación directa.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Expediente No. 9933 del 29 de marzo de 1996.**

Hechos

Con motivo del atentado terrorista dirigido contra las instalaciones del DAS se produjeron heridas causadas al actor de la demanda.

Fundamentos

El centro de imputación jurídica es responsable de las heridas causadas al actor, con ocasión de la explosión dinamitera dirigida por las fuerzas de la subversión contra el edificio donde funciona el Departamento Administrativo de Seguridad en Bogotá. Esa responsabilidad toma apoyo en la filosofía jurídica que informa la **RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL**; y encuentra respaldo jurídico en el artículo 90 de la Constitución Nacional. Ahora bien, si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal, son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el OBJETO DIRECTO de la agresión fue,, UN ESTABLECIMIENTO MILITAR DEL GOBIERNO, UN CENTRO DE COMUNICACIONES, al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc. se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen por que, soportar solos el daño causado.

Decisión

Se condena al Estado **con fundamento en la teoría del Daño Especial**.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, En sentencias 10178 del 29 de marzo de 1996, 10029 del 29 de marzo de 1996, 10694 del 13 de diciembre de 1995, 10249 del 24 de agosto de 1995 y 10457 del 24 de agosto de 1995**

Se reiteran las jurisprudencias del 9 de febrero de 1995 expediente 9550 y la *sentencia del proceso número 9933 de fecha 29 de marzo de 1996. (condenas derivadas del atentado terrorista contra el DAS).*

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 10230 del 18 de abril de 1996.**

Hechos

Con motivo del incendio producido por un atentado terrorista ocurrido en zona roja del país se produjeron daños en un bus.

Fundamentos

No aparece probada ninguna circunstancia especial que hiciera prever que el día de los hechos podían presentarse atentados terroristas en el lugar donde ocurrió el que es objeto del proceso, ante la cual las autoridades tuviesen la obligación de establecer protección especial para los vehículos que transitaran por dicha ruta. La sola afirmación de que dicha ruta esta en "zona roja" no es suficiente para evidenciar una falla del servicio por omisión de medidas especiales de protección, habida cuenta de que gran parte del país puede calificarse en la misma manera.

Decisión

Niega la indemnización solicitada por las víctimas.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente No. 10461 del 5 de septiembre de 1996**

Hechos

Como consecuencia de un atentado terrorista se produjo el incendio de un vehículo de transporte urbano.

Fundamentos

El presente caso visto a la luz de la jurisprudencia que reiteradamente ha elaborado la Corporación, no permite a la Sala acceder a las súplicas de la demanda, ni definirse el sub-examine bajo la tesis de la falta o falla del servicio ni la del daño especial. Se predica lo primero porque en esencia se trata de un acto terrorista que por su naturaleza es de ejecución intempestiva y ,éste no fue precedido por ningún aviso a la fuerza pública. Y porque tampoco está acreditado que la institución hubiese podido dentro de sus funciones constitucionales y legales de guardadora del orden público como de protectora de la vida y los bienes de los ciudadanos establecer con certeza las condiciones de tiempo, modo y lugar de la posible ejecución del ataque terrorista. En cuanto a lo segundo, es decir, la imposibilidad jurídica de aplicar la tesis del daño especial resulta pertinente indicar que en primer lugar los hechos y daños fueron causados por terceros que si bien obraron al margen de la ley no por ello automática e indefectiblemente vinculan patrimonialmente al Estado para resarcir los perjuicios, pues no es dable exigir de la administración lo imposible, o aquéllas cargas que superen su verdadera capacidad de acción y reacción para controlar el orden público, toda vez que sus recursos no permiten disponer al pie de cada ciudadano, en cada metro de las vías, en cada rincón del país un

agente del orden para garantizar la seguridad en términos absolutos de nuestra organización política.

Decisión

Niega la indemnización solicitada por las víctimas.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Daniel Suárez Hernández, Expediente No. 10654 del 9 de mayo de 1996.**

Hechos

Con motivos perturbación de orden público se presentó un atentado Terrorista en la Finca Patriyindo.

Fundamentos

Estima la Sala que por el hecho de existir una situación evidente de perturbación del orden público, las autoridades de la región no podían prever que una presunta fracción guerrillera realizaría un ataque contra la finca "PATRIYINDO". La ejecución de tal ataque era posible, pero indeterminada, solo habría sido probable establecerla y preverla si la víctima hubiese estado en una situación particular es decir, que hubiese recibido amenazas, persecución o atentados en los meses previos al ataque y que la fuerza pública se hubiera enterado de éstos. En tales condiciones, no se le puede imputar al Estado, una falla del servicio en lo acontecido, dado que no aparece procesalmente demostrado el que al señor Anaya Fernández se le hubiese amenazado previamente al ataque, lo cual sí hubiera generado la obligación estatal de prestar protección a la finca "PATRIYINDO" o, a su propietario."

Decisión

No se accede a las pretensiones de la demanda.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 10627 del 13 de mayo de 1996.**

Hechos

En la Ciudad de Barrancabermeja hombres armados que se anunciaron como integrantes del comando Jorge Eliécer Gaitán quemaron un bus.

Fundamentos

La certeza de ese hecho por sí sola, no permite imputar responsabilidad al Estado por daño antijurídico sufrido por el demandante. En efecto, el hecho que causó el daño fue realizado por terceros y su imputación a la demanda deviene de la pretendida omisión a la prestación de la debida protección al automotor. Los elementos de juicio que obran en el proceso no permiten deducir que se hubiera presentado tal omisión. Para efectos de configurar la falla por omisión era necesario que en el proceso se hubiera demostrado que el propietario del bus o la empresa transportadora a la cual estaba afiliado, hubiera solicitado a la entidad demandada, una protección especial, debido a amenazas recibidas, o

al hecho de que pudiera preverse un atentado como consecuencia del alza en el transporte. Pero ni una ni otra circunstancia fueron demostradas. No hay prueba de que se hubiera requerido de la entidad demanda una protección especial, ni de que se hubiera presentado por esos días un alza en el transporte, que permitiera prever la posibilidad del atentado.

Decisión

No se acceden a las pretensiones de la demanda.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente No. 11046 del 22 de agosto de 1996.**

Hechos

Como consecuencia de un ataque dinamitero que dirigió un grupo subversivo contra fuerzas del orden el día 21 de julio de 1990 se produjo la muerte de una persona.

Fundamentos

Con respecto al daño y la relación de causalidad se advierte del acervo probatorio que dichos elementos están plenamente acreditados en el expediente. Indican que la víctima experimentó un daño antijurídico, el cual no estaba llamada a soportar, pues dada la naturaleza de excepcional y especial del daño. Tal circunstancia rompe con el principio de igualdad frente a las cargas públicas ante lo cual resulta necesario indemnizar la lesión patrimonial causada.

Decisión

Se condena a la nación por la muerte del occiso, en desarrollo de la teoría del daño especial.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Daniel Suárez Hernández, Expediente No.10822 del 11 de septiembre de 1996.**

Hechos

El señor Narces Norberto quien fungía como guardián de un establecimiento carcelario ubicado en zona guerrillera, falleció como consecuencia de un atentado.

Fundamentos

El Estado al no dotar de las más elementales medidas de seguridad, al guardián incurrió en una actitud omisiva con la cual sometió a guardianes y reclusos a un riesgo superior a aquel que por su actividad o estado de reclusión, están expuestos.

Decisión

Se condenó a la Nación *Estado en virtud de la teoría de la falla del servicio*

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Jesús María Castillo Ballesteros, Expediente No.10595 del 14 de septiembre de 1995.

Hechos

Un ciudadano arrendó su vivienda a las autoridades de policía, vivienda que luego de un atentado quedó destruida.

Fundamentos

Nadie comprendería cómo un modesto ciudadano (Anibal Orozco Cifuentes), que demostró colaboración para con las autoridades de policía al confiarle a título de arrendamiento el inmueble que poseía en la población de Herrera, tuviera que soportar, de manera exclusiva, la pérdida de uno de los elementos integrantes de su patrimonio. La responsabilidad administrativa que se le enrostra a cualquier ente público, solamente se neutraliza mediante la demostración plena que la entidad demandada hiciera para tipificar culpa exclusiva de la víctima, intervención de un tercero o fuerza mayor. Ninguna de estas situaciones se ha demostrado en el sublite."

Decisión

Condena al Estado en ejercicio en virtud de la teoría de la teoría del daño especial.

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Jesús María Castillo Ballesteros, Expediente No.12081 del 12 de diciembre de 1996.

Hechos

Se presentó un atentado terrorista totalmente irresistible, indiscriminado e imprevisible el cual no fue producto de una acción ni omisión de las autoridades.

Fundamentos

Teniendo en cuenta que los organismos de seguridad, dentro de las medidas de sus posibilidades, se mantuvieron alertas y en disponibilidad, ante los atentados indiscriminados, que grupos al margen de la ley dirigieron contra la sociedad colombiana y que era casi imposible prever en forma precisa los objetivos de los atentados. No obstante lo anterior la fuerza pública, en algunos frentes, logró contener la avalancha de violencia. Queda suficientemente demostrado que los estamentos armados, desplegaron toda su capacidad para conjurar la crisis, prueba de ello es que desactivaron 16 bombas en diferentes puntos de la ciudad; sin embargo, ante la imputación de responsabilidad que se hace en la demanda, hay que responder que a lo imposible nadie está obligado.

Decisión

Se niegan las pretensiones de la demanda.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Jesús María Castillo Ballesteros, Expediente No.12378 del 3 de abril de 1997.**

Hechos

Como consecuencia de un atentado terrorista explotó un avión dentro del cual falleció su piloto.

Fundamentos

Los hechos que le imputan a la administración no ocurrieron por una prestación irregular del servicio de vigilancia y seguridad de las instalaciones aeroportuarias, sino que obedecieron a la acción criminal perpetrada por sujetos terroristas al servicio de la delincuencia organizada. Si bien se probó que en el caso sub-examine el actor ocupante del avión falleció como consecuencia del ataque terrorista, ello no puede vincular al Estado a resarcir los perjuicios pues éste no participó en la comisión (ni por acción ni por omisión) de los referidos hechos, y mas bien se observa que adoptó las medidas pertinentes a su alcance para prevenir la ocurrencia de tragedias como la relatada. La administración actuó de acuerdo con las propias limitaciones de tecnología por la dificultad de conseguir equipos mas avanzados ante la falta de recursos económicos resultaría equívoco deducirle responsabilidad cuando las fuerzas enemigas superen o burlen las medidas de seguridad que humana y logisticamente podía adoptar y eran las recomendadas para sortear con seriedad las incursiones sorpresivas y dañinas de la delincuencia, por demás no debe olvidarse que la falla del servicio tiene un carácter relativo.

Decisión

No se acceden a las pretensiones de la demanda.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor, Juan de Dios Montes Hernández, Expediente No.9686 del 02 de diciembre de 1996.**

Hechos

Con motivo del accionar terrorista se produjeron daños en el transporte urbano.

Fundamentos

En el expediente no obra prueba convincente de que la autoridad local haya dejado de coordinar las actividades policivas, para efectos de dar protección al transporte urbano, ni que el actor haya avisado al Alcalde para que éste a su vez solicitara a la Policía Nacional la protección por los posibles amenazas de terroristas o cualquier otra actividad delictiva. Si bien es cierto que las autoridades, en especial la Policía Nacional, están en la obligación de proteger a las personas, en su honra y sus bienes, también a esas personas le corresponde un mínimo de diligencia en el cuidado de los bienes. Al bus incendiado le fue colocado el explosivo cuando se encontraba estacionado en el terminal y posiblemente cuando el conductor se alejó a tomar una gaseosa. No era posible colocar, como lo ha sostenido la jurisprudencia, en cada bien o persona un policía para vigilancia, y mucho menos cuando se trata de hechos ocurridos en

lugares de fácil control de los particulares, como en el caso presente, un terminal de buses.

Decisión

El Estado no era responsable del atentado terrorista.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Juan de Dios Montes Hernández, Expediente No.10437 del 12 de diciembre de 1996.**

Hechos

En un atentado terrorista perpetrado contra un comboy militar falleció un militar profesional.

Fundamentos

El estatus que por su propia voluntad había adquirido, de militar profesional, lo abocaba a asumir en cualquier momento los riesgos inherentes a un ejército regular, a ser afectado en sus derechos subjetivos jurídicamente protegidos, como la vida y la integridad personal; peligros inherentes al servicio, que están cubiertos por la seguridad social que ampara a las fuerzas militares. En síntesis, el examen cuidadoso y detenido de los medios de convicción que se aportaron a los autos, permite concluir que la actuación de la administración no se enmarca en la falla o falta del servicio no en el régimen de la responsabilidad estatal que deriva del riesgo especial

Decisión

No se condena al Estado por la muerte del militar.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Juan de Dios Montes Hernández, Expediente No.12273 del 30 de octubre de 1997.**

Hechos

La administración le imponía la obligación a los transportadores de continuar prestando el servicio a pesar los atentados perpetrados que afectaban su patrimonio.

Fundamentos

La policía nacional inobservó el deber que le imponían la constitución Nacional, la ley y los reglamentos del servicio, de asegurar el mantenimiento del orden público y por contera, garantizar la prestación eficiente del servicio público de transporte a todos los habitantes del territorio nacional y de proteger tanto la vida como los bienes de los particulares encargados de realizarlo. Tales Obligaciones fueron violadas, si se tiene en cuenta que a la empresa de transporte público a donde el bus se encontraba afiliado se le exigía, pese a la forma sistemática como se venía atentando contra su patrimonio, continuar prestando el servicio de transporte a la comunidad, aún cuando no se adelantaron operativos tendientes a restablecer el orden, lo cual facilitó se consumara el acto terrorista. A la realidad procesa que se recoge en el plenario, a la ley y a los principios

jurisprudenciales que se aplican en acciones de esta naturaleza, tanto si se advierte que no obra medio capaz de liberar la responsabilidad de la administración en los hechos; por consiguiente, de cargo de la fuerza pública correr la reparación de los daños y perjuicios irrogados al interesado.

Decisión

Se condena al Estado por falla en el servicio.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Ricardo Hoyos Duque, Expediente No.10235 del 14 de agosto de 1997.**

Hechos

Con ocasión del atentado terrorista perpetrado en contra del Director del DAS al momento de desplazarse de su residencia a su sitio de trabajo, se causaron daños al actor.

Fundamentos

El Departamento Administrativo de Seguridad DAS debe responder patrimonialmente en el presente caso con base en los principios de equidad, solidaridad social y el de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas como fundamentos mediatos de responsabilidad.

Decisión

Se condena al estado en ejercicio de la teoría del daño especial.

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Ricardo Hoyos Duque, Expediente No.8490 del 27 de enero de 2000.**

Hechos

La sociedad Minera Ibirico S.A. demandó a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional por los daños causados a la maquinaria, equipos e instalaciones de su propiedad en hechos ocurridos el 13 de enero de 1.991 en la mina La Victoria, como consecuencia de un ataque guerrillero perpetrado.

Fundamentos

Siendo claro que la obligación de reparación en nuestro sistema jurídico requiere del elemento **imputación**, para la Sala no es posible predicar responsabilidad administrativa de las Fuerzas Militares en el caso *sub-lite* en donde no existen razones para considerar, en los términos del artículo 90 de la C.P, que el daño sufrido por la sociedad Minera Ibirico como consecuencia del ataque terrorista perpetrado en la noche del 13 de enero de 1991 ofrezca un evidente vínculo de imputación.

Decisión

Se confirmó la sentencia apelada, negándose las pretensiones de la demanda, al no haberse encontrado probada la existencia de un título de imputación jurídica.

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Ruth Stella Correa Palacio, Expediente No. AG-00948 número único 41001-23-31-000-2001<00948>01 de fecha 6 de octubre de 2005

Reitera jurisprudencia según la cual,

“Los atentados terroristas dirigidos inesperadamente contra la población resultan imprevisibles para las autoridades públicas, a menos que se produzcan amenazas previas que permitan adoptar oportunamente medidas de protección. No podría pensarse que el Estado está obligado a responder por los perjuicios causados a los ciudadanos como consecuencia de la realización de cualquier delito”

“En cuanto a la aplicación de ésta teoría, (riesgo excepcional) ha sido reiterada la tesis de la Sala, según la cual en los eventos en que el daño es producido por cosas o actividades peligrosas (armas de datación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. En dichos eventos, al actor le basta probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deber probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero”

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor Ruth Stella Correa Palacio, sentencia 16460 número único 25000-23-26-000-1990<06968>01 de fecha 06 de junio de 2007.

En esta jurisprudencia la sala precisa la diferencia entre daño especial y riesgo excepcional en los siguientes términos, sin embargo valga decir que en providencias anteriores la sala no había diferenciado los conceptos de esta manera.

“en punto a la responsabilidad por actos terroristas, merece decir que riesgo excepcional” y “daño especial” también se antojan necesitados de un deslinde conceptual, pero no sólo porque el riesgo Excepcional siempre se ubica del lado de la causa en tanto que el daño especial siempre lo hace del lado del efecto, sino también porque, si por aceptado se tiene que el título jurídico de imputación “daño especial” es de aplicación estrictamente residual, frente a los demás títulos jurídicos de imputación, no podría ser aplicado al mismo tiempo que el “riesgo excepcional”. Otra de las diferencias evidentes entre el riesgo excepcional y el daño especial radica en el hecho de que en el primero la idea de “magnitud” se tiene en cuenta para calificar la actividad riesgosa que cumple la Administración, mientras que en el segundo tal idea se tiene en cuenta al evaluar los efectos que sufre la víctima por el quehacer legítimo de la Administración. Como en el plano de la causalidad material no existe la más mínima posibilidad de establecer una relación entre la conducta de la institución accionada y los daños experimentados por el damnificado, para el caso se dice haber acudido a la “causalidad jurídica” para establecer ese vínculo y, más allá de ello, se ha acudido a una presunción que ciertamente es de particular potencia, puesto que no puede ser desvirtuada. El suscrito, al igual que los demás miembros de

la Sala, también está convencido de que allí donde la comunidad recibe beneficio colectivo a costa del perjuicio individual que ha sido legítimamente impuesto sobre alguno de sus miembros, aquella debe resarcir a éste a través del erario que colectivamente conforma, en virtud del principio de solidaridad. No obstante, considero que en casos como el presente, en el que no es posible imputar el daño a la acción o a la omisión de la autoridad, sino a la acción criminal que se da en medio de fatales circunstancias sociales y políticas, el resarcimiento que con toda justicia merece la víctima, como adelante se precisa, debe ser dispensado con cargo a los fondos de indemnización que funcionen para realizar el principio constitucional de la solidaridad social, pero nunca bajo la noción de responsabilidad extracontractual".

- **Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Doctor, Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia 25627 número único 25000-23-26-000-2000<01615>01 de fecha 21 de junio de 2007**

Reitera jurisprudencia según la cual el Estado no responde cuando el ataque es indiscriminado, y no hay pruebas de amenazas o de hechos que hagan suponer la inminencia del mismo.