

Crítica a la imputación de responsabilidad estatal objetiva por atentados terroristas

Análisis del título de imputación de riesgo excepcional a la luz de la actual jurisprudencia contencioso administrativa colombiana.

Laura Daniela Alzate Tobón¹

lalzate9@eafit.edu.co

Universidad EAFIT

Resumen

Las reglas que sustentan la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de atentados terroristas perpetrados por terceros parecen lejos de estar conceptualmente claras². Aunque el alcance del régimen de responsabilidad subjetiva aplicable a la materia, bajo el título de imputación de falla en servicio es, en términos generales, pacífico, no sucede lo mismo con el título de imputación de riesgo excepcional que se adscribe al régimen objetivo. Pese a los esfuerzos de la sala plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado por depurar sus propias posturas al respecto, las posiciones disidentes de algunos consejeros han aumentado la incertidumbre³.

Sin embargo, algunos pasos se han dado hacia la consolidación conceptual del régimen objetivo de responsabilidad estatal en la materia, no sin abrir nuevos interrogantes a la par

¹ Abogada de la Universidad EAFIT y estudiante de la Maestría en Derecho con énfasis en Responsabilidad Civil de la misma universidad. Diplomada en Contratación Estatal también de la Universidad EAFIT.

² Para nuestro estudio, cuando se alude a atentados terroristas se excluyen los actos perpetrados por quienes podrían ser considerados como agentes del Estado.

³ Por ejemplo, en la sentencia del 20 de junio de 2017, expediente 18.860, el Consejo de Estado intentó unificar su postura en materia de atentados terroristas. Sin embargo, como lo revela la aclaración de voto del magistrado Guillermo Sánchez Luque, pese a que la Sala en pleno asumió conocimiento de dicho proceso con ese propósito de unificación, este se vio frustrado. La confusión de posturas se agudiza en sentencias posteriores, como la del caso *El Nogal*, en la que se emplean simultáneamente títulos de imputación objetiva y subjetiva, sin que sea totalmente claro finalmente cuál de ellos sustentó la decisión de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo. A ambas providencias se aludirá posteriormente

que se intenta resolver los existentes. Así se desprende de la más reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado, del 4 de junio de 2019, en la que se analizó la aplicación del régimen de riesgo excepcional a eventos de atentados terroristas.

Ante este panorama, el presente artículo se propone esbozar brevemente el desarrollo del título de imputación de riesgo excepcional en eventos de atentados terroristas.

A esos efectos, se analizará la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, a partir de tres pronunciamientos que constituyen tres grandes hitos en esta materia, bien sea por su relevancia jurídica o por su relevancia política: la sentencia del 20 de junio de 2017, proferida a raíz de un atentado terrorista perpetrado por órdenes del narcotraficante Pablo Escobar Gaviria el 30 de enero de 1993; la sentencia del 16 de agosto de 2018, en la que se analiza la responsabilidad del estado por el atentado en el club *El Nogal* el 7 de febrero de 2003; y la sentencia de unificación del 4 de junio de 2019, adoptada al resolver el mecanismo de revisión eventual promovido por varias entidades declaradas responsables por el atentado a un gasoducto realizado el 21 de octubre de 2001 por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - FARC.

Finalmente, se propondrán algunas reflexiones y críticas frente a la configuración actual de la imputación por riesgo excepcional a la par que se destacarán los interrogantes que al respecto subsisten.

Palabras clave

Responsabilidad patrimonial; responsabilidad estatal; atentados terroristas; terrorismo; hecho de un tercero; daño especial; riesgo excepcional; equidad; igualdad; cargas públicas.

Abstract

The rules explaining state liability born from terrorist attacks perpetrated by non-state agents seem to be far from conceptually clear. Although the regime for subjective liability and its

application seem to be non-disputed, something different occurs regarding the state's strict liability by means of "exceptional risk". Despite the efforts made by the Third Section of the Council of State Plenary in order to depurate the Council's position regarding this matter, the dissidence among some magistrates in recent decisions has increased the legal uncertainty.

However, some steps have been taken to consolidate the concepts and notions that support the application of strict liability linked to terrorist attacks, giving answers and creating new questions as well. That is the case of the ruling of June 4th, 2019, where the Council of State analyzed the exceptional risk regime and its pertinence in this matter.

In this scenario, this article aims at explaining briefly the legal foundations built in Colombia to justify state's strict liability due to terrorist attacks. Furthermore, we will examine critically the most recent rulings by the Council of State that are relevant, whether politically or legally, in this matter.

Finally, we will conclude the conditions of application of the strict liability regime due to terrorist attacks and the doubts that remain.

Keywords

State liability; administrative liability; terrorist attacks; terrorism; third party fault; special damage; exceptional risk; equality; solidarity; public burdens.

Introducción

La historia de Colombia ha estado marcada por el conflicto armado interno y los atentados terroristas que en el escenario de la guerra se cometen. Es este contexto nacional el que ha llevado ante las cortes varios casos en los que se ha discutido la responsabilidad patrimonial del Estado a raíz de actos terroristas perpetrados por terceros.

La evolución jurisprudencial ha tenido lugar pese a la inexistencia de una acepción unívoca de terrorismo⁴. Sin embargo, podríamos decir que un acto terrorista es

“la causación ilegítima de: a) muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; b) daños graves a bienes públicos o privados, o c) daño a la propiedad pública o privada, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico (...) cometida: a) intencionalmente, y con b) el propósito especial dirigido a b1) intimidar a la población o b2) compeler a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo”.⁵

Esta definición se desprende del proyecto de convenio general sobre terrorismo internacional que está en vías de ser redactado y adoptado por los Estados Miembros de las Naciones Unidas y que, en última instancia, aportará una definición internacional genérica del terrorismo⁶. Al referirse a la intimidación de la población, esta definición recoge el elemento de zozobra o terror que también desde nuestro Código Penal⁷, está asociado al terrorismo.

⁴ Así lo reconoce la doctrina más especializada de la materia: “Una de las grandes dificultades en esta materia es la falta de consenso sobre una definición. Aunque hay elementos comunes como la afectación de la vida y la integridad física de civiles, la finalidad de generar miedo o la referencia a conductas prohibidas por el derecho internacional son categorías muy amplias que no se han traducido en normas claras y precisas como las que demanda la persecución penal en un Estado de derecho.” AMBOS, Kai et al. (ed.). Terrorismo y Derecho Penal. Fundación Konrad Adenauer. 2015. Pág. 10. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_02.pdf

⁵ Ibid. Pág. 39.

⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. El Marco Jurídico Universal contra el Terrorismo. Viena. 2018. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module%202/Module_2_Spanish.pdf

⁷ “Artículo 343. Terrorismo. 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 (...)”

Ahora, particularmente en nuestro contexto colombiano se ha usado el término “terrorista” como un instrumento para describir la dinámica del conflicto armado interno de manera tal que se despoje al adversario de cualquier reconocimiento político y se prescinda de cualquier análisis sobre los fines que persigue con el terrorismo como método.⁸ Esta circunstancia singular de la realidad colombiana ha coadyuvado la vaguedad alrededor de esta terminología.

De cualquier manera, las oportunidades para la delimitación conceptual en los estrados judiciales seguirán presentándose. Aunque los acuerdos de paz celebrados entre el gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC– han permitido la reducción ostensible de las dimensiones del conflicto armado en Colombia⁹, el terrorismo es un método asociado a múltiples propósitos y con un trasfondo variable¹⁰, lo que permite vaticinar –tristemente– que estas discusiones seguirán llegando ante los jueces, aunque quizás con menor frecuencia.

La oportunidad más reciente tuvo lugar con el caso *El Nogal*, decidido en agosto de 2018 por el Consejo de Estado a través de una sentencia cuya lectura pone de relieve lo confuso del asunto. Así lo ha destacado un importante sector de la doctrina nacional en cabeza del Dr. Javier Tamayo Jaramillo, quien señaló respecto a esta última decisión judicial:

“Es decir, según la primera frase, hubo culpa porque el Estado estaba obligado a garantizar la seguridad de todos los ciudadanos, a prevenir y a evitar los daños por atentados terroristas de la guerrilla. Yo pregunto: ¿es razonable, posible y de sentido común exigirle a cualquier país de cualquier ideología enfrentar una guerra urbana y garantizarles a los civiles que, durante la misma, el enemigo no les causará daños? No preguntemos esto en escenarios de derecho serio.

⁸ ARIZA, Carolina y MONTOYA, Nataly. Los avatares de una guerra innominada. Apuntes acerca de la caracterización y denominación del conflicto armado colombiano. Cuaderno de Investigación No. 82. Universidad EAFIT. Mayo de 2010.

⁹ CNN en español. Las cifras de la paz a un año de acuerdo entre FARC y gobierno [en línea], 22 de noviembre de 2017 [revisado 10 de noviembre de 2018]. Disponible en Internet: <https://cnnespanol.cnn.com/2017/11/22/las-cifras-de-la-paz-a-un-ano-de-acuerdo-entre-farc-y-gobierno/>

¹⁰ PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Responsabilidad Extracontractual del Estado por actos de terrorismo. En: Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia. 2013. Pág. 223.

Y el mismo fallo, en el mismo párrafo, afirma que “(...) de donde, si bien no les resultaba (a las Fuerzas Armadas) posible predecir o anticipar los ataques puntuales del grupo insurgente, esta carga lejos está de ser atribuida a las víctimas”. Es decir, concluye que no hubo falla del servicio. Pero luego, el fallo acude a la muletilla de la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, y con base en ello, condena a la nación. Pero eso será materia de la segunda parte de este escrito.

Para los amantes del precedente obligatorio: ¿cómo se interpretaría este párrafo?”¹¹
(Subrayado propio)

Inquietudes semejantes respecto al fallo de *El Nogal* comparten otros doctrinantes¹². Pero, por supuesto, no es el único pronunciamiento expuesto a críticas.

El 4 de junio de 2019, el Consejo de Estado profirió, por primera vez en esta materia, una sentencia de unificación. Aunque en sus detalles se profundizará posteriormente, basta decir que, al revocar una sentencia que había condenado al Ministerio de Minas y Energía (MinMinas) y a un concesionario de gas natural, la corporación consolidó la expansión del ámbito de aplicación del riesgo excepcional. También en este caso han comenzado a elevarse voces inconformes con algunos de los razonamientos del fallo¹³.

¹¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. 27. Entre la ruptura del equilibrio de las cargas públicas y la ruptura de la racionalidad (I). En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá D.C. 13, septiembre 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/entre-la-ruptura-del-equilibrio-de-las-cargas-publicas>

El profesor TAMAYO complementó sus argumentos en una columna posterior. Al respecto, véase TAMAYO JARAMILLO, Javier. Los actos de terrorismo y la teoría del riesgo. En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá D.C.11, diciembre 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contratacion/los-actos-de-terrorismo-y-la-teoria-del>

¹² BOTERO, Luis Felipe. El terror de nuestra guerra en las sentencias. En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá D.C. 27, septiembre, 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/el-fallo-del-club-el-nogal-y-la-ruptura-del>

¹³ Nuevamente, TAMAYO JARAMILLO anuncia que, en una futura publicación, desarrollará sus dudas frente a la sentencia de unificación: “En un próximo artículo espero hacer algunas observaciones relacionadas tanto con el precedente obligatorio como con la responsabilidad del Estado por actos de terrorismo con base en la teoría del riesgo excepcional. En ambos temas, estoy en desacuerdo con el fallo, pese a la profundidad y seriedad en su motivación.”

En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá D.C. 31, julio 2019. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/los-concesionarios-particulares-no-responden-por-actos>

De esta manera, la responsabilidad estatal por atentados terroristas es aún objeto de discusión vigente tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa como en la doctrina, lo que justifica la pertinencia de su análisis.

Así las cosas, el presente escrito se propone (I) abordar brevemente los fundamentos de la responsabilidad estatal por riesgo excepcional y su evolución; (II) examinar tres pronunciamientos recientes del Consejo de Estado que han sido determinantes en la configuración actual del título de imputación por riesgo excepcional, para finalmente (III) presentar algunas críticas e interrogantes que surgen frente al panorama actual de la responsabilidad estatal a título de riesgo excepcional.

Capítulo I. Fundamentos de la responsabilidad estatal por riesgo excepcional

A. Antecedentes

La responsabilidad estatal objetiva por actos terroristas en Colombia ha tenido un desarrollo que se remonta incluso a antes de la Constitución de 1991 por lo que, no obstante ocuparse nuestro análisis de la jurisprudencia posterior a dicho año, es necesario rescatar brevemente estos antecedentes.

Antes de la Constitución de 1991, la responsabilidad extracontractual del estado no contaba con un fundamento jurídico expreso positivizado, por lo que su construcción se dio vía jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, la Constitución Política de 1886 radicó en cabeza de esta corporación el juzgamiento de “los negocios contenciosos en que tenga parte la nación”, y así ocurrió hasta 1964. En un inicio, la inclinación de los jueces era la irresponsabilidad del Estado por sus actuaciones, pues se estaba ante la ausencia de mandatos legales expresos que dispusieran lo contrario¹⁴. Esta postura guardaba concordancia con la exégesis legal imperante en ese momento.

¹⁴ BERMEJO GALÁN, Jaime; GALÁN ESCALANTE, Oscar; LAMADRID GONZÁLEZ, Juan José. Evolución jurídica de la responsabilidad del Estado por actos terroristas en Colombia. En: Jurídicas CUC. Enero, 2017. Vol. 13, núm. 1, pp. 76.

Precisamente, hasta el año 1967, el Estado Colombiano no respondía patrimonialmente por ataques terroristas bajo ningún título, pues esa era la posición decantada desde el caso de “Pedro Sales”, sometido al conocimiento de la Honorable Corte Suprema Federal el 3 de enero de 1865. Allí se consideró la irresponsabilidad patrimonial del Estado bajo el argumento de que no existía Ley aplicable al caso por los hechos de guerra:

“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.”¹⁵

Pese a las posturas iniciales de los jueces, gradualmente se fue abriendo paso la responsabilidad estatal por hechos terroristas, inicialmente a través de la falla del servicio¹⁶, inspirada en la noción francesa de *faute de service*, pero con un tinte civilista, en tanto se empleaban los artículos del Código Civil referidos a la responsabilidad de las personas jurídicas. La falla del servicio implicó una sustitución de la culpa de un agente determinado por la culpa de la administración o la falla anónima en la prestación de un servicio público¹⁷. Con posterioridad a la estructuración del concepto de falla del servicio, se fue estableciendo de manera más robusta un régimen de responsabilidad objetiva que vendría a operar en defecto del régimen de la falla del servicio y que tendría como campos de aplicación “*el daño especial*” y “*el riesgo excepcional*”¹⁸.

Pero estas construcciones jurisprudenciales tendrían una evolución radical con la Constitución Política de 1991, puesto que allí se consagró un fundamento explícito de la responsabilidad estatal¹⁹ y se puso el énfasis en la antijuridicidad del daño y no en la ilicitud de la conducta desplegada por el Estado y/o sus agentes.

¹⁵ Texto citado en GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Editorial TEMIS, 6ª ed, 2014. Págs. 331- 332.

¹⁶ BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Editorial Leyer, 1998. Pág. 14.

¹⁷ Op. Cit., SAAVEDRA, ... Pág 161.

¹⁸ Op. Cit., BUSTAMANTE, ... Pág 17.

¹⁹ “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

No obstante, como reseña algún sector de la doctrina, se produjeron algunos “inconvenientes de empalme” entre la interpretación jurisprudencial anterior y posterior a la Constitución del 91. Inicialmente, se consideró que se había consagrado un régimen de responsabilidad objetiva, pero finalmente, se impuso el criterio de que el artículo 90 contemplaba todos los regímenes de responsabilidad desarrollados por los jueces -incluidos aquellos con culpa-, además de abarcar indistintamente la responsabilidad precontractual, contractual y extracontractual del Estado²⁰. Según la Corte Constitucional, el artículo 90 tan solo tiene como exigencias la configuración de un daño antijurídico y que este sea imputable a una acción u omisión de autoridad pública²¹.

Aunque es pacífico que el artículo 90 de la Constitución Política no privilegia un régimen de responsabilidad objetiva, ello no ha sido óbice para que su aplicación se expanda cada vez a más supuestos y se desdoble en diversas modalidades, como se verá a continuación.

B. La expansión del riesgo – conflicto

La responsabilidad estatal por riesgo excepcional es uno de los títulos de imputación pertenecientes al régimen objetivo de responsabilidad aplicable en ausencia de los presupuestos de la falla en el servicio como régimen subjetivo. Sus antecedentes preceden incluso la Constitución Política de 1991. En sentencia del 20 de febrero de 1989, señaló el Consejo de Estado:

“el régimen de responsabilidad por riesgo excepcional podía incluirse dentro de los denominados regímenes objetivos, en los que el elemento falla del servicio no entra en juego. En efecto, no está el actor obligado a probarla ni el demandado a

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

²⁰ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por daños causados por actos terroristas. En: Libro compilatorio de la Revista de Responsabilidad Civil y del Estado. Tomo II: Ediciones 8 – 14. Medellín: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado -IARCE-, 2015. Pág. 359.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996, (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

desvirtuarla, y la administración solo se exonera demostrando la existencia de una causa extraña que rompa el nexo de causalidad”²².

Bajo este título de imputación, el daño ocurre como consecuencia de una actividad de la administración que, aunque legítima y lícita, genera un riesgo anormal o superior al esperado²³. En otras palabras, se expone a un grupo particular de ciudadanos a un riesgo excepcional en desarrollo de actividades en favor del interés general. Al materializarse ese riesgo, se considera que ha obrado una ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas que ordinariamente debe soportar un administrado, lo que obliga al Estado a indemnizar.

La sección tercera del Consejo de Estado ha desarrollado varias modalidades del riesgo excepcional, siendo las más consolidadas el riesgo-peligro²⁴, el riesgo-beneficio²⁵, el riesgo-álea²⁶ y el riesgo-conflicto. Esta última modalidad, en la que se han enmarcado varios casos de atentados terroristas, se refiere al riesgo derivado “de la confrontación armada que surge de la disputa por el control del territorio y el monopolio del uso de la fuerza”²⁷. Aunque la jurisprudencia ha privilegiado el sistema de imputación subjetivo al analizar eventos de ataques terroristas y los deberes de protección del Estado, el conflicto armado ha sido una realidad a partir de la cual se ha desarrollado jurisprudencialmente esta última modalidad de riesgo conflicto.

²² Consejo de Estado. Sentencia del 20 de febrero de 2019. Exp. 4655. C.P.: Antonio José de Irisarri Restrepo.

²³ RUÍZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: ECOE Ediciones. 4ed., 2019. Pág 227.

²⁴ La Administración crea consciente y lícitamente un riesgo a partir de la utilización de objetos o instalaciones peligrosas en sí mismas pero necesarias para el cumplimiento de fines estatales. Por ejemplo, armas, combustibles o químicos.

²⁵ “En esta categoría el énfasis recae no ya en el peligro creado por el Estado, sino el provecho que éste o la comunidad reciben como consecuencia del ejercicio de la actividad riesgosa correspondiente”. Ver Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Exp. 16530. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶ Se trata de la asunción de riesgos derivados de la toma en consideración de la probabilidad de que cierto tipo de actividades o procedimientos pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa. En la jurisprudencia francesa se ha reconocido la responsabilidad del Estado en esta suerte de casos cuando se emplean, por parte de la Administración, métodos científicos cuyas consecuencias dañosas aún no son del todo conocidas o cuando, a pesar de ser conocidas, resultan de muy excepcional ocurrencia, en definitiva, cuando se está en presencia del denominado “riesgo estadístico”. Ibid.

²⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 8 de junio de 2018. Exp. 39060. C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

La consolidación de esta última categoría se dio con la sentencia del 29 de octubre de 2012, supeditada al ataque de un “objeto claramente identificable como Estado”:

“30. Históricamente, la jurisprudencia ha definido tres modalidades básicas de responsabilidad por riesgo: el riesgo-peligro, el riesgo-beneficio y el riesgo-álea. Sin embargo, los casos que involucran daños derivados de ataques guerrilleros a bienes o instalaciones del Estado, plantean una nueva categoría de riesgo que no encaja dentro de las anteriores, y que se deriva de la confrontación armada que surge de la disputa por el control del territorio y el monopolio del uso de la fuerza.

31. Esta categoría de riesgo, que podría denominarse riesgo-conflicto, surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades.”²⁸

La aplicación de este título de imputación venía siendo condicionada por la jurisprudencia a que el objetivo del ataque fuera un objetivo militar o policivo, como instalaciones oficiales, personajes estatales, estaciones de policía o sedes de organismos de seguridad. En efecto, sostenía el Consejo de Estado que:

“Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula estatal.

Por lo tanto, se ha considerado que no le son imputables al Estado los daños causados por actos violentos cometidos por terceros cuando éstos son dirigidos indiscriminadamente contra la población, con el fin de sembrar pánico y desconcierto social, y no contra un objetivo estatal específico, bien o persona, claramente identificable como objetivo para los grupos al margen de la ley.”²⁹

²⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 29 de octubre de 2012. Exp. 18472. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

²⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de septiembre de 1994. Exp. 8577, C.P. Julio César Uribe Acosta. Esta postura fue reiterada en muchos otros pronunciamientos, entre ellos en la sentencia del 10 de agosto de 2000, exp. 11518.

El razonamiento que fundaba esta restricción sobre los objetivos de los ataques que podían comprometer la responsabilidad estatal era el siguiente:

“Si el atentado es indiscriminado, no es selectivo, y tiene como fin sembrar pánico y desconcierto social como una forma de expresión, por sus propias características cierra las puertas a una posible responsabilidad Estatal ya que es un acto sorpresivo en el tiempo y en el espacio, planeado y ejecutado sigilosamente, y por lo mismo, en principio imposible de detectar por los organismos encargados de la seguridad pública y como ya se ha dicho, los deberes del Estado, que son irrenunciables y obligatorios, no significan que sea por principio omnisciente, omnipresente ni omnipotente, para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia”³⁰.

Desde el planteamiento de esta nueva modalidad de riesgo, el Consejo de Estado reconoció su carácter “extraño”, en términos de la corporación, por lo que pretendió limitar su aplicación a eventos de ataques a objetivos militares representativos del Estado:

“De esta forma, se considera que los atentados cometidos por la guerrilla contra un ‘objeto claramente identificable como Estado’ en el marco del conflicto interno armado, tales como estaciones de policía, cuarteles militares u oleoductos, pueden ser imputados al Estado a título de riesgo excepcional no porque estos bienes e instalaciones puedan ser considerados peligrosos en sí mismos (...) sino porque la dinámica misma del conflicto armado ha hecho que la cercanía a ellos genere para la población civil el riesgo de sufrir afectaciones en su vida, su integridad personal y su patrimonio en razón a que son blanco de continuos y violentos ataques por parte de la guerrilla que los considera objetivos militares.

33. La Sala no desconoce que desde un enfoque de teoría administrativa resulta extraña, por decir lo menos, la afirmación según la cual la simple presencia institucional constituye un factor generador de riesgo, máxime cuando muchas veces es esa presencia -lograda, por ejemplo, mediante el acantonamiento de la fuerza pública- la que permite al Estado conjurar o repeler las amenazas que para la vida y los bienes de la población civil implican las acciones de la delincuencia. Sin embargo, considera que de cara a la realidad del país, resulta imposible negar que existen zonas afectadas por fenómenos graves de violencia política en las que la cercanía a ciertos bienes e instalaciones del Estado, genera un riesgo cierto para las personas que viven

³⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 27 de enero 2000. Exp. 8490, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Esta postura fue reiterada en sentencias del 17 de junio de 1993, exp: 7533, C.P. Julio César Uribe Acosta; 10 de agosto de 2000, exp. 11585, C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez; 21 de febrero de 2002, exp: 13.661, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 20 de mayo de 2004, exp. 14405, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

o desarrollan sus actividades cotidianas en sus proximidades ya que éstos son blanco de continuos ataques de la guerrilla.

(...)

40. En suma, los daños derivados de acciones violentas cometidas por grupos guerrilleros pueden ser imputados al Estado a título de riesgo excepcional. No obstante, se advierte que ello solo procede cuando el ataque es perpetrado en el marco del conflicto armado interno contra un bien claramente identificable como Estado i), y del cual se deriva un riesgo cierto para la población civil en consideración a las características de seguridad de la zona en la que se ejecuta el ataque ii).”³¹

Para su configuración basta que el demandante demuestre la ocurrencia de un daño antijurídico ligado causalmente a una actividad estatal que genera un riesgo en el marco del conflicto armado. Así lo explicó el Consejo de Estado en el caso de un enfrentamiento entre un grupo al margen de la ley y miembros del Ejército Nacional, producto del cual falleció una civil:

“(...) la Sala considera que el caso concreto es susceptible de ser juzgado con aplicación del régimen objetivo de riesgo excepcional (riesgo-conflicto interno armado), en el cual al demandante le basta con demostrar la existencia del daño y su relación causal con la actividad riesgosa de la administración en el contexto del conflicto interno armado, y a ésta, para exonerarse de responsabilidad, le corresponde demostrar la existencia de una causa extraña, ajena y no imputable a éste (...) la presencia de las embarcaciones de la Armada Nacional en la Ciénaga de San Lorenzo (...) puso a los habitantes del sector en una situación de riesgo excepcional, debido a que esa patrulla estatal podía ser objeto de ataques por parte de grupos guerrilleros que también hacían presencia en la zona (...) lo cual generó un riesgo surgido por el contexto del conflicto armado; riesgo que, al materializarse y ocasionar un daño antijurídico, da lugar al surgimiento del débito resarcitorio a cargo del extremo pasivo de la acción indemnizatoria.”³²

La jurisprudencia no siempre fue pacífica respecto a la configuración de un riesgo excepcional por la presencia de infraestructura estatal en medio de la población pues, precisamente, ello era una medida de protección de la población civil que, de no desplegarse,

³¹ Ibid.

³² Consejo de Estado. Sentencia del 6 de julio de 2017. Exp. 55169. C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

también comprometería la responsabilidad estatal, por falla del servicio. Este razonamiento, según algunos doctrinantes, nos lleva a:

“(…) la paradoja de que la Fuerza Pública es al mismo tiempo elemento de auxilio y de peligro de la ciudadanía, en la que el Estado sería responsable por cumplir la obligación constitucional de proteger a los ciudadanos, y también por no protegerlos, en caso de que incumpla esa obligación y decida no instalar puestos de policía o militares en determinados lugares del país para no crearle riesgos a la población”.³³

Esta modalidad de riesgo excepcional enfrenta problemas conceptuales: los atentados terroristas que ocurren en forma imprevista serían una causa extraña que impiden atribuirle responsabilidad al Estado. Algo distinto sucede -considera un sector de la doctrina- cuando se trata de un enfrentamiento entre fuerza pública y grupos delincuenciales, en los que sí se habría creado un riesgo concreto que, al materializarse en la muerte o lesión de un civil, genera responsabilidad estatal³⁴.

Sin embargo, a pesar de esta y otras aparentes contradicciones, el espectro de responsabilidad del Estado por riesgo excepcional fue ampliándose gradualmente para cobijar los eventos en que se atacaba no solo objetivos militares o policivos, sino también redes de transporte de combustible, centros de comunicaciones, oficinas estatales y agentes representativos del Estado, entre otros:

“No hay razón para limitar la responsabilidad estatal a los eventos en los cuales el ataque terrorista se dirige contra un objetivo militar o policivo, sino que debe extenderse a todos aquellos casos en los que el blanco sea ‘un objeto claramente identificable como del Estado’, ya que la justificación para establecer el vínculo causal es la misma: el riesgo particular que se crea con una actividad que ha sido elegido por los terroristas como objetivo”³⁵.

Los escenarios de responsabilidad en esta materia han continuado extendiéndose –no sin una fuerte resistencia doctrinal– para comprender, finalmente, todos los eventos en los que se

³³ SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo III. Bogotá: Ed. Ibañez. 2018. Pág. 1472.

³⁴ Ibid.

³⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Exp. 12916 y 13629, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

ataca a la población con el propósito de desestabilizar la organización estatal. La resistencia a esa expansión obedece a que los atentados terroristas son imprevisibles por regla general, sin que se le pueda exigir al Estado ser omnisciente y omnipresente. Además, en ocasiones se ven incluidos supuestos que no obedecen a la materialización de riesgos excepcionales que afecten a un grupo específico de ciudadanos y que hayan sido creados por la Administración en desarrollo de sus funciones:

“Porque por una parte, no existe evidencia de que el atentado hubiera sido causado por agentes del Estado. Por otra parte, no obra en el proceso prueba alguna de que dicho atentado hubiera ocurrido en circunstancias que permitan considerar que, a pesar de haber sido causado por personas ajenas a la administración, ésta deba asumir responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia del mismo. Por el contrario, de las pruebas practicadas se desprende con claridad que se trató de un atentado terrorista dirigido indiscriminadamente contra habitantes de la ciudad de Cali, cuyo objetivo no era la afectación de personas o establecimientos específicos, sino la alteración del orden público. Como lo ha precisado la Corporación en otros pronunciamientos, los atentados terroristas dirigidos indiscriminadamente contra la población resultan imprevisibles para las autoridades públicas, a menos que se produzcan amenazas previas que permitan adoptar oportunamente medidas de protección. No existe, entonces, en estos casos, una omisión del Estado que pueda constituirse en causa del hecho, por no haber impedido la acción de la delincuencia. Tampoco se presenta un riesgo concreto y excepcional que afecte a un grupo específico de ciudadanos, creado por la misma administración en cumplimiento de sus funciones.”³⁶ (Subrayas propias).

La consolidación del título de riesgo excepcional como prisma para juzgar eventos de terrorismo ha llevado aparejado el creciente desuso del daño especial como título de imputación, pues la aplicación de este último título de imputación venía acompañada -no pocas veces- de confusiones sobre sus elementos estructurantes. En efecto, el daño especial surgió en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas e implicaba el sacrificio excepcional de un ciudadano o grupo de ciudadanos en provecho de una acción lícita del Estado que propende por el interés general³⁷.

³⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 10 de agosto de 2000. Exp. 11585. C.P.: Alier Enrique Hernández.

³⁷ Op. Cit., RUIZ OREJUELA, ..., pág 231.

Ahora, pese a la necesidad de la actuación lícita estatal como causa directa del resultado para la configuración de un daño especial, la jurisprudencia ha acudido a este título para juzgar supuestos en los que se echa de menos dicha conducta estatal. Así, al conocer de una demanda afincada en la lesión de un ciudadano al transitar cerca de una unidad de policía en Buenaventura que fue atacado por terceros con explosivos, el Consejo de Estado consideró que la víctima fue sometida a un “daño anormal”, en virtud del “sacrificio al que tuvo que someterse el señor (...) con ocasión del conflicto armado”³⁸, pese a que la administración no desplegó actuación alguna que fuera causa directa del daño. Por el contrario, fueron agentes no estatales los autores de los ataques contra la población.

Esta confusión intentó dirimirse en un primer momento. En un fallo del 2003, el Consejo de Estado resaltó que en varios pronunciamientos se ha abogado por la inviabilidad de aplicar el título de imputación de daño especial a estos casos, pues:

“el daño especial es consecuencia de una actividad lícita de la Administración que le impone al ciudadano una carga excepcional, violatoria de principio de igualdad de las personas ante la ley. En el acto terrorista, el Estado no solo no realiza actividad alguna sino que casi siempre es, por el contrario, el objetivo principal e inmediato del ataque”³⁹.

Aunque se ha oscilado entre la aplicación y el rechazo del título de daño especial para esta materia, como veremos a continuación, algunos de los fallos más significativos de la jurisprudencia reciente han hecho definitivamente a un lado el título de daño especial para, en su lugar, favorecer e incluso complejizar la aplicación del título de riesgo excepcional.

Capítulo II.

Tres hitos en la responsabilidad estatal por riesgo excepcional

Como se constató en el capítulo anterior, la responsabilidad estatal por atentados terroristas a título de riesgo excepcional ha tenido una evolución con tendencia expansiva, aunque

³⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 27 de enero de 2016. Exp. 39219.C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Expediente 14.530 (CP. Maria Elena Giraldo), reiterada en la sentencia que se analiza.

oscilante en varios momentos. Esa expansión ha tenido tres grandes hitos recientes que se estudian a continuación.

A. La sentencia del expediente 18860: atentado ordenado por Pablo Escobar Gaviria.

La Sección Tercera en pleno se dispuso a analizar la responsabilidad estatal con ocasión del atentado del 30 de enero de 1993 ocurrido en Bogotá bajo las órdenes de Pablo Escobar Gaviria. Para dicho estudio se acumularon dos procesos promovidos en contra de la Nación – Ministerio de Defensa, Ministerio de Justicia y del Derecho y Policía Nacional, pretendiendo la indemnización de los perjuicios causados con el atentado, el cual se encontraba enmarcado en la guerra contra el Estado impulsada por grupos narcotraficantes.

Según se afirma en la sentencia,

“la Fiscalía General de la Nación pudo establecer que la razón por la cual Escobar Gaviria ordenó la explosión de los carros - bomba en la ciudad de Bogotá fue para presionar al gobierno a fin de que accediera a sus condiciones de sometimiento a la justicia después de que se fugó del centro penitenciario y carcelario “La Catedral” de Medellín”.

En primera instancia se denegaron las pretensiones de la demanda. Al desatar el recurso, la Sección Tercera indicó que realizaría un balance jurisprudencial de la responsabilidad estatal por atentados terroristas. Además, definió como problema jurídico aquel consistente en esclarecer si el acto terrorista se debió a una falla en el servicio por omisión de prestar vigilancia y protección; a un riesgo excepcional, al haber sometido a las víctimas a un riesgo anormal y superior al que de ordinario deberían soportar; o si se presentó un daño especial en virtud de una acción legítima del Estado -no riesgosa- en cumplimiento de un deber legal y en beneficio del interés general para combatir a los grupos narcotraficantes, lo que habría ocasionado un “perjuicio concreto, grave y especial” a las víctimas.

Como última arista del problema jurídico, la Sala estudió si se configuraba la eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de un tercero en tanto el acto hubiese sido perpetrado por un particular “con fines puramente delincuenciales”.

Después del balance jurisprudencial anunciado, la corporación precisó que el título de imputación de riesgo excepcional se aplica “cuando el daño ocurre como consecuencia del ejercicio de una actividad legítima y lícita de la administración que comporta un riesgo de naturaleza anormal o excesiva, esto es, un riesgo mayor al inherente o intrínseco de la actividad o que excede lo razonablemente asumido por el perjudicado”.⁴⁰

Con base en esta delimitación del título de imputación de riesgo excepcional, la Sección resaltó que este se aplica a eventos en los que el ataque se dirige contra instalaciones oficiales, tales como:

“estaciones de policía, cuarteles del Ejército Nacional -incluso si la fuerza pública reacciona o no violentamente para repeler el acto-, centros de comunicaciones al servicio del Estado, oficinas estatales, redes de transporte de combustible, o también contra personajes representativos del Estado bajo la consideración que la presencia o ubicación de aquellos blancos en medio de la población civil los convierte en objetivos militares”⁴¹.

Así las cosas, para la corporación, la posibilidad de imputar responsabilidad al Estado con ocasión de un acto terrorista está supeditada a que aquel esté dirigido contra objetivos típicamente estatales. En palabras de la sentencia:

“15.6 Para que el acto violento causado materialmente por terceros sea imputado al Estado es menester que, según lo dicho por esta Corporación, esté dirigido contra blancos selectivos, esto es, personas o instituciones representativas del Estado, pues si el acto violento es de carácter indiscriminado cuyo objetivo es provocar, como lo es el acto de terrorismo, pánico, temor o zozobra entre la población civil, no es posible declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el riesgo excepcional.

⁴⁰ Consideración 15.1 del fallo.

⁴¹ Página 36 de la sentencia.

15.7 Bajo esta perspectiva teórica, la Sala ha desestimado las pretensiones encaminadas a vincular la responsabilidad del Estado en casos de actos violentos perpetrados por agentes no estatales cuyo objetivo es indeterminado.” (Subrayado propio).

De estas consideraciones se desprende una regla de decisión. En los eventos de actos terroristas causados por terceros de manera indiscriminada en contra de la población civil, sin que el objetivo sea un elemento representativo del Estado, no podría imputarse responsabilidad estatal a este título. Para efectos metodológicos, podríamos referirnos a este enfoque como “teoría del objetivo”: solo cuando el objetivo del ataque sea un elemento claramente identificable con el Estado, se habría materializado un riesgo excepcional creado por la administración. Y tiene sentido, puesto que solo sería medianamente posible para el Estado conjurar y controlar el riesgo que, aunque actuando legítimamente, crea con sus propias instalaciones, elementos y representantes, pues en los demás eventos en los que se atenta de manera indiscriminada contra la población, no se trata de la materialización de un riesgo que el Estado haya puesto en marcha. En otras palabras, el carácter de indiscriminado del ataque hace que este sea especialmente ajeno para el Estado.

La corporación no desconoce que existen situaciones en los que comportamientos de terceros comprometen la responsabilidad estatal, sin que sea posible aducir una causa extraña. En efecto, el fallo señala:

“En otros eventos, como se vio, la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado.”⁴²

⁴² Consideración 16.8 del fallo.

En este orden de ideas, el hecho del tercero no será exterior al Estado pues obedece precisamente a la materialización del riesgo que se ha creado. Y, como ya se indicó, habrá de considerarse que se ha materializado el riesgo creado cuando el objeto material del ataque es un elemento representativo del Estado.

La regla de decisión establecida supuso excluir el otro enfoque que podríamos llamar “teoría de los móviles”: la responsabilidad estatal condicionada por cuáles fueran las intenciones, pensamientos o motivos de los agentes terroristas. Esta aproximación fue abanderada en el salvamento de voto frente a esta sentencia presentado por el consejero Hernán Andrade Rincón, quien afirmó que al ser el atentado un hecho con fines políticos, en la medida en que buscó sembrar miedo en la población con el único propósito de debilitar la institucionalidad, debe el Estado responder, sin importar cuál haya sido el blanco escogido.

Por último, la Sección avocó al examen de los requisitos de procedencia del título de imputación de daño especial, cuya primera aplicación se remonta a 1947, con el ya referido fallo del periódico “El Siglo”⁴³. Inicialmente, se destaca cómo la jurisprudencia en ocasiones ha confundido el daño especial con el régimen del riesgo excepcional, como lo hizo en el caso de un habitante de Bucaramanga que sufrió daños materiales como consecuencia de la explosión de un carro bomba dirigido contra un comando del ejército. Allí se empleó el daño especial como título de imputación, aunque en realidad se aplicaron elementos propios del régimen del riesgo excepcional.

Señalada la confusión que se ha presentado en varios pronunciamientos, pues “se han venido aplicando extrañamente de manera concurrente o alternativa los títulos de daño especial y riesgo excepcional”⁴⁴, la providencia resaltó que desde el año 2007 la corporación replanteó su postura sobre la aplicación concurrente o alternativa de distintos regímenes de responsabilidad en estos casos, para concluir que el juicio de responsabilidad se estructuraría

⁴³ En la nota al pie 60 del fallo se reseña: “El antecedente primigenio que podemos identificar de aplicación de la teoría del daño especial en Colombia data del 29 de julio de 1947 en la cual se declaró responsable al Estado por los daños ocasionados al periódico *EL SIGLO*”

⁴⁴ Página 46 del fallo.

sobre la falla del servicio o sobre el riesgo excepcional⁴⁵, pero el uso de cada título de imputación se vería determinado por la realidad probatoria⁴⁶.

Después de la reconstrucción de la jurisprudencia, la Sección Tercera descende al caso concreto y decide confirmar la decisión absolutoria de primera instancia. En primer lugar, consideró que no se presentó una falla del servicio pues, por el contrario, en aquella época las autoridades fortalecieron sus labores de inteligencia y dedicaron más recursos para la protección de la capital colombiana, así como a la realización de operativos masivos. Además, el Estado no tenía conocimiento cierto y previo de la posible ocurrencia del hecho terrorista.

Tampoco encontró la Sección configurado un riesgo excepcional al que se hubiesen visto expuestas las víctimas, pues el atentado no estuvo dirigido en contra de altos funcionarios, bienes o elementos representativos del Estado. Por el contrario, se trató de un ataque dirigido contra un blanco indiscriminado. Aunque existiera tensión interna en el país en ese momento, no se atentó contra un elemento estatal que generara riesgos ciertos para la seguridad de las personas y sus bienes, por lo que no es dado atribuirle el daño.

Finalmente, no se verificó tampoco la estructuración de un daño especial, que se presentaría solo si:

“la conducta estatal es también lícita, no riesgosa y se ha desarrollado en beneficio del interés general, pero produce al mismo tiempo un daño de naturaleza grave o anormal que impone un sacrificio mayor a un individuo o grupo de individuos determinado con lo que se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas”

Desde esta óptica, dado que no hubo una intervención positiva, legítima y lícita de la entidad estatal, no hay lugar a declarar la responsabilidad estatal. En este punto, la providencia insiste en que bajo este título de imputación es necesario que el daño sea consecuencia directa de una conducta de la administración, la que debe ser legítima y en pro del interés general.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 10 de agosto de 2000. Expediente 11.585 (CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez).

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de abril 19 de 2012. Expediente 21.515. (CP. Hernán Andrade Rincón). Esta afirmación ha sido especialmente reiterada en materia de privación injusta de la libertad.

Además, se exige un daño de carácter anormal y especial que rompa con el principio de igualdad ante las cargas públicas. Prescindir de esa relación causal exigida sería, en palabras de la sentencia, “admitir una presunción de causalidad artificial imposible de ser desvirtuada en todos los casos en los que el Estado ejerza sus competencias”.

Por último, concluye la sentencia que, aunque existe en nuestro ordenamiento jurídico el principio de solidaridad que obliga a acudir en auxilio de los demás, se trata de un mandato de optimización y no de un fundamento autónomo y exclusivo de la responsabilidad estatal.

A la luz de todos estos razonamientos, se confirma la sentencia absolutoria de primera instancia, no sin antes exhortar al Ministerio del Interior, al Director de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y al Congreso de la República para que fortalecieran los mecanismos jurídicos, económicos y sociales existentes destinados a garantizar la asistencia humanitaria a las víctimas del terrorismo.

La decisión de absolver al Estado, por un lado, y exhortar a las autoridades competentes para fortalecer los mecanismos de solidaridad, por otro, se logró con el mínimo consenso, pues de nueve magistrados, cuatro salvaron el voto⁴⁷, entre ellos la consejera que posteriormente sería ponente en la decisión del caso *El Nogal* y que se apartaría de las reglas de decisión sentadas en este fallo.

B. La sentencia del expediente 37719: caso *El Nogal*

A través de la sentencia del 16 de agosto de 2018, expediente 37719, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia de la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, se decidieron de manera acumulada tres recursos de apelación interpuestos contra sendas sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca que negaron las pretensiones de los demandantes.

⁴⁷ Concretamente, los Dres. Martha Nubia Velásquez Rico, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Stella Conto Díaz del Castillo y Hernán Andrade Rincón.

Los procesos acumulados se iniciaron en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Ministerio del Interior y de Justicia, Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- y la Fiscalía General de la Nación, para que se las declarara administrativamente responsables por la lesión y muerte de varias personas como consecuencia de la explosión de un carro-bomba en las instalaciones del club *El Nogal*.

Los hechos discutidos en el proceso ocurrieron en la ciudad de Bogotá el 7 de febrero de 2003, alrededor de las 8 de la noche, cuando un automóvil cargado con aproximadamente 200 kilogramos de ANFO⁴⁸ en el interior de la silla trasera, que fue introducido en las instalaciones del club *El Nogal*, explotó dejando un saldo de 35 muertos y 73 heridos.

Según se estableció por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en el fallo proferido el 28 de noviembre de 2008 en contra de varias figuras prominentes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC-, el plan terrorista fue concebido y ejecutado por ese grupo insurgente, bajo la coordinación de Hernán Darío Velásquez Saldarriaga, alias “El Paisa” y con el apoyo de Hermínsul Arellán, alias “El Flaco”. Esta responsabilidad fue reconocida por los ex integrantes de la guerrilla el pasado 10 de febrero de 2018, en un acto público de verdad, perdón, reconciliación y reparación.

Inicialmente, según hallazgos en el computador del jefe militar de las FARC alias “Mono Jojoy”, el plan era estallar la bomba frente al Club El Nogal cuando estuvieran allí personajes importantes como generales o ministros. Sin embargo, según se explicaba en un correo dirigido a “Tiro Fijo”, había surgido la “posibilidad real” de explotarlo ante la presencia de ciento cincuenta industriales y diez diplomáticos que se reunían semanalmente, por lo que se aprovecharía esa oportunidad. Esta revelación fue hecha el 16 de octubre de 2010 por el presidente Juan Manuel Santos al diario El Tiempo⁴⁹.

⁴⁸ Del inglés: Ammonium Nitrate - Fuel Oil, es un explosivo de alta potencia. Consiste en una mezcla de nitrato de amonio y un combustible derivado del petróleo.

⁴⁹ EL TIEMPO. Presidente Santos reveló detalles del atentado contra el Club El Nogal. 16 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8134040>

Con fundamento en los hechos ya reseñados, tres grupos de demandantes fincan sus pretensiones en contra de entidades estatales. En todas las demandas se reprocha no haber corroborado informes de inteligencia indicativos de próximos atentados terroristas o haber ignorado el comunicado de fin de año de las FARC en el que señalaron que el Estado estaba “abriendo las puertas de la nueva institucionalidad al sicariato paramilitar facilitándole los clubes del Norte de Bogotá para sus reuniones con jefes políticos y empresariales sin que ninguna autoridad los incomode”.

Finalmente, se destacaron dos hechos: que el señor Fernando Londoño Hoyos, Ministro del Interior para ese momento, había sido hasta antes de su posesión presidente del club El Nogal; y que la Ministra de Defensa Nacional, Martha Lucía Ramírez, se hospedó en varias oportunidades en el club. Así, reprocharon que las autoridades hubiesen puesto “en riesgo a todas las personas que (...) visitaban el distinguido lugar (...) sin imaginarse que allí tenía su residencia transitoria una de las figuras políticas y públicas más importantes del país”.

De lo anterior se desprende que lo que se reprochó a las entidades demandadas era la falla en el servicio por omisión y, tangencialmente, el haber creado un riesgo excepcional para los visitantes del club al posibilitar que la Ministra de Defensa pernoctara en el lugar y por la relación que había tenido el Ministro Londoño con la junta directiva del club. Es especialmente relevante resaltar, en este punto, que en los alegatos de conclusión de la segunda demanda se sostuvo que el atentado había sido dirigido contra el Estado colombiano “en cabeza de los dos ministros más representativos del gobierno”⁵⁰.

Dadas las imputaciones de las demandas, en cada uno de los tres litigios, los argumentos principales de defensa de las entidades fueron el hecho exclusivo de un tercero como modalidad de causa extraña y la ausencia de falla en el servicio.

En primera instancia se denegaron todas las pretensiones. Para todos los casos, en general, se consideró configurado el hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad, además de no encontrar probado que el atentado se hubiese dirigido contra un elemento del

⁵⁰ Página 13 del fallo.

Estado, pues ni el club era entidad estatal ni los altos dignatarios que con él estaban relacionados se encontraban en el lugar del suceso. Así las cosas, se concluyó que el atentado fue un hecho dirigido a sembrar terror en la comunidad en general. Por otro lado, también se estimó que no se había acreditado la falla del servicio, pues no se contaba con información certera que hiciera resistible y previsible el hecho.

En los recursos de apelación interpuestos contra los fallos de primera instancia se insistió en la configuración de una falla en el servicio por no haber extremado las medidas de protección en el club, dada la relevancia política y económica de sus socios, ni haber seguido las pistas entregadas por un informante. Asimismo, se señaló que el atentado sí estaba dirigido en contra del Estado representado en dos ministros: uno que había sido socio directivo del club y otra que se hospedaba allí.

El estudio acumulado de los procesos y la adopción de la sentencia fueron acometidos solamente por la Dra. Conto Díaz del Castillo y la Dra. Sol Marina de la Rosa, Conjuez del Consejo de Estado, ante el impedimento del Dr. Ramiro Pazos Guerrero.

El fallo empieza por establecer los hechos que se tienen por probados, siendo el primero de ellos la indiscutible autoría de las FARC. Luego, resalta la existencia de contratos de prestación de servicios entre el club y empresas de vigilancia y empresas de seguridad con caninos entrenados en antiexplosivos. A continuación, destaca dos certificaciones allegadas por el club El Nogal. Según la primera de ellas, el señor Fernando Londoño Hoyos, Ministro del Interior y de Justicia, se hospedó allí en varias fechas de diciembre de 2002 y enero y febrero de 2003, incluido el 6 de febrero de ese año, un día antes del ataque. De acuerdo con la segunda certificación, la Ministra de Defensa se hospedó en el club en los meses de octubre y noviembre de 2002.

También se enfatizó en el fallo que, entre los meses de agosto de 2002 y febrero de 2003, se realizaron varias reuniones en el club dirigidas por el Ministro Londoño Hoyos a las que asistieron congresistas, ministros, el Fiscal General, el Director Nacional de Estupefacientes, el director del DAS, el Defensor del Pueblo, el comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, entre otros altos dignatarios, con el propósito de abordar temas de relevancia nacional.

Igualmente, se tuvo por probado que no existieron solicitudes de protección especial por parte del club.

La sentencia trae a cuento apartes de una declaración de una investigadora del CTI que afirmó que un informante de las FARC señaló que alias “El Flaco” había estado “picando dinamita”, y que “algo muy grave iba a pasar en Bogotá”. Además, el informante aseguró poder suministrar información que posibilitara la captura de alias “El Paisa”, quien -a la postre se supo- diseñó la estrategia del atentado. Pese a haber referido estos hechos a sus superiores, aquellos consideraron que los datos entregados por el informante contradecían hallazgos de sus propias labores de inteligencia, por lo que estimaron que su información no era confiable. También se refieren contribuciones de otros informantes que señalaron que el club El Nogal estaba siendo observado por las FARC para detectar víctimas potenciales de secuestro y extorsión; información en la que tampoco se habría profundizado por ser inespecífica.

A partir de estos hechos, la sentencia empieza por decantar una definición de terrorismo a partir de normas del derecho internacional humanitario, concluyendo que, de conformidad con la Asamblea General de las Naciones Unidas, se trata de actos “con fines políticos, concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas (que) son injustificables en todas las circunstancias”.⁵¹

La definición anterior de terrorismo es complementada con un pronunciamiento del propio Consejo de Estado. Para ello, se trae a colación la sentencia del 11 de diciembre de 2003, en la que se señaló que:

“si bien no se ha elaborado jurisprudencialmente una definición precisa del terrorismo, podrían considerarse **como notas distintiva del concepto para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado**, los actos de violencia con los cuales se pretende causar un efecto psicológico de terror, sin importar quiénes sean las víctimas; utilizando medios de destrucción masiva, **dirigidos contra el Estado**

⁵¹ Declaración de la ONU sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, anexa a la Resolución 49/60 de la Asamblea General, 17 de febrero de 1995. Citada en la página 45 del fallo.

con el fin de destruir o causar estragos o al menos desestabilizar su organización u obtener considerables beneficios”.⁵² (Subrayado y negrilla propios).

A partir de la cita anterior, el Consejo de Estado concluye que, de cara a la responsabilidad estatal, el ataque terrorista “puede ser dirigido contra el Estado o no”⁵³, pese a que la cita en que sustenta tal conclusión se refiere expresamente al uso de medios de destrucción masiva dirigidos contra el Estado, pues precisamente en dicho pronunciamiento se condenó a ECOPEPETROL a resarcir los daños padecidos por la explosión de un oleoducto en consideración a que dicho oleoducto era un bien estatal⁵⁴.

La argumentación del fallo continúa rescatando la definición de terrorismo establecida por la Comisión Andina de Juristas y que fuera resaltada en la sentencia del 28 de marzo de 2010, con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero. Con base en dicha definición, la sentencia afirma que el elemento que define el acto terrorista radica en la **intención** de la violencia desplegada. Para soportar esta afirmación, el fallo de *El Nogal* trae a cuento una cita extraída de las consideraciones de la Subsección A en sentencia del 15 de marzo de 2017, según la cual:

“en aquellos casos en los cuales el atentado terrorista tiene un móvil político encaminado contra el Estado, cualquiera que sea la víctima directa, ha de entenderse que la utilización del terror aparece como un instrumento dirigido a la población para que ejerza presión social, de forma tal que se debilite o socave la voluntad estatal y ceda ante las pretensiones o prerrogativas exigidas por quienes acuden al terror como método de acción”.⁵⁵

El fallo concluye que el atentado al club el Nogal se hizo dentro del conflicto armado, con “el fin de debilitar la institucionalidad”, precisando que “si bien se trataba de instalaciones de un club privado las mismas venían siendo utilizadas con fines institucionales, sin particular consideración con los socios y trabajadores del lugar”.

⁵² CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Expedientes 12916 y 13627. (CP. Ricardo Hoyos Duque).

⁵³ Página 48 del fallo.

⁵⁴ Página 30 del fallo del 11 de diciembre de 2003.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 15 de marzo de 2017. Exp.40357. (C.P. Hernán Andrade Rincón), citada por el fallo de *El Nogal*.

No es posible comprender si a lo que se refiere el fallo es que, escudriñando en la psique de los terroristas, se tiene que la **intención o el móvil** del ataque era debilitar el Estado, sin importar que se dirigiera contra un club privado; o por el contrario, que el club, aunque privado, se había convertido en un **objeto estatal o representativo del estado**, dado que venía siendo usado por altos dignatarios del Estado para reuniones.

Hasta aquí pareciera posible en todo caso afirmar que en el caso *El Nogal* la responsabilidad del Estado vendría dada por el riesgo excepcional que creó para los asistentes del club. Sin embargo, a continuación, el fallo afirma:

“las circunstancias y condiciones particulares que rodearon los hechos, de una parte, el conocimiento previo a fin de corrobora (sic) una posible omisión y de otra, la utilización de las instalaciones del club por parte de agentes estatales fuera del marco de actividades sociales, para así mismo establecer si los socios y trabajadores fueron sometidos a una carga excesiva; pues siendo así, sin lugar a dudas se configura la responsabilidad.”⁵⁶

Aunque las primeras líneas de la cita anterior parecieran aludir a una falla en el servicio, en tanto se propone indagar por el conocimiento previo de la posible ocurrencia del atentado, a renglón seguido se emplean términos (“carga excesiva”) que parecieran relacionados con un régimen objetivo. De esta manera, si bien en un párrafo anterior se deja entrever la configuración de un riesgo excepcional, en la providencia se pasa a verificar seguidamente si se ha configurado una falla en el servicio -régimen subjetivo- o, al parecer, un daño especial, al hablar de haberse sometido a los trabajadores a una carga excesiva -régimen objetivo-. El fallo es una mezcla confusa de todos los títulos de imputación posibles, pero en las consideraciones prevalece un razonamiento acorde con el título de imputación de riesgo excepcional, como se explicará a continuación.

Frente a una falla en el servicio, la sentencia de *El Nogal* sostiene que esta no se encuentra demostrada en tanto no hubo requerimientos de seguridad del club que hubiesen sido desatendidos.

⁵⁶ Página 49 del fallo.

No obstante, sí reprocha que la Fiscalía General de la Nación y al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, no hubiesen confirmado ni investigado la información preliminar obtenida de varias fuentes y que podrían haber contribuido a prevenir el ataque, lo que considera una falla en el servicio:

“Ahora, si bien se trataba de información preliminar que requería ser confirmada e investigada, ninguna diligencia se adelantó, lo que denota una clara omisión en particular dado el contexto del conflicto y sus claras repercusiones urbanas, tal como se explica más adelante. Siendo así, encuentra la Sala que le asiste responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación y al extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS- en tanto no obraron conforme a imperativos deberes de protección, seguridad y prevención, legal y constitucionalmente exigibles.”

Sin embargo, a la par se resalta la imposibilidad de anticipar el atentado:

“Siendo así, es evidente la compleja y delicada situación de orden público, causada no solo por las amenazas y presiones en contra de una política estatal, sino por arremetidas a la institucionalidad, organismos y fuerza pública, así como ataques indiscriminados a la población civil, generados por un grupo delincuenciales identificado, no solo por su conformación sino en lo relativo a su motivación y modalidad de destrucción.

Lo cierto es que, conocida la permanente ejecución de atentados en la ciudad de Bogotá, (...) era de esperarse la actuación de las autoridades públicas conforme los deberes de cautela y precaución ameritaban, de donde, si bien no les resultaba posible predecir o anticipar los ataques puntuales del grupo insurgente, esta carga lejos está de ser atribuida a las víctimas (...)” (Subrayado propio).

Inicialmente, se dijo que había una falla en el servicio en cabeza del DAS por no haber corroborado la información según la cual, a través de un testaferro de las FARC se estaba coordinando un atentado en la ciudad de Bogotá. Pero luego se dice que no era posible para

las autoridades predecir o anticipar los ataques puntuales del grupo insurgente. Entonces hay falla, pero no la hay: un verdadero galimatías⁵⁷.

Con independencia de la argumentación contradictoria en relación con la falla en el servicio, la Sala continúa lamentando el riesgo, “sin las cautelas necesarias, al que fueron sometidos los socios del Club, sus trabajadores, invitados y en general, la población civil que desprevenida frecuentaba el lugar y sus alrededores”. En otras palabras, se sometió a la población civil a un riesgo al “trasladar el objetivo militar”:

“máxime cuando las mismas autoridades posibilitan el traslado del objetivo militar al propiciar espacios distintos a las instalaciones oficiales, dotadas de la seguridad que sus funciones merecen, a establecimientos privados donde la intervención del Estado es limitada.”

Precisamente el fallo se extiende en las motivaciones del grupo insurgente tras el ataque militar. Para ello, destaca algunas declaraciones hechas el 10 de febrero de 2018, en un acto público de verdad y reconciliación, en el que ex integrantes de las FARC destacaron que el club se había convertido en un “centro de reuniones para planificación de operaciones contrainsurgentes, encabezadas por funcionarios gubernamentales y líderes paramilitares”. Y a continuación hace un recuento de las reiteradas visitas de los ministros Fernando Londoño Hoyos y Martha Lucía Ramírez en las instalaciones de *El Nogal*, acompañados por un amplio abanico de congresistas, así como el Procurador General, el Fiscal General, el Director Nacional de Estupefacientes, el director del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, el director de Coldeportes, el Defensor del Pueblo, el director de la Policía Nacional, los ministros de Agricultura, Protección Social, Educación, entre otros; congregados para abordar temas de trascendencia nacional.

En el mismo sentido, la providencia resalta algunas notas de prensa y entrevistas en las que los representantes de las víctimas del atentado lamenten que el club se hubiese convertido en

⁵⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. El fallo del club El Nogal y la ruptura del equilibrio de las cargas públicas. *En*: *Ámbito Jurídico*. Bogotá D.C. 27, septiembre, 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/el-fallo-del-club-el-nogal-y-la-ruptura-del>

“la segunda Casa de Nariño”⁵⁸, sin adoptar las medidas de seguridad que esa circunstancia ameritaba, así como dos publicaciones tituladas “Negociación secreta”, en la revista Semana, y “Colombia: Paramilitares, políticos, empresarios y El Nogal – Primera parte. Una pequeña historia sobre paramilitares y el Club El Nogal”. Ambas afirman que los paramilitares como Salvatore Mancuso acudían al club para reunirse con el gobierno y negociar sus condiciones de rendición, así como congregarse con congresistas amigos.

Aunque la argumentación del fallo es oscura en cuanto al título de imputación empleado, como lo reconoce la doctrina⁵⁹, la condena parece apoyarse fundamentalmente en la creación de un riesgo excepcional por parte del Estado al emplear instalaciones privadas para fines institucionales:

“Como puede evidenciarse, luego de la lectura de lo antes expuesto y contrastada con los insumos probatorios, es dable concluir que el atentado al club El Nogal corresponde a un ataque terrorista dentro del conflicto armado colombiano, realizado por el grupo insurgente FARC que infundió miedo y zozobra en la población civil con el fin de debilitar la institucionalidad. En este punto se hace necesario precisar que si bien se trataba de las instalaciones de un club privado las mismas venían siendo utilizadas con fines institucionales, sin particular consideración con los socios y trabajadores del lugar.” (Subraya propia).

Y continúa la corporación:

“Es que, resulta en extremo esperar que las víctimas conocieran que, en un lugar dirigido al esparcimiento y al margen de la amenaza pública y general, hospedara la ministra de Defensa y se adelantarán reuniones institucionales lideradas por el Ministro del Interior y de Justicia, ambos de la más alta jerarquía y representatividad gubernamental. Además, si era menester que ello ocurriera, en gracia de discusión, era de esperarse la adopción de cautelas superiores a las utilizadas en las sedes de los ministerios e incluso en la Casa de Nariño para socios y los visitantes; así mismo conjurar el peligro a la que se exponían trabajadores.

(...)

⁵⁸ Página 39 del fallo.

⁵⁹ “El aspecto controversial de la motivación se presenta en la oscuridad del título de imputación (o en nuestra ignorancia por no entenderla rectamente); no se sabe si se imputó el daño antijurídico por un título objetivo (daño especial o riesgo excepcional) o subjetivo (falla del servicio).” Op. Cit., BOTERO, Luis, ...

(...) el Estado como garante y en aplicación de las normas constitucionales contenidas en los artículos 2, 90 y 93, debió no solo en razón del contexto, considerar de manera reforzada las medidas, herramientas e instrumentos para cumplir el deber de prevención y protección, además de aminorar los peligros a la población civil, aspecto que fue desatendido en razón de las frecuentes visitas y pernoctación en el establecimiento privado de los ministros de Interior, junto con altos funcionarios públicos y la ministra de Defensa; no queda sino condenar al Estado” (Subraya propia).

Es cierto que la Sala reprocha al Estado no haber adoptado medidas de seguridad debido a las actividades que se desarrollaban en el club. Sin embargo, ello no parece compatible con una falla en el servicio, pues el fallo reconoce la imposibilidad de anticipar el ataque específico, sino más bien con una negligencia consistente en no haber gestionado el riesgo creado. Incluso de haberse adoptado esas medidas, la materialización del riesgo que se creaba al “trasladar el objetivo militar” habría comprometido la responsabilidad estatal a título de riesgo excepcional.

En el gran paisaje de la responsabilidad por riesgo excepcional, esta sentencia es relevante no solo por su contexto político y social, sino porque introduce nociones de creación de riesgo conflicto al convertir una institución privada en un centro de actividades estatales y, de contera, en un “objetivo militar”. Es, en definitiva, un nuevo escenario de la modalidad de riesgo conflicto. También es un paso más en la dirección de reconocer la naturaleza política del terrorismo⁶⁰, lo que permitirá comprender mejor el fenómeno y depurar los regímenes de responsabilidad. No obstante, el razonamiento de la providencia se queda corto y la confusión de su redacción impide extraer con mediana claridad las reglas de decisión allí decantadas.

⁶⁰ En el año 2000 escribía Juan Carlos Gutiérrez Peláez que “abordar el terrorismo bajo esta perspectiva [el reconocimiento de su naturaleza política] [podía] ser el comienzo de una importante evolución jurisprudencial que permita ir, aún más allá, en la aplicación de regímenes de responsabilidad objetiva en materia de terrorismo”. En: PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos. Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia. 2000. Pág 129.

C. La sentencia de unificación del 4 de junio de 2019: El caso de Promigas

El 14 de marzo de 2019, a través del mecanismo extraordinario de revisión eventual, el Consejo de Estado seleccionó para estudio una sentencia de acción de grupo en la que se condenó a Promigas E.S.P. S.A., empresa privada prestadora de servicios públicos domiciliarios, y al Ministerio de Minas y Energía como patrimonialmente responsables del atentado terrorista a un oleoducto.

En el caso concreto, la acción de grupo se promovió a raíz de la explosión del gasoducto Ballenas – Barranquilla provocada por las FARC el 21 de octubre de 2001, causando muertes y lesiones de varios habitantes de las inmediaciones de la estructura. En sentencia del 25 de mayo de 2017, se revocó el fallo absolutorio de primera instancia para, en su lugar, condenar al Ministerio de Minas y Energía y a Promigas bajo el argumento de que:

“tanto el Ministerio de Minas como Promigas, están llamadas a responder por los daños causados a los ahora demandantes con ocasión del contrato de concesión suscrito entre estos, que propició la implementación de la actividad o la consecución del servicio público de gas, que fue objeto de ataque por la insurgencia”.

La providencia que viene de señalarse, además de invocar el contrato de concesión existente entre el Ministerio de Minas y Promigas, dio aplicación a las teorías de riesgo conflicto y riesgo beneficio:

“no pueden separarse radicalmente los criterios de riesgo conflicto y riesgo beneficio, en tanto que el primero confluye por la calidad de concesionario de Promigas, a través de la cual emplea y ejerce instrumentos y servicios representativos del Estado y el segundo, en la dimensión de empresa privada que ejercía y guardaba la actividad peligrosa -transporte de gas- con propósitos claramente lucrativos, que impone la asunción de la responsabilidad de las consecuencias negativas derivadas del insuceso.”

En el fallo de segunda instancia de mayo de 2017, el Tribunal se refirió al riesgo creado, riesgo provecho o beneficio, riesgo excepcional y, especialmente, al riesgo conflicto⁶¹. Frente a este último, señaló que surge con la existencia o ubicación de bienes o elementos estatales que se convierten en objetivo de los grupos armados al margen de la ley, generando de esa manera un riesgo excepcional para la comunidad. Promigas, al tener a su cargo la ejecución de un servicio público y la manipulación de un recurso natural, así como al haber celebrado un contrato de concesión con el Ministerio de Minas y Energía, la hace responsable del atentado contra un elemento -el gasoducto- que el tribunal estima representativo del Estado. En efecto, el contrato de concesión implicaba para Promigas -según el Tribunal- la aceptación de los “riesgos inherentes” al objeto social del mismo, pues la concesionara asume por su cuenta y riesgo el ejercicio de la actividad o servicio.

Para el Tribunal, eran inescindibles los criterios de riesgo conflicto y riesgo beneficio, ya que el primero se deriva de la calidad de concesionario de Promigas y, el segundo, del ejercicio de una actividad peligrosa con un fin lucrativo.

Estas consideraciones de la providencia la situaban en contravía de otro fallo del año 2014, proferido por el mismo Tribunal Administrativo de la Guajira a raíz del mismo atentado terrorista, en la que se absolvió a Promigas y al Ministerio de Minas y Energía. En dicha providencia se exoneró a la empresa de servicios públicos Promigas bajo el siguiente razonamiento:

“(…) si bien es cierto que la conducción de gas se encuentra catalogada como una actividad peligrosa (art. 2356 del C.C.) y que frente a los perjuicios que se llegaren a ocasionar a terceros en el ejercicio de esta actividad se presumirá el elemento de la culpa quedando la víctima solo en la obligación de acreditar a) el daño y b) la relación de causalidad no lo es menos que en el presente asunto, se encuentra acreditado en el expediente que la explosión del gasoducto Ballena (sic) – Barranquilla se debió a cargas explosivas detonadas por miembros del Frente 59 de las FARC Bloque Caribe, advirtiéndose la inexistencia de una relación causal entre la conducta desplegada por

⁶¹ “dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades”. Sentencia del 29 de octubre de 2012. Exp. 18472.

la accionada y los perjuicios irrogados a los actores, en consecuencia, a la luz de la teoría de la causalidad adecuada advierte la Sala que la accionada PROMIGAS S.A. E.S.P. no incurrió en conductas que tuvieran una relación directa en la producción del daño a los accionantes, pues dentro de sus deberes y obligaciones jurídicos no se encuentra el de repeler grupos delincuenciales”⁶² (subrayas propias).

Bajo el mismo razonamiento en clave de esfera de deberes y obligaciones jurídicos, que permitió exonerar a Promigas en 2014, en el mismo fallo se declaró responsable al Ministerio de Defensa, pues sus funciones en este caso sí estaban directamente relacionadas con el servicio de seguridad y el mantenimiento del orden público.

Ante la evidente discrepancia argumentativa entre dos providencias proferidas por la misma corporación y por los mismos hechos, en diciembre de 2014 y mayo de 2017, respectivamente, el Consejo de Estado consideró necesaria la unificación en cuanto a la aplicación de las distintas modalidades de riesgo como título de imputación de responsabilidad al Estado.

En su solicitud de revisión contra el fallo de 2017, Promigas insistió en que el régimen de responsabilidad a ella aplicable era sustancialmente diferente de aquel de las entidades estatales, comoquiera que ella se encontraba enmarcada en el régimen de actividades peligrosas del art. 2356 del Código Civil que cobija a los particulares. Así, no podía extendersele los efectos de la responsabilidad estatal, ya que el gasoducto operado por Promigas no podía considerarse un bien representativo del Estado, pues se trataba de una estructura construida y administrada por una entidad particular a efectos de cumplir con un contrato de concesión. En el mismo sentido, Promigas consideró que incluso si el gasoducto fuese un elemento representativo del Estado, ello no la convertía en autoridad pública y, por tanto, no le era extensible la aplicación de un régimen de responsabilidad concebido para las autoridades estatales.

⁶² TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA. Sala Primera de Decisión. Sentencia del 10 de diciembre de 2014. Magistrados: Nadia Patricia Benítez Vega, María del Pilar Veloza Parra y César Augusto Torres Ormaza. Proceso de reparación directa promovido por Mingo Castro Jarariyú.

Sin embargo, en sentir del Tribunal que definió la segunda instancia y contrario a las argumentaciones de Promigas, los juicios de imputación entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa no tenían diferencias sustanciales que ameritaran un tratamiento distinto para Promigas.

Promigas reprochó la aplicación de los títulos de imputación de riesgo conflicto y riesgo beneficio por varias razones. En cuanto al riesgo conflicto, señaló que este está restringido a los eventos en que los asociados sufren daños con motivo del conflicto armado interno entre el Estado y grupos insurgentes; litigios en los que el Estado está representado por el Ministerio de Defensa. En este orden de ideas, dicho título no es aplicable a Promigas pues la empresa “no personifica al Estado colombiano como uno de los actores del conflicto armado interno”, por lo que no se le puede responsabilizar por la materialización de los riesgos que acarrea el conflicto.

En lo que concierne al riesgo beneficio, Promigas señaló que este título encuentra su fundamento, no en el peligro creado, sino en el provecho que el Estado o la comunidad derivan de la actividad riesgosa, lo que ocurre en supuestos excepcionales de colaboradores permanentes⁶³ y colaboradores ocasionales⁶⁴ de la Administración, en los que se busca que el Estado no se lucre de un servicio o una labor a la par que se empobrece a un administrado⁶⁵.

Finalmente, la empresa de servicios públicos también criticó que, aunque se le atribuyó responsabilidad a Promigas y al Ministerio de Minas y Energía por obtener beneficio del servicio que produjo el riesgo, se invoca la categoría del riesgo conflicto, impertinente para el caso concreto.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante ANDJE), interviniente en el trámite de revisión, también cuestionó que el contrato de concesión sirviera de fundamento

⁶³ Tal es el caso de los miembros de la fuerza pública, frente a quienes proceda el reconocimiento de indemnizaciones más allá de las predeterminadas por la ley en caso de muerte con ocasión del servicio.

⁶⁴ Personas que concurren de manera ocasional y benévola (gratuita) a la prestación de un servicio. Tal es el caso de las personas que prestan transporte benévolo a agentes del Estado.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Exp. 16530. (C.P. Mauricio Fajardo Gómez). En la doctrina, véase: Op. Cit., BEJARANO, ..., pág. 582.

para imputar responsabilidad administrativa a Promigas, cuando dicho contrato implica para el particular asumir como propios los riesgos derivados de la ejecución del contrato según la distribución hecha por las partes, pero no los riesgos derivados del conflicto armado.

La ANDJE señaló que el riesgo conflicto como título de imputación solo procede respecto de entidades públicas a las que les corresponda garantizar el orden público en virtud de su esfera de competencia, cuyos límites no se desdibujan por la existencia de un contrato de concesión. La aplicación de esta teoría, de suyo “paradójica y extraña” a los particulares desconoce reiterada jurisprudencia e incluso a Ley 142 de 1994⁶⁶.

Por su parte, el Ministerio de Minas y Energía acusó la sentencia del tribunal de desconocer su estricto marco funcional, al atribuirle funciones de seguridad y defensa de una zona azotada por el conflicto armado que realmente pertenecen al Ministerio de Defensa Nacional.

La corporación evidenció la necesidad de unificar jurisprudencia al constatar las interpretaciones contradictorias que se han dado de la teoría del riesgo conflicto en casos similares.

El Consejo de Estado inicia su análisis a partir de la idea de que los fallos deben fundamentarse en “reglas” decantadas en providencias anteriores del mismo juez o de jueces de superior jerarquía y que soportaron la decisión de casos análogos, o construidas específicamente para resolver el caso concreto del que están conociendo. Este punto de partida implica reconocer sin dubitación que el juez, en su labor decisoria, crea derecho a través de esas reglas de decisión que, por ello, hacen parte de las fuentes del derecho.

⁶⁶ “**ARTÍCULO 32. Régimen de Derecho Privado para los Actos de las Empresas.** Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.”

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. (...)”

Siendo entonces las reglas jurisprudenciales una fuente de derecho, los jueces no pueden hacer caso omiso del precedente judicial de manera discrecional por lo que, en caso de apartarse de él, deberán desplegarse la carga argumentativa necesaria como requisito de validez del fallo.⁶⁷

Frente al carácter vinculante de la jurisprudencia, para el Consejo de Estado es claro que no todas las decisiones judiciales lo son en el mismo grado. Cuando esa corporación cumple la función constitucional de unificar jurisprudencia, está generando un precedente de obligatorio acatamiento para las autoridades, los administrados y los jueces. Igualmente, un juez está atado a sus decisiones anteriores, salvo que satisfaga la carga argumentativa que le permita apartarse del criterio decantado.

Establecida la vinculatoriedad del precedente, la corporación pasa a abordar cuál es el precedente -de obligatorio cumplimiento- establecido en materia de actos terroristas. Para ello, empieza por sentar la primera premisa: aunque la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual o un único título de imputación para determinados eventos, el Consejo de Estado sí ha fijado unas reglas sólidas en materia de atentados terroristas.

En primer lugar, descarta tajantemente que a estos eventos les sea aplicable el régimen de daño especial, pues dicho régimen supone una “relación de causalidad directa entre una acción legítima del Estado y el daño causado, lo cual descarta, por definición, todo daño en el que el autor material sea un tercero⁶⁸”.

En segundo lugar, la corporación resalta que el régimen de responsabilidad objetiva derivado del riesgo creado por parte del Estado solo recae en él y no en los particulares, pues dicho régimen excepcional se justifica porque el Estado “ostenta una relación de poder frente a los particulares”⁶⁹, lo que no ocurre para los particulares entre sí. Aunque a las empresas privadas se les pueda aplicar un régimen de responsabilidad objetivo en virtud del ejercicio de

⁶⁷ Este principio ya se encontraba consagrado en el art. 103 de la Ley 1437 de 2011.

⁶⁸ Página 57 de la sentencia de unificación.

⁶⁹ Ibid., pág. 59.

actividades peligrosas, los daños causados en el caso analizado no son consecuencia de la concreción de un riesgo inherente o connatural al transporte de gas. Este es el precedente existente en la materia, del cual se apartó el Tribunal Administrativo de la Guajira.

El Consejo de Estado delimitó tres escenarios de responsabilidad estatal por atentados terroristas: cuando existe connivencia entre los agentes estatales y los terceros; cuando el Estado omite su deber jurídico de actuar y cuando se concreta un riesgo creado por el Estado. Este último escenario, el que interesa a nuestro estudio, se enmarca en el régimen de responsabilidad objetiva derivado de la teoría del riesgo.

Cuando el Estado genera un riesgo anormal y excesivo que se concreta por intermedio del actuar de terceros, se configura la responsabilidad objetiva del Estado bajo el título de imputación de riesgo excepcional. Ese riesgo implica una mayor exposición a la que habitualmente asume un ciudadano en su entorno; exposición que se ve incrementada, por ejemplo, por la ubicación de instalaciones oficiales, centros de comunicaciones, redes de transporte de combustible o agentes estatales en medio de la población civil, convirtiéndola en objetivo militar.

A continuación, la Sala entra a dirimir la controversia entre lo que llamamos la teoría de los móviles y la teoría de los fines, para señalar que “sin distinción del daño producto del ataque ya que puede ser dirigido contra el Estado o no, el objeto último del acto terrorista se concreta en la desestabilización de la organización o institucionalidad estatal”.

En otras palabras, para el Consejo de Estado, el elemento basilar del acto terrorista es la “intención de que la violencia desplegada ejerza presión de manera que afecte la estabilidad de la organización e institucionalidad del Estado, esto sí con miras a favorecer intereses políticos, religiosos o ideológicos propios de grupo perpetrador”.⁷⁰ El debate acerca de la calidad o naturaleza del bien contra el que se dirige el ataque violento queda superado, pues el énfasis se traslada desde “la naturaleza del bien a la intención con la cual se produce el ataque, sin que sea indispensable distinguir entre bienes del Estado o representativos de este

⁷⁰ Ibid., pág. 66.

y bienes particulares”⁷¹. Se trataría entonces de una discusión superada para considerar que, sin importar el objetivo directo del ataque terrorista, cuando aquel está motivado por un móvil político y se ha afectado a un particular ajeno al conflicto, debe ordenarse la reparación.

Pero este régimen excepcionalísimo -y en esto es enfática la corporación- solo es aplicable al Estado, puntualmente, al Ministerio de Defensa, Ejército Nacional u otros órganos de seguridad del Estado que intervienen en ese contexto generador de riesgo que es el conflicto armado interno, y no a los particulares. Estos últimos podrán estar sometidos a un régimen de responsabilidad objetiva, pero derivado de la ejecución de actividades peligrosas, siempre y cuando ese sea el riesgo que se materialice en el resultado.

Ahora, el Consejo de Estado infirmó la condena al Ministerio de Minas y Energía por cuanto no jugó rol alguno en el daño concretado, ya fuera por acción u omisión. Al Ministerio le corresponde expedir las directrices generales del ramo que encabeza, pero no prestar directamente los servicios de ese ramo, ni mucho menos los del ramo de seguridad y defensa del Estado. Pero tampoco podría ser responsable por su calidad de concedente, pues el atentado terrorista “escapa al ámbito de aplicación del contrato de concesión”. Sin embargo, dado que en el pleito no fue demandada ninguno de los órganos de seguridad del Estado que intervienen en el conflicto armado, no era viable acceder a las pretensiones de la demanda.

La sentencia de unificación jurisprudencial significa modificaciones importantes al régimen objetivo de responsabilidad estatal por atentados terroristas que terminan por consolidar una expansión de su campo de aplicación. A ello nos referiremos en el capítulo siguiente.

⁷¹ Ibid., pág. 68.

CAPÍTULO III.

Panorama actual del riesgo excepcional frente a actos terroristas

Críticas e interrogantes

En lo que concierne al régimen objetivo de responsabilidad estatal aplicable a atentados terroristas es evidente la notable expansión experimentada en los últimos años, especialmente en dos frentes: las características del riesgo y el guardián del riesgo conflicto.

A. Las características del riesgo

El Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal por riesgo-conflicto para considerar que, sin importar la naturaleza del bien contra el que se dirija el ataque, el Estado responderá si el objetivo último de los agresores es la desestabilización de la organización o institucionalidad estatal. Y afirma en el mismo sentido, en la sentencia de unificación de junio de 2019, que:

“(...) sin distinción del daño producto del ataque, ya que puede ser dirigido contra el Estado o no, el objeto último del acto terrorista se concreta en la desestabilización de la organización o institucionalidad estatal. (...) haciendo visible la motivación política, religiosa o ideológica inherente a este tipo de actos, (...) se reitera que el elemento que define el acto terrorista radica en la intención de que la violencia desplegada ejerza presión de manera que afecte la estabilidad de la organización e institucionalidad del Estado, esto si con miras a favorecer intereses políticos, religiosos o ideológicos propios del grupo perpetrador.”⁷²

Si la responsabilidad del Estado se ve comprometida cuando el acto terrorista persigue la desestabilización de la institucionalidad estatal, y a la par se afirma que el rasgo inherente del acto terrorista es la desestabilización de la institucionalidad estatal, debe concluirse que el Estado será patrimonialmente responsable en todos los eventos de “actos terroristas” sin excepción alguna. De producirse un ataque a la población o a la infraestructura que busque sembrar terror y en el que el Estado no sea responsable, tendríamos que decir entonces que no estamos frente a un “acto terrorista”.

⁷² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintidós Especial de Decisión. Sentencia del 4 de junio de 2019. Exp. 44001-33-31-002-2002-00438-01. C.P.: Alberto Yepes Barreiro. Pág. 65

Estas consideraciones permitieron al Consejo de Estado, además, dar por superada la discusión sobre la calidad o naturaleza del bien contra el cual se dirige el ataque violento para trasladar el énfasis a la “voluntad de atentar contra la organización estatal”⁷³.

Finalmente, la corporación ha recogido los requisitos de configuración del riesgo excepcional en la modalidad de riesgo conflicto así: (1) desarrollo de una actividad legítima que **crea** un riesgo; (2) riesgo que se concreta al punto de tener como consecuencia la materialización de un daño ocasionado; (3) daño que se origina en actuación de tercero con la intención de desestabilizar al Estado o sus instituciones *en el contexto del conflicto armado*; y (4) ausencia de una falla del servicio⁷⁴.

Aunque la formulación de los requisitos del riesgo conflicto habla de un **riesgo creado**, la aplicación del título de imputación va en contravía de esa conceptualización. Pareciera que se trata, no de un riesgo creado, sino de uno que acompaña al Estado por su mera existencia. Las bondades de la sentencia 18860 y de la sentencia de *El Nogal* -incluso con la argumentación confusa de esta última y su oscuridad frente al título de imputación empleado, son sus intentos por delimitar realmente cuándo se está frente a la creación de ese riesgo conflicto.

Sin desconocer que el concepto de “bien representativo del estado” como criterio determinante de la creación del riesgo era bastante ambiguo en la mayoría de los casos, pues jamás se pasó de la ejemplificación (“cuarteles, centros de comunicaciones, altos dignatarios, instalaciones de transporte de combustibles”, etc.) a la definición propiamente dicha, su depuración y desarrollo sí nos habría permitido establecer talanqueras adecuadas a la responsabilidad estatal.

Nótese que, con mayor o menor grado de acierto, la sentencia de *El Nogal* hace un esfuerzo por poner de relieve las condiciones en las que el Estado genuinamente creó un riesgo al

⁷³ “A partir de esta regla, el énfasis para imputar responsabilidad por riesgo conflicto se trasladó de la naturaleza del bien a la intención con la cual se produce el ataque, sin que sea indispensable distinguir entre bienes del Estado o representativos de este y bienes particulares”. Ibid. Pág. 68. “

⁷⁴ Ibid. Pág 67.

permitir el desarrollo de actividades institucionales en un club privado, lo que implicó “el traslado del objetivo militar” en el contexto de conflicto armado.

Pese a lo complejo que resulta afirmar que la presencia estatal a través de instalaciones militares, gasoductos, centros de comunicaciones, dignatarios del estado, entre otros, implicaba la creación de un riesgo conflicto, pues precisamente esa infraestructura le permite al Estado cumplir deberes constitucionales de protección, así como combatir el conflicto armado, lo cierto es que esa delimitación ofrece en todo caso un referente material concreto del riesgo que crea el Estado. En la formulación actual de la teoría del riesgo excepcional, en su modalidad de riesgo conflicto, estamos ante un riesgo que no es realmente **creado** por el Estado sino inherente a su existencia misma, sin límite de extensión alguno. En la práctica, se está exigiendo al Estado una omnipresencia y omnipotencia francamente utópicas.

Si bien el Consejo de Estado intenta ligar la responsabilidad en estos eventos al marco del conflicto armado, contexto que debe rodear el daño generado, no establece realmente los linderos de aquellas situaciones que deberían considerarse como enmarcadas en el conflicto armado. Aunque se hacen elucubraciones sobre la noción de terrorismo y la exigencia de que el ataque tenga una intención desestabilizadora de la institucionalidad (lo que siempre será inherente a estos ataques, según se afirma), poco se hace por delimitar el contexto de conflicto armado. Cabe preguntarse, con esta expansión de la esfera del riesgo conflicto, cómo se fallará en el evento de un atentado perpetrado por grupos que no estén asociados a la lucha guerrillera.

B. El guardián del riesgo conflicto

En materia de responsabilidad civil, por actividades peligrosas la Corte Suprema de Justicia ha establecido que se trata de una responsabilidad fundada en el riesgo y no en el elemento culpa⁷⁵. Asimismo, se ha decantado quién está llamado a responder por los daños causados

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 3862-2019 del 20 de septiembre de 2019. M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

en virtud de la actividad peligrosa: su guardián. Para la Corte Suprema de Justicia, el guardián es el agente con el poder intelectual de dirección, control y dominio sobre la actividad⁷⁶.

Si pudiera establecerse un paralelo, conservando las proporciones, podría decirse que la responsabilidad por riesgo conflicto echa de menos el concepto de guardián o gestor, si se quiere, de dicho riesgo.

En la sentencia de unificación de junio de 2019, se infirmó la condena impuesta al Ministerio de Minas y Energía por considerar que, contrario a lo sostenido por el Tribunal Administrativo de la Guajira, el acto violento de terceros “escapa al ámbito de aplicación del contrato de concesión” celebrado entre el ministerio y Promigas. Además, esa cartera tampoco es la reguladora del ramo de defensa. Tampoco se declaró la responsabilidad de Promigas pues a los particulares no les es aplicable un régimen especialísimo de responsabilidad como lo es el régimen objetivo del riesgo conflicto. En el mismo sentido, aunque el transporte de gas implica un riesgo, no se presentó un accidente propio o inherente al transporte de gas.

Por el contrario, el riesgo materializado fue el creado por el Estado consistente en el conflicto armado interno. Bajo este razonamiento, podría concluirse que, de haber sido demandado el Ejército Nacional, se habría proferido una sentencia condenatoria en tanto es el órgano de seguridad del Estado. Precisamente, el fallo señala:

“Como puede verse, la responsabilidad objetiva derivada del riesgo conflicto, aun en su interpretación más amplia, resulta aplicable al Estado y no a los particulares; concretamente, este tipo de responsabilidad ha sido endilgado al órgano de seguridad del Estado Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por su rol en el conflicto armado interno -contexto generador del riesgo-. Sin embargo esa entidad no fue demandada en el presente asunto, ni vinculada como tercero.”⁷⁷

Una concepción en la que el riesgo conflicto se endilgue automáticamente al Ejército Nacional o al Ministerio de Defensa, sin importar las circunstancias concretas, refuerza la

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 4750-2018 del 9 de mayo de 2018. M.P.: Margarita Cabello Blanco.

⁷⁷ Op. Cit., Consejo de Estado, Sentencia del 4 de junio de 2019, ..., pág. 67 del fallo.

afirmación de que no se está realmente frente a un riesgo creado sino considerado como inherente a la existencia misma del Estado, y es la omnipresencia de ese riesgo precisamente lo que se critica. Realmente, aunque el Consejo de Estado hable de una responsabilidad por riesgo creado, en el fondo se trataría de un régimen de responsabilidad por la “intención” de ese tercero.

Acudiendo nuevamente al paralelo ya empleado, si bien en la responsabilidad civil por actividades peligrosas existen presunciones de guarda (i.e. el propietario de un vehículo), esta puede ser desvirtuada en cada caso para afirmar que, en un evento determinado, una persona distinta del guardián presunto tenía la dirección material de la actividad. Esta posibilidad no parecería viable en tratándose del riesgo conflicto.

En este punto, es importante resaltar cómo en la sentencia de *El Nogal* se hace un esfuerzo por poner de relieve una serie de comportamientos por parte de organismos de seguridad que implicaron el “traslado del objetivo militar” a una institución privada y, de contera, la verdadera creación de un riesgo conflicto. Es cierto -se insiste- que la sentencia no emplea expresamente este título de imputación -no es muy claro qué título emplea realmente- pero esas consideraciones pueden interpretarse como el reconocimiento de unas conductas realmente creadoras de riesgo.

Si nos apoyáramos en la expresión de “traslado del objetivo militar” como “creación de un objetivo militar”, lo que llevaría de suyo la “creación de un riesgo conflicto”, podríamos acercarnos al establecimiento de límites a esta responsabilidad estatal por atentados terroristas que parece desbordada. No parece sensato que la mera celebración de un contrato de concesión implique afirmar que una entidad es creadora de un riesgo conflicto -como lo hizo el Tribunal Administrativo de La Guajira en el caso Promigas- pero tampoco lo parece afirmar que, en todos los casos, el Ejército Nacional será generador de ese riesgo.

El avance de la responsabilidad estatal por atentados terroristas, bajo el título de riesgo excepcional en su modalidad de riesgo conflicto, echa de menos unos criterios moduladores que permitan la aplicación racional de este régimen de responsabilidad, especialmente en lo

que concierne a los factores de atribución que nos permitan identificar las entidades responsables de asumir las condenas, pues -se insiste-, afirmar que indefectiblemente las entidades llamadas a responder serán siempre el Ejército Nacional o el Ministerio de Defensa, impide hablar realmente de un riesgo que se crea. Es cierto que esta consideración puede admitir ciertas objeciones. La más importante es aquella relativa con la personalidad jurídica: el Estado contiene todos los órganos que lo integran, todos los ministerios, departamentos administrativos sin personería jurídica. Por esta razón, podría cuestionarse que se despachen desfavorablemente las pretensiones indemnizatorias porque no se ha seleccionado, dentro de la repartición orgánica y funcional de asuntos, el ente llamado a resistir las pretensiones, cuando finalmente la personalidad jurídica radica en la Nación.

Si bien esta objeción puede ser razonable, está suficientemente decantado el criterio de conformidad con el cual, cuando una entidad no interviene en los hechos materia de responsabilidad, no estará legitimada por pasiva⁷⁸. Y dicho criterio permite precisamente modular la aplicación excesiva del título de riesgo excepcional en la modalidad de riesgo conflicto.

Por supuesto, esta modulación no solo se hace necesaria desde el concepto de guardián o gestor del riesgo -insistiendo en el paralelo ya propuesto- sino también desde los hechos que pueden fundar una pretensión de responsabilidad. Como se explicó en párrafos precedentes, la postura actual del Consejo de Estado pareciera obedecer más a una teoría de la “intención desestabilizadora” que de un riesgo creado en el marco del conflicto armado. Si un rasgo inherente de los ataques terroristas es la intención desestabilizadora de la institucionalidad, y siempre que tal intención exista habrá responsabilidad estatal, estaríamos frente a una imputación de responsabilidad casi automática. La “teoría del objetivo” a la que se hizo referencia, en tanto supeditaba la responsabilidad estatal a que el objeto del ataque fuera un

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de enero de 2016. Exp. 44201. (C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz). En esta providencia, ante la vinculación del Ministerio de Justicia y la Rama Judicial (ambas integradas en la personería jurídica de la Nación), en un evento en que la entidad que intervino en los hechos fue la Fuerza Aérea, la corporación consideró que “, al evidenciarse que el Ministerio de Justicia y la Rama Judicial no tienen entre sus funciones la administración o el manejo de estos insumos, y en este caso concreto el bien no fue puesto a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, sino entregado a la FAC, de manera que dichas entidades no tuvieron ninguna participación en los hechos que dieron origen al daño, habrá de declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta.”

elemento representativo del Estado, permitía delimitar adecuadamente las condiciones en las que se creaba un riesgo a través de bienes e instalaciones que servían como medio para el cumplimiento de deberes de protección y el desarrollo de actividades propias de la Administración.

En definitiva, la aplicación del título de imputación de riesgo excepcional a eventos de atentados terroristas parece crecer de manera exponencial sin una fundamentación conceptual suficientemente robusta como soporte.

BIBLIOGRAFÍA

A. Referencias normativas

1. Constitución Política

Constitución Política de 1991, artículo 90.

2. Sentencias judiciales

2.1. Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 17 de noviembre de 1967. Expediente 414 (CP. Gabriel Rojas Arbeláez).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 17 de junio de 1993. Expediente 7533 (CP. Julio Cesar Uribe Acosta).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 29 de abril de 1994. Expediente 7136. (CP. Juan de Dios Montes Hernández).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 23 de septiembre de 1994. Expediente 8577 (CP. Julio César Uribe Acosta).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 02 de diciembre de 1996. Expediente 9686. (CP. Juan de Dios Montes Hernández).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 27 de enero de 2000. Expediente 8490 (CP. Jesús María Carrillo Ballesteros)

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de mayo de 2000. Expediente 11841. (CP. Jesus María Carrillo Ballesteros).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 10 de agosto de 2000. Expediente 11585. (CP. Alier Eduardo Hernández).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 23 de octubre de 2003. Expediente 14211. (CP. Ramiro Saavedra Becerra).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Expediente 14.530 (CP. Maria Elena Giraldo).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 11 de diciembre de 2003. Expediente 12916. (CP. Ricardo Hoyos Duque).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 14 de julio de 2004. Expediente 14318. (CP. Alier Eduardo Hernández).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 20 de mayo de 2004. Expediente 15393. (CP. Ramiro Saavedra Becerra).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 06 de octubre de 2005. Expediente AG00948. (CP. Ruth Stella Cortés Palacio).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 15.571. (CP. Mauricio Fajardo).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 6 de junio de 2007. Expediente 16640 (CP. Ruth Stella Correa).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 21 de junio de 2007. Expediente 25627. (CP. Alier Eduardo Hernández)

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 15 de octubre de 2008. Expediente AG2001- 605 (CP. Myriam Guerrero de Escobar)

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 28 de octubre de 2008. Expediente 17278 (CP. Ruth Stella Correa Palacio)

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 07 de octubre de 2009. Expediente 17261. (CP. Myriam Guerrero de Escobar)

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 09 de junio de 2010. Expediente 18536. (CP. Ruth Stella Cortés Palacio)

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 07 de julio de 2011. Expediente 20835. (CP. Enrique Gil Botero)

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 19 de agosto de 2011. Expediente 20227. (CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Expediente 19195. (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 27 de octubre de 2011. Expediente 18988. (CP. Ruth Stella Cortés Palacio).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 18 de enero de 2012. Expediente 18154. (CP. Olga Mélida Valle de la Hoz).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 15 de febrero de 2012. Expediente 22930. (CP. Danilo Rojas Betancourth).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente 21515. (CP. Hernán Andrade Rincón).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 24 de mayo de 2012. Expediente 21239. (CP, Stella Conto Díaz del Castillo).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 4 de junio de 2012. Expediente 22772. (CP. Danilo Rojas Betancourth).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 5 de julio de 2012. Expediente 21332. (CP. Enrique Gil Botero).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de julio de 2012. Expediente 19345. (CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 23 de agosto de 2012. Expediente 23219. (CP. Hernán Andrade Rincón).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 29 de octubre de 2012. Expediente 18472. (CP. Danilo Rojas Betancourth).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de enero de 2013. Expediente 24731. (CP. Enrique Gil Botero).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Expediente 27959. (CP. Danilo Rojas Betancourth).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 26 de junio de 2014. Expediente 26161. (CP. Ramiro Pazos Guerrero).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de enero de 2016. Exp. 44201. (C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 15 de marzo de 2017. Expediente 40357. (CP. Hernán Andrade Rincón).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 20 de junio de 2017. Expediente 18860. (CP. Ramiro Pazos Guerrero).

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 16 de agosto de 2018. Expediente 37719. (CP. Stella Conto Díaz)

2.2. Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 29 de julio de 2015. Expediente SC9788-2015. (MP. Fernando Giraldo Gutiérrez)

2.3. Corte Constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996, (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C- 644 del 31 de agosto de 2011. (M.P. Jorge Iván Palacio).

B. Doctrina nacional e internacional

BERMEJO GALÁN, Jaime; GALÁN ESCALANTE, Oscar; LAMADRID GONZÁLEZ, Juan José. Evolución jurídica de la responsabilidad del Estado por actos terroristas en Colombia. En: Jurídicas CUC. Enero, 2017. Vol. 13, núm. 1, pp. 71 – 96.

BOTERO, Luis Felipe. El terror de nuestra guerra en las sentencias. En: Ámbito Jurídico. Bogotá D.C. 27, septiembre, 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/el-fallo-del-club-el-nogal-y-la-ruptura-del>

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Editorial Leyer, 1998.

COURTIS, Christian. El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En: Courtis, C (Ed). Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2006.

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Editorial TEMIS, 6ª ed. 2013.

GIL BOTERO, Enrique. Tesoro de Responsabilidad Extracontractual del Estado: Jurisprudencia 2012 – 2014. Tomo V, volumen II. Bogotá: Ed. TEMIS, 2015.

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad del Estado Colombiano por los daños ocasionados por actos terroristas. En: Libro compilatorio de la Revista de Responsabilidad Civil y del Estado. Tomo III: Ediciones 15 – 19. Medellín: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado -IARCE-, 2015. Pp. 9-30.

GUERRA MARGAUX, Yolanda. Novedosa tendencia jurisprudencial colombiana sobre responsabilidad del estado por actos terroristas. En: Revista Prolegómenos. Derechos y Valores. Junio, 2010. Vol. 13, núm. 25, pp. 111 – 126.

GUERRA MARGAUX, Yolanda. Responsabilidad estatal y actos terroristas. Caso Colombiano. En: Principia Iuris. Enero - junio, 2010. Núm. 0013, pp. 143 - 165.

HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por daños causados por actos terroristas. En: Libro compilatorio de la Revista de Responsabilidad Civil y del Estado. Tomo II: Ediciones 8 – 14. Medellín: Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado -IARCE-, 2015. Pág. 359.

MORALES SUAZA, Fredy Alexander y VELÁSQUEZ LEÓN, Manuel Antonio. “La responsabilidad del Estado colombiano por ataques terroristas”. En: Nuevo Derecho, 2013. Vol. 8, núm. 12, pp.123-131. Disponible en: <http://revistas.iue.edu.co/revistas/iue/index.php/nuevoderecho/article/view/640/956>

NAVARRETE-FRÍAS, Ana María. La responsabilidad del Estado y su adecuación a parámetros interamericanos”. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. Diciembre, 2009. Vol.11, núm. 2, pp. 335-376.

PIMIENTO, Julián. Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. En: Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes. Junio, 2016. Vol. 36. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.14>

RÍOS TOVAR, Lucero. Responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas “Títulos jurídicos de imputación y reparación de víctimas”. En: Revista Nova et Vetera, 2012. Vol. 21, pp. 127-140.

ROJAS QUIÑONES, Sergio. La responsabilidad extracontractual del estado por ataques terroristas: ¿falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial?: una revaluación de la jurisprudencia del consejo de estado. En: Universitas Estudiantes. Enero - diciembre, 2009. Vol. 6, pp. 227-251.

RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá: ECOE Ediciones, 2013. 578 pp.

SAAVEDRA, Ramiro. De la responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2018.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado. Reimpresión. Medellín: Librería Jurídica Diké. 2018.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. 27. Entre la ruptura del equilibrio de las cargas públicas y la ruptura de la racionalidad (I). En: Ámbito Jurídico. Bogotá D.C. 13, septiembre 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/entre-la-ruptura-del-equilibrio-de-las-cargas-publicas>

TAMAYO JARAMILLO, Javier. El fallo del club El Nogal y la ruptura del equilibrio de las cargas públicas. En: Ámbito Jurídico. Bogotá D.C. 27, septiembre, 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/el-fallo-del-club-el-nogal-y-la-ruptura-del>

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Los concesionarios particulares no responden por actos de terrorismo. En: Ámbito Jurídico. Bogotá D.C. 31, julio 2019. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/los-concesionarios-particulares-no-responden-por-actos>

C. Medios de comunicación

EL TIEMPO. Presidente Santos reveló detalles del atentado contra el Club El Nogal. 16 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8134040>

Revista SEMANA. Ocho razones de por qué se condenó al Estado por la bomba del Nogal. 24 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/por-que-se-condeno-al-estado-por-la-bomba-del-nogal/580641>

Revista SEMANA. El Nogal, un fallo con polémica. 25 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/fallo-del-atentado-el-nogal-condena-al-estado-por-el-atentado-por-que/580612>