

# LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR ATAQUES TERRORISTAS: ¿FALLA DEL SERVICIO, RIESGO EXCEPCIONAL O DAÑO ESPECIAL?: UNA REVALUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

SERGIO ALBERTO ROJAS QUIÑONES\*

## RESUMEN

La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por los perjuicios ocasionados en las perpetraciones terroristas que a diario aquejan a los particulares colombianos, es un tema que constantemente se alega ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa y que simultáneamente, ha dado lugar a una confusión jurisprudencial que hasta hoy en día se mantiene; pues bien, a propósito de dicha polémica, el presente escrito, que corresponde al resultado de una investigación desarrollada con el grupo de investigación '*Estudios en derecho público*'. busca precisamente contribuir a las indagaciones en torno al tema, respondiendo cuál o cuáles causales de imputabilidad son aplicables en la responsabilidad extracontractual estatal por ataques terroristas.

**Palabras clave:** Responsabilidad extracontractual del Estado, ataque terrorista, imputabilidad, daño especial, riesgo excepcional, falla del servicio, daño antijurídico, nexo de causalidad, actuación de la administración.

Fecha de recepción: 16 de junio de 2009  
Fecha de aceptación: 20 de agosto de 2009

---

\* Estudiante de derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia; cursa quinto semestre para la fecha de publicación del artículo; miembro del grupo de investigación: "*Estudios de Derecho Público*" y del Centro de Estudios de Derecho Internacional, CEDI, así como del grupo de investigación en derecho privado. Labora actualmente en la firma Salazar, Pardo & Jaramillo abogados. Dirección electrónica: [sarq23@hotmail.com](mailto:sarq23@hotmail.com)

## ABSTRACT

*Administrative responsibility based in the material and moral damages originated because of terrorist attacks, is one of the most common and problematic topics that the administrative justice must face in our days; there are, actually, multiple thesis about the way that judges are supposed to decide when the particulars require an administrative compensation based in a kind of State responsibility because of those attacks; but, which one is the proper way to impute or attribute to the State any responsibility based on a terrorist attack? This essay pretends to offer an answer for this question, trying to demonstrate two main ideas: first of all, that this special kind of responsibility, is not imputable using the special damage thesis; second, that the Colombian tribunal Consejo de Estado, is not deciding, in a proper way, the cases remarked on this topic.*

**Key words:** *Administrative responsibility, terrorist attack, imputation, special damage, exceptional risk, damage.*

## INTRODUCCIÓN

Un profuso y extenso memorial de agravios, producto del flagelo de un conflicto armado interno de más de medio siglo de vigencia, es el *justo título*<sup>1</sup> que hoy esgrimen varios particulares colombianos para reclamar de la administración pública cuantiosas indemnizaciones que, según los demandantes, propenden la reparación de los perjuicios que indiscriminados ataques terroristas les han ocasionado y que, por razones de distinta índole, resultan imputables a la institución estatal. No son pocos los procesos atendidos por la jurisdicción contencioso-administrativa cuyo propósito es que el Estado indemnice todos los daños antijurídicos ocasionados a partir de diversos atentados; ello ha llevado a la elaboración de una completa jurisprudencia en torno al tema de la *responsabilidad extracontractual estatal por ataques terroristas*, la cual, a pesar de existir, adolece de problemas de coherencia y sistematización muy evidentes: así lo deja entrever un artículo que al respecto se presentó en el periódico *Ámbito jurídico* de la editorial *Legis*, en el cual es claro que el Consejo de Estado no ha podido ponerse de acuerdo en lo concerniente al régimen de responsabilidad estatal aplicable para perjuicios por ataques terroristas (*Ámbito*

---

1 Es preciso aclarar que cuando se hace referencia a un *justo título*, no se está queriendo significar que en todos los casos presentados ante la jurisdicción contencioso-administrativa en torno a la responsabilidad estatal por perjuicios ocasionados en ataques terroristas, los demandantes tengan la razón. La expresión es usada en su sentido figurado mas no en un sentido literal.

Jurídico, junio de 2008, p.10)<sup>2</sup>: mientras que en unas sentencias unos consejeros han defendido la idea de que la responsabilidad estatal por ataque terrorista es imputable por la vía de la falla del servicio y el riesgo excepcional, en otras se ha dicho que el régimen aplicable es el del daño especial bajo unos supuestos específicos; no tener clara dicha situación, genera una confusión procesal significativa, especialmente porque cada uno de los regímenes implica actuaciones procesales distintas para las partes y la demostración de diferentes supuestos en el desarrollo de la demanda. El presente artículo tiene precisamente por objeto indagar cuál es el régimen aplicable a la responsabilidad estatal por ataque terrorista, respondiendo si susodicha responsabilidad es imputable por falla del servicio, por riesgo excepcional o por daño especial, y teniendo como hipótesis a demostrar el que el Consejo de Estado comete un grave error, injustificable desde la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, al considerar que podría declararse la responsabilidad de la administración pública en el referido caso, utilizando la vía del daño especial; en otras palabras, se pretende demostrar que el Estado sólo es responsable por perjuicios ocasionados a raíz de ataques terroristas por la vía de la falla del servicio o el riesgo excepcional, con la observancia de los supuestos propios de cada caso. Para empezar, se hará una introducción teórica a las nociones básicas de la responsabilidad extracontractual del Estado, estrictamente necesaria en el afianzamiento de los conceptos para desarrollar la tesis.

## **1. BREVÍSIMA INTRODUCCIÓN TEÓRICA A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO<sup>3</sup>**

La responsabilidad extracontractual del Estado, como la obligación de reparar el daño causado, es uno de los postulados fundantes del Estado de

- 
- 2 Allí es clara la disputa que se origina en torno al régimen aplicable para la responsabilidad estatal por ataque terrorista: mientras que en unas providencias el Consejo de Estado aplica la falla del servicio y el riesgo excepcional como nexos de imputabilidad para el referido caso, en otras se dice que en algunos ataques terroristas el Estado es responsable por daño especial; así lo defiende el consejero Enrique Gil Botero cuando, así como una sentencia que dicho órgano produjo en enero 27 de 2000, en donde afirma que si se observan ciertos supuestos de hecho, podrá imputarse responsabilidad al Estado en un ataque terrorista, por la vía del daño especial; (Consejo de Estado, Sentencia de enero 27 de 2000).
  - 3 Ahora bien, la responsabilidad extracontractual del Estado, que hoy en día es una carga innegociable derivada del principio de legalidad en el Estado de Derecho, tuvo que superar un arraigado y opuesto régimen para poder consolidarse dentro del mundo jurídico contemporáneo: el régimen de la irresponsabilidad estatal, propio del absolutismo monárquico; de conformidad con lo señalado por Juan Carlos Cassagne en su obra "*Derecho administrativo*", la irresponsabilidad de la administración pública partía del supuesto de que el Monarca, suprema autoridad política y jurídica, no podía errar bajo ninguna circunstancia y, consecuentemente, a él no podía imputársele responsabilidad alguna en perjuicio ocasionado, ya que su actuación se presumía perfecta sin posibilidad de prueba en contrario; Juan Carlos Cassagne, retoma a Frezzini, quien dice que la irresponsabilidad estatal se fundaba en tres postulados esenciales, a saber: "[...] a) *la soberanía del Estado, que niega la igualdad con el individuo: el soberano no puede ser responsable ante el súbdito*; b) *de este postulado se sigue que representando el Estado el derecho organizado, no puede aparecer como violador de él*; c) *y de ahí el último corolario: los hechos de los funcionarios jamás pueden ser considerados hechos del Estado*,

Derecho<sup>4</sup>; en Colombia, la Constitución Política de 1991 consagra de manera expresa susodicha responsabilidad en su artículo 90<sup>5</sup>, aunque es claro que el régimen de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública ha tenido un desarrollo jurisprudencial y legal bastante fructífero en la historia anterior a la Carta Política actual; acogiendo los derroteros básicos de ordenamientos jurídicos de otros países del mundo, Colombia se ha encargado de fortalecer el tema, asumiendo también elementos claves como lo es la objetivización de este particular régimen<sup>6</sup>. Ramiro Saavedra menciona que son tres los elementos esenciales que deben observarse para que pueda configurarse la responsabilidad estatal, a saber: a) el padecimiento de un *daño antijurídico* por parte de algún particular; b) la existencia de una actuación del Estado que haga imputable la responsabilidad; c) un nexo de causalidad entre la actuación del Estado y el daño antijurídico padecido.

En cuanto al primero (el padecimiento de un daño antijurídico), es claro que el artículo 90 superior dispone que el Estado debe responder por todos aquellos daños antijurídicos que le sean imputables, pero, ¿Qué es un daño antijurídico? El Consejo

---

*ellos actúan en nomine propio [...]*” (Cassagne, 2003, pp.271-272). Sólo hasta la llegada del Estado de derecho, y la estructuración moderna de la Administración Pública en los siglos XVI y XVII, se pudo empezar a hablar de una eventual responsabilidad de la institución estatal en ciertos perjuicios ocasionados (los primeros países en los que se da el vuelco hacia la responsabilidad estatal es en los países germánicos, “[...] donde se desarrollan las ciencias que se encuadran en la denominación de “cameralismo” entre ellas las ciencias de la policía, las cuales propician la conformación de la Administración Pública y constituyen un decisivo escalafón [...]” (Saavedra, 2005, p.29); en principio, el Estado respondía indirectamente a través de figuras como el *fisco*, de raigambre prusiana. Así lo expone Ramiro Saavedra, quien dice que la figura del *fisco* (cuya historia proviene de la misma Roma) fue la que en principio contribuyó a la gestación de la responsabilidad estatal: los perjuicios ocasionados y en donde se demostraba responsabilidad de la Administración Pública, debían ser indemnizados por el fisco nacional (Saavedra, 2005, p.35; Parejo, 1984, p.51); posteriormente, se empezó a hacer mención de la falla del servicio y la responsabilidad directa Estatal que hoy en día se mantiene.

- 4 Así lo manifiesta Ramiro Saavedra Becerra en su libro “*La responsabilidad extracontractual de la administración pública*”, cuando dice “[...] la responsabilidad, en cuanto obligación de reparar el daño causado, es uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico [...]” (Saavedra, 2005, p.29).
- 5 El artículo 90 de la Carta Política dice: “*Art.90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste*” (Constitución Política de Colombia de 1991, art.90).
- 6 Uno de los rasgos esenciales que la gran mayoría de la doctrina ha reconocido es el del carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual estatal: a diferencia de la responsabilidad civil que supedita su imputabilidad a la conducta que antecede el daño (es decir, se fija en cómo fue la conducta del supuesto responsable para determinar si efectivamente se puede imputar susodicha responsabilidad) la responsabilidad de la administración pública no se interesa principalmente en esa conducta que antecede el daño, sino en el daño mismo; como dispone el artículo 90 superior, el Estado deberá indemnizar todo daño antijurídico que le sea imputable, incluso si ese daño antijurídico se produjo sin que hubiese una actuación ilegítima de la administración pública... puede suceder que se ocasione un perjuicio a partir de la actuación legítima del Estado (régimen del daño especial) y sin embargo, la administración deberá indemnizar.

de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha definido al daño antijurídico como “... *la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no esta en obligación de soportar por cuanto excede las cargas públicas que como administrado le corresponden ...*” (Consejo de Estado, Sentencia de enero 27 de 2000)<sup>7</sup>; en otras palabras, el daño antijurídico no es más que un perjuicio en el que se materializa un desequilibrio en las cargas públicas que el administrado no tiene el deber u obligación a acatar o padecer, en virtud del derecho a la igualdad.

Un segundo elemento indiscutiblemente esencial en la responsabilidad estatal es la existencia de una actuación del Estado que ocasione el ya reseñado daño antijurídico y que, consecuentemente, haga imputable una eventual indemnización de perjuicios a cargo de la administración<sup>8</sup>; es claro que resultaría completamente contrario a derecho el que se condenara a la persona jurídica del Estado a indemnizar un perjuicio en el que no tuvo parte alguna... en ese sentido, es necesario que exista una actuación u omisión de la administración que materialice el nexo de imputabilidad, y que justifique el por qué se condena al Estado a indemnizar un eventual perjuicio. Ahora bien, de responsabilidad sin falla (cuando se presenta como título jurídico de imputación el daño especial o el riesgo excepcional), como se trata de una responsabilidad que se centra en enmendar al administrado por el daño ocasionado sin miramientos profundos a la conducta que lo ocasionó, no es necesario que la actuación precedente del Estado sea ilegítima para imputarle la responsabilidad<sup>9</sup>; puede perfectamente suceder que el Estado sea obligado a indemnizar un daño antijurídico ocasionado por una actuación legítima suya, en la medida en que la responsabilidad busca proteger el patrimonio del individuo y no operar como sanción por conductas ilegítimas de la administración.

Por último, es evidente la necesidad de un nexo de causalidad entre la actuación del Estado (legítima o ilegítima) y el daño antijurídico que pretende ser indemnizado:

---

7 Por su parte, Santiago Díazgranados Mesa, en su tesis “*Responsabilidad del Estado por daño especial*”, explica que el legítimo ejercicio de las potestades constitucionalmente asignadas a la administración pública es *justo título* para que ésta asigne a los administrados una serie de cargas, molestias o limitaciones que ellos deben soportar en aras de conservar y propender el interés general, como consecuencia directa del consabido pacto o contrato social ... sin embargo, cuando por una actuación legítima o ilegítima del Estado se excede esa cuota de carga que un individuo tiene el deber de acatar por pertenecer a una Nación, se dice que ese sujeto padeció un daño antijurídico (perjuicio que no esta obligado a soportar) el cual debe ser indemnizado por el Estado si le es imputable.

8 Así lo manifiesta Ramiro Saavedra en su obra (Saavedra, 2005, p.201).

9 Ya se ha repetido en numerosas ocasiones que en lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado, ésta no se centra en la conducta que antecede al daño antijurídico, sino en el daño antijurídico como tal: en ese sentido, puede que la conducta antecedente no haya sido ilegítima, sin embargo si fue una actuación legítima estatal la que ocasionó el perjuicio, igual el Estado estará obligado a indemnizar, porque en este caso la responsabilidad no es una sanción por la falla, sino una materialización del deber de no perjudicar patrimonios.

si susodicho daño no es una consecuencia de la actuación u omisión del Estado, no hay razón alguna para condenar a éste último a resarcir unos perjuicios que no ocasionó.

Ahora bien, la doctrina ha coincidido en afirmar que existen dos tipos predominantes de responsabilidad estatal: aquella en la que la actuación del Estado fue ilegítima y se presentó una falla del servicio causante del perjuicio a indemnizar –responsabilidad con falla- y aquella en la que la actuación del Estado fue legítima pero ocasionó un daño antijurídico que debe repararse –responsabilidad sin falla-. En cuanto al primer tipo, éste se materializa en el régimen de la falla del servicio; el segundo, por su parte, se materializa en los regímenes de daño especial o riesgo excepcional. A continuación (y con las nociones teóricas necesarias) se entrará a mirar cada uno de susodichos regímenes y a resolver el problema predominante del presente artículo: cuál de ellos es el apropiado para imputar al Estado una eventual responsabilidad por ataque terrorista, teniendo siempre presente que el Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha considerado que cualquiera de los títulos jurídicos de imputación de la responsabilidad estatal (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional) es aplicable, bajo ciertos supuestos de hecho, en el caso de ataques terroristas.

## **2. ¿SON LOS ACTOS TERRORISTAS IMPUTABLES AL ESTADO TENIENDO COMO TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTACIÓN LA FALLA DEL SERVICIO?**

La noción de responsabilidad estatal por *falla del servicio*, de raigambre francesa<sup>10</sup>, ha sido ampliamente desarrollada por los principales doctrinantes de derecho administrativo del mundo; Paul Duez, por ejemplo, considera que la falla del servicio no es más que el incumplimiento de las leyes de la Administración Pública<sup>11</sup>; Michel Paillet entiende la falla como una violación del derecho al funcionamiento correcto del servicio<sup>12</sup>; Colombia, por su parte, utiliza la teoría del profesor Planiol, que define la falla del servicio como “... *el incumplimiento de una obligación preexistente para el Estado* ...”... en el presente artículo nos ceñiremos a la definición jurisprudencialmente acogida en el

---

10 Al respecto dice Ramiro Saavedra que “[...] la expresión “falla del servicio” apareció mucho después que el principio de responsabilidad del poder público fuera planteado en los fallos Rotchild y Blanco [...]” (Saavedra, 2005, p.234); concretamente aparece entre 1896 y 1897, con los fallos Maugère y Sengés; eso muestra que el primer país en donde se empieza a hacer alusión al tema de la falla del servicio, es claramente Francia... de hecho, Maurice Hauriou, cuando analiza el fallo Tomasso-Grecco, así lo explicita (Saavedra, 2005, p.235).

11 Paul Duez desarrolla esta noción en 1927, diciendo que la falla del servicio se identifica con base en las leyes que rigen la estructura de la administración, las cuales, al ser trasgredidas, materializan el daño antijurídico (Saavedra, 2005, p.240).

12 Paillet encuentra el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el derecho de los nacionales a disfrutar de un funcionamiento normal de la Administración Pública (Paillet, 1996, p.90).

ordenamiento nacional y expuesta en una providencia del Consejo de Estado, donde el citado órgano precisa que “... *la falla del servicio es la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nitidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 (hoy 2°)*<sup>13</sup> *de la Constitución Política ...*” (Consejo de Estado, Sentencia de marzo 30 de 1990). Ahora bien, es oportuno precisar que lo que resulta característico y distintivo de la falla del servicio como título jurídico de imputación de responsabilidad a la Administración Pública, es el hecho de que en este caso la actuación del Estado, que ocasionó el daño antijurídico, es una *actuación ilegítima*<sup>14</sup>, esto es, una acción u omisión<sup>15</sup> que implicó el incumplimiento de una obligación radicada en cabeza del agente estatal, originando el perjuicio a indemnizar y, en última instancia, constituyendo la falla del servicio, ya que fue en esa actuación ilegítima, donde se transgredieron los deberes de la administración (Saavedra, 2005, p.281).

La pregunta es ¿en qué situaciones los daños ocasionados por un ataque terrorista son imputables a la autoridad pública por la vía de la falla del servicio? En primer lugar, es evidente que deben presentarse los tres elementos esenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado, pero con los matices propios de la responsabilidad con falla, a saber:

a. *El padecimiento de un daño antijurídico*: el ataque terrorista debe haber ocasionado un daño antijurídico (patrimonial o extrapatrimonial) a algún administrado (que reclame la indemnización)... ese daño antijurídico puede haber

13 El referido fallo es anterior a la Constitución Política de 1991, por eso se fundamenta en el articulado constitucional de la Carta de 1886.

14 Como se ha reiterado en múltiples ocasiones, puede suceder que la actuación del Estado (que ocasiona el daño antijurídico) sea una actuación legítima o ilegítima; para el caso de la falla del servicio, se trata de una actuación ilegítima, que es precisamente lo característico de esta causal de imputación... ahora bien, en algunos casos se ha dicho que este régimen de responsabilidad es menos objetivo que los otros (responsabilidad sin falla) por cuanto en este caso, pareciera existir una *culpa* de la administración, que lleva a la indemnización del perjuicio; sin embargo, no puede nunca perderse de vista que, a pesar de ser menos objetiva, sigue teniendo cierto grado de objetividad, ya que la presunta culpa de la falla del servicio, es una culpa especial... Libardo Rodríguez hace una prodigiosa exposición del tema, cuando dice: “[...] *esta responsabilidad esta basada en la culpa, pero en una culpa especial que n corresponde exactamente con el concepto psicológico tradicional, que implica que la culpa sólo es posible encontrarla en la actuación de las personas naturales. Aquí se trata de una culpa objetiva o anónima. Preferimos decir una culpa objetivizada, es decir calificada por sus manifestaciones exteriores (...)* desde este punto de vista puede decirse que la responsabilidad por culpa o por falla es una responsabilidad intermedia entre la subjetiva y la objetiva [...]” (Rodríguez, 1996, pp.382-383) (subrayas no originales).

15 Como lo manifiesta Santiago Díazgranados, puede haber sucedido que el servicio no funcionó, funcionó mal o funcionó tardíamente; ahora bien, si estamos frente a una omisión que implicó el daño antijurídico, dicha omisión puede ser absoluta o relativa: absoluta cuando hubo una inactividad total y relativa cuando hubo una inactividad parcial.

recaído sobre su propia persona física, o sobre sus bienes, originando un perjuicio a indemnizar. Es claro que de no existir susodicho daño antijurídico, no habría lugar para hablar de una posible responsabilidad extracontractual del Estado, porque simplemente no habría perjuicio que indemnizar; ahora bien, aunque la causa directa del daño es el ataque terrorista, su causa indirecta debe ser una actuación ilegítima de la administración, que permitió el ataque y, consecuentemente, el perjuicio, como se verá a continuación.

- b. *La existencia de una actuación ilegítima de la administración que hubiere facilitado el ataque terrorista e, indirectamente, ocasionado el daño antijurídico, materializando la falla del servicio:* para que se pueda imputar el referido daño antijurídico (producido por el ataque terrorista) a la Administración Pública, utilizando como título de imputación la falla del servicio, es estrictamente necesaria la existencia de una actuación ilegítima del Estado (es decir, de una acción u omisión transgresora de las obligaciones radicadas en su cabeza) que hubiere dado lugar a la falla del servicio, facilitando la ocurrencia del ataque terrorista y causando indirectamente el daño antijurídico, ya que al no evitar el hecho que dio origen directo a susodicho daño, permitió su ocurrencia y padecimiento<sup>16</sup> ... en pocas palabras, es necesario que el Estado hubiere incurrido en una omisión de sus obligaciones jurídicas (actuación ilegítima y falla del servicio), en virtud de la cual se perpetró el flagelo delincuente y, consecuentemente, el daño antijurídico. Ahora la pregunta es ¿cuál o cuáles son las obligaciones que al omitirse permiten el acto terrorista y ocasionan el daño antijurídico? De conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado, es “... *la trasgresión del deber jurídico de proteger a las personas y los bienes de los residentes en el país ...*” (Consejo de Estado, Sentencia de mayo 2 de 2002), la falla del servicio (ocasionada por una actuación ilegítima) que permite la ocurrencia de un acto terrorista y, en consecuencia, el acaecimiento de un daño antijurídico para los administrados; ahora bien, puede que susodicho deber de protección se hubiera transgredido por omisión simple, retardo de la administración, o por sus errores, negligencias, impericias o imprudencias<sup>17</sup>, lo

---

16 La actuación ilegítima, es la acción u omisión que transgrede las obligaciones de la Administración, dando lugar a una falla del servicio (que es precisamente la omisión de obligaciones del Estado); ahora bien, cuando el Estado omite un deber suyo, materializando una falla del servicio que permite la perpetración de un acto terrorista, esta indirectamente causando el perjuicio directamente originado por susodicho acto terrorista, ya que al no evitar la perpetración de éste último, da vía libre para que se presente el perjuicio. Así lo explica el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sentencia de mayo 2 de 2002).

17 Son múltiples las obligaciones que puede violar la Administración Pública, sin embargo, el Consejo de Estado ha dicho que en el caso de la falla del servicio como causal de imputabilidad de daños ocasionados por ataques terroristas, el Estado transgredió su deber de proteger y asegurar a los administrados... asimismo, puede que la transgresión de ese deber se hubiere dado por omisión simple (el Estado se abstuvo de actuar), por retardo (el Estado actuó, pero su intervención resultó tardía de conformidad con lo que se necesitaba) o por errores, negligencias, impericias o imprudencias, es decir, actuaciones inoportunas o poco atinentes al problema planteado (Saavedra, 2005, p.254).

que verdaderamente importa para que opere la falla del servicio y se pueda imputar la responsabilidad a la administración por los perjuicios causados por un ataque terrorista, es que la referida administración hubiere, con sus acciones u omisiones, incumplido su deber de protección (actuación ilegítima), permitiendo el acaecimiento del acto subversivo y, con ello, del perjuicio para el administrado.

- c. *Un nexo de causalidad:* por último, debe existir una relación de causalidad entre la actuación ilegítima del Estado, es decir, la falla del servicio, y el daño antijurídico a indemnizar; en otras palabras, es necesario que la ocurrencia del ataque terrorista, que simultáneamente ocasionó el daño antijurídico, hubiere sido posible por la acción u omisión de la administración... de ahí que pueda afirmarse que, de existir el nexo de causalidad, la actuación ilegítima del Estado causó indirectamente el daño antijurídico, ya que dicha actuación facilitó la perpetración terrorista y, consecuentemente, causó indirectamente el perjuicio a indemnizar; visto desde otra óptica, el nexo de causalidad muestra que de no haberse presentado la omisión de los deberes de la Administración, se habría protegido a la población civil, se habría evitado el ataque terrorista, y no habría perjuicio alguno.

Hasta este punto podemos entonces afirmar que todos aquellos daños antijurídicos que provengan de un acto terrorista cuya perpetración se hizo posible por una actuación ilegítima de la Administración Pública, en la que ésta última omitió sus deberes de protección y seguridad incurriendo en una falla del servicio, se entenderán imputables a dicha administración, toda vez que, de no haberse incurrido en la actuación ilegítima y la falla del servicio, se habría evitado el mencionado acto subversivo y, conjuntamente, el daño antijurídico padecido por los particulares.

Sin embargo, aceptar sin objeciones la anterior idea, implica exigir al Estado algo materialmente imposible: que proteja a todos y cada uno de los nacionales frente a posibles ataques terroristas, e indemnice cualquier daño antijurídico producido a raíz de éstos, incluso si el ataque era indiscriminado, improbable, inevitable o fácticamente imprevisible, ya que la obligación de garantizar protección y seguridad a los administrados tiene un contenido tan amplio, que se podría alegar que cualquier acto subversivo perpetrado, es una transgresión de la mencionada obligación, es decir, una falla del servicio; por esa razón, para que efectivamente pueda considerarse la existencia de una falla del servicio que permitió el acaecimiento del ataque terrorista, imputando la responsabilidad a la administración pública, es también necesario estudiar las circunstancias de tiempo, lugar, medios y previsibilidad, para esclarecer si la supuesta actuación ilegítima que materializó la falla del servicio, fue efectivamente una trasgresión

a las obligaciones de la Administración y, consecuentemente, una falla del servicio<sup>18</sup>.

- a. *Circunstancias de tiempo y lugar*: el factor espacio-temporal puede intervenir para determinar si un ataque terrorista verdaderamente materializa una falla del servicio; por ejemplo, si el ataque se perpetró durante un estado de excepción en una zona de alto riesgo, es claro que se exigía de la Administración un grado mayor de alerta y, probablemente, omitió verdaderamente su obligación de protección, materializando la falla.
- b. *Los medios del ente público*: nadie puede ser obligado a hacer lo imposible, “... no es razonable exigir de la administración un grado de perfección en la protección y seguridad nacional, que sus recursos materiales y humanos no le permiten alcanzar ...” (Saavedra, 2005, p.323).
- c. *La previsibilidad*: es este el criterio más importante para determinar si efectivamente hubo una falla del servicio al perpetrarse un ataque terrorista; el Consejo de Estado ilustra de manera muy clara lo relativo a la previsibilidad del daño, al respecto dice en una de sus providencias: “... para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para la autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los mas importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden publico) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida ...” (Consejo de Estado, Sentencia de mayo 2 de 2002). En ese sentido, es necesario, para que verdaderamente pueda afirmarse la existencia de una falla del servicio, el que se satisfagan las condiciones de previsibilidad del atentado terrorista; el Estado no puede ser condenado a responder por el daño antijurídico ocasionado en un acto subversivo, si ese acto subversivo no era previsible, ya que en ese caso no se considerará que la Administración transgredió su deber de protección y, consecuentemente, no incurrió en una falla del servicio.

La descripción anterior, permite entonces llegar a una conclusión parcial más precisa y acertada, que responda al interrogante inicial: el Estado es responsable

---

18 Así lo resalta Ramiro Saavedra cuando comenta lo relativo a la apreciación de la falla del servicio; al respecto dice que el análisis para estimar si hubo falla del servicio: “[...] pasa por la ponderación, en primer término, de las circunstancias específicas en que se produce el daño, en segundo lugar, de los medios con que contaba efectivamente el ente público y, finalmente, a la previsibilidad del daño causado [...]” (Saavedra, 2005, p.323).

a través de la vía de la falla del servicio, por todos aquellos daños antijurídicos que provengan de un ataque terrorista cuya perpetración se haya hecho posible por una actuación ilegítima suya, en la que omitió sus deberes de protección y seguridad para con los administrados (incurriendo en la falla del servicio), siempre y cuando se acredite la verdadera existencia de susodicha actuación ilegítima de conformidad con las condiciones de tiempo, lugar, medios y previsibilidad que rodearon el hecho. En este punto, se coincide entonces con lo que afirma el Consejo de Estado en torno a la imputabilidad de daños originados en ataques terroristas por falla del servicio; al respecto el órgano dijo: “... *la responsabilidad por falla se da cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falente o ilegítima de la administración por su actuar omisivo, al no analizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previsible para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero ...*” (Consejo de Estado, Sentencia de mayo 2 de 2002).

### **3. ¿SON LOS ACTOS TERRORISTAS IMPUTABLES AL ESTADO TENIENDO COMO TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTACIÓN EL RIESGO EXCEPCIONAL?**

Habiendo desarrollado un primer punto en la demostración de la tesis, procederemos a estudiar bajo qué circunstancias los referidos perjuicios podrían ser responsabilidad del Estado, utilizando como nexo de imputabilidad el riesgo excepcional.

De conformidad con lo expuesto por Santiago Díazgranados, “... *la teoría del riesgo excepcional* (establece que) *la administración debe responder por los daños que cause con su actuación legítima, siempre que ellos constituyan la materialización de un riesgo* (de naturaleza excepcional) *creado por ella ...*” (Díazgranados, 2001, p.37) (paréntesis no originales). Este régimen, según reconoce el Consejo de Estado, compromete la responsabilidad estatal frente a todos aquellos daños antijurídicos que satisfagan dos supuestos de hecho fundamentales, los cuales distinguen el riesgo excepcional de cualquier otro título jurídico de imputación<sup>19</sup>, a saber: a) que el daño antijurídico a indemnizar, sea la materialización de un riesgo

---

19 El Consejo de Estado, en una de sus providencias, dice: “[...] *Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de toda la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un ‘riesgo de naturaleza excepcional’ que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o la prestación del servicio [...]*” (Consejo de Estado, Sentencia del 20 de febrero de 1989).

creado por la propia Administración Pública<sup>20</sup>, y b) que ésta última hubiere dado lugar a susodicho riesgo en virtud de una actuación legítima suya<sup>21</sup>. En ese sentido, es claro que para que aplique el régimen del riesgo excepcional, es estrictamente necesario que el perjuicio a indemnizar sea la concreción de una amenaza creada por la propia institución estatal a través de una actuación legítima suya (por ejemplo, los riesgos que crea cuando inicia obras públicas en algún sector); de ahí que pueda afirmarse con plena propiedad que, contrario a lo que sucedía en el caso de la falla del servicio, en el riesgo excepcional el Estado no omite ninguna obligación para con los administrados, todo lo contrario, potencializa el cumplimiento de sus deberes jurídicos a través de una actuación legítima, pero reconoce que con dicha actuación crea riesgos para los particulares<sup>22</sup> y, consecuentemente, se responsabiliza por los daños que constituyan materializaciones de susodichos riesgos. Por otro lado, el peligro creado debe ser de naturaleza excepcional, esto es, debe ser un peligro que no todos los administrados están obligados a padecer, materializando un desequilibrio de las cargas públicas, que debe ser indemnizado<sup>23</sup>.

Ahora bien, ¿bajo qué circunstancias los perjuicios ocasionados por un acto terrorista son imputables a la autoridad pública por la vía del riesgo excepcional? Para que opere el riesgo excepcional en el caso de perjuicios generados por ataques terroristas, es necesario<sup>24</sup>:

- a. *Que exista una actuación legítima de la administración de la cual se emane el riesgo excepcional (para ciertos administrados) de sufrir los perjuicios de un ataque terrorista:* es imprescindible, en principio, que la Administración Pública hubiere, con su actuación legítima, creado para algunos administrados, el riesgo excepcional de sufrir los perjuicios de un ataque

---

20 Santiago Díazgranados establece que “[...] sólo cuando los daños sean la concreción de los riesgos creados por la actividad peligrosa del que desempeña la autoridad pública, será procedente aplicar la teoría del riesgo excepcional [...]” (Díazgranados, 2001, p.44).

21 “[...] La actuación ajustada a derecho de la administración, es un presupuesto básico para que se le pueda atribuir responsabilidad por riesgo excepcional [...]” (Díazgranados, 2001, p.39).

22 En otras palabras, reconoce que la actividad que esta desarrollando es una actividad potencialmente peligrosa; de no ser peligrosa, no habría lugar al riesgo excepcional.

23 Al respecto, dijo el Consejo de Estado en fallo del 10 de agosto de 2000: “[...] 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 [...]” (Consejo de Estado, Sentencia del 10 de agosto de 2000).

24 Los tres elementos que se citan a lo largo del párrafo, obedecen a la correspondencia con los elementos que teóricamente deben presentarse para aplicar el régimen de responsabilidad extracontractual estatal por la vía del riesgo excepcional, a saber: la existencia de una actuación legítima de la administración, que de lugar a un riesgo excepcional; el padecimiento de un daño antijurídico que materialice dicho riesgo excepcional; la existencia de un nexo de causalidad.

terrorista<sup>25</sup>; en ese sentido, la administración es la causante indirecta del daño sufrido, porque fue ella la que creó el riesgo de ataque para los administrados, aunque lo hizo legítimamente. Puede suceder, por ejemplo, que la autoridad pública construya una estación de policía en un sector determinado... en tal caso, se trata de una actuación plenamente legítima de la administración que tiene por objeto la protección de la sociedad civil, pero que crea para los vecinos del sector, el peligro excepcional de ser víctimas de un flagelo delincuente (dando lugar a un riesgo excepcional), desequilibrando las cargas públicas que deben soportar.

- b. *Que los administrados padezcan un daño antijurídico que sea la materialización o realización del riesgo de ataque terrorista creado por la administración:* es necesario además que quienes alegan la responsabilidad estatal, hayan sufrido un daño antijurídico que materialice directamente el riesgo creado por la Administración Pública en su actuación legítima; en el caso del riesgo excepcional de sufrir un ataque terrorista, es ineludible que el administrado que alega la responsabilidad estatal, haya sufrido o padecido un daño antijurídico que constituya la materialización o realización de ese riesgo excepcional (creado por la Administración Pública en una actividad legítima suya) de sufrir los perjuicios de un ataque terrorista<sup>26</sup>. Esto debido a que, de no padecerse susodicho daño antijurídico por la perpetración del acto terrorista, no habría materialización alguna del riesgo excepcional creado por la administración (consistente en sufrir el ataque) y, consecuentemente, nexo de imputabilidad que hiciera responsable al Estado; retomando el ejemplo de la estación policial, los daños ocasionados a terceros por la perpetración delincuente contra la referida estación, no son más que la materialización de un riesgo excepcional (que no todos los administrados están obligados a padecer, generando un desequilibrio en las cargas) creado por el mismo Estado (y padecido por los habitantes aledaños a la estación) cuando optó por edificar una base policial en ese sector específico. Ahora bien, debe precisarse que en este caso (al igual que en la falla del servicio) el agente

25 Si no existe riesgo excepcional originado por actuación legítima de la administración, no hay lugar a este régimen de responsabilidad. Así lo denota el Consejo de Estado, en fallo de 10 de agosto de 2000; allí dice: “[...] 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 [...]” (Consejo de Estado, Sentencia del 10 de agosto de 2000).

26 Como ya se había dicho en párrafos anteriores, el daño antijurídico que pretende ser indemnizado por la Administración Pública por la vía del riesgo excepcional, debe ser una materialización directa de susodicho riesgo excepcional... en el caso particular de los ataques terroristas, el daño antijurídico debe ser materialización del riesgo excepcional de sufrir los perjuicios de un flagelo subversivo.

y causa directa del daño no es el Estado como tal, sino el tercero que perpetró el hecho terrorista; sin embargo, al ser la Administración la que con su obrar legítimo creó el peligro de ataque para algunos administrados, ella no se mantiene al margen de la situación, sino que debe responder por ese riesgo creado<sup>27</sup>, ya que fue de su acción de donde se emanó el riesgo para los administrados afectados.

- c. *Un nexo de causalidad*: por último, es necesario que la actuación legítima del Estado haya verdaderamente dado lugar al riesgo excepcional materializado o concretado en el daño padecido por el demandante, para que pueda considerarse que existe eventual responsabilidad de la Administración en el perjuicio reclamado; de ahí que se trate de un nexo de causalidad de doble vía: en primer lugar es forzoso que la actuación legítima del Estado haya dado lugar al riesgo excepcional creado, y en segundo lugar, que ese riesgo se haya materializado en el daño padecido por el administrado (Díazgranados, 2001, p.41). Dicha relación genera que la acción legítima de la administración sea la causa indirecta del daño ocasionado, por cuanto creó el riesgo excepcional que se concretó en el mencionado daño. Ahora bien, si el riesgo (materializado por el daño antijurídico) no fue creado por la autoridad pública, no hay razón alguna para reclamar de ella una determinada indemnización de perjuicios; a manera de ejemplo, si un atentado es dirigido indiscriminadamente contra una vivienda de un particular, no puede imputársele al Estado responsabilidad por el daño antijurídico ocasionado, utilizando como causal de imputabilidad el riesgo excepcional, ya que no medió actuación legítima de la administración que creara un peligro excepcional para los administrados, y además el ataque es la materialización de un riesgo al que todos están sometidos, independientemente del obrar de susodicha autoridad (no tiene naturaleza excepcional), de manera que no hubo desequilibrio en las cargas públicas<sup>28</sup>.

Lo anterior permite entonces afirmar que para que un daño antijurídico producido por un ataque terrorista sea imputable a la administración pública por la vía del riesgo excepcional, es necesario que ese daño antijurídico sea la materialización o realización de un riesgo (excepcional) de sufrir un ataque terrorista, que haya

---

27 Santiago Díazgranados manifiesta que no hay problema alguno con que el agente directo del daño no sea el Estado como tal. Dice el citado abogado: “[...] *En el riesgo excepcional, es posible que la lesión sea irrogada por terceras personas. En efecto, resulta factible, en este último caso, que el detrimento se produzca con ocasión de una actividad estatal, pero que no sea la administración la causante directa del daño, no obstante lo cual éste resultará imputable a ella. Un caso que tradicionalmente ha sido fallado de manera equivocada con fundamento en la teoría del daño especial, sirve para una mejor comprensión de lo anterior [...]*” (Díazgranados, 2001, p.41).

28 Al no haber un desequilibrio en las cargas públicas, no hay daño antijurídico alguno, por el que el Estado deba responder.

sido creado (el riesgo) por una actuación legítima de la administración y padecido por un número determinado de particulares, quienes tuvieron que soportar un desequilibrio en las cargas públicas, dando lugar a la correspondiente indemnización. Esta conclusión empieza a mostrar las primeras discrepancias con el manejo que a ciertos casos de responsabilidad (que siguen los criterios del riesgo excepcional) se les ha dado en el Consejo de Estado... sin embargo, para estudiar esos casos en concreto y mostrar el yerro jurídico del citado órgano, es necesario primero estudiar el nexo de causalidad del daño especial; habiéndolo estudiado, se procederá a mirar la jurisprudencia.

#### **4. ¿SON LOS ACTOS TERRORISTAS IMPUTABLES AL ESTADO TENIENDO COMO TÍTULO JURÍDICO DE IMPUTACIÓN EL DAÑO ESPECIAL?**

El último título jurídico de imputación en la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública es el daño especial<sup>29</sup>; de conformidad con esta teoría “... siempre que la administración, actuando legítimamente y en el marco de sus atribuciones legales, genere un perjuicio a un particular, que supere las cargas normales a que están sujetos determinados grupos de personas por el hecho de vivir en sociedad, debe indemnizarlo plenamente, pues no es justo que todo el grupo al que pertenece se beneficie a costa de su exclusivo detrimento particular ...” (Díazgranados, 2001, pp.5-6). En pocas palabras, el régimen del daño especial postula que la administración deberá responder por todos aquellos daños antijurídicos originados por una actuación legítima suya (diferenciándolo de la falla del servicio), toda vez que susodichos daños antijurídicos no sean la materialización de un riesgo excepcional creado por ella misma (diferenciándolo del riesgo excepcional).

Al igual que en los casos anteriores, el régimen del daño especial requiere de la concurrencia de tres elementos básicos: una actividad legítima de la autoridad, un daño antijurídico padecido por los particulares y un nexo de causalidad entre el

---

29 La teoría del daño especial encuentra su origen en el derecho francés, durante la década de 1920, concretamente en el año de 1923, con un caso judicial de bastante renombre: el caso *Coutiéas*, fallado por el Consejo de Estado del citado país. Santiago Díazgranados dice al respecto: “[...] el origen de la teoría del daño especial se remonta a 1923, cuando el Consejo de Estado francés falló el conocido caso *Coutiéas*. El actor no pudo obtener, de parte de las autoridades, el cumplimiento efectivo de una orden judicial de desalojo de cerca de 8000 indígenas que habían ocupado los terrenos de su propiedad, sufriendo, por lo tanto, un perjuicio antijurídico que no tenía que soportar. La razón de la abstención de las autoridades radicó en la consideración de que llevar a cabo la expulsión de los extraños podría derivar grandes riesgos para la seguridad y el orden público. Dicha conducta fue perfectamente lícita, no obstante dio lugar a que el señor *Coutiéas* quedara expuesto a un injusto detrimento patrimonial, situación que hizo necesaria la declaración de responsabilidad de la administración [...]” (Díazgranados, 2001, p.6). La teoría se expandió a Alemania y Latinoamérica.

primero y el segundo<sup>30</sup>. Sin embargo, estos presupuestos esenciales se matizan con una serie de rasgos distintivos, que permiten diferenciar el daño especial de las demás causales de imputabilidad; esos rasgos son:

- a. *En cuanto a la actividad legítima de la administración:* de la misma manera que el riesgo excepcional, el daño especial es un régimen de responsabilidad estatal sin falla<sup>31</sup>; en ese sentido, los perjuicios a indemnizar se originan en una actividad legítima de la autoridad pública, esto es, una actividad enmarcada en el plano de la legalidad y el cumplimiento de las obligaciones estatales, pero cuya ejecución generó un daño antijurídico a algún administrado, materializando un desequilibrio de las cargas públicas que el afectado no está obligado a soportar<sup>32</sup>. Resulta oportuno aclarar que la actuación de la administración, originadora del perjuicio, no necesariamente debe consistir en una actuación peligrosa o riesgosa, puede perfectamente ser una actividad libre de riesgos, como puede no serlo.
- b. *En cuanto al daño antijurídico ocasionado por la actividad legítima de la administración:* para que opere la responsabilidad estatal por la vía del daño especial, es también imprescindible que la actuación legítima de la administración dé lugar a un daño antijurídico para uno o varios particulares (sin daño antijurídico, no habría perjuicio a indemnizar). Sin embargo, este daño antijurídico debe satisfacer además dos condiciones fundamentales: a) en primer lugar, es forzoso que el perjuicio sea irrogado directamente por la acción de la administración: no es posible que sea perpetrado directamente por terceros, pero indirectamente por una acción u omisión de la autoridad pública, como sí se daba en la falla del servicio o el riesgo excepcional, donde podía suceder que el perjuicio fuera consecuencia directa de una acción de un tercero, pero indirectamente apareciera por una actuación –legítima o ilegítima– del Estado (Díazgranados, 2001, pp.40-41)<sup>33</sup>; b) por otro lado, es

30 Estos elementos son imprescindibles para que pueda considerarse la intervención de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública... sin ellos, no habría lugar al citado régimen.

31 Así se había expuesto en el segundo numeral del presente escrito.

32 Dice Díazgranados: “[...] *El daño especial es una de las variantes del régimen objetivo de la responsabilidad (...) la conducta de la entidad pública debe estar estrictamente enmarcada dentro de la legalidad, lo cual implica un funcionamiento adecuado del servicio, orientado a satisfacer los intereses públicos [...]*” (Díazgranados, 2001, pp. 8-9). Por su parte, el Consejo de Estado, en providencia del 28 de octubre de 1976, manifestó al respecto: “[...] *aún la actividad estatal absolutamente legítima tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita, como por la finalidad al procedimiento determinado legalmente, puede dar lugar a la indemnización del daño causado al administrado, que es lo que se conoce como responsabilidad sin falta [...]*” (Consejo de Estado, Sentencia del 28 de octubre de 1976).

33 “[...] *En el daño especial, es siempre la administración, de manera directa, la que causa el daño, al tiempo que en el riesgo excepcional es factible que la lesión sea irrogada por terceras personas [...]*” (Díazgranados, 2001, pp. 40-41).

necesario que el daño antijurídico no constituya la materialización de un riesgo creado por la propia Administración Pública, ya que en tal caso estaríamos frente a una situación de riesgo excepcional<sup>34</sup>, lo que sí puede suceder es que la actuación que ocasiona el daño antijurídico, sea una actuación peligrosa o riesgosa, pero no que susodicho daño antijurídico sea una materialización de los riesgos propios de la actividad.

- c. *En cuanto al nexo de causalidad*: por último, es necesario que exista una relación de causalidad entre la actividad legítima de la administración y el daño antijurídico ocasionado, esto es, que el daño sufrido sea consecuencia del actuar propio de la administración pública, de tal manera que, de no haberse presentado susodicha actuación, no se habría dado lugar para el padecimiento del perjuicio (Díazgranados, 2001, p.11).

Ahora bien, en el régimen del daño especial (así como en lo demás títulos jurídicos de imputación) existen algunas causales absolutorias para el Estado; de manera general, siempre que se acredite la interferencia de una *causa extraña*, es decir, se logre desvirtuar el nexo causal entre el daño antijurídico y la actuación de la administración, o se demuestre la inexistencia de un daño antijurídico, se deberá emitir una sentencia desfavorable para el demandante que reclama la responsabilidad estatal<sup>35</sup>. El interrogante que surge es ¿en qué situaciones se logra el rompimiento del nexo de causalidad? De conformidad con lo expuesto por Santiago Díazgranados, son tres las causas extrañas que pueden generar la absolución de la autoridad pública, a saber:

- *La fuerza mayor*: en sentencia del 20 de febrero de 1989, el Consejo de Estado manifestó que la fuerza mayor (no el caso fortuito) era una de las causales de exoneración del Estado; en ese sentido, el órgano entiende que cuando en la irrogación del daño antijurídico que pretende ser imputado a la administración, interfiere un “... *hecho irresistible e imprevisible, ajeno y exterior a la actividad o servicio que causa el daño ...*” (Díazgranados, 2001, p.33), la autoridad pública queda absuelta y exonerada de toda

34 “[...] *En caso de ser peligrosa la actividad desarrollada por la Administración, habrá lugar a la responsabilidad del Estado por daño especial, cuando la lesión que se produzca no sea consecuencia de la creación del riesgo que tal actividad conlleva (...) si la causa de la lesión es uno de los riesgos creados por la construcción, no será aplicable esta teoría sino la del riesgo excepcional [...]*” (Díazgranados, 2001, p. 44).

35 Dice Santiago Díazgranados: “[...] *incluso si el demandante logra probar la totalidad de los elementos de la responsabilidad, el Estado podrá librarse de indemnizar, acreditando la interferencia de una causa extraña en la producción del daño; en otras palabras, si logra romper o desvirtuar el nexo causal, deberá ser absuelto, de la misma manera que si logra demostrar que el daño que se produjo no configuró un rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas.[...]*” (Díazgranados, 2001, p.31).

responsabilidad. Ahora bien, es preciso anotar que no sucede lo mismo con el caso fortuito, ya que éste se considera un hecho falaz que hace parte de la estructura interna del servicio y, precisamente por eso (por hacer parte del servicio), puede implicar responsabilidad por riesgo excepcional o daño especial<sup>36</sup>.

- *El hecho de un tercero o de la víctima*: si el daño fue infringido por el hecho exclusivo de un tercero, cuya actuación no ha sido provocada por la Administración Pública, es justo también que el Estado quede absuelto de cualquier responsabilidad, por cuanto no tuvo parte alguna en el perjuicio ocasionado<sup>37</sup>, lo mismo sucede si el perjuicio fue ocasionado por la actuación exclusiva de la víctima (con la observancia de otros requisitos legales<sup>38</sup>), el Estado tampoco tendrá responsabilidad alguna.

Cuando se presenta cualquiera de las situaciones anteriormente descritas, se considera que hubo una ruptura en el nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la conducta de la administración, dando lugar a una exoneración de la misma.

Partiendo del anterior recorrido conceptual, podemos entonces proceder a considerar si existe la posibilidad de imputar al Estado la responsabilidad por los perjuicios producidos por un ataque terrorista, usando la vía del daño especial... para tal fin, basta con citar dos argumentos que desvirtúan de lleno dicha posibilidad, y que demuestran que las ocasiones en que el Consejo de Estado a utilizado el daño especial como causal de imputación de la responsabilidad por daños producidos en ataques terroristas, no constituyen sino un yerro jurídico del órgano contencioso-administrativo.

En primer lugar, la doctrina y el propio Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, han dejado en claro que para que aplique el régimen de daño especial en la indemnización de eventuales perjuicios ocasionados por la Administración Pública, es estrictamente necesario que susodichos perjuicios (daños antijurídicos) hayan sido irrogados directamente por la acción del Estado. En estos casos no resulta válido que el hecho dañoso sea perpetrado directamente por terceros (causantes directos) pero indirectamente sea permitido o facilitado por una acción u omisión –legítima o ilegítima- de la autoridad pública, como sí sucede en la falla del

---

36 “[...] Al tiempo que el primero (fuerza mayor) exonera a la administración en todos los casos, el segundo (caso fortuito) no siempre la libera, debido a que hace parte de las características de la actividad desarrollada, la cual hace responsable, en ciertos casos (actividades peligrosas) a la persona que la ejecuta [...]” (Díazgranados, 2001, p.33).

37 Cabe anotar que para que apique esta causal, se requieren además tres requisitos: a) que haya una relación de causalidad entre el hecho del tercero y la víctima; b) que susodicho hecho sea la causa exclusiva del daño padecido; c) el hecho del tercero no puede haberse originado por la administración.

38 Los mismos que se requieren para que aplique el hecho de un tercero.

servicio o el riesgo excepcional. Esta situación, descarta de lleno la posibilidad de que un ataque terrorista sea imputado a la administración por la vía del daño especial: como dice el mismo Consejo de Estado, cuando se hace referencia a un flagelo subversivo (como el ataque terrorista) se denota una actuación delincencial llevada a cabo por terceros terroristas, en contra de un destinatario determinado<sup>39</sup>; ahora bien, puede suceder que la perpetración delinciente sea posible por una actuación de la administración, haciendo que ésta última se vuelva la causante indirecta del daño, pero siempre el perpetrador directo será el delincuente o terrorista, que hace realidad el ataque; de ahí que sea imposible aplicar la vía del daño especial en la responsabilidad estatal por atentado terrorista: en estos casos el daño antijurídico no fue ocasionado por una actuación directa de la Administración Pública, sino de un tercero quien ejecutó el delito, violando con ello uno de los requisitos esenciales de la imputabilidad por daño especial: que el daño antijurídico a indemnizar sea ocasionado directamente por la administración, como se mencionó en párrafos anteriores.

Ahora bien (y como segundo argumento), incluso si se omitiera el punto relativo a que el ataque terrorista no es ocasionado directamente por la Administración (ya que ella no lo perpetra ni es el agente que causa el daño) haciendo imposible la aplicación del daño especial, se podría alegar que en los casos de flagelos delincuentes aplica una de las causas extrañas que absuelven al Estado: el hecho de un tercero. El acto terrorista es claramente una perpetración ejecutada por un individuo ajeno a la administración, que satisface todos los requisitos para que aplique la ya mencionada causal de exoneración, a saber: a) existe una clara relación de causalidad entre el daño y la actuación del tercero, en la medida en que fue él quien perpetró el ataque y, consecuentemente, originó el daño; si no hubiera optado por ejecutar el flagelo, el daño no habría sido ocasionado; b) la causa exclusiva del daño es el hecho terrorista, el cual no es provocado por la Administración; de no ser así nos situaríamos en otra casual de imputabilidad (el riesgo excepcional o la falla del servicio). Lo anterior muestra con más veras el por qué resulta improcedente imputar responsabilidad estatal por daño especial en el caso de ataques terroristas. Un brevísimo recorrido jurisprudencial a continuación ilustrará estas situaciones.

## **5. BREVÍSIMO RECORRIDO POR LA JURISPRUDENCIA ATINENTE DEL CONSEJO DE ESTADO:**

Las anteriores conclusiones en torno a la responsabilidad estatal por los perjuicios ocasionados en ataque terrorista, se encuentran fundamentadas en lo que la doctrina y

---

39 Dice el Consejo de Estado en fallo del 2 de mayo de 2002: “[...] la responsabilidad del Estado por actos terroristas parte del supuesto de que el acto o la conducta dañosa son perpetrados por terceros ajenos a él, trátase de delincuencia común organizada o no, subversión o terrorismo [...]” (Consejo de Estado, Sentencia del 2 de mayo de 2000).

la jurisprudencia del Consejo de Estado han manifestado al respecto; por esa razón, resulta bastante paradójico encontrar que el citado órgano no aplique en los casos prácticos, lo que ha teorizado en torno a los regímenes de la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial; se esperaría, de entrada, que el Consejo explicitara que la teoría sobre el *agente originador del perjuicio* en el daño especial, hace imposible condenar por esta vía a la administración a pagar una eventual indemnización por los perjuicios ocasionados en un ataque terrorista, en la medida en que el originador directo del daño en tales casos no es la Administración como tal, sino un tercero delincuente<sup>40</sup>. Sin embargo, son múltiples las sentencias en las que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo usa el daño especial para condenar al Estado por flagelos subversivos de este tipo; de hecho, en la más reciente providencia sobre el tema, las opiniones estaban particularmente divididas: unos consejeros opinaban que el régimen aplicable para condenar a la administración por los daños producidos por la toma guerrillera del 19 de julio de 1994 en La Calera era la falla del servicio, mientras que otro sostenía que era el daño especial<sup>41</sup>. A continuación presento algunas de las sentencias que evidencian las incongruencias de la jurisprudencia del Consejo de Estado:

- *Sentencia del 29 de abril de 1994*: A través de este fallo, los consejeros resolvieron una demanda interpuesta en contra de la Nación por un particular cuya vivienda se vio afectada en un atentado que el Ejército de Liberación Nacional (ELN) perpetró en contra las Fuerzas Militares de Colombia (particularmente contra el Ejército de la República); la sentencia fue proferida en favor del demandante, y condenó a la Administración a indemnizar los eventuales perjuicios sufridos por el ataque, utilizando la causal de imputabilidad del daño especial. En cuanto a este particular, debe precisarse de entrada que susodicha causal resulta inapropiada, por cuanto el daño antijurídico a indemnizar no fue irrogado directamente por la Administración Pública, sino por un tercero

40 Como se vio en el numeral anterior, es necesario, para que aplique la teoría del daño especial, que el Estado haya sido el originador directo del perjuicio a indemnizar... no se permite, como en otros regímenes, que el daño hubiese sido irrogado por un tercero, pero indirectamente por la Administración Pública.

41 El periódico *Ámbito Jurídico*, de la editorial Legis (edición correspondiente al periodo transcurrido entre el 2 al 15 de junio de 2008), publicó un artículo titulado “*Daños por ataques terroristas previsibles generan responsabilidad estatal por falla del servicio*”... en el reporte, el editor decía: “[...] el Consejo de Estado resolvió una consulta de una decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que condenó a la Nación por daños y perjuicios causados en los bienes de tres ciudadanos, que fueron afectados por una toma guerrillera ocurrida el 19 de julio de 1994, en La Calera (...) el Consejo de Estado recordó que si bien la jurisprudencia extranjera sostiene que el Estado no responde por ataques terroristas, en Colombia, esa corporación ha advertido que muchos daños ocasionados en este tipo de actos pueden imputarse a la acción u omisión de la administración, lo que da origen a una falla del servicio (...) Según el Consejero Enrique Gil Botero, la evolución jurisprudencial en materia de actos terroristas indica que el régimen aplicable en hechos como una toma guerrillera es el daño especial [...]” (Ámbito Jurídico, junio de 2008, p.10).

terrorista (ELN) que fue quien lo perpetró. Ahora bien, como la misma sentencia lo reconoce, “... *la presencia de instalaciones militares en medio de un sector residencial, coloca a los habitantes del mismo en situaciones especiales de riesgo ...*” (Díazgranados, 2001, p.22), una de las cuales se vio materializada en el referido ataque terrorista del ELN, y en el consecuente daño antijurídico ocasionado por el mismo, de tal suerte que el régimen aplicable era el riesgo excepcional.

· *Sentencia del 23 de septiembre de 1994*: esta providencia del Consejo de Estado surtió un proceso iniciado por un transeúnte que se vio afectado por el atentado terrorista perpetrado en contra del vehículo del Brigadier General Maza Márquez; en ella, se condenó a la administración a resarcir los perjuicios producidos por el atentado utilizando las vías del riesgo excepcional y el daño especial... en cuanto a ésta última, el citado órgano afirmó “... *que el sacrificio de ciudadanos producido por enfrentamientos entre terroristas y la Fuerza Pública hace imperativo el surgimiento de la reparación por parte del Estado, pues una sola persona no tiene por qué soportar aisladamente los daños que se generen con motivo de la defensa del orden institucional ...*” (Díazgranados, 2001, p.22), sin embargo, el anterior argumento no parece coherente por dos razones fundamentales: a) en primer lugar, los perjuicios ocasionados por los enfrentamientos entre terroristas y fuerza pública, no son más que la materialización de un riesgo excepcional irrogado por una actuación legítima de la propia administración, que en virtud de la defensa del orden institucional, crea un peligro inminente para algunos administrados: el de ser víctimas de un flagelo terrorista... en ese sentido, lo que el Consejo de Estado entiende como daño especial en el mencionado fallo, es realmente un perjuicio el que se concreta un riesgo creado por la propia autoridad pública, es decir, un riesgo excepcional. Por otro lado, habría que estudiar en qué casos se trata verdaderamente de un riesgo de esa naturaleza, ya que el mismo Consejo de Estado ha reconocido que los grupos insurgentes y terroristas no sólo tienen una guerra contra el Estado, sino una guerra en contra de la Nación en general, poniéndonos a todos en una situación de riesgo que soportamos como nacionales colombianos y que consecuentemente, no es excepcional; b) por otro lado, el Estado sólo debe ser responsable por daño especial, en aquellos casos en los que hay una actuación legítima suya que ocasione el perjuicio directamente y, como es lógico, un nexo de causalidad entre susodicha actuación y el perjuicio originado... en el caso de atentados terroristas, no es la administración la fuente directa del daño antijurídico, en la medida en que es un tercero quien perpetra el perjuicio y, por esa razón, no es aplicable el régimen de daño especial. Lo anterior permite entonces concluir que en la referida providencia, el Estado debió haber sido condenado sólo por la vía del riesgo excepcional.

- *Sentencia del 24 de febrero de 1995*: mediante este fallo, el Consejo de Estado condenó a la administración (por la vía del daño especial) a resarcir los perjuicios ocasionados a la familia de un conductor de camión, cuyo medio de trabajo (el camión) fue solicitado por el Ejército Nacional para la labor de transporte de tropa en una zona de confrontación con militantes guerrilleros, durante la cual sufrió una emboscada insurgente que terminó con la vida del referido conductor y la destrucción de su camión. En este caso, el yerro jurídico es evidente: los perjuicios sufridos son una clarísima materialización de un riesgo excepcional padecido por el conductor e irrogado por la actuación legítima de los soldados de la patria, quienes pusieron en evidente situación de peligro al occiso, al solicitarle que trasladara de un lugar a otro al objetivo primordial de la guerrilla: los soldados... en ese sentido, el Estado sí debió haber sido condenado, pero utilizando como nexo de imputabilidad el riesgo excepcional. Además, como hemos reiterado, para que aplique el daño especial, es necesario que el Estado sea el causante y perpetrador directo del daño antijurídico a indemnizar (no funciona cuando el Estado es causante indirecto, como sí puede pasar en la falla del servicio o el riesgo excepcional), cosa que no sucede en los casos de ataque terrorista.
- *Sentencia del 9 de febrero de 1995*: En esta providencia “... se declara responsable al Estado por las heridas causadas a un ciudadano, producto de la explosión de una bomba instalada en el edificio del DAS ...” (Díazgranados, 2001, p.24) ... este es otro caso en el que resulta evidente la existencia de un riesgo excepcional creado por una actuación legítima de la administración y padecido por los administrados; en el particular, el demandante sufrió un daño en el que se materializó un peligro creado por el Estado, al dar sede al DAS en ese sector particular... el citado riesgo no sólo es padecido por los residentes del lugar, sino por todos aquellos que se encuentran relacionados con el mismo, incluso por los transeúntes. Así pues, el régimen aplicable era el del riesgo excepcional, pero se usó el daño especial.
- *Sentencia de abril 9 de 2008*: en esta providencia se muestra claramente la confusión que aún subsiste al interior del Consejo de Estado, en torno a los regímenes aplicables para la responsabilidad estatal por ataque terrorista... aunque el fallo entiende que las causales de imputabilidad en el referido caso son el riesgo excepcional y la falla del servicio, el consejero Ernesto Gil Botero afirma (y revive el debate) que la vía apropiada es el daño especial, a pesar de que hemos visto que dicha conclusión no parece lógica.

## 6. CONCLUSIONES:

La confusión jurisprudencial en torno al tema, es precisamente la razón por la cual resulta pertinente y oportuno escribir el presente artículo, con la categórica tarea de proponer una “*revaluación de la jurisprudencia del Consejo de Estado*”: el

objeto concreto era evidenciar cuáles son las causales de imputabilidad aplicables en la responsabilidad de la administración por actos terroristas y bajo qué supuestos debe aplicarse cada una de ellas, si es que efectivamente puede aplicarse. Partiendo de ese propósito, se obtuvieron tres conclusiones fundamentales:

- a. *En cuanto a la responsabilidad por falla del servicio:* se concluyó que el Estado es responsable a través de la vía de la falla del servicio, por todos aquellos daños antijurídicos que provengan de un ataque terrorista cuya perpetración se haya hecho posible por una actuación ilegítima suya, en la que omitió sus deberes de protección y seguridad para con los administrados (incurriendo en la falla del servicio), siempre y cuando se acredite la verdadera existencia de susodicha actuación ilegítima de conformidad con las condiciones de tiempo, lugar, medios y previsibilidad que rodearon el hecho.
- b. *En cuanto a la responsabilidad por riesgo excepcional:* se dijo que para que un daño antijurídico producido por un ataque terrorista sea imputable a la administración pública por la vía del riesgo excepcional, es necesario que ese daño antijurídico sea la materialización o realización de un riesgo (excepcional) de sufrir un ataque terrorista, que haya sido creado (el riesgo) por una actuación legítima de la administración y padecido por un número determinado de particulares, quienes tuvieron que soportar un desequilibrio en las cargas públicas, dando lugar a la correspondiente indemnización.
- c. *En cuanto a la responsabilidad por daño especial:* se concluyó que resulta impropio imputar responsabilidad estatal por daño especial en el caso de ataques terroristas: en estos casos, el daño antijurídico a indemnizar no fue ocasionado por una actuación directa de la Administración Pública, sino de un tercero quien ejecutó el delito, violando con ello uno de los requisitos esenciales de la imputabilidad por daño especial: que el daño antijurídico a indemnizar sea ocasionado directamente por la administración, como se mencionó en párrafos anteriores; adicionalmente, todo apunta a que interfiere en ellos una causa extraña: el hecho de un tercero... si eso no sucede, es entonces porque estamos frente a un régimen diferente, es decir, el riesgo excepcional o la falla del servicio.

De ahí que resulte bastante confuso el hecho de que el Consejo de Estado, a pesar de apoyar algunos de los anteriores postulados con sus providencias, resuelva ciertos casos de responsabilidad extracontractual del Estado por ataques terroristas, utilizando la vía del daño especial, más aún cuando los hechos del caso particular, se ajustan a otros regímenes... es por eso que solo resta resaltar y destacar la imperiosa tarea que en lo sucesivo tendrá que desarrollar el órgano y que hace parte del título del presente escrito: una completa reevaluación de su jurisprudencia en torno al tema para hacer gala del famoso adagio que condena al mejor panadero a quemar su pan.

## 7. REFERENCIAS:

CASSAGNE, J. (2004). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de octubre de 1976 (C.P.Dr. Jorge Valencia Arango).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 1989 (C.P. Dr. Antonio de Irisarri Restrepo).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de abril de 1994 (C.P. Dr. Juan de Dios Montes ).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de septiembre de 1994 (C.P. Dr. Julio César Uribe).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de febrero de 1995 (C.P. Dr. Julio César Uribe).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de febrero de 1995 (C.P. Dr. Julio César Uribe).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de enero 27 de 2000 (C.P.Dr. Jesús María Carrillo).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2000 (C.P. Dr. Alier Hernández Enriquez).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 2 de 2002 (C.P. Dra. María Elena Giraldo).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de abril de 2008 (C.P. Dr. Mauricio Fajardo).

Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 2000 (M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell 12 de Abril de 2000).

Daños por ataques terroristas previsibles generan responsabilidad estatal por falla del servicio . (2 de Junio de 2008). *Ámbito Jurídico* , pág. 10.

DIAZGRANADOS, S. (2001). *Responsabilidad del Estado por daño especial*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1993). En *Curso de Derecho Administrativo* (págs. 371-372). Madrid: Civitas.

LONG, M., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P., & GENEVOIS, B. (2000). *Los grandes fallos de la jurisprudencia francesa*. Bogotá D.C.: Librería profesional.

MELO, F. (1991). *La responsabilidad objetiva de la Administración Pública* . Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

PAILLET, M. (1996). *La responsabilité Administrative*. París: Dalloz.

PAREJO, L. (1984). *El concepto de derecho administrativo*. Caracas: Editorial jurídica venezolana.

RAMÍREZ, A. (1991). Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia. En *Gaceta Constitucional N°112* (págs. 7-8). Bogotá D.C.

RAMOS, J. (1994). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Cali: Ediciones Universidad Libre.

RODRÍGUEZ, L. (1996). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.

SAAVEDRA, R. (2005). *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

TAMAYO, J. (1997). *La Responsabilidad del Estado*. Bogotá D.C.: Temis.

