

# La responsabilidad patrimonial del Estado por secuestro con consecuencias mortales

Wilson Herrera Llanos\*

## I. La Responsabilidad Estatal en la Carta de 1991

La inicialmente escasa, después relativa, y finalmente reconocida importancia social, política y jurídica de la Responsabilidad Estatal ha llegado hoy a convertirse en un tema tan de esencial tratamiento y de proyecciones tan contundentes, que no sólo aparecen ya claras tendencias a universalizarlo y unificarlo en sus aplicaciones, sino que, a mi entender, constituye un elemento vertebral de esa importante concepción del Derecho Administrativo que lo caracteriza como expresión real de la defensa del individuo frente a la acción estatal.

En Colombia, la Constitución de 1991 llevó al inciso segundo de su art. 2o. la fórmula que el viejo art. 16 de la anterior Carta había diseñado para fijar la acción de las autoridades, y construyó a partir de ella, en su art. 90, la aceptación constitucional de la Responsabilidad Estatal, pues la legitimación histórica a la Acción de Reparación Directa y el acabado sustancial de los artículos 77 y 78 del Código Administrativo de 1984 justificaban elevarla a rango constitucional.

\* Abogado especializado en Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Derecho Procesal Administrativo.

En efecto, con la expresa determinación de la finalidad de la acción pública que hace el art. 2o. de la Carta, recogida del mandato del art. 2o. del Código Administrativo, ambos en concordancia con la imperativa noción del artículo 209 de la misma, más el reconocimiento de los derechos inalienables de las personas de su art. 5o. y la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos de los arts. 6 y 124, el Constituyente de 1991 armó la estructura ideológica de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, para consagrarla positivamente por primera vez como norma constitucional, en el art. 90 y los concordantes 91 y 92.

Un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, respetuoso del hombre, de la prosperidad general y de los derechos inalienables de la persona y de la familia; un Estado que asigna a sus autoridades la única y primordial finalidad de la protección de la vida, honra, bienes y libertades de la persona; un Estado, en fin, que determina expresamente el sometimiento de las autoridades a los preceptos superiores de la Constitución, tiene necesariamente que prever el DAÑO que de manera general o individual pueda ocasionar cada vez que su propia acción, u omisión, viole tal filosofía, además de aceptar su Res-

ponsabilidad y fijar los mecanismos reales de verificación y cumplimiento.

Creemos que la Responsabilidad consagrada en la Carta y la forma de determinarla a partir de los daños antijurídicos imputables al Estado, ya sean causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas, consagra una Responsabilidad abierta para toda la actividad estatal medida sólo por la naturaleza antijurídica del Daño ocasionado, más que por el carácter de la actividad misma.

Por lo anterior, sólo resta, entonces, a partir de un caso concreto, examinar si al tenor de los mecanismos prácticos de ejecución y cumplimiento, al menos en esta materia específica, frente al fenómeno de la Violencia en sus diferentes matices y a partir de las diferentes teorías, la Carta ha dejado de ser un retórico enunciado formal de derechos y despunta ya en la búsqueda de una nueva identidad como Constitución Real, o si, por el contrario, su aparente avance institucional es más cuantitativo que cualitativo.

Y es que, a juicio de la Corte Constitucional, los conceptos de «Estado Social de Derecho» y de «Responsabilidad» no son hoy enunciados teórico-formales, sino realidades verificables por la misma Carta de 1991, porque ésta ha sido concebida de tal manera que la parte orgánica adquiere sentido y razón de ser sólo como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma, y que el carácter social de nuestro Estado de Derecho no es una fórmula retórica, pues éste tiene expresión objetiva en

la inmediata y verídica realización de las tareas sociales.

La verdad es que el orden «social» justo que se predica en el Preámbulo no sólo se redefine más tarde en el art. 1o. de la Carta, sino que se desarrolla con alcance práctico y realista en los arts. 350, 365, 366, 334 al precisar la noción del servicio público como finalidad inherente del Estado, al indicar que éste debe «asegurar» su prestación, al imponer la racionalización de la economía para el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, al exigir la prevalencia del gasto público social.

Por eso, en cuanto a la Responsabilidad, ésta tampoco proviene solamente del poder vinculante de los derechos fundamentales y del carácter de Estado con justicia social, sino de mandatos expresos de la Constitución como los de sus arts. 2, 6, 11 a 41, 83, 86, 87, 88, 89 y 90 que disponen órdenes concretas como la del deber de las autoridades de «asegurar el cumplimiento» de los fines sociales del Estado, o la de determinar responsabilidad por infracción, omisión o extralimitación, o la tajante inviolabilidad de la vida y los mecanismos accionarios para lograr el cumplimiento de los derechos fundamentales y colectivos y resarcir los daños antijurídicos causados.

El Constituyente de 1991 entendió la necesidad histórica de virar la definición del Estado colombiano hacia la de un Estado con plena capacidad de «asegurar el cumplimiento de los fines sociales» propuestos, vale decir, de un Estado Responsable, en contra del Estado formalista que hasta ese mo-

mento había sido. Y así lo declaró con la fuerza vinculante que sólo una norma constitucional puede tener.

Por todo lo anterior, al menos desde el punto de vista constitucional, podemos decir que el Estado responde hoy de manera más eficaz y concreta, y no sólo responde por su actividad irregular e ilegítima, sino también por la regular y la legítima, siempre que con ella contradiga el compromiso constitucional que tiene de «asegurar el cumplimiento» de sus deberes de protección.

Desde ese punto de vista, creemos, entonces, que la acción envolvente de un «Secuestro con consecuencias mortales», ya sea el producido por la guerrilla, o por la delincuencia común, y ya sea que sus fatales efectos los genere el secuestrador o una indeterminada refriega de balas, vulnera los derechos a la Vida, a la Unidad familiar, a la Libertad individual y a la Seguridad Pública, que son bienes tutelados por la Constitución, es decir, bienes que de manera imperativa e inexcusable el Estado tiene la obligación de proteger. Con esto se sientan los supuestos de la Responsabilidad resarcitoria del Estado, que demostraremos a partir de los otros elementos estructurales de la misma.

Antes de 1991 la situación jurídica descrita no era igual, por lo que, desde ese punto de vista, tenía plena cabida la tesis jurisprudencial que durante largo tiempo justificó la Irresponsabilidad del Estado basada en la incompetencia institucional. Hoy, el Constituyente decidió que el Estado asumiera constitucionalmente la concreción y efectividad de su propia Respon-

bilidad declarándole plenamente capaz para cumplir con su gran deber social de proteger y guardar a todos en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.

## **II. Circunstancias de Irresponsabilidad Estatal antes de la Carta de 1991**

Porque la Constitución de 1991 subrogó lo programático, lo ideal y lo formal por lo ejecutable, lo real y lo sustancial, creemos en el deceso de aspectos como la incompetencia institucional y la ineficacia estatal, que antes de 1991, auspiciados por la misma Jurisprudencia, impidieron la determinación de la Responsabilidad Estatal en una materia como la que nos ocupa en este ensayo, y en muchas otras que directa o indirectamente comprometían la incapacidad institucional del Estado para actuar.

A pesar de que la Jurisprudencia Nacional siempre señaló el incumplimiento total o parcial del imperturbable mandato que el art.16 de la vieja Carta imponía a las autoridades de proteger a las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, como el fundamento de su Responsabilidad, y a pesar de calificar tal obligación como el fundamento y razón de ser de las actividades estatales y de su existencia misma, el CONSEJO DE ESTADO, en una construcción idealista, creó una forma de exoneración general de tal obligación basado en la incompetencia institucional para cumplirla.

Así se llegó a decir que «sería deseable que el Estado lo cumpliera todo», y se sustentó que la Respon-

bilidad estatal debe deducirse sólo en aquellos casos en que el Estado se encuentre en capacidad de prestar tal servicio a los asociados, pero no en aquellos en que hay imposibilidad absoluta para hacerlo.

No estamos con quienes estiman que normas como la del art.16 de la Carta de 1886, hoy del segundo inciso del artículo 2o., sean sólo simples directrices de orientación sin poder normativo vinculante.

Tales normas imponen un deber concreto al legislador, al administrador y al juez, de manera que ni el uno ni el otro lo pueda desconocer, ni en su forma ni en su contenido, y mucho menos ignorarlo, ya que el uno, mediante la Ley, el otro, mediante su acción gubernamental, y el otro, mediante sus decisiones, lo debe aplicar en nombre del Estado; de no hacerlo, se entiende que viola su derecho.

Hoy, la Carta de 1991 no justifica tal consideración exonerativa frente a sus mandatos de igualdad, celeridad y eficacia como principios de desarrollo de la función administrativa y el deber de las autoridades administrativas de coordinar sus actuaciones para el «adecuado cumplimiento de los fines del Estado» (arts. 209 y 113).

Tampoco con la declaratoria vinculante que hace su Preámbulo de «asegurar» a los integrantes de la Nación, la vida, la convivencia, el trabajo, la igualdad, la libertad y la paz, y la de «garantizar» un Orden Social justo, en concordancia con la expresa finalidad ordenada en el inciso 2o. del art. 2o. de «asegurar el cumplimiento» de los deberes sociales del Estado.

Ni con el irrefutable mandato de la inviolabilidad de la vida (art.11) y el amparo a la familia como institución básica de la sociedad (art. 5) a la que el Estado «garantiza» su protección integral (art. 42).

Ni con la orden perentoria de la «aplicación inmediata» de los derechos fundamentales (art. 85) y la posibilidad real de «exigir el cumplimiento» de una ley o acto administrativo (art. 87).

Ni con la indeclinable «prevalencia» de lo «sustancial» por encima de lo formal, que el art. 228 ordena a los jueces.

Ni con el deber de «asegurar» a «todos los habitantes» del territorio nacional la prestación eficiente de los servicios públicos (art. 365).

Por todo eso, sostenemos la improcedencia jurídica de admitir causales genéricas de exclusión o exoneración de Responsabilidad Estatal, con fundamento en supuestas imposibilidades institucionales y frente a situaciones concretas que son sólo la expresión de la Ineficacia operativa o funcional del Estado.

La ineficacia habla de lo «inservible», de lo «insuficiente», de lo «incompetente», de lo «inepto», de lo «inhábil», de lo «improductivo», y mientras tales defectos operativos sean la expresión de una ausencia voluntaria o viciosa de voluntad política, administrativa y jurídica para poner a operar la propia estructura en aras de lo «útil», de lo «suficiente», de lo «competente», de lo «hábil», sus efectos dañosos no pueden sino acarrear Responsabi-

lidad para el Estado.

Cuando la Constitución de 1991 lanzó el reto de asumir la plena «eficacia» del Estado, asumió igualmente la consecuencia de no lograrlo, vale decir, asumió la propia Responsabilidad del Estado con la única condición de que se configuren los elementos estructurales de ella.

### III. Las diferentes teorías sobre la Responsabilidad Estatal

A pesar de la diversidad de explicaciones dadas para sustentar la posición histórica de la Irresponsabilidad Estatal, durante el curso del siglo XIX la fundamentación más asimilada fue la de la Soberanía. «Si se es soberano no se es responsable, porque si se es responsable no hay soberanía».

Por herencia se traspasó el principio al Estado feudal, que desdobló su personalidad para proferir «actos de autoridad», por los que era irresponsable, y «actos de gestión», por los que, considerado como del común, respondía conforme al Derecho Civil, lo que con el consabido escaso relieve que en la actividad estatal tenían estos últimos, es de imaginar hasta qué punto su responsabilidad era casi inexistente.

Al decir de Héctor Garcinni Guerra, el surgimiento del Derecho Administrativo pasó cuenta de cobro a la iniquidad de tal planteamiento hasta conformar las primeras tesis de aceptación de la Responsabilidad, así no fueran de estirpe puramente administrativista sino que estuvieran inoculadas de la filosofía y esencia civilista, «no obstante que el principio de que *the King can not wrong* se mantuvo

vigente en Inglaterra hasta 1940 y en Estados Unidos hasta 1946».

Así como sucediera años más tarde en Colombia, en Francia, una vez superada la etapa de la Irresponsabilidad Estatal, se echó mano al artículo 1384 del Código Civil Francés sobre Responsabilidad del amo por los daños causados por sus criados y sirvientes basada en la culpa por falta de vigilancia o por falta de la debida elección de los mismos. Esta aplicación suscitó arduas críticas hasta las postimerías del famoso Fallo Blanco, que si bien no cambió la estructura formal del análisis sobre el tema, sí introdujo un nuevo criterio de calificación del accionar Estatal denominado del Servicio Público.

En Colombia, el desarrollo del tema se presentó de manera casi paralela por el lado de la Corte Suprema de Justicia y por el lado del Consejo de Estado, en el primero de los cuales este desarrollo corrió desde la importante sentencia de 1898, en que se declaró la imposibilidad de imponer al Tesoro Público la obligación de indemnizar cualquier clase de perjuicios, y pasó después, como lo dice la misma Corte en providencia del 30 de junio de 1962, por los tres periodos de la Responsabilidad Indirecta, el de la Responsabilidad Directa y el de la Falla del Servicio, sin excluir, como es obvio, la importancia de la teoría Organicista, y sin que se pretenda, como dicen todos los autores, que estas etapas hubieran estado exactamente delimitadas en el tiempo.

Por su parte, el Consejo de Estado hizo lo propio a partir de la expedición de la Ley 167 de 1941, en desarro-

llo de los casos ajustados a las previsiones del viejo art. 68 sobre Responsabilidad del Estado por los hechos y las operaciones administrativas.

En ese sentido, son meritoriamente relevantes las sentencias de 1947, en el caso del diario «El Siglo», con ponencia del doctor Gustavo Valbuena, y las de 30 de septiembre y 2 de noviembre de 1960, en las que demostró que «...*el Derecho Administrativo, con amplio respaldo constitucional, era autosuficiente para estructurar una congruente teoría de la Responsabilidad extracontractual del Estado sin necesidad de apoyo alguno en las normas del Código Civil...*», y en las que distingue la «falta en el servicio administrativo» del concepto de vías de hecho y de la llamada teoría del riesgo y de los daños por trabajos públicos, hasta llegar, finalmente, a perfeccionar las diferentes modalidades de «fallas o faltas en el servicio», que es la teoría que constituyó hasta 1991 el régimen común de responsabilidad patrimonial del Estado.

#### **A) Aplicación de la teoría de la Falla o falta del Servicio**

En esta última teoría, como se sabe, son elementos estructurales de la Responsabilidad, la actividad o gestión estatal calificada como ausente, defectuosa o tardía, el daño o perjuicio ocasionado a la víctima y el nexo causal entre éstos, vale decir, la determinación de que esa precisa omisión o defecto o tardanza fue exactamente la causante del daño.

Es decir, esta teoría excluye la necesidad de probar la omisión o la acción del agente, porque la culpa de la entidad pública se presume por el

deber absoluto de prestar los servicios en forma oportuna, adecuada y eficiente que tiene el Estado, de tal forma que a la víctima sólo se le impone la obligación de demostrar «la falla» o «la falta», el «daño» y el «nexo». La falta de alguno de estos elementos estructurales genera la absolución o exoneración de Responsabilidad, de manera que si el daño lo genera un evento de fuerza mayor, o un tercero o la víctima misma, el nexo causal no se da con la Administración, y ésta no puede ser Responsabilizada.

Por su parte, el DAÑO debe llenar las características de *real o concreto*, vale decir, *cierto*, ya sean presentes o futuros; *especial* y no de aquellos que de manera genérica, indeterminada o anónima deben padecer todos; *anormal* y no común, ordinario o propio de la índole de la actividad oficial, y finalmente, *protegido*, es decir, tutelado jurídicamente.

Casos típicos de Responsabilidad patrimonial del Estado explicables por esta teoría son: a) el del magistrado que falla un proceso penal contra cabecillas importantes de la actividad narcótica, recibe llamadas persistentes de amenazas, las denuncia, se queja, ruega por protección y nunca la recibe del Estado; b) el de la ausencia de la tapa de la alcantarilla que al estar rebosada por torrencial aguacero impide la visibilidad del transeúnte que al atravesar cae y muere; c) el del secuestrado que es asesinado debido a la falta o falla de acción estatal.

Si como hemos dicho, la figura del «Secuestro con consecuencias mortales» se presenta en dos modalidades típicas, para aplicar el caso propuesto

a la luz de esta teoría, habría que analizar cada una de las modalidades por separado, ya que mientras la primera situación se genera por la no intervención de las fuerzas del orden, la segunda se produce por la intervención de tales.

La teoría de la Falta o Falla del Servicio descrita se podría aplicar, a nuestro juicio, y en consideración a todo el análisis que sobre la concreción constitucional de los deberes estatales hemos presentado, sólo a la primera de esas modalidades, para lo cual habría que demostrar la falla o falta de las fuerzas de seguridad del Estado, el daño y la relación causal entre la falta de acción y el hecho, sin que sea dable argüir, desde 1991, como se ha dicho, que el Estado está en imposibilidad absoluta de intervenir en estos casos y en cada caso similar.

### **B) Las teorías de la Responsabilidad Objetiva**

La Responsabilidad Objetiva o sin Culpa o falta es el tratamiento extremo al anteriormente expuesto, en el sentido de que ella excluye por completo la consideración del elemento falta o falla o culpa de la Administración. Para esta teoría hay una actividad, un daño y un nexo causal entre estos últimos, sin importar si la actividad ha sido regular o irregular, legítima o ilegítima.

Sus más importantes expresiones han sido el Daño Especial, los Trabajos Públicos, el riesgo excepcional, por expropiación y por almacenaje.

Con fundamento en el criterio de la igualdad de todos los ciudadanos

ante las cargas públicas, la teoría del Daño Especial señala la Responsabilidad Estatal cuando a pesar de la legitimidad, corrección o regularidad de la actividad oficial ésta causa un perjuicio a uno o varios asociados de aquellos que sobrepasan la mediana molestia o perjuicio que toda actividad benéfica para la comunidad puede generar a la misma comunidad.

Considera la teoría que el Estado responde siempre que se vulnere el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas en razón del desarrollo de una actividad estatal, sin que interese entrar a determinar los caracteres de tal actividad, sólo con la prueba del Hecho, el Daño y de la relación causal.

El Consejo de Estado ha sostenido el carácter equitativo y subsidiario de la teoría, ya que a ella sólo debe acudir cuando el caso concreto en examen no se adecúe a los otros sistemas de Responsabilidad.

Casos típicos del Daño Especial lo constituyen: a) la muerte del obrero en la construcción y levantamiento de un puente; b) la destrucción de una casa durante la persecución por parte de las fuerzas del orden de un bandido; c) el secuestrado que en balacera entre Ejército y guerrilla es asesinado.

Con la orientación del Consejo de Estado, al calificar esta teoría como subsidiaria, deberá entenderse que al determinarse, en el caso propuesto, la aplicación de la teoría de la Falta o falla del Servicio se excluiría, por subsidiaria, que no excluyente, la teoría del Daño Especial, ya que los elementos de esta teoría también sirven para

explicar la Responsabilidad Estatal en una de las modalidades del caso de un Secuestro con consecuencias mortales.

Finalmente, debe mencionarse, a pesar de su no aplicabilidad a nuestro caso, la teoría del Riesgo Excepcional, que se tipifica cuando el Estado, para lograr la prestación de los Servicios Públicos de la Comunidad, coloca a esa comunidad, o a un grupo de personas, en una situación de excepcional peligro, o en grave riesgo de experimentar un daño considerable. El Estado deberá resarcir todo perjuicio que llegue realmente a causar cuando el peligro creado produzca sus efectos previstos, en razón de que por la gravedad misma del riesgo respecto a esa comunidad, y de la persona o personas realmente perjudicadas, se exceden las cargas públicas que de manera usual u ordinaria debe afrontar la comunidad como contrapartida social de dichos servicios.

Casos típicos de este Riesgo excepcional son: a) el montaje y puesta en funcionamiento de generadores de alto voltaje en el seno de un barrio; b) la explotación de una mina en cercanías de una población.

Creemos no aplicable esta teoría a ninguna de las dos modalidades del Secuestro con consecuencias mortales: en la primera de ellas, porque se trata de una omisión o falta de intervención de las fuerzas del orden, que no hemos dudado en calificar, frente a la Carta de 1991, como una falla o falta del Servicio que se contrapone a la construcción teórica del Riesgo excepcional; en la segunda de ellas, porque a pesar de que la intervención de las

fuerzas del orden se pueda calificar como actividad legítima del Estado, mas adecuada para configurar el Daño Especial, ni la situación del secuestrado, ni la existencia de ese tipo de delitos, ni la intervención misma llegan a configurar la creación de un riesgo excepcional.

### *C) Otras teorías sobre la Responsabilidad Estatal*

Los autores modernos, al estudiar el problema de la Responsabilidad Estatal han diseñado otros criterios como fundamento de la búsqueda de la Causa o Razón Jurídica de la Responsabilidad por fuera de las ideas de «reproche» o «penitencia» con que se manejaron las viejas teorías, desde la que explicó el resarcimiento de perjuicios como una forma de herejía divina, pasando por la Culpa Civil hasta llegar a la misma Falta o falla del Servicio, incluyendo la presunta.

De estas teorías, enunciaremos la del Patrimonio-Garantía, la de la Solidaridad y la de la Imputabilidad o Imputación, con el fin de aplicarlas o examinarlas a la luz de nuestro caso de Secuestro con consecuencias mortales, antes de enfrentar, finalmente, la del Daño Antijurídico del art.90 de la Constitución Nacional, también denominada Teoría de la Lesión.

#### *C.1.) Teoría del Patrimonio-Garantía*

Como el Patrimonio Estatal es el producto del aporte de la colectividad, en aras de la construcción del bienestar general, dicho patrimonio viene a ser una garantía del cumplimiento de tal fin, por lo que no siendo posible que tal fin deje de cumplirse, cada vez que

se produce un daño a un asociado se rompe la continuidad de esta acción estatal en búsqueda de su fin y debe, a costa del Patrimonio-Garantía, afrontar tal daño.

El Estado, de la misma manera que una compañía de seguros, asume el riesgo de los daños sociales, y cada vez que éstos se presenten el Estado los paga sin entrar a dilucidar si se debe o no pagar, ni si se produjeron por culpa o falla de la actividad oficial.

A nuestro entender, nada se opone para que a partir de esta teoría se cobije a la familia del secuestrado que ha muerto con ocasión de dicha acción delictiva, en cualquiera de sus dos modalidades, es decir, sea que muera por la acción directa de los captores sin la intervención de los organismos de seguridad del Estado, o sea que suceda a raíz de la intervención frontal y bélica en aras del rescate.

Si la Carta consagra el deber de proteger a las personas contra todo lo que afecte su vida y bienes, pero por otra parte la Violencia ha generado una inquietante situación de peligro de tales valores, la Constitución y la Ley otorgan los mecanismos físicos y jurídicos para combatir esta Violencia, pues todo lo anterior constituye la causa y forma de contrato social.

Y si, como expresión de la Violencia, una persona es secuestrada y muere en la acción o con ocasión de la acción, el Estado, que se comprometió a proteger y asegurarle la vida al ciudadano, ante el hecho, deberá utilizar el Patrimonio de la comunidad toda para resarcir el daño ocasionado.

## C.2.) *Teoría de la Solidaridad*

Esta teoría se construye sobre la razón de ser del Estado basada en la búsqueda de mecanismos para la satisfacción de todas las necesidades materiales y espirituales, a partir de la solidaridad recíproca como único medio de lograr tal finalidad.

En nuestra Carta se declara, en su art. 1o., que como República unitaria, descentralizada, democrática, participativa y pluralista que es, está fundada no sólo en el respeto a la dignidad humana y en el trabajo, sino en la SOLIDARIDAD de las personas que la integran.

Esta teoría descarta, pues, todo elemento de reproche o todo elemento de determinación de culpas o fallas, y sólo tiene en cuenta la necesidad de la víctima de un daño estatal o que se produzca con ocasión de ella, su situación humana, su dolor, y la necesaria solidaridad, adhesión, concordia y fraternidad de la comunidad, que en nada se opone al criterio sobre el resarcimiento que hemos expuesto en estas notas a favor de quien muere en el desenvolvimiento de una acción de secuestro y como consecuencia de una situación de anormalidad social en que un Estado ha colocado a su comunidad.

## C.3.) *Teoría de la Imputabilidad o Imputación*

Este planteamiento arranca de la existencia de un factor de Imputabilidad del hecho o actividad, omisión u abstención, sin atender el carácter de ésta. La imputabilidad es el vínculo entre una situación jurídica determinada y

un sujeto de derecho, en el sentido de que la primera pueda atribuírsele a la segunda.

La imputabilidad, como confrontación de una conducta con un régimen jurídico, viene a constituir un juicio jurídico más que un juicio de reproche a esa conducta. El hecho de cargársele al Estado una conducta a la luz del régimen jurídico es el fundamento de toda Responsabilidad.

Así las cosas, en este planteamiento los elementos estructurales de la Responsabilidad serían tres, a saber: a) el Daño, que es un resultado inobjetable, real y cierto; b) la imputabilidad, que es la aptitud jurídica de asumir ese Daño; y c) la Razón Jurídica, que viene a explicar el fundamento social, jurídico y político para que ese hecho se pueda imputar y de ello se pueda deducir la Responsabilidad.

Para nuestro caso, tenemos: 1) la muerte del secuestrado es el daño, producido a su familia; 2) la Imputación se le hace al Estado con fundamento en el régimen jurídico que hemos explicado en la parte introductoria de este trabajo, es decir, porque la Constitución le carga al Estado toda omisión, toda irregularidad y toda actividad, por legítima que sea, que tenga por consecuencia, o resultado, la no protección de los derechos de las personas de manera objetiva y concreta; el secuestro es producto de la Violencia, y ésta es una situación política y social generada por el Estado o a pesar del Estado; y 3) la Razón jurídica que es ese mismo régimen y su fundamentación ideológica.

#### **IV. La Violencia: un elemento a considerar**

Para el diseño y prueba de los otros elementos estructurales de la Responsabilidad Estatal, en la hipótesis fáctica propuesta del «Secuestro con consecuencias mortales», se requiere analizar la VIOLENCIA, porque ésta trasciende más allá de una simple definición como un fenómeno socio-político, y es generada directa o indirectamente por el Estado.

Por fuera de los estudios socio-políticos y jurídicos sobre el fenómeno, sin posibilidad de determinar hoy al verdadero causante histórico de su surgimiento, y sin que a la postre interese mucho a sus destinatarios, la realidad actual de las cosas es que el mundo se debate en una maraña de violencia de múltiples caracteres, sin que los Estados afronten o puedan afrontar con eficacia sus efectos de destrucción y muerte.

Pero aun así, cuando los efectos de esa violencia de hoy, indeterminada, militar, paramilitar, guerrillera, delictiva, terrorista, narcómana etc., destruye a quienes están por fuera de su giro ordinario, vale decir, al hombre común, padre, trabajador, sencillo, inocente y débil, que supuestamente debe ser protegido por el Estado y sus autoridades, sin que éste ni lo evite en forma total, ni la desvíe de este hombre, la única opción posible que queda como última reseña de la existencia de la equidad social, por dramática y descarnada que nos parezca, es la de pensar en el resarcimiento del DAÑO particularmente injustificado que alguien que, por mandato constitucional, debió impe-

dirlo no fue capaz de hacerlo.

Porque sea que el Estado resulte el único y primer productor de Violencia o no, lo cierto es que, en el mundo contemporáneo, su calificación, su regulación, su control y su confrontación ha sido asumida por el Estado como su Responsabilidad en términos similares a lo definido por nuestra Carta de 1991.

El art. 217 de la Constitución dice que la Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares, constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, que tendrán como finalidad la defensa, entre otros, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional; y el 218 señala a la Policía como el cuerpo armado permanente cuyo primordial fin es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y «asegurar» que los habitantes de Colombia convivan en paz.

En Colombia, al decir del profesor Gerardo Molina, el fenómeno de la Violencia es multicausal y está radicado en la política, en la actitud de las clases dirigentes, en la inflación, en la miseria crónica, en la falta de educación, en la descomposición del campesinado, en la expansión del capitalismo, etc., todo lo cual, en definitiva, como puede verse, es responsabilidad del Estado.

De acuerdo con sociólogos, historiadores y científicos, en el desarrollo histórico de Colombia, la Violencia se ha expresado a través de la más variada gama de modalidades, desde la conquista, la colonia, los resguardos,

los comuneros, la independencia, las guerras civiles, la violencia bipartidista, la violencia guerrillera, la violencia narcómana, la violencia paramilitar.

La Constitución de 1991, en su art. 22, declara que «la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento»; en el Preámbulo se propugna por la paz; en el 67 se señala la paz como objeto de la educación, junto al respeto a los derechos humanos, y en el 95 se señala su búsqueda y mantenimiento como deber de toda persona o ciudadano.

Creemos entonces que en el marco de un Estado Social de Derecho, con la precisión de los deberes sociales del Estado y con la concreción constitucional de la Responsabilidad Estatal, el logro de la paz, que es la extinción de la Violencia, no requiere sino el adecuado manejo de los conflictos del grupo social, de manera que mientras el Estado no enfrente con aplomo científico, programático e histórico este reto, estará imposibilitado de cumplir con el obligatorio cumplimiento que él mismo exige al referirse a la Paz, y siempre estará dando lugar a la generación de nuevas y multiformes expresiones de agresión social imputables sólo a él.

Definitivamente, estamos con quienes opinan que la Responsabilidad que le compete al Estado en la protección de los derechos humanos impone su exclusiva Responsabilidad ante la violación de los mismos.

Los diferentes sectores de la delincuencia ordinaria no han sido sino el producto de una inacción verdaderamente programática por parte del Es-

tado en aspectos sociales, educativos, culturales y fundamentalmente económicos.

La persistencia de estos vicios hoy indica objetivamente que el fortalecimiento de la justicia, el desarme, la constitución de una cultura de derechos humanos y de una política de prevención, una verdadera reforma agraria y urbana y una política de participación y de pluralismo ordenados por la Nueva Constitución, no se adelantan con la celeridad, eficacia, moralidad, economía, igualdad e imparcialidad que exige su art.209, por lo que el fenómeno seguirá siendo exclusivamente imputable al Estado.

## V. La Concepción Constitucional vigente

El Consejo de Estado ha aceptado el criterio de equidad jurídica según el cual el verdadero fundamento de la Responsabilidad descansa en la protección de los derechos de los administrados, que no pueden ser lesionados por daños que alteren la igualdad de las personas ante la ley y que pueden calificarse en sí mismos como antijurídicos.

Según este criterio, la Administración no sólo responde porque en su prestación se dé una omisión, una tardanza o una deficiencia, sino por razones de una mayor excelencia jurídica, como es la que se desprende de la concepción de un Estado social de derecho que debe proteger realmente a los administrados.

Según el mismo planteamiento, la Lesión, que es, además del detrimento patrimonial de una persona, el de-

trimento antijurídico de ese patrimonio, convierte a la antijuridicidad en la piedra modular de la Responsabilidad administrativa, es decir, es la consagración, como dice el Consejo de Estado en fallo del 5 de julio de 1991, de «un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos» con sustento en el art. 90 de la Constitución de 1991.

Más tarde el mismo Consejo de Estado, en sentencia de 12 de julio de 1993, con ponencia de Carlos Betancur Jaramillo, extracta las características de la Teoría del Daño Antijurídico o de la Lesión, precisando que el art.90 de la Carta no estructuró la Responsabilidad del Estado como objetiva integralmente. Según este criterio, a) la antijuridicidad se le asigna al Daño y no a la conducta; b) el daño debe imputarse a una entidad pública; c) la actuación de la administración puede ser legítima o ilegítima y su diferencia de tratamiento sólo será probatorio; d) la teoría no impide la aplicación de las causales de exoneración cuando por Fuerza Mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero se destruye la imputación que se le hace a la administración.

Definitivamente, la CULPA ha dejado de ser el único fundamento de la Responsabilidad administrativa, sin que ésta se torne exclusivamente objetiva, pues si en un caso determinado hay fallas administrativas o faltas en su prestación, estas circunstancias se deberán establecer igualmente, pero sin olvidar que si la actuación es legítima, y de todas maneras hay imputación y daño, el Estado responde.

Entendiendo por el concepto del

Daño «antijurídico» el ofrecido por Leguina, en cita del Consejo de Estado en fallo del 26 de noviembre de 1922, con ponencia de Julio César Uribe Acosta, en el sentido de que es aquel que una persona que resulta víctima de un hecho o actividad administrativa dañosa no está obligada, por imperativo explícito del ordenamiento, a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica, podemos entonces analizar concretamente nuestro caso.

Dentro de la variada gama de expresiones de la Violencia institucionalizada en el país son muchas las razones, muchas las circunstancias y muchos los agentes que pueden generar un secuestro.

Una persona es secuestrable por sus riquezas, por su representación política, por su representación gubernamental, por su representación laboral. El secuestro, a su vez, se puede producir para obtener un rescate, para enviar un mensaje, para dar un golpe publicitario, para presionar una decisión gubernamental o para cobrar una venganza.

El secuestrador, por su parte, puede ser, a su vez, delincuente común, guerrillero, narcotraficante, paramilitar, y en ocasiones, como en las desapariciones, los mismos organismos del Estado.

Los efectos del secuestro pueden ser morales, políticos, económicos, psicológicos y mortales.

Los bienes jurídicos tutelados por el Estado que se vulneran con el secuestro son la libertad individual, la

unidad familiar, la tranquilidad personal y la ciudadana, la Vida.

A partir de esta caracterización podemos afirmar que ninguna persona, por independiente o vinculada al sector político, social o económico que fuere, «*está obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de uno de estos derechos tutelados por la Constitución y la Ley colombiana*».

Si, por otra parte, la situación de Violencia generada en el país y su grado de complejidad es una situación que constitucionalmente debe asumir el Estado de manera concreta, porque concreta es la naturaleza objetiva de la Carta de 1991 al consagrar los deberes sociales y jurídicos, y en su seno se determinan los mecanismos efectivos jurídicos, económicos y materiales para concretarlos, no cabe duda de la imputabilidad que debe hacerse de las expresiones de Violencia, como el secuestro, al Estado, como no cabe duda de la ninguna obligación que tienen las personas en Colombia de sufrir menoscabo en derechos tan vitales como el de la Vida, el de la Libertad y el de la Familia, que está especialmente amparada como institución básica de la Sociedad.

De manera que si a raíz del secuestro de una persona ésta muere, como sucedió hace poco, según noticia de prensa, en que un médico secuestrado fue degollado por la guerrilla al sentirse sorprendida por el Ejército, o si muere porque durante los diez meses de su cautiverio adquirió una enfermedad epidémica mortal; o si durante su cautiverio debió ser asesinado por incapacidad de los captores de trasladarlo de sitio sin mayores riesgos para

ellos; o si muere en un intercambio de balas entre la Fuerza Regular y los captores, es incuestionable que se ha producido UN DAÑO ANTIJURIDICO y el Estado debe responder, así sea que su actividad hubiere sido regular y legítima, o de abstención o de omisión y negligencia.

Estas circunstancias no pueden ser una carga probatoria para la familia damnificada, la cual sólo deberá probar el hecho, la imputación y el Daño, sin perjuicio de que la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero pudieran llegar, en la práctica de un caso concreto, a destruir la imputación formulada al Estado.

Por todo lo anterior, podríamos concluir:

1o.) Si una persona residente en Colombia es secuestrada por la guerrilla, la delincuencia común o el narcotráfico, y un tiempo después, sin que el Estado hubiera actuado en forma diligente y positiva a través de sus cuerpos de seguridad, es asesinada por circunstancias propias de la acción violenta, el Estado debe Responder indemnizatoriamente a los perjudicados con el hecho, salvo que demuestre haber cumplido con lo que en materia de seguridad le correspondía con la mayor diligencia, o una fuerza mayor, o la intervención imprudente de un tercero o la culpa de la misma víctima.

2o.) Esta responsabilidad deviene del hecho de que las autoridades de la república están instituidas para proteger la Vida, la libertad individual, la integridad familiar, entre otros derechos, las libertades, de todas las per-

sonas residentes en Colombia y para «asegurar» el cumplimiento de los deberes sociales del Estado (art. 2).

Pero fundamentalmente porque este mandato es en la Constitución Nacional una concreta exigencia de inviolabilidad de la vida (art. 11), del amparo de la familia, a la que como institución básica de la sociedad (art.5) el Estado «garantiza» su protección integral (art. 42), con la perentoria orden de «aplicación inmediata» (art. 85) y la posibilidad real para todos de «exigir su cumplimiento» (art. 87) y el resarcimiento patrimonial si no lo cumple (art. 90).

3o.) Si bien es cierto que el Estado no puede impedir que se produzca materialmente un secuestro, al menos sí debe actuar una vez producido, y actuar pronta y cumplidamente en ejercicio de los mandatos constitucionales de protección y seguridad de las personas, primero, porque ninguna persona está obligada a resistir, frente a la acciones delictivas, la inacción, negligencia o ineficacia del Estado frente a los grupos violentos, y segundo, porque constitucionalmente esa omisión es causal de responsabilidad cuando se genera un daño antijurídico.

Así como el particular no puede asumir las consecuencias dañosas de la acción legítima del Estado, tampoco puede asumir las consecuencias dañosas que se producen con la inacción u omisión estatal que se da frente a un hecho delictivo particular .

4o.) La Responsabilidad no se impone por el secuestro mismo, sino por la omisión o abstención estatal frente al secuestro, ya que es ésta la que

presuntamente ha producido el daño antijurídico. Es contrario a la Constitución que entre el momento del secuestro y el de la muerte del secuestrado el Estado no pueda demostrar su acción y esfuerzo por liberarlo y evitar esa muerte.

50.) Finalmente, se entiende que la acción de la víctima del secuestro, o de un tercero como su familia, que pretenden negociar con los captores, o el surgimiento de una fuerza mayor que le impida al Estado su acción, exonera a éste de Responsabilidad, salvo que se demuestre concurrencia.