

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**



TESIS DOCTORAL

**REPARACION DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL
TERRORISMO**

AUTOR:

SAMUEL SERRANO GALVIS

DIRECTOR:

Dr. D. EUGENIO LLAMAS POMBO

Salamanca, 2009

*A María Alejandra, Mariana
y a todos los que vendrán...*

AGRADECIMIENTOS

Quizá sea este apartado el que más tiempo me llevó redactar y que de antemano lo sabía injusto e insuficiente. Injusto porque tratando de agradecer a quienes han sido parte activa de un proceso, es posible que se obvие a alguno de aquellos copartícipes de nuestra empresa; insuficiente porque la sola mención no retribuye más que una parte de esa enorme deuda frente a quienes nos han profesado su apoyo en el camino que hemos recorrido.

Aún sabiendo eso, empecemos por Alejandra, la mejor inspiración de mis mejores letras; a Mariana, por ser nuestro mejor proyecto; a mis padres, por tener la palabra justa en el momento exacto; a mis hermanos, por ser ese infatigable apoyo; a Oscar y Martha, por creer en nosotros; a Isi, Jasone y su prole, con ese corazón que no les cabe en el pecho; a Paco por mostrarme la mejor parte de la España callejera; a Cata, por su paciencia y permanente disposición; a Dany por quien entendí que se puede seguir al Ché en un BMW o en su defecto en moto; a Gastón y Therina, por su nobleza y siempre buen ánimo; a Harry y su envidiable fortaleza y férrea voluntad de conseguir aquello que se propone; a Abelardo, cuyo elocuente discurso nos obliga a utilizar nuestras mejores artes; a Gabo y Lily, por acompañarme a descubrir el nuevo mundo en el viejo continente; a María Lucía, por su grata guía y compañía en el paréntesis; a Lelio, Paula y Rafa, por su incondicionalidad... a los profesores del doctorado, cuyas puertas siempre estuvieron abiertas, incluso para palabras de aliento, sin antesalas o citas previas; a los bibliotecarios que nos hicieron parte de su equipo y a Salamanca, que generosa me dio muchísimo más de lo que vine a buscar.

Termino este proceso siendo parte del Triunvirato del Arco, cuyos frutos apenas empiezas a verse en el horizonte y que auguro serán abundantes. Que sepan sus integrantes que es un honor estar en tan altas dignidades y espero merecerlas.

Pero no puedo dejar de hacer un especial reconocimiento a mi maestro; quien con paciencia y generosidad dirigió mis pasos en el universo de la investigación e incrementó mi gusto por el derecho. Muchas gracias Dr. Llamas, sin su apoyo, este trabajo sería una quimera.

INDICE

INTRODUCCION	14
---------------------	----

CAPITULO I

NATURALEZA JURIDICA DE LAS AYUDAS PARA LAS VICTIMAS DEL TERRORISMO

1. Los sistemas de reparación de los daños causado por las acciones terroristas.	23
1. 1. Elementos comunes a los sistemas de ayuda.	24
1. 2. La pretendida insuficiencia de la Responsabilidad Civil.	28
2. Régimen de ayudas para las víctimas del terrorismo en el Sistema Jurídico Español.	31
2.1. Legislación nacional.	33
2.1.1. Régimen Ordinario.	34
2.1.1.1. Antecedentes normativos.	34
2.1.1.2. Características del sistema de ayudas.	41
2.1.1.3. Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, con el que se aprueban el reglamento de ayudas y resarcimiento a las víctimas de los delitos de terrorismo.	43
2.1.1.3.1. Coberturas.	43

2.1.2. Régimen Extraordinario.	46
2.1.2.1. Ley 32/1999, de octubre 8, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo.	46
2.1.2.1.1 Características Generales.	48
2.1.2.1.2. Debilidades del sistema.	55
2.1.2.2. Real Decreto 1912/1999, de diciembre 17, mediante el cual se aprueba el reglamento de la ejecución de la Ley 32/1999, de octubre 8, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.	60
2.1.2.2.1. Características generales del Reglamento.	60
2.1.2.3. Otras normas de carácter extraordinario.	65
2.2. Régimen Autonómico.	65
2.2.1. Comunidad Autónoma del País Vasco.	66
2.2.2. Comunidad Autónoma de Navarra.	69
2.2.3. Comunidad Autónoma de Madrid.	70
2.2.4. Comunidad Autónoma Valenciana.	73
2.2.5. Comunidad Autónoma de Extraemadura.	75
2.3. Criterio seguido por la legislación.	76
2.4. Manifestaciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de las ayudas para las víctimas del terrorismo.	81
2.5. Análisis crítico del sistema de ayudas a las víctimas del terrorismo.	89
3. Hacia un nuevo régimen de protección a las víctimas del terrorismo.	96

CAPITULO II

LA NECESARIA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LAS ACCIONES TERRORISTAS

1. Régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.	101
1. 1. Características del sistema.	104
1.1.1. Generalidad.	104
1.1.2. Responsabilidad Directa.	104
1.1.3. Supresión del concepto de culpa o la ilicitud.	105
1.2.4. Principio de reparación Integral.	106
1.2. Causalidad e Imputación.	106
1.2.1. Causalidad.	108
1.2.1.1. Teoría de la Condición.	109
1.2.1.2. Teoría de la Causalidad Adecuada.	112
1.2.1.3. Breve referencia Jurisprudencial.	113
1.2.2. Imputación.	115
1.2.2.1. Criterios de Imputación.	116
1.2.2.1.1. Riesgo General de Vida.	117
1.2.2.1.2. Prohibición de Regreso.	119
1.2.2.1.3. Criterio de Provocación.	120
1.2.2.1.4. El Incremento del Riesgo.	122
1.2.2.1.5. El fin de la protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad.	123
1.2.2.2. Criterios de Imputación propios de la Administración Pública.	125
1.2.2.2.1. La Titularidad de la Administración Pública.	126

1.2.2.2.2. El Daño por Sacrificio.	129
1.2.2.2.3. El Riesgo.	131
1.2.2.2.4. El Enriquecimiento sin Causa.	135
1.3. Causales de exclusión de responsabilidad.	136
1.4. Naturaleza de la Institución.	141
2. La inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en las acciones terroristas.	148
3. El funcionamiento de los Servicios Públicos como excepción.	159

CAPITULO III

LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO RESPONSABLE

1. La Coautoría.	169
1.1. La insuficiencia de la coautoría como criterio de imputación.	172
1.2. La Asociación Ilícita como alternativa.	176
2. La Autoría Mediata.	178
2.1. Características de la Autoría Mediata en las organizaciones de poder jerarquizadas.	182
2.1.1 Dominio de la organización.	182
2.1.2. Fungibilidad del ejecutor.	183
2.1.3. Organizaciones al margen de la ley.	184
2.1.4. El poder de imposición del hombre de atrás como soporte fundamental del dominio del hecho.	186

2.1.5. El dominio del resultado.	187
2.2. Críticas a la Autoría Mediata por dominio de la voluntad de las organizaciones de poder jerarquizadas.	188
3. La responsabilidad del miembro indeterminado de un grupo.	191
4. la vinculación de las personas jurídicas.	193

CAPITULO IV

LA OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO CAUSADO POR LAS ACCIONES TERRORISTAS

1. Características específicas del daño causado por las acciones terroristas.	201
1.1. La imposibilidad de individualizarle.	201
1.2. Subsistencia del daño.	206
2. Clasificación de los daños causados por las acciones terroristas.	208
2.1. Según el ámbito en el que recaigan.	209
2.2. Según su causación.	211
2.3. Según la posibilidad de indemnizarlos.	213
3. Obligación solidaria.	215
3.1. En la Coautoría.	220
3.2. En la Autoría Mediata.	221
3.3. Respecto de los menores que tomen parte en las acciones terroristas.	223

3.3.1. Menores de 14 años.	223
3.3.2. Menores de 18 años.	224
3.3.3. Mayores de 18 años que viven con sus padres.	226
3.3.4. Inimputables por razones físicas o psíquicas.	231
4. Responsabilidad Subsidiaria.	232
4.1. La Administración pública como responsable subsidiario.	235
5. Obligación In Solidum.	240
5.1. Aspectos Generales.	241
5.2. Características de la Obligación In Solidum.	245
5.2.1. Ausencia de acuerdo de voluntades.	245
5.2.2. Pluripersonalidad.	246
5.2.3. La independencia de los vínculos.	246
6. Consideraciones relativas al monto de las indemnizaciones.	247
6.1. Estado de la cuestión.	247
6.2. Límites a las indemnizaciones.	249
6.2.1. Límites respecto a la cuantía de la indemnización.	250
6.2.1.1. El sistema de baremos.	251
6.3. Límites en cuanto a la acumulación de indemnizaciones.	262
6.3.1. Criterio doctrinal.	262
6.3.2. Criterio jurisprudencial.	265
6.3.3. Criterio legal.	271
6.3.3.1. Según el régimen ordinario del Real Decreto 288/2003 de marzo 7.	272
6.3.3.2. Según el régimen extraordinario de la Ley 32/1999, de octubre 8.	276

7. Análisis retrospectivo y una propuesta.	277
7.1. La Ley 1/2000 de enero 7, de enjuiciamiento civil.	280
7.1.1. Ámbito de aplicación.	281
7.1.2. Requisitos de aplicación.	283
7.1.3. El tráfico jurídico.	285
7.2. Nuestra propuesta.	286

CAPITULO IV

REGIMEN JURIDICO PARA LAS VICTIMAS DEL TERRORISMO EN COLOMBIA

1. Estado de la cuestión en el sistema jurídico colombiano.	290
1.1. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en Colombia.	291
1.1.1. Evolución del sistema.	291
1.1.2. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en la Constitución Nacional de 1991.	297
1.2. La responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en las acciones terroristas.	300
1.2.1. La falla del servicio y el riesgo excepcional.	300
1.2.2. La teoría del daño especial.	304
2. Legislación aplicable a las víctimas del terrorismo.	308
2.1. Antecedentes normativos.	308
2.1.1. Decreto 2133/1992, de 30 de diciembre.	311
2.1.2. Decreto 444/1993, de 8 de marzo.	213

2.1.3. Ley 104/1993, de 30 de noviembre.	317
2.1.4. Ley 241/1995, de 26 de diciembre.	322
2.1.5. Ley 418/1997, de 26 de diciembre.	323
2.1.6. Ley 782/2002, de 23 de diciembre.	324
3. Régimen establecido por la Ley de justicia y paz.	326
3.1. Ley 975/2005, de julio 25, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros del grupos armados organizados al margen de la Ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.	327
3.1.1. Sujeto activo.	328
3.1.2. Determinación del daño.	332
3.1.3. La reparación.	334
3.1.4. Mecanismo de reparación.	338
3.1.4.1. Reparación directa.	338
3.1.4.2. Reparación colectiva.	340
3.1.4.3. Reparación simbólica.	341
3.1.5. Determinación de la víctima.	342
3.1.6. Decreto 4670/2005, de diciembre 30, con el cual se reglamenta la Ley 975/2005, de julio 25.	345
3.1.7. Fondo para la reparación de las víctimas.	347
3.2. Decreto 1290/2008, de abril 22, por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de grupos organizados al margen de la Ley.	349
3.2.1. Coberturas.	349
3.2.2. Límites.	350
4. Análisis del sistema para las víctimas del terrorismo.	350

4.1. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil del Estado.	351
4.2. Desde el punto de vista de las disposiciones legales que amparan los derechos de las víctimas del terrorismo.	352
CONCLUSIONES	355
BIBLIOGRAFIA	366
JURISPRUDENCIA	392

INTRODUCCION

Las acciones delictivas se suceden cada vez con mayor frecuencia y su crecimiento exponencial ya no es motivo de sorpresa para la sociedad que lo vive, en donde los ataques indiscriminados de los que se hace objeto a sus integrantes, se asumen como algo cotidiano a la par que se disuelve la sensación de seguridad que otrora se tuviera.

Los efectos de tales acciones –que tienen en común la satisfacción de un interés particular- no son los mismos; su repercusión en el núcleo social varía dependiendo de la magnitud de los daños que su ocurrencia haya dejado y la situación de indefensión de quien ha sido su víctima. Estos efectos son los que determinan las medidas que se adoptan y la modificación del sistema en procura de la salvaguardia de los intereses de quienes se han visto perjudicados, por lo general atendiendo a los loables sentimientos de solidaridad que se despiertan ante estos hechos.

Estos sentimientos se acentúan cuando la víctima deja de ser el fin de la acción, para convertirse en el medio a través del cual se ejerce presión sobre un régimen determinado y así pretender condicionar su proceder o motivar un cambio de rumbo proclive a los intereses de aquel o aquellos que lo llevan a cabo, incluso más allá del sistema contra el que dicen revelarse.

Tal circunstancia aunada a la aplicación de eufemismos que morigeran el nocivo resultado de determinadas conductas y coadyuvan en la modificación del concepto real que de las mismas se tiene, logran desviar la atención respecto de la imperiosa necesidad de

controlar cada vez con más fortaleza su ocurrencia, más allá de solventar situaciones particulares.

Surge en medio de todo el Estado, al que se le otorga un papel protagónico, no tanto por su proceder como por el señalamiento del que se le hace objeto en virtud de esos sentimientos de injusticia que se despiertan en la sociedad y que le obligan a hacer frente a los daños en cuya causación no ha tenido injerencia alguna, pero de los que se le hace responsable ante la imposibilidad de encontrar una respuesta satisfactoria frente a una de las manifestaciones más primitivas de la conducta humana, como es imponer con la violencia y el terror, las ideas que con las palabras y las herramientas que les ofrece la democracia, no han sido capaces de defender, y que aún son justificadas por algunos.

Se trata de acciones dirigidas contra la sociedad en general, pero que afectan más a una parte de la misma y es por esto, que no podemos sustraernos de sus resultados; esta disyuntiva nos conduce a solidarizarnos con ese grupo que ha sido más afectado, bajo principios de justicia y lo que debe ser el inquebrantable propósito de obligar a responder a quien aún cree que el ejercicio de la violencia sigue siendo una alternativa.

Múltiples y muy variados son los estudios que se han adelantado en torno a este fenómeno y sus repercusiones en la vida en sociedad, que van desde la determinación de las razones por las que se llevan a cabo, hasta los que pretenden una justificación al mismo. Se aborda el tema desde las diferentes áreas del conocimiento y en la mayoría de los casos, se aboga por los derechos de las víctimas de tan deplorables actos.

Como no podía ser de otra manera, la ciencia jurídica no ha estado ajena a esta tendencia y las obras relativas al terrorismo se han venido multiplicando en los últimos tiempos, la mayoría de ellas desde la perspectiva del Derecho Penal, coincidiendo en la pretensión por instaurar un sistema más severo que judicialice no solo la acción principal, sino las conductas conexas y que de ordinario se justifican en el derecho a manifestar opiniones libres, quedando en la mayoría de sus casos en la más deleznable impunidad.

No deja de causar cierta extrañeza que una conducta en la que se encuentran involucradas diferentes materias jurídicas, sea solo bajo la óptica penal que se hayan realizado la mayoría de los estudios, quizá pasando por alto temas tan sensibles como la responsabilidad que se puede endilgar a la Administración Pública –sin desconocer algunas manifestaciones tangenciales a este particular- o la enorme relevancia que tiene su ocurrencia en materia patrimonial, como consecuencia de todos los daños que se causan.

Con estos cuestionamientos, iniciamos una esquematización de las fuentes a las que habríamos de recurrir, tomando como punto de partida, el estudio del sistema legal con el que se ha pretendido dar una respuesta satisfactoria a esta situación, tratando de extraer del mismo la figura jurídica bajo la que se aborda el tema. Si bien, las alusiones a diversos regímenes sobre este particular son de gran utilidad, restringimos el ámbito de nuestro estudio al sistema español y el sistema colombiano.

Diversas razones motivaron tal restricción a nuestro estudio; por una parte España es uno de los países que cuenta con más experiencia en la elaboración de un sistema que protege a las víctimas del terrorismo y su trayectoria puede ser tenida en cuenta en regímenes que aún cuando han soportado éste flagelo por décadas, los avances sobre el tema son incipientes, como es el caso de Colombia, país del que por demás procede quien escribe estas letras.

La obligada consulta a los textos clásicos del derecho, aunada a la búsqueda de las poquísimas obras que sobre el tema en concreto se han escrito, algunas luces nos arrojaron respecto del estado de la cuestión. Pese a ser el terrorismo un fenómeno al que todas las sociedades del mundo se han visto expuestas, es solo desde hace unos años que suscita interés en la academia y algunos estudios se han realizado en revistas especializadas, con las limitaciones que eso implica.

Hacer cargar al Estado con la obligación de reparar los daños causados con las acciones terroristas, aún cuando se trata de la postura más difundida y sin ninguna duda la más

sencilla, no consideramos que sea la vía más acertada para la atención de una problemática que va en ascenso.

Por esta razón profundizamos en el tema concreto y buscamos alternativas para poder ir en contra de quienes causan el daño de manera directa, despojándonos de los encomiables sentimientos de solidaridad y tratando de dar una respuesta jurídica bajo los principios que se aplican ante la ocurrencia de un daño, llegando incluso a plantear la posibilidad de vincular a todos aquellos que comulgan con la causa terrorista y que a la sobra financian su macabro proceder.

La cada vez mayor jurisprudencia que se ha venido dando, pese a los constantes cambios que en la misma se suceden, constituyó una guía importante al momento de analizar las posibles alternativas bajo las que se puede actuar, aún cuando en las mismas se hacen evidentes las consideraciones a la víctima y la búsqueda de una razón que justifique hacer al Estado responsable y por ende se haga cargo de las obligaciones que de allí nacen.

No es esta una voz en contra de los sistemas de ayudas para las víctimas de las acciones terroristas, cuya existencia consideramos se encuentra soportada en los más elementales principios de justicia; no vemos justo eso si, el que sea el conjunto de la sociedad quien tenga que hacer frente a las acciones que otros han auspiciado, financiado y realizado, mientras su patrimonio permanece incólume e incluso, en algunos casos, sus familias y ellos mismos gozan de protección de la Administración Pública.

Tampoco pretendemos que se sustraiga a la Administración Pública de la atención de un fenómeno que nos afecta a todos, aún considerando la importancia de modular el sistema bajo el que se asumen estas cargas (por las que entendemos aquellas obligaciones de los causantes de los daños), así como el establecimiento de más y mejores mecanismos para poder dar con los capitales afectos a estas causas, para evitar que las financien y poder satisfacer las obligaciones frente a las víctimas.

No podemos negar que se han dado algunos avances en esta materia y todo pareciera indicar que se continuará por la misma senda; lo cierto es que a los terroristas les basta con declarar su insolvencia –económica, la moral e intelectual ya la habrán dejado en evidencia-, para que sea la Administración la que tenga que asumir sus cargas y el pago de sus obligaciones involucre a todos los miembros de la sociedad, incluso quienes fueron víctimas; ya no solo se será víctima de la acción terrorista, sino que se coadyuvará en la reparación de los daños, mientras sus autores reivindicán sus consignas y para los que siempre habrá alguien a quien le puedan posar como víctimas del sistema que les obliga incluso a realizar huelgas de hambre para exigir el respeto de sus derechos

Una de las características más importante de la ciencia jurídica, es su capacidad de evolución, que le permite adaptarse a las necesidades que se van presentando en la sociedad y, si fuera del caso, transformarse ante la realidad cambiante que pretende regular. Las dimensiones del fenómeno terrorista en la actualidad, demanda la revisión de los esquemas a través de los que se ha pretendido controlar y que dadas las circunstancias, parece no ser suficientes o al menos, parecen no avanzar con la misma agilidad que lo hacen quienes se lucran de estas penosas actividades.

La imposibilidad de vincular, en cuanto a la reparación de los daños se refiere, a todos aquellos que participan de las acciones delincuenciales del grupo, atendiendo a que son el conjunto de sus actividades las que conducen al éxito o fracaso de su empresa criminal y no a un criterio formalista que implica su participación directa en los hechos, es un cuestionamiento del que aún no se tiene una respuesta satisfactoria y que merece un examen minucioso dentro del esquema que se sigue.

No se trata de restablecer regímenes dictatoriales que estigmaticen a todos quienes tengan cualquier vínculo con estas organizaciones. Se trata de evitar que los eventuales vacíos que pudiera tener el sistema jurídico y que permitiera la consolidación y fortalecimiento de estas organizaciones, sean subsanados, para evitar que quienes se benefician del ejercicio del terror hagan frente a sus acciones y se les haga responder ante sus víctimas.

Asumir el costo de las indemnizaciones, no deja de ser una solución pasajera – a la que no nos oponemos por considerarla necesaria- que atiende solo a situaciones particulares, pero que no contribuye en la solución del problema real y que, por el contrario sirve para consolidar el proceder de estos grupos a los que se les da la certeza de que el Estado solucionará las inequidades que generan con su actuar.

Nuestro ánimo no puede desfallecer y la búsqueda de alternativas que conduzcan a la mejora de los sistemas que protegen a las víctimas, en condiciones de igualdad que respeten los principios jurídicos, debe ser permanente, así como el fortalecimiento del papel del Estado y su capacidad de acción para reducir a quienes se consideran con el derecho de atacar a los demás y cuya capacidad intelectual solo es suficiente para disparar un arma o cegar una vida, sin más motivo que la supuesta defensa de ideales caducos, cuyo único soporte no es más que la amenaza.

Este es nuestro enfoque, que sin pretender ser una solución definitiva, si busca ser un aporte a la discusión respecto de la obligación de reparar los daños causados con las acciones terroristas frente a sus verdaderos responsables, propendiendo siempre por las víctimas y sus derechos, a las que cualquier homenaje jamás será suficiente para soslayar el sacrificio que han tenido que asumir.

He aquí nuestro estudio, el que esperamos satisfaga las expectativas de quien a bien tenga leerlo y cuyos aportes abundarán en beneficio de quienes tienen que colmar nuestra atención.

CAPITULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AYUDAS PARA LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

Frente a la problemática que se genera en torno a la ocurrencia de acciones terroristas, son diversas las alternativas que se han planteado, desde los años en los que estos eventos empezaron a tener mayor relevancia en las sociedades a las que con más drasticidad ha golpeado este fenómeno.

Tales alternativas varían conforme las circunstancias específicas de cada comunidad y de cada cultura, dependiendo –como no puede ser de otra manera- de las particulares razones que han dado lugar a la existencia de los grupos terroristas que por con una u otra inspiración, se han atribuido la defensa de determinadas consignas.

Es así como los procesos llevados a cabo el Perú con las víctimas de SENDERO LUMINOSO fueron reparadas por el Estado, de la misma manera como se pretende en Colombia respecto de las víctimas de las AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA –AUC- y cuya incipiente experiencia pretende extenderse a las víctimas de otros grupos terroristas, así como se hizo en Sudáfrica, en Rwanda y, cómo no, en España.

Todas las soluciones cuentan con un elemento común, como es la asunción por parte del Estado de la carga pecuniaria que han generado los daños y a la que los terroristas no han

podido hacer frente, por declarar con el mismo ahínco que defiende sus proclamas, su insolvencia.

Son múltiples las razones inspiran tal proceder por parte del Estado, que se ve en la obligación de solidarizarse con las víctimas que dejan las acciones terroristas; la imposibilidad de capturar los responsables, su insolvencia, el apoyo que se da a los miembros de tales grupos en otros países, entre otros, son algunas de ellas y que se convierten en una obstáculo para las víctimas al momento de querer hacer efectivos sus derechos¹.

Asimismo la naturaleza del *delito de terrorismo* implica que su realización no solo afecte bienes jurídicos individuales, sino que, en cuanto a que se trata de un ataque a la sociedad en general, constituye un ataque al sistema democrático, al pretender interrumpir su normal funcionamiento o condicionar el ejercicio de ciertas libertades.

Tal característica, ausente en otra clase de delitos, implica que haya un tratamiento especial, en aras de la protección del Estado de Derecho y de las instituciones democráticas, lo que dejó dicho en el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, de protección ciudadana, al que nos referiremos más adelante, una de las primeras normas que se refirió al tema concreto².

Por esta vía se ha llegado a la creación de diferentes sistemas que permiten la asunción de tales daños por parte de la Administración Pública cuando se desconoce el autor de los hechos; cuando identificados y capturados resultan insolventes; cuando teniendo de por medio una póliza de seguro su cobertura no es suficiente para la reparación del daño o;

¹ DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad Estatal por los actos de las Bandas Armadas y Terroristas”, *Anuario de Derecho Civil*, Págs. 429 y ss.; MUGA MUÑOZ J.L., “Novedades en la Responsabilidad del Estado por Actos de Terrorismo y su relación con los Sistemas de Responsabilidades de las Administraciones Públicas”, *Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI, Homenaje al Prof. Dr. D. RAMÓN MARTÍN MATEO*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo II, Pág. 1745.

² TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho –comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988, Pág. 21 y ss. No obstante hacer referencia a los planteamientos en los que se funda la norma aludida, el Autor se muestra contrario a la supuesta especialidad del terrorismo y cuestiona las razones de su verdadera existencia.

cuando los fondos de garantía con que pretenden socorrer a las víctimas de determinadas acciones, tampoco resultan suficientes para subsanar los daños que se han causado.

1. Los sistemas de reparación de los daños causados por las acciones terroristas.

La inicial reticencia a dar un tratamiento especial a las víctimas de los delitos de terrorismo, aduciendo una desigualdad frente a las víctimas de otros delitos y la dificultad que suponía la determinación de lo que era o no un acto terrorista³, no impidió que se consolidara y expandiera el sistema de reparación de daños, fundamentado de índole social.

Las razones que justifican este proceder, son variadas y dispares; algunas de ellas parten de la existencia del *contrato social* que implica la renuncia por parte de los particulares a ciertas libertades –como la autotutela- a cambio de la protección de determinados intereses por considerarlos vitales y de suma trascendencia al interior de la sociedad, materializada en la función punitiva en cabeza exclusiva del Estado.

El incumplimiento en esta protección, conduce a la responsabilidad del Estado frente al particular que se ha visto lesionado con el proceder ajeno, por su inoperancia; lo que se traduce en el pago de la reparación que tal hecho genere⁴.

En este caso, las prestaciones a las que se obliga el Estado no se fundamentan en la existencia de Responsabilidad Patrimonial de su parte en ninguna de sus modalidades; lo que se pone de manifiesto con las condiciones para la obtención de las mismas; los destinatarios; los conceptos que ampara; el procedimiento de índole administrativo a través del cual se obtiene; así como la compatibilidad que supone con otras ayudas y la eventual condena a la Administración Pública por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos.

³ POLAINO NAVARRETE, M., “Victimología y criminalidad violenta en España”, *Estudios penales en memoria del profesor AGUSTÍN FERNÁNDEZ – ALBOR*, Universidad Santiago de Compostela, 1989, Pág. 578.

⁴ MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991, Págs. 137 y ss. Sigue en este evento, los planteamientos de la Escuela Positiva que daba gran importancia al mantenimiento de la cohesión de las políticas criminales al interior de la sociedad.

Las ayudas concedidas bajo estos supuestos, no solo obedecen a un interés particular de la víctima, sino que van en beneficio del interés público que refleja la defensa social frente al delito, por lo que su satisfacción debe darse aún a pesar de la insolvencia del delincuente⁵.

Estas argumentaciones han servido también para referirse al fracaso del sistema de responsabilidad civil, que se ha visto en la necesidad de recurrir a estas fórmulas, en donde se refuerza la posición de la víctima y se suple la insolvencia del causante del daño, a manera de asegurador de aquellos eventos en los que no existe forma de adquirir una cobertura.

La atención a la víctima y la asunción de la reparación por parte del Estado, debe ir acompañada de mejoras a la institución de la responsabilidad civil, en aras del cumplimiento de los objetivos para los que ha sido diseñada⁶, sin tener que recurrir en cualquier caso, a la implantación de la misma como una pena accesoria, sino a través de otras alternativas como la creación de fondos comunes para la atención de eventos específicos, como se hace en otros eventos, incluso en algunos casos conformados con fondos provenientes de los mismos delincuentes⁷.

1.1. Elementos comunes a los sistemas de ayuda a las víctimas del terrorismo.

La creciente amenaza terrorista y su, cada vez más, cotidiana presencia en la sociedad –en algunas más que en otras-, ha conducido al establecimiento de una serie

⁵ SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, M. B., *La Reparación del daño ex delito. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997, Págs. 167 y ss.; DIEZ-PICAZO L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, Pág. 63; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 200, Pág. 286; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “*Lecciones de Responsabilidad Civil*”, Universidad de Deusto, Bilbao, 1.978, Pág. 127; BUSTO LAGO, J.M., “La Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas”, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2.002, Pág. 478 y ss.

⁶ TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal –de la víctima – dogmática a una dogmática de la víctima-*, Aranzadi, Pamplona, 1998, Págs., 213 y ss.; MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, Pág. 140.

⁷ MAGUELONE ZODER, I., “Las consecuencias jurídicas económicas del delito”, *reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, ROSARIO DIEGO DÍAZ-SANTOS Y EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS (coordinadores), Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 186 y ss.

de parámetros generales, para la creación de medidas que propendan por la atención a las víctimas, en aras de garantizar un nivel de mínimos en los diferentes regímenes y en referencia a determinados delitos⁸; de hecho, como en su momento haremos alusión, el Consejo de Europa a través del Convenio Europea No. 116 de 24 de noviembre de 1983, se fijaron algunas directrices al respecto, con el fin de unificar criterios para la atención de las víctimas:

- La idea bajo la que se crean estos fondos, es evitar que haya víctimas a las que no se les reparen los daños que se les han causado, lo que implica que solo se pueda acudir a ellos en el evento en que no ha habido reparación por parte del directo responsable.

Será indiferente el que la reparación no se haya hecho por insolvencia del responsable o porque no se le haya identificado; lo importante acá es que solo operan de manera *subsidiaria*, con lo que esto implica respecto de la posibilidad de repetir el pago, tal y como lo veremos más adelante. Asimismo las ayudas otorgadas a través de estos fondos, no son óbice para obtener otras ayudas que se puedan otorgar por la ley y, que en cualquier caso, tampoco son incompatibles con las indemnizaciones a que haya lugar por la acción u omisión de la Administración.

- Por la naturaleza misma de las ayudas y los objetivos en los que se funda, implica que se concedan para la reparación de los daños de determinados delitos.

En nuestro caso, las enormes repercusiones sociales que tiene el terrorismo –bajo el entendido de ser un ataque indiscriminado contra toda la sociedad a través de un grupo de la misma-, hacen que un sistema como el que acá estudiamos justifique la distribución de los daños y que se le

⁸ LANDROVE DÍAZ, G., *La Moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; con menos elocuencia, TÉLLEZ AGUILERA, A., “Las Víctimas del delito en el Derecho Español”, *Cuadernos de Política Criminal*, No. 49, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1.993, Pág. 154.

conceda un trato “preferencial”, frente a la ocurrencia de otros delitos de menores proporciones, quizá más frecuentes, pero sin lugar a dudas con menores efectos⁹.

- Existen límites cualitativos y cuantitativos a las ayudas que otorga el Estado.

En lo que se refiere a los límites cualitativos, con las mismas solo se pretende la reparación del daño material que ha tenido la víctima, de ninguna manera el daño moral, salvo en circunstancias muy particulares.

En cuando a los límites cuantitativos, se reconocen sumas específicas por daños específicos, sin atender a las condiciones particulares de la víctima, por lo general acudiendo al sistema de *baremos*, al que nos referiremos en líneas posteriores. Por lo general estas ayudas constituyen un pago único de conformidad a la valoración del daño que se haga.

- Para poder obtener las ayudas establecidas por la ley, se hacen valoraciones respecto de la cercanía del causante del daño con la víctima o la condición misma de la víctima, lo que puede llevar a la negación completa de la ayuda o a la reducción del importe de la misma.

Lo que se pretende en ese caso, es evitar concederlas a personas vinculadas con el causante del daño, así como a miembros de la misma organización que puedan considerarse con derecho a obtenerlas.

- Para poder acceder a las ayudas, en algunas ocasiones es necesaria la denuncia del delito del que se ha sido víctima, dentro de unos plazos

⁹ En la actualidad en la legislación española bajo estos mismos supuestos entrega ayudas a las víctimas de otros delitos, como los procedentes de la denominada *Violencia de Género*, desde luego con algunos matices propios del mismo delito y de los daños que causa.

específico e incluso la calificación de la condición de víctima a través de un procedimiento administrativo.

- Supone una dificultad el hecho de ser extranjero y ser víctima, pues en algunos casos las ayudas no se otorgan sino a los nacionales o cuando ocurren los hechos en el territorio nacional.¹⁰

De cualquier manera, estos elementos comunes son meros parámetros, que se repiten con algunas modificaciones en las actuales normas con las que se pretende reparar de manera alguna a las víctimas de los delitos de terrorismo. Sin embargo, el elemento que comparten en su integridad, es las dificultades al momento de mantener las fuentes de financiación, convirtiéndose por lo general en fondos nutridos por partidas presupuestales, habida cuenta de la constante insolvencia de los terroristas.

En Bélgica, para solventar este escollo, se recurre a las multas que se imponen a los delincuentes junto a la condena penal; en Francia, se destina un porcentaje del valor de las primas de seguro sobre el patrimonio, para constituir el fondo común, como lo pusimos de manifiesto en otro apartado¹¹; en España y Colombia, de los bienes que se incauten y expropian a los narcotraficantes, además de las partidas presupuestales destinadas para lo propio.

Este aspecto es tan importante, que puede llevar a fracturar cualquier sistema que se idee para la atención de las necesidades de las víctimas, riesgo que se incrementa, cuando hablamos no solo de países con ingresos exigüos, con necesidades básicas insatisfechas y enormes erogaciones en seguridad militar, sino cuando hablamos de cientos de miles de víctimas por resarcir, como es el caso de Colombia, en donde tras 4 años de aplicación de las normas sobre el particular, aún no se han realizado

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 16 de julio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, (RJCA\2003\384). Con esta Sentencia se negaron las ayudas establecidas para las víctimas del terrorismo en España, por tratarse de una menor, de nacionalidad española, que resultó herida en el atentado terrorista de Omagh, Irlanda del Norte, a manos del grupo terrorista IRA, bajo el argumento de tratarse de una acción contra el Reino Unido y no contras los intereses de España.

¹¹ LANDROVE DÍAZ, G., *La Moderna...*, Ob. Cit., Pág. 90 y ss.

reparaciones más que simbólicas a las víctimas, quizá tan importantes como las otras, pero a todas luces insuficientes. Pero de este caso nos ocuparemos más adelante.

1.2. La pretendida insuficiencia de la Responsabilidad Civil.

Se aduce como fundamento de los sistemas de ayudas para las víctimas, la insuficiencia del sistema de responsabilidad civil, en este evento, por cuenta de la ineficacia de las consecuencias que se derivan de su declaratoria, que de conformidad con lo establecido en el ordenamiento penal, se concretan en: la restitución de la cosa, así como el abono de los deterioros y menoscabos; la reparación del daño y; la indemnización de los perjuicios sufridos¹².

El problema gravita sobre la efectividad de tales supuestos, toda vez que en la mayoría de los casos –se dice- es nula y la reparación a las víctimas se convierte en una entelequia, a menos que haya un tercero que se haga cargo de la reparación del daño causado, como ocurre con las pólizas de seguro o en el caso de los menores, sus padres, entre otros.

Tal circunstancia desde luego no se puede negar, en especial en los casos de terrorismo; sin embargo también hay que decir que no se trata de manera alguna de una regla general y, que además la ineficacia es un fenómeno en que se encuentran en mayor o menor medida todas las figuras jurídicas, sin que sea esto suficiente para afirmar que es inoperante y se plantee su reemplazo. A nadie se le ocurre que por no ser posible capturar a todos los delincuentes y someterlos a la ley, se deba permitir el ejercicio de la justicia por mano propia.

Asimismo habrá de tenerse en cuenta que este no es un problema actual; con anterioridad ya se planteaba por la doctrina la necesidad de obligar al responsable del delito a la reparación del daño causado con drásticas medidas tales como la hipoteca de sus bienes a favor de los afectados a prevención para evitar una futura insolvencia

¹² TÉLLEZ AGUILERA, A., “Las Víctimas...”, *Ob. Cit.*, Págs. 149 y ss.

y, en caso de que ya lo fuera, se le obligara a asumir sus obligaciones con el fruto de su trabajo; en el caso en que la víctima no quisiera tal pago, el mismo se depositaría en una *caja pública*, proporcionándole el mínimo necesario para su subsistencia¹³.

Tales soluciones se han venido matizando con el tiempo y como alternativas en la actualidad se ha propuesto la imposición de contratar una póliza de seguro que ampare la reparación de los daños causados por el asegurado –cuya eficacia en materia delictual ni siquiera nos tomamos el trabajo de explicar- , la retención de parte del exiguu salario del delincuente –cuando lo tiene- y, como no, en trasladar tales rubros al Estado¹⁴.

En este último caso, en el que huelga decir ha habido más aceptación, se pone de manifiesto en un primer término la supuesta precariedad del sistema que incluso permite que haya insolvencia sobrevenida del delincuente, pasándose luego a hacer énfasis en el estado de desprotección de la víctima, para concluir con la propuesta de que el Estado se haga cargo de las indemnizaciones de los delincuentes bajo la modalidad denominada “*responsabilidad civil subsidiaria de segundo grado*” y, en virtud de la cual, se podrían satisfacer las pretensiones indemnizatorias de las víctimas¹⁵.

Con todo y aún compartiendo el estado de indefensión en el que en muchos casos se encuentra la víctima, tal argumento no es suficiente por si mismo para pretender que sea el Estado el que asuma las obligaciones que se desprenden de una condena en materia de responsabilidad civil, por la comisión de un delito; solo en determinados casos, habrá de optarse por esta solución y con límites acordes a la naturaleza misma

¹³ GAROFALO, R., *La criminología – estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad-*, versión española de PEDRO BORRAJO, Biblioteca Científico – Filosófica, Madrid, 1912, Pág. 508. De hecho si nos vamos aún más atrás, encontramos la personas *in causa mancipii* del Derecho Romano, aquellas a quienes la *Paterfamilias* entregaba a otro *Paterfamilias*, para que con su trabajo reparara el daño que le hubiera causado (*noxae deditio*).

¹⁴ TÉLLEZ AGUILERA, A., “Las Víctimas...”, *Ob. Cit.*, Pág. 150 y ss.

¹⁵ POLAINO NAVARRETE, M., “Victimología y criminalidad violenta en España”, *Estudios Penales en memoria del profesor AGUSTÍN FERNÁNDEZ – ALBOR*, Universidad de Santiago de Compostela, 1.989, Pág. 577 y ss.

de la institución¹⁶, nacida de sentimientos de *solidaridad* hacia quienes se han visto más perjudicados con la ocurrencia de determinados delitos, cuya trascendencia en la sociedad amerita la toma de decisiones en esta dirección.

Tal es el planteamiento que se ha seguido en la creación de *fondos de garantías* y programas de *asistencia, compensación y auxilio* a las víctimas de determinados delitos, que como no podía ser de otra forma incluye las del terrorismo y, que se ha difundido desde el siglo pasado hasta nuestros días.

Nueva Zelanda fue pionera en estos mecanismo alternativos de reparación (1.963), seguida de Luxemburgo (1.963), Inglaterra (1.964), Irlanda (1.968), México (1.969), Austria y Argentina (1.972), Finlandia (1.973), Holanda (1.975), Italia (1.975), Noruega (1.976), Dinamarca (1.976), Alemania (1.976), Francia (1.977), Estados Unidos (Se inicia con una Ley Federal “*The Federal Victims of Crime act*” en 1.984), Bélgica (1.985), España (1.995), Colombia (2.005), entre otros, en donde al menos en las normas, aún se mantienen vigentes.

La creación de estos fondos, además de liberar a la víctima de la carga que puede suponer la insolvencia del causante del daño, comparten la idea de que ciertos riesgos no deben ser dejados a cargo de los directos perjudicados, sino que tienen que ser asumidos por la comunidad en general, sin que reemplace los sistemas de responsabilidad civil y en procura de ayudar en lo que sea posible a quienes están en situación de necesidad por ser víctimas de determinados eventos lesivos.

El que sea la Administración Pública la que asuma en parte la reparación de los daños causados, no implica una sustitución de la responsabilidad del individuo o su asunción como propia; implica eso si, la puesta en marcha de los principios de *solidaridad social* en virtud de los cuales está aminorando en lo que sea posible, el

¹⁶ LÓPEZ-REYES Y ARROYO, M., *Compendio de criminología y política criminal*, Tecnos, Madrid, 1985, Pág. 136.

impacto que la causación de esos daños genera en los individuos así como en la sociedad en general.

Con todo y aún reconociendo los plausibles ideales que inspiran estas normas y adelantándonos un poco al análisis que haremos de las mismas, en algunos casos el uso indistinto de ciertos términos, cuya especialidad implica su manejo con cierto celo, ha generado efectos secundarios de estas normas que por lo general conducen a la misma ineficacia o a su aplicación extensiva a situaciones que se separan del esquema original¹⁷.

De otro lado, si bien la creación de estos sistemas supone una garantía adicional para la víctima, lo cierto es que su existencia no garantiza su eficacia o, en algunos casos, el mero funcionamiento, sin que por esta razón se afirme que hay crisis en el sistema de ayuda a las víctimas o se pretenda su eliminación, como en otros eventos¹⁸.

2. Régimen de ayudas para las víctimas del terrorismo en el sistema jurídico español.

En la actualidad dentro del sistema jurídico español y luego de un trabajo constante que partió desde la iniciativa popular en este sentido del año 1.975, las víctimas de determinados delitos, entre ellos el terrorismo, cuentan con un trato diferencial frente a las víctimas de otros delitos.

Acá las razones por las que determinados delitos cuentan con un tratamiento diferente, atienden a la situación en la que queda la víctima después del acto que la convierte en tal y el gran impacto social que tienen. Casos como la violencia de género, las agresiones sexuales o el terrorismo, son algunos de los eventos en los que el ordenamiento jurídico establece un sistema especial que propenda por la atención de

¹⁷ FAIREN GUILLEN, V., “Acción, Proceso y Ayuda a las Víctimas del Delito”, *La Ley*, Madrid, 1991-3, Págs. 862 – 881. El Autor se muestra bastante crítico durante todo su escrito, de las disposiciones legales que establecían en su momento las ayudas a las víctimas del terrorismo.

¹⁸ TÉLLEZ AGUILERA, A., “Las Víctimas...”, *Ob. Cit.*, Pág. 153.

sus necesidades, además de ser una forma de lucha contra la comisión de esta clase de delitos.

En el caso del terrorismo, como ya lo hemos dicho, existe una razón adicional y es que en las acciones de ésta naturaleza las víctimas no son el objetivo directo¹⁹, sino perjudicados accidentales en acciones que se emprenden contra la sociedad en general, argumento suficiente para que sea toda ella la que padece en lo que sea posible, la nefasta situación a la que ha sido conducida, pero sin que esto implique asumir por su parte la responsabilidad que solo le es imputable a quien ha llevado a cabo el acto terrorista²⁰.

Como lo poníamos de manifiesto, en este particular evento resulta trascendental el hecho de no poder establecer la autoría de determinados hechos; la insolvencia del delincuente; la repulsa de la sociedad a estas acciones; entre otros, implica el reconocimiento de las víctimas como sujetos con derecho a ser resarcidos y que a éste proceder nadie se oponga²¹.

España, como lo dejábamos dicho, no ha sido ajena a las diferentes alternativas que se han fraguado en torno a este tema y en la actualidad cuenta con un sistema de protección a las víctimas del terrorismo, producto de la evolución de su sistema jurídico y en la afanosa búsqueda de una solución a este fenómeno, que si bien se ha reducido a su mínima expresión en los últimos años, aún quedan sus rezagos.

Lo más rescatable en estos eventos, es que a la par de medidas que protejan a las víctimas, existen mecanismos para dar con los terroristas, se les juzga y se les imponen

¹⁹ Desde luego hay casos en los que la acción se concreta en el ataque a una sola persona, pero aún en estos casos se trata de amedrentar a la sociedad en general a través del asesinato o lesión de alguien en particular. En este caso la víctima es un mero instrumento para la consecución de un objetivo específico, es una forma de causar daño a la sociedad por medio del ataque a uno de sus miembros. Nótese que esta característica no se presenta en otros delitos, en donde el interés jurídico protegido es individual y por ende, es una de las notas diferenciadoras del fenómeno al que hemos dedicado nuestro estudio.

²⁰ CUESTA GOROSTIDI, C. "Víctimas civiles del terrorismo residentes en Guipúzcoa: Situación personal y Respuesta social e institucional", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVIII, Madrid, Mayo – Agosto 1995, Pág. 533.

²¹ MÚRTULA LAFUENTE, V., *La Responsabilidad Civil...*, Ob. Cit., Págs. 343 y ss.

condenas, así como para evitar que mediante argucias, se declaren insolventes evitando hacer frente a las indemnizaciones a que se les condena, aún cuando su patrimonio no sea suficiente para cubrir un mínimo de sus obligaciones²².

Los sistema de reparación deben ir aparejados de la implementación de medidas que propendan por la reducción de la impunidad, mediante la ubicación e incautación de capitales que se encuentran afectos a objetivos terroristas o que coadyuvan en la realización de los mismos; hacerlo de otra manera conduce a la abulia de la Administración Pública, para la que siempre será más fácil recurrir a los sistemas de ayudas para acallar la necesidad de justicia de la víctimas, que perseguir y cerrar el cerco económico a los grupos terroristas, un camino hacia el que la comunidad internacional parece estar girando.

Con todo, como se verá, aún cuando el sistema legislativo Español es uno de los más evolucionados al respecto, no está ausente de falencias y de críticas por parte de la doctrina, no por los loables principios en los que se funda, sino más bien porque para algunos, no logra uno de los objetivos planteados, como es la protección de las víctimas de los actos terroristas.

2.1. Legislación Nacional.

La estructura jurídica de España permite que sobre ciertas materias haya regulaciones de orden nacional y autonómico; así las cosas, para efectos de dar claridad a nuestro estudio y ofrecer un panorama más amplio del mismo, en especial frente a quienes desconocen este sistema, hacernos la diferenciación. A su vez, dentro de la legislación nacional hay un régimen ordinario y otro extraordinario que se han llegado a aplicar de manera simultánea y que difieren en cuanto a coberturas y efectos legales.

²² Tal es el caso del asesino de Ramón Baglietto en Guipúzcoa o de Iñaki de Juana Chaos; en el primero de los casos se subastó parte de su patrimonio y en el segundo se adelantan los trámites para lo propio.

Planteadas así las cosas, el panorama no es muy claro –lo que no ha pasado desapercibido para la doctrina-, máxime si tenemos en cuenta que no es extraño encontrar textos en los que se refieren a uno u otro sin diferencia o, les atribuyan derogaciones inexistentes. Y es que una de las debilidades de estos sistemas es la falta de conocimiento por parte de sus beneficiarios²³ –en contra de lo que trabajan las asociaciones de víctimas- y la complejidad que puede llegar a suponer solicitar las ayudas a las que se tiene derecho.

2.1.1. Régimen Ordinario

2.1.1.1. Antecedentes normativos.

El primer antecedente que encontramos, relativo al establecimiento de obligaciones a cargo del Estado, para la atención de las víctimas del terrorismo, se encuentra en el Decreto-Ley 10/1975, que surge por iniciativa popular.

En tal texto legal se partía de un supuesto restrictivo para el otorgamiento de tales ayudas, toda vez que solo estaban encaminadas a la reparación de aquellos daños que se causaran a las personas con ocasión de su actividad o colaboración para la prevención o represión de los hechos delictivos referidos en la misma norma, que no eran otros que los actos de terrorismo²⁴.

Este Decreto Ley fue derogado de manera expresa por el Real Decreto 3/1979, de 26 de enero, de Protección de la Seguridad Ciudadana²⁵; en

²³ LANDROVE DÍAZ, G., *La Moderna... Ob. Cit.*, Pág. 85.

²⁴ Artículo 21 Decreto-Ley 10/1975. Al respecto puede verse DÍAZ ALABART S., “La Responsabilidad estatal...”, *Ob. Cit.*, Pág. 430, así como MUGA MUÑOZ J. L., “Novedades en la Responsabilidad...”, *Ob. Cit.*, Pág. 1757.

²⁵ LLOVERAS FERRER, M. R., “Indemnización a las Víctimas del Terrorismo. Evolución Normativa y Aplicación Jurisprudencial”, *Indret*, Work Paper No. 92, Barcelona, Julio 2002, Pág. 8. Sitúa el Autor, como primer antecedente de las disposiciones relativas a las indemnizaciones para las víctimas del terrorismo en este Real Decreto, sin hacer mención del Decreto Ley 10/1975, en donde se dio el primer paso en esta cadena

este caso, solo en el preámbulo se hacía referencia al terrorismo, dando con ello mayor amplitud a las disposiciones legales y a los supuestos en los que se podía tener determinadas acciones como terroristas²⁶.

De manera bastante genérica, tal disposición legal impuso un especial deber de indemnización a cargo del Estado de los daños y perjuicios que se causaran a las personas con ocasión de las actividades delictivas cometidas por una persona o grupo de ellas, integradas en grupos o bandas, organizadas y armadas y sus conexos. En otras palabras, dejó un margen bastante amplio de aplicación, no solo por cuanto en aquella época las nociones de terrorismo aún eran insipientes, sino para evitar generar exclusiones involuntarias.

El alcance de las indemnizaciones a que se refería ésta disposición, quedo en su momento a cargo del Estado, toda vez que se limitó a imponer la obligación de indemnizar a las víctimas, pero sin determinar la forma para hacerlo. Asimismo se establecía la transitoriedad y reservándose un mayor desarrollo en esta misma línea a la Constitución y a las disposiciones penales, habida cuenta de la coyuntura política que para el momento se vivía.

Coincide este aspecto con aquella discusión doctrinal respecto de la existencia de normas de orden civil -en concreto de responsabilidad- en el

sucesiva de disposiciones legales. Puede verse también, REAL FERRER, G., "La Solidaridad en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, No. 161, mayo/agosto 2003, Pág. 170. En la cita 110, indica que si bien el Decreto-Ley 10/1975 estableció indemnizaciones a las víctimas de determinados daños producidos con ocasión de su actividad o colaboración para la prevención o represión del terrorismo, las mismas no se establecieron para las víctimas del terrorismo en general, conforme el criterio que se aplica en la actualidad, siendo ésta la razón por la que no se toma tal disposición como punto de partida para las referencias legales que se hacen por su parte; en igual sentido: DE DIOS VIEITEZ, M. V., "Resarcimiento por el Estado de los daños que originan los delitos de terrorismo (II)", *Actualidad Penal*, No. 9, Marzo 1987-1; MÚRTULA LAFUENTE, V., "La Responsabilidad Civil...", *Ob. Cit.*, Págs. 344, cita No. 282; ROIG TORRES, M., *La Reparación del Daño causado con el Delito Tirant lo Blanch*, Valencia, 2000, Pág. 325. Una sucinta relación a cerca de las normas en este sentido se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 1.991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ\1991\1046).

²⁶FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., "La Obligación de Indemnizar por parte del Estado", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIII, Fascículo I, 1980, Pág. 869 y ss.

ordenamiento penal. Por aquella época estaba por expedirse el nuevo Código Penal y, con el fin de evitar que el tema de Responsabilidad Civil quedara sin regulación, se agregaron algunas normas a este respecto de manera temporal. En la actualidad tales normas siguen vigentes y no pareciera haber ninguna posibilidad de modificarlas en el futuro inmediato²⁷.

Tres años más tarde se regularon las indemnizaciones contempladas en el Real Decreto 3/1979, mediante el Real Decreto 484/1982, de 5 de marzo, en donde se dejaron establecidas para los daños corporales causados con la comisión de actos terroristas, indicando a su vez, que tales indemnizaciones no podrían ser bajo ninguna circunstancia, inferiores a las que se establecieran para supuestos análogos, en régimen laboral o en el de la Seguridad Social.

Las coberturas en este caso, solo versaban sobre supuestos de fallecimiento y lesiones corporales, sin hacerse referencia alguna a daños morales o a los daños materiales de los que se pudiera ser víctima y, con sana lógica, se propendió por el establecimiento de un límite en la cuantía indemnizatoria, basándose en el nivel de renta de la víctima^{28 29}.

²⁷ Al respecto véase lo dicho por DIEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, *Ob. Cit.*, Pág. 269 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil...*, *Ob. Cit.* Pág. 445 y ss.; en “La Responsabilidad Civil en el Proceso Penal”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A. FERNANDO REGLERO CAMPOS -coordinador-, Aranzadi, Navarra, 2006, Pág. 561 y ss.; ROCA, E. *Derecho de Daños. Textos y Materiales*, Tirant lo Blanch, 2007, Págs. 43 y ss. En contra de la postura esbozada por éstos autores, DE LLERA SUÁREZ – BÁRCENA, E., “La Responsabilidad Civil y el Proceso Penal: los contenidos posibles de la acción de Responsabilidad Civil “Ex Delito”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2004, Pág. 75 y ss.; ROIG TORRES, M., *La Reparación del Daño...*, *Ob. Cit.*, Pág. 349.

²⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”, *Documentación Jurídica*, 237-238, enero – junio, 1994, Pág. 241. Se muestra partidario de la valoración de las condiciones económicas de la víctima, en los eventos en que vaya a ser beneficiaria de las ayudas establecidas por leyes como las relativas a las que en éste caso estudiamos. En contra de esta clase de valoraciones. LANDROVE DÍAZ, G., *La Moderna...* *Ob. Cit.*, Pág. 81 y ss.; el Autor afirma que en muchas ocasiones conceder estas ayudas a personas en precarias condiciones económicas conduce a dejar a muchas potenciales víctimas al margen de tales ayudas, lo cual no resulta consecuente con las mismas ideas que inspiran normas de este estilo.

²⁹ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1.988, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1988\3437); Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, (RJ\1988\9409).

Con la expedición de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la Actuación de Bandas Armadas y Elementos Terroristas, y su correspondiente reglamento contenido en el Real Decreto 336/1986, de 24 de enero, se derogó de manera expresa su homólogo 484/1982; la diferencia básica estribó en el hecho de la fijación de la indemnización a la que se pudiera llegar a tener derecho, indicando de manera concreta el número de mensualidades correspondientes a la indemnización, sirviéndose para ello del salario mínimo interprofesional, en los casos de invalidez y muerte.

Asimismo para los casos en los que se tratara de lesiones no invalidantes, se servía de los baremos establecidos en las normas de la Seguridad Social, vigentes al momento de las mismas.

Por otro lado, incluyó un rubro adicional, como era el reembolso de los gastos en los que se hubiera incurrido con ocasión de la atención médica correspondiente, pero solo en el evento en el que la víctima no contara con algún sistema de previsión, salvedad que resulta bastante lógica, pues se trata de disposiciones tendientes a paliar el sufrimiento de las víctimas y de resarcir de los daños que se les ha ocasionado, pero no de ser el móvil a través del cual se llegue a una *sobreindemnización* o se de cumplimiento a obligaciones que en derecho, corresponden a otras entidades, como ocurre con los seguros médicos³⁰.

De la misma manera que en las disposiciones derogadas, las normas no establecieron ayudas respecto de los daños materiales; en este caso se limitaron a hacer una remisión al régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración. Es decir, los daños materiales solo se

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de abril 25 de 1988, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1988\3185).

indemnizaban en el evento en que de por medio estuviera presente la de los servicios públicos y en cualquier caso, solo un juez podía determinar si había lugar a la indemnización y su monto.

Este punto marcaba el distanciamiento que había entre unos daños y otros y, no dejaba duda a la diferencia existente entre los dos regímenes, uno apoyado en razones de solidaridad y otro en los parámetros básicos de la responsabilidad civil. Se decía entonces, que esto podía ser objeto de desigualdades, toda vez que siendo tasadas las indemnizaciones por daños corporales y dejadas al arbitrio del juez las materiales, podían estas ser superiores a las primeras³¹.

Sin embargo, esta aparente desigualdad no fue tal, toda vez que las ayudas por daños corporales no excluían la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y, por ende, todo aquel que creyera se encontraba involucrada, podía acudir a la justicia para obtener su reparación sin límite alguno, aún habiendo sido beneficiario de las ayudas³².

Mediante la Ley 33/1987, de 23 de diciembre -de Presupuestos Generales del Estado-, se facultó al Gobierno para que estableciera el alcance y condiciones para la obtención de las ayudas que a cargo del Estado se preveía, por los daños corporales causados como consecuencia de actividades delictivas, cometidas por bandas armadas o elementos terroristas.

³¹ DE DIOS VIEITEZ, M. V., “Resarcimiento por el Estado...”, *Ob. Cit.*, Pág. 518.

³² Con todo, a la luz del régimen aplicable para la época, las posibilidades de obtener una indemnización de manos de la Administración por vía jurisdiccional, eran pocas. Al respecto puede verse una de las sentencias en el caso de “El Papis” en Barcelona; Sentencia del Tribunal Supremo, de 03 de junio de 1.985, Sala de lo Contencioso Administrativo (RJ\1985\3202); Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1.984, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1984\6690); Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1.985, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1985\5587); Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1.986, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1986\3053); Sentencia del Tribunal Supremo, de 06 de Octubre de 1.986, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1986\7419).

Tal mandato condujo a la derogatoria de la Ley Orgánica 9/1984 y expedición del Real Decreto 1311/1988, de 28 de octubre, con el que se incluyeron las ayudas por incapacidades laborales transitorias, fijando como monto específico para las mismas, el duplo del salario mínimo interprofesional, hasta un máximo de 18 mensualidades, sin que fuera este último punto óbice para que la víctima pudiera ser beneficiaria de una indemnización proveniente de otra fuente.

Se conservó en este caso la limitación respecto de los daños corporales, pero se incluyeron las de orden psíquico o psicológico, excluyendo los daños morales, habida cuenta del objetivo fijado para tales disposiciones, enfocado a paliar el sufrimiento de las víctimas de los atentados terroristas; característica que en su momento reforzaban los tribunales y que en la actualidad, no solo se mantiene, sino que se trata de uno de los principales bastiones de este sistema de reparaciones³³.

Con el Real Decreto 673/1992, de 19 de junio, se introdujeron algunas modificaciones al régimen que se venía aplicando, toda vez que recogió e incorporó otras modificaciones hechas con anterioridad, como la contenida en la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales, con la que se unificaron las ayudas en los casos de lesiones invalidantes.

La razón de ser de esta modificación, no fue otra que la gran dificultad que se había generado en la práctica la fijación del monto de las

³³DÍAZ ALABART, S., “La responsabilidad estatal...” *Ob. Cit.*, Págs. 430 y ss.; para sustentar su postura, se refiere la autora al fundamento tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1988, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1988\9706), con la que se puso fin al proceso iniciado por los padres de un menor que sufrió graves lesiones tras la explosión de una mochila en Rentería. Sin embargo y con todo respeto, estimamos que no se trata de un ejemplo válido, por cuanto en este particular evento se declaró la responsabilidad civil de la Administración, aspecto este que como tuvimos oportunidad de ilustrar difiere de lo que se considera ayudas para las víctimas de los atentados terroristas, por una parte y, por otra, si bien para la fecha de la Sentencia el Real Decreto al que nos venimos refiriendo ya se encontraba en vigor, no se hace alusión alguna al mismo, como si se hace, al 484/1982, vigente para la época en la que se suceden los hechos y se da inicio al proceso correspondiente. Sentencia.

indemnizaciones que, en aquel entonces, atendía a las calidades de la víctima, lo que se consideraba discriminatorio.

Pero quizá el punto más relevante de la reforma, fue que recogió lo dicho en otra norma de Presupuestos Generales -Ley 31/1991-, en la que se había establecido por vez primera, la posibilidad de obtener un resarcimiento por daños materiales, en concreto cuando estos se presentaran en la vivienda habitual de las víctimas y siempre que no se tratara de la vivienda de quien había participado en la acción.

Este sería el punto de partida para incorporar los daños materiales dentro del esquema de reparaciones, que luego se iría aumentando a partir del año 1996 a través de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales. En este evento, se incluyeron los daños causados a los establecimientos mercantiles e industriales, así como los causados a los vehículos destinados al transporte de personas o mercancías o, que constituyeran elemento necesario para el desarrollo de una profesión.

A la par con las inclusiones referidas, se adicionaron algunas otras ayudas para las víctimas, consistentes en becas de estudio, asistencia psicológica, a manera de subvenciones a las asociaciones que en torno al tema se habían venido creando. Esto quizá en un intento por conservar los principios bajo los que surgieron estas disposiciones, que pretendían ser una ayuda solidaria y no una póliza de seguro gratuita de la Administración.

Una vez más, a través de un Real Decreto -R. D. 1211/1997, de 18 de julio-, se recogieron las modificaciones que se habían hecho. Este Real Decreto, también fue modificado a través del Real Decreto 1734/98, que, a su vez, introdujo las modificaciones establecidas por la Ley 66/1997, de Presupuestos Generales, con los que se ampliaron las coberturas. Ya no

solo se reconocían los daños causados en la vivienda habitual, sino que se reconocían los daños causados al mobiliario de la misma y se reembolsaban los gastos de alojamiento de sus habitantes, por el tiempo que tuvieran que permanecer fuera de ella.

Asimismo se eliminaron las diferenciaciones que se habían planteado en un primer momento respecto de los daños causados en los vehículos, reconociendo ayudas a sus propietarios con independencia de la destinación que tuvieran.

Por último, con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se estableció un principio de *indemnización total* –hasta cierto limite- de los daños causados a los establecimientos mercantiles o industriales, ampliando la cobertura a las sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales, así el porcentaje de los daños causados a las viviendas no habituales de las personas³⁴.

2.1.1.2. Características del sistema de ayudas.

Hasta acá podemos ver la evolución que han tenido las normas generales para las víctimas del terrorismo, el cual ha sido acorde con las necesidades y progresivo, aumentándose no solo las coberturas, sino los grupos que se pudieran beneficiar de las mismas; con todo, no está de más resaltar las siguientes características que nos parecen interesantes:

- Resulta encomiable el que las ayudas a las víctimas se hayan ido mejorando con el paso del tiempo, no solo en lo que se refiere a la cuantía de las indemnizaciones, sino en cuanto a al número que se podría beneficiar de las mismas. En este sentido la evolución de las normas, fue en beneficio de quienes se

³⁴El límite aludido quedó en 91.151,82 euros y el porcentaje en el 50%.

encontraban en condiciones de desigualdad frente a los demás miembros de la sociedad.

- Reconociendo lo anterior, la ampliación de los rubros a los daños materiales, si bien es un logro y un avance, en especial a regímenes cercanos, debería atender a las condiciones de la víctima, pues tales ayudas provienen de la solidaridad y por ende su objetivo no es la recuperación de los bienes suntuarios que pudieran llegar a verse afectados, sino paliar el sufrimiento que han tenido algunos con la realización de determinadas acciones.
- Lo anterior conduce a afirmar que, un sistema basado en los más loables principios, se convierte en un seguro provisto por la Administración Pública, cuyos rubros pueden llegar a compensar mucho más por los daños materiales, que por los daños corporales que haya tenido una víctima.
- Las modificaciones que se practicaron al sistema fueron proclives al aumento de las coberturas, como ya lo hemos dicho. Sin embargo, en ninguna de ellas se planteó un modelo de financiación de estas medidas, proviniendo de fondos públicos los dineros con los que se reparaba a las víctimas, a diferencia como ocurre con otros fondos similares.
- Los textos legales despejan cualquier asomo de duda respecto a las razones por las que la Administración Pública asume las reparaciones, siempre haciéndose énfasis en la solidaridad y negando la existencia de cualquier tipo de responsabilidad de su parte.

2.1.1.3. Real Decreto 288/2003, de marzo 7, con el que se aprueba el reglamento de ayudas y resarcimiento a las víctimas de los delitos de terrorismo³⁵.

Establece este Real Decreto el régimen jurídico actual dentro del que se enmarcan las ayudas para las víctimas del terrorismo. Con su expedición se buscó agrupar las modificaciones practicadas al sistema inicial en un solo cuerpo legal y suprimir trámites burocráticos para la solicitud de las ayudas, con miras a evitar el fenómeno de la *dobles victimización*³⁶.

En cuanto al ámbito temporal de aplicación, se centra en los hechos ocurridos a partir del 01 de enero de 2002; sin embargo, prevé la posibilidad de conceder ayudas académicas o de atención psicológica a las víctimas de hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia establecida en el texto legal.

2.1.1.3.1. Coberturas

Establece la disposición legal en comento, que los daños resarcibles son los siguientes³⁷:

- Daños corporales, tanto físicos como psíquicos, al igual que los gastos en los que se incurra por tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas. Estos

³⁵ A través de este decreto, se reglamentó la Ley 13 de 1996 y se derogó el Real Decreto 1211/1997.

³⁶ El fenómeno de la *dobles victimización*, fue analizado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, en el año 2006, expidiéndose recomendaciones para los Estados miembros a través del documento *Recommendation REC (2006) 8E Assistance to crime victims*, de junio 14. Lo que pretendemos resaltar, es que tales recomendaciones se dan 3 años después de que en España ya se hubieran adoptado medidas en la misma dirección, lo que demuestra la actualidad y oportunidad de las normas al respecto. El apartado 1, 1.3 del documento define lo que se entiende por *dobles victimización* en los siguientes términos: “1.3. *Secondary victimization means the victimization that occurs not as a direct result of the criminal act but through the response of institutions and individuals to the victim*”. El texto completo del documento se puede consultar en: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs.

³⁷ Art. 1.2. Real Decreto 288/2003.

últimos, siempre que la víctima no tenga un sistema de cobertura *total o parcial* dentro de un sistema de previsión público o privado³⁸.

- Daños causados en las viviendas, en los establecimientos mercantiles e industriales, sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales³⁹. También se aplica la subsidiaridad en estos casos y el reconocimiento por parte de la Administración, de la diferencia entre la tasación que hace la misma por los daños y lo que hubiera reconocido de los mismos en virtud de la póliza de seguro. Lo anterior incluye los daños causados al mobiliario, excepción hecha de los bienes suntuarios -Art. 24 y siguientes- así como los gastos por el alojamiento provisional de quienes resulten perjudicados, mientras se readecua la vivienda.
- Daños causados a vehículos, incluyendo los diferentes tópicos que se deben tener en cuenta en éste supuesto, relativos al valor de la reparación y el evento en que la misma sea superior al denominado valor venal de vehículo siniestrado -Art. 29-⁴⁰.
- Asimismo establece una serie de ayudas –Art. 1.3- para: estudios; tratamientos psicológicos y psicopedagógicos;

³⁸Salvo por lo referente a los daños corporales, las ayudas acá establecidas tienen carácter subsidiario, lo que implica que en caso de ayudas otorgadas por otras entidades o reparación de daños a cargo de compañías de seguro, solo se tendrá derecho al abono de la diferencia por parte de la Administración Pública. Así las cosas, rubros como los que reconoce el Consorcio de Compensación de Seguros, implicarían que la Administración reconozca solo el porcentaje que no haya sido cubierto, salvo que se trate de daños corporales.

³⁹Ya para este caso, no se hace referencia a que se trate de vivienda habitual y se ponen en igualdad de condiciones los diferentes supuestos de beneficiarios de las indemnizaciones establecidas por el Real Decreto.

⁴⁰ Aunque se hace alude a diferentes clases de vehículos, la distinción parece inocua, salvo por lo que se refiere a los vehículos de titularidad pública -lo cual resulta bastante obvio-. Asimismo, se establecen límites respecto del valor de reposición y de reparación del vehículo.

subvenciones para las entidades sin ánimo de lucro, que representen o defiendan los intereses de las víctimas del terrorismo y; ayudas extraordinarias, cuando las otorgadas resulten insuficientes para las víctimas.

De lo anterior podemos apreciar con facilidad, que este Real Decreto no incluye ninguna novedad respecto de las coberturas y las limitaciones a las mismas; acá lo que se hizo no fue nada diferente de la reagrupación de las ayudas contenidas en disposiciones legales precedentes, tal y como se anunció en un principio.

Con respecto a la subsidiaridad, en adición a lo que ya hemos comentado, hay que decir que este tema también había sido tratado al interior del Concejo de Europa en el año 1.983. En aquella ocasión, se expidió el Convenio Europeo No. 116, cuyo texto fue ratificado por España el 31 de octubre de 2001, en donde se dejó establecida esta limitación a las indemnizaciones, en concreto en su artículo 9⁴¹.

En este caso se solventó cualquier duda que pudiera haber respecto de la posibilidad de recurrir a las ayudas establecidas, en calidad de extranjero, toda vez que en este sentido no se hace diferenciación alguna y por ende hay lugar a ser beneficiario de las mismas en los mismos términos y condiciones que los nacionales – Art. 9.1-.

Por último, en lo que se refiere a los plazos para solicitar las ayudas establecidas, las víctimas tienen un (1) año, contado desde el

⁴¹Vale indicar que el régimen actual es más generoso que el establecido por el Convenio Europeo. En este caso puntual, la limitación antedicha se encuentra encaminada a evitar una *doble indemnización*, permitiendo al efecto que el Estado descuenta de las ayudas establecidas, las indemnizaciones que hubiera recibido la víctima por parte del victimario, de la seguridad social, seguros o cualquier otra fuente. “**Article 9.** *With a view to avoiding double compensation, the State or the competent authority may deduct from the compensation awarded or reclaim from the person compensated any amount of money received, in consequence of the injury or death, from the offender, social security or insurance, or coming from any other source.*”

momento en que ocurrieron los hechos que han causado el daño cuya reparación se pretende.

2.1.2. Régimen Extraordinario.

2.1.2.1. Ley 32 /1999, de octubre 8, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo.

Las circunstancias en medio de las que se elabora, presenta y aprueba -por unanimidad-, por el Congreso de Diputados y por el Senado -incluso sin modificación alguna en su texto propuesto- la Ley 32/1999, fueron sin lugar a dudas especiales⁴². El 16 de septiembre de 1.998 se inició de manera unilateral una tregua por parte de la banda terrorista ETA, creando la falsa expectativa de querer abandonar sus prácticas terroristas.

Con tal tregua como antesala, la Vicepresidente Primero del Gobierno propuso e impulsó la aprobación del texto legal, con el que se pretendía poner de manifiesto la importancia de las víctimas para la sociedad española a través del reconocimiento de su derecho a ser resarcidos, así como de la exaltación de su memoria mediante la creación de menciones honoríficas que honraran su sacrificio.

Una norma en este sentido, favorecería la creación de un espacio conducente a la solución pacífica de un conflicto que había dejado a su paso un considerable grupo de víctimas, en un ambiente de reconciliación y en medio de la exaltación y homenaje a las mismas.

Los acercamientos con tal grupo terrorista y la creación de un régimen *extraordinario*, se ponen de manifiesto no solo con la coincidencia de haberse

⁴²FUSTER - FABRA TORRELLAS, J.M., *Responsabilidad Civil derivada de actos terroristas*, Atelier, Barcelona, 2001, Pág. 173 y ss.; así como LLOVERAS, M.-R., “Indemnización a las víctimas del terrorismo...”, *Cit.*, Pág. 5 y ss. y; MUGA MUÑOZ, “Novedades en la responsabilidad...”, *Cit.*, Pág. 1763 -*ADDENDA*-.

propuesto su expedición con posterioridad a la tregua aludida, sino con el ámbito de aplicación temporal que se le dio a la misma, que la hacía aplicable para los hechos acaecidos entre el 1 de enero de 1.968 y el 9 de octubre de 1.999⁴³.

Este hecho motivó algunas críticas a la ley por ser vista como parte de la estrategia del Gobierno Central dentro de los acercamientos que se llevaban a cabo; sin embargo no puede perderse de vista que con esta norma se ampliaron los beneficios para las víctimas y se reconocieron derechos que de otra manera no se hubieran conseguido, aún cuando se tomara como la forma de evitar que las víctimas pudieran impedir el logro de un acuerdo que desmontara la organización terrorista⁴⁴.

Al margen de lo anterior, lo cierto es que la tregua que motiva la expedición de la Ley, fue rota en el 21 de enero del año 2000 -cuando la banda terrorista decidió continuar como tal, a través del asesinato con un coche bomba del Teniente Coronel Pedro Antonio Blanco García, en Madrid- y este hecho no tuvo incidencia en su aplicación, que por demás se ampliaría de manera sucesiva y para supuestos en los que esta banda terrorista no tuvo participación alguna, como ocurrió con los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004⁴⁵.

⁴³ Si bien las acciones violentas de esta banda terrorista se iniciaron en 1.961, cuando hicieron descarrilar un tren en San Sebastián en el que viajaban Veteranos Franquistas, lo cierto es que los primeros asesinatos de los que fueron autores datan de junio de 1968, cuando asesinaron al Guardia Civil José Pardines Arcay y al Policía Melitón Manzano, jefe de la Brigada Político-Social de Guipúzcoa. Antes de estos hechos, hubo otros como el ocurrido en la primavera de 1.966, cuando con ocasión de la celebración del día de la patria vasca (*aberri eguna*), se presentaron enfrentamientos entre radicales y la Guardia Civil en Irún, pero no pasaban de ser desordenes sin mayor repercusión.

⁴⁴ IRIBAS SÁNCHEZ DE BOADO, J., "La nueva Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 411, 28 de Octubre de 1999, Pág. 4.

⁴⁵ FUSTER - FABRA TORRELLAS, J.M., *Responsabilidad Civil...*, *Ob. Cit.*, Pág. 233. Con anterioridad a estos hechos, ya se había reconocido ayudas a víctimas de otros hechos al acá referido, en donde la duda acerca de la autoría de los mismos persiste, pero a los que se les aplicó esta Ley, en virtud de los principios que la inspiraron. Tales son los casos del Restaurante Scala en Barcelona, en el año 1.978 y las víctimas del Hotel Corona de Aragón en Zaragoza, en el año 1.979, cuya inclusión se debe a la presión que para lo propio se ejerció desde la Asociación de Víctimas del Terrorismo.

2.1.2.1.1. Características Generales.

- **Ámbito de aplicación.** La razón de ser de esta norma determina su ámbito de aplicación y su naturaleza extraordinaria. Desde la misma exposición de motivos, se dejó dicho que con la misma no se pretendía mejorar o perfeccionar las ayudas otorgadas a las víctimas por otras disposiciones legales, sino hacer efectivo el derecho que tienen las mismas a que se les resarzan los daños que han sufrido, por concepto de responsabilidad civil.

Si bien el fundamento de la norma es la solidaridad con las víctimas, en este caso, a diferencia de los otros regímenes con los que comparte el mismo fundamento, está referida a los casos en los que se ha declarado la responsabilidad civil o se han iniciado los trámites para lo propio; esto es lo que le hace un régimen extraordinario, aún cuando además de este objetivo principal, conceda otro tipo de ayudas en las que resulta irrelevante si hay o no responsabilidad civil declarada.

Por otro lado, para ser beneficiario de este régimen, es necesario haber sido víctima directa del atentado terrorista⁴⁶; no basta con haber sido un mero testigo o haber estado cerca del lugar de los hechos, hace falta haber sido víctima directa de los mismos, circunstancia que en cualquier caso se valorará de conformidad con la acreditación del nexo de

⁴⁶ Al respecto pueden verse: Sentencia Audiencia Nacional de 1 de abril de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR 2009\178142); Sentencia Audiencia Nacional, de 4 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR\2006\257195). No obstante, el criterio no siempre es el mismo: Sentencia Audiencia Nacional, de 8 de noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR\2006\284782).

causalidad entre el hecho concreto y las lesiones que de allí se desprendan.

- **El Estado como garante.** Quizá el elemento más representativo de esta disposición legal, fue el referente a la posición asumida por el Estado frente a las indemnizaciones que corresponden a las víctimas, fungiendo como garante del pago de tales obligaciones, por estrictos motivos de solidaridad -así se deja establecido, no solo en la exposición de motivos, sino en el mismo cuerpo legal-, haciéndose cargo del pago de los montos indemnizatorios fijados a través de sentencias en firme, que no hubieran sido satisfechas por los condenados; que hubieran sido satisfechas de manera parcial o; cuyos montos fueran inferiores a los establecidos por la Ley.

Tal garantía se extendió a aquellos casos en que aún no se tuviera sentencia por el hecho concreto, requiriéndose en estos eventos que se hubieran adelantado las acciones correspondientes. En estos casos, la misma ley fijó los montos indemnizatorios, así como la obligación a cargo del Estado de asumir la diferencia si esta fuera a favor de la víctima, ante una sentencia sobrevenida.

- **Subrogación a favor del Estado:** Otro de los elementos novedosos, es el relativo a la subrogación; los beneficiarios de las indemnizaciones contempladas en la ley se debían subrogar en favor del Estado previo el recibo de la misma⁴⁷, para que este pudiera obtener de manos del directo responsable, las obligaciones que en su nombre hubiera

⁴⁷Art. 8 Ley 32/1999.

tenido que asumir y así conservar al menos la expectativa de recuperar las sumas concedidas a las víctimas, haciendo responder al llamado a ello⁴⁸ -lo que resulta consecuente con los motivos de solidaridad que inspiraron la expedición de la ley-, aún cuando las posibilidades reales de obtener un resultado en este sentido, fueran en verdad escasas⁴⁹.

Lo anterior se encuentra justificado, desde dos puntos de vista. Por una parte se pretende evitar que haya una *sobreindemnización* de la víctima, quien no podrá ser indemnizada más de una vez por el mismo hecho y; por otra parte y quizá más importante, ratificar la idea sobre la que se estructura el sistema, como es la solidaridad frente a la víctima y no, el reconocimiento de responsabilidad alguna en los hechos ocurridos que, pese a ser reiterativas las manifestaciones en este sentido, la actuación de conformidad con los efectos jurídicos que se desprenden de los mismas, constituye la vía más expedita para su confirmación.

En este orden de ideas, que la víctima se acoja a los beneficios establecidos por la Ley 32/1999, no implica de manera alguna, la renuncia a obtener del directo responsable la parte insoluta de la indemnización, por los perjuicios que haya tenido en medio del atentado terrorista, así como -en el caso que resulte procedente-, pretender de manos del Estado el pago de una indemnización por razones de la prestación

⁴⁸ La subrogación en favor del Estado, es uno de los aspectos a los que se refiere el Acuerdo de Europa No. 116, de 24 de noviembre de 1.983, al que hicimos alusión. Establece la norma: "**Article 10.** *The State or the competent authority may be subrogated to the rights of the person compensated for the amount of the compensation paid*". Es de tener en cuenta, que tal limitación solo se dejó establecida en la presente Ley, más no en el Real Decreto 288/2003, al que nos referimos en el apartado precedente.

⁴⁹ MÚRTULA LAFUENTE, V., "*La Responsabilidad Civil...*", *Ob. Cit.*, Pág. 349; GÓMEZ POMAR, F., "*Responsabilidad Extracontractual y otras Fuentes de Reparación de Daños: Colateral Source Rules*", *Indret*, 1/2000, Pág. 3

de los servicios a los que se encuentra obligados con los ciudadanos⁵⁰.

- **Inclusión del secuestro.** En ninguna de las disposiciones legales precedentes ni incluso en las subsiguientes, se asoció el delito de secuestro a los delitos de terrorismo o se planteó el reconocimiento de alguna ayuda en estos casos, por demás de frecuente ocurrencia. Así las cosas, las víctimas de este delito también fueron objeto de cobijo por esta norma y podían obtener de manos del Estado una indemnización, cuya cuantía máxima, será la fijada para los casos de *incapacidad permanente parcial*, de acuerdo con el anexo de la misma Ley⁵¹- Art. 6.4-.

En realidad se trata de una novedad representativa, puesto que se trata de una práctica común en los grupos terroristas, pero que no se ve como una acción de la misma naturaleza, desconociendo el hecho de que en muchas ocasiones o es un medio de financiación o es la forma de presionar al Estado en la toma de ciertas decisiones, como ocurrió en el caso de Miguel Ángel Blanco, secuestrado el 10 de julio de 1.997 y asesinado dos días más tarde por la banda terrorista ETA, en represalia por no haber trasladado los presos de tal organización al País Vasco, así como en el caso de D. Publio Cerdón, cuyo paradero se desconoce desde el 27 de junio de 1995, día en que fue secuestrado por miembros del GRAPO, al parecer con fines extorsivos⁵².

⁵⁰GÓMEZ POMAR, “Responsabilidad extracontractual...”, *Ob. Cit.*, Pág. 4.

⁵¹Este punto fue reglamentado con posterioridad por el Real Decreto 1912/1999, que fijó el monto de la indemnización en 2.000.000 Ptas. por el secuestro mismo y 30.000 Ptas. por día, hasta un máximo de 6.000.000 Ptas. Tales sumas fueron convertidas a Euros, con la Resolución de 22 de 2.001.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ\2006\9498). Si bien en la Sentencia solo se hace alusión a la Ley 32 de 1999, de octubre 8 y,

- **Criterio de indemnidad parcial.** El criterio de reparación que fija la norma es parcial, habida cuenta de contemplarse en exclusiva lo relativo a daños físicos o psicofísicos, excluyendo lo morales o materiales.

No obstante lo anterior y habida cuenta de la posibilidad de ser beneficiario de las ayudas establecidas en el régimen ordinario junto a las que acá analizamos, nada se opone a que la víctima pueda ser beneficiaria de ayudas por daños en su vivienda habitual, en los establecimientos comerciales e industriales y en los vehículos, de la misma manera que ocurre con las lesiones permanentes de invalidez o de fallecimiento o, las otorgadas por el Consorcio de Compensación de Seguros⁵³.

En resumen, la víctima de un atentado terrorista puede ser beneficiaria de las ayudas ordinarias establecidas a través del Real Decreto 288/2003, de marzo 07 a que aludimos; Asimismo puede ser beneficiaria de la indemnización en los términos de la Ley 32/1999, de octubre 08, en ambos casos por motivos de solidaridad.

En adición, si en la ocurrencia de los hechos hubiera de por medio la prestación normal o anormal de un servicio público por parte de la Administración, de la que se derivara alguno de los daños sufridos, la víctima puede –y debe– ser

en este caso concreto se refiere a la exoneración de la Administración Pública por los hechos acaecidos, la remisión que hace el fallador a la aludida norma, corrobora la posibilidad de recurrir a la misma en este particular evento.

⁵³MIR PUIGPELAT, O., “Indemnizaciones a las Víctimas del Terrorismo. Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su reglamento de desarrollo”, *Indret*, 1/2000, Pág. 7.

indemnizada, en virtud de los principios de la responsabilidad civil aplicables a la Administración Pública.

Dado el caso –poco probable- que el terrorista fuera solvente, podría exigir la víctima el pago de la indemnización a la que se le hubiera condenado, previa deducción de lo que el Estado hubiera abonado de conformidad con la Ley 32/1999 , de octubre 8, que venimos estudiando.

Todo lo anterior, sin perjuicio de las ayudas en materia académica y la exención del impuesto a la renta, a los que nos referiremos más adelante, habida cuenta de no haber impedimentos para obtener todas la ayudas de manera conjunta y concomitante.

- **Reparación y ayudas.** La ley no solo impuso la obligación al Estado de asumir el pago de las indemnizaciones por los daños causados con ocasión de acciones terroristas en los términos que hemos mencionado, sino que estableció ayudas académicas –art. 7 y 13- así como el pago tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas, siempre que no se hubieran cubierto de manera previa por alguna entidad privada o pública. Otro de los beneficios que se concedió a las víctimas, fue la exoneración del pago del Impuesto de Renta.
- **Compatibilidad con otras ayudas.** Las ayudas para las víctimas, no son incompatibles con otro tipo de ayudas de las

que se pueda ser beneficiario⁵⁴ y -aunque en esto no se afirma de manera categórica en el texto- tampoco es óbice para que la víctima inicie un proceso de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, cuando se estime que hubo un normal o anormal funcionamiento de un servicio público, incluso la indemnización que en virtud de esta ley asuma el Estado, no se tiene en cuenta al momento de fijar la indemnización a que haya lugar con ocasión de la prestación del servicio.

Lo anterior es acorde con los principios en los que se funda esta disposición. La indemnización que en virtud de esta norma se entrega a la víctima, procede de la actuación de un tercero, cuyo patrimonio no le permite hacer frente a la misma y que el Estado por razones de solidaridad con la víctima, asume. Por el contrario, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se presenta una prestación normal o anormal del servicio público, que conduce a la lesión de intereses particulares y que por tal razón se encuentra en la obligación de asumir, tal y como tuvimos oportunidad de exponerlo.

Así las cosas, la existencia de dos títulos diferentes – solidaridad y responsabilidad civil- hacen viable que la víctima obtenga las ayudas y reciba la indemnización que al

⁵⁴Al respecto pueden consultarse algunas de las sentencias proferidas con ocasión de los atentados del 11 de marzo, en las que se aplicaron los dos regímenes que venimos estudiando. Sentencia Audiencia Nacional, de 4 de junio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR\2008\195048); Sentencia Audiencia Nacional, de 2 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR\2008\150951); Sentencia Audiencia Nacional, de 6 de junio de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR\2007\199298); Sentencia Audiencia Nacional de 6 de junio de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR\2007\199294); Sentencia Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR\2008\3273).

Estado corresponde, de conformidad con su actuar, así como cualquiera otras que procedan de títulos diferentes⁵⁵.

2.1.2.1.2. Debilidades del sistema.

Existen en nuestra opinión dos aspectos en los cuales la Ley no fue lo bastante clara y que aún cuando pudieran no ser tan frecuentes, no hubiera estado demás hacer al menos una alusión a los mismos; nos referimos a los casos en que quien se presenta como beneficiario de la misma, a la postre no lo sea y, a los casos – más posibles- en que se trata de acciones terroristas en territorio extranjero o víctimas extranjeras de acciones terroristas.

- **Víctimas falsas.** En lo que se refiere a las debilidades de la norma, hay que resaltar el hecho de no haberse establecido ningún procedimiento para los casos en que con posterioridad al pago de la indemnización a que la víctima tuviera derecho, se demostrara que la misma carecía de tal calidad, como ocurrió en los atentados del 11 de marzo de 2004⁵⁶.

Tal panorama es posible, teniendo en cuenta que con demostrar el inicio de las acciones judiciales del caso, era suficiente para que de acuerdo con los montos

⁵⁵Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Diciembre de 1.988, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1988\9706). Esta Sentencia corresponde al caso *Renteria* al que hicimos referencia con anterioridad. Vale anotar al respecto, que las disposiciones legales vigentes para le época eran otras; sin embargo, la discusión que se sostuvo en su momento respecto de la posibilidad de recibir indemnizaciones de diferentes fuentes, es vigente, en especial por lo que se refiere al Fundamento Segundo.

⁵⁶Un año después de lo ocurrido el 11 de marzo de 2.004, se denunció por algunos medios de comunicación la existencia de reclamaciones fraudulentas presentadas por supuestas víctimas de tan lamentables hechos, que al final resultaron no serlo. De la misma manera, en la Jurisprudencia encontramos algunos ejemplos de este particular fenómeno, al que coadyuvaron algunas personas que estudiaron derecho: Sentencia Audiencia Nacional de 15 de octubre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR\2005\261796); Sentencia Audiencia Nacional, de 13 de octubre de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR\2005\261796).

establecidos por la Ley, se procediera a la indemnización. Ténganse como ejemplo aquellas Sentencias a las que nos referimos, en los que se negaba la existencia de la lesión que se alegaba, por supuestas víctimas, que quizá la única razón por la que no prosperaron no fue otra que le evidentísima intención de obtener un beneficio a costa del sufrimiento ajeno.

No cabe duda de que el Estado puede perseguir de manos del otrora beneficiario de las ayudas, la devolución íntegra de los dineros que se le hubieran otorgado; sin embargo, el problema real, es que la ley no dotó de herramienta alguna al Estado para enfrentar tal situación, ni impuso sanción alguna por tal hecho a quienes observaran este proceder por lo que tendría que recurrir a las vías ordinarias para obtener el reintegro de lo que hubiera desembolsado.

- **Límites a la aplicación de la Ley.** Uno de los aspectos más controvertidos de la Ley, es el que se refiere a la determinación de las personas que se pueden beneficiar de las ayudas establecidas en la ley, toda vez que no se deja claro si éstas se encuentran destinadas a los miembros de la sociedad española en particular o si por el contrario, cobija también a los extranjeros que se encuentren en territorio español; si los beneficios pueden ser otorgados a españoles que hubieran sido víctimas de un acto terrorista realizado en el exterior o; si la cobertura de la Ley da para los actos cometidos en el exterior por terroristas españoles.

En lo que se refiere a si los extranjeros víctimas de un atentado terrorista en territorio español, el tema no fue abordado en un principio por la norma, ni por su reglamento; no obstante lo anterior, dos alusiones permitían colegir la posibilidad de ser beneficiario de las ayudas establecidas en la norma.

Una de ellas se encuentra en el preámbulo del mencionado reglamento en donde se dejó dicho que la norma lo que pretendía no era el solo resarcimiento de las víctimas, sino el reconocimiento moral que se les debía a las mismas, sin distingo alguno, lo que nos permitiría afirmar que el espíritu de la Ley fue amparar a las víctimas, cualquiera fuera su calidad, lo que por demás es consecuente con sus loables objetivos⁵⁷.

Lo anterior se confirmaba, frente al contenido del artículo 5.2a, en donde se relacionan los documentos deben acompañar a la solicitud para el reconocimiento de las indemnizaciones y dentro de los que se incluye el pasaporte o el documento que acredite la personalidad de la víctima, cuando poseyera otra nacionalidad⁵⁸.

⁵⁷ Al margen de las elucubraciones al respecto, un hecho que despeja cualquier asomo de duda respecto de los motivos que inspiraron la Ley y la voluntad de proporcionar un trato igualitario a todos aquellos que han sido víctimas de estos deplorables hechos, sin importar su procedencia, fue el amparo que se ofreció a las víctimas de los atentados del 11 de marzo de 2.004 en Madrid. Muchas de las víctimas no eran españoles, incluso alguna de ellas estaban en situación irregular en España, lo que no fue un obstáculo para que en una muestra de plausible solidaridad, se les concedieran los mismos derechos, dándoles incluso nacionalidad. Hechos como estos demuestran la voluntad de un País de solidarizarse con aquellos que han sido golpeados por el infortunio, en causas que, incluso, les son ajenas. De esta manera se dejó plasmado en el Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo, relativo a la concesión de la nacionalidad española a las víctimas de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2.004, en cuya exposición de motivos se refiere de manera específica a la “... necesidad de ayuda a la situación de las víctimas extranjeras...”.

⁵⁸ MIR PUIGPELAT, O., “Indemnizaciones a las Víctimas del Terrorismo...”, *Ob. Cit.*, Pág. 3; le sigue MÚRTULA LAFUENTE, V., “La Responsabilidad Civil...”, *Ob. Cit.*, Págs. 349.

Fue solo a través del Real Decreto 199/2006, de 17 de febrero, que modificó el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo y, el Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre - al que nos referiremos a continuación-, así como las disposiciones legales para las víctimas de delitos sexuales, con el que se dio parte de claridad a este supuesto al que venimos haciendo referencia.

Con este Real Decreto, se recogía lo dispuesto en la Directiva 2004/80/CE, cuyo objetivo fue simplificar los procedimientos a fin de evitar obstáculos para la obtención de ayudas por parte de las víctimas de Estados Miembros de la Unión Europea, cuando los hechos se hubieran producido en un Estado diferente de aquel en que la víctima tenía su domicilio habitual.

Así, se establecieron sendos procedimientos, mediante la inclusión de un título específico en cada uno de los cuerpos legales, para obtener ayudas en caso de ser víctima de delitos *transfronterizos*, a la vez que se establecían mecanismos de cooperación y reciprocidad entre todos los Estados Miembro.

Decimos que se dio parte de claridad al tema, por cuanto a la vez que se estableció el procedimiento para las víctimas, se limitó el ámbito de aplicación subjetiva de la norma –bajo tal procedimiento-, a la que se podrán acoger las víctimas con *residencia* en alguno de los países miembros de la Unión Europea.

En lo que se refiere al caso de españoles víctimas de acciones terroristas fuera del territorio español, solo fue mediante la Ley 2/2003 -Art. 2-, que se incluyó en la Ley 32/1999 la disposición adicional segunda relativa a estos casos en particular y, con la que se les permitió ser beneficiarios de ayudas excepcionales, previa consideración positiva del Ministerio del Interior y, que se trate de hechos ocurridos a partir del 1 de septiembre de 2.001⁵⁹.

No obstante lo anterior y en virtud de la reciprocidad establecida en la Directiva 2004/80/CE –transpuesta en el ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto 199/2006- a que nos referimos, nada obsta para que siendo víctimas de un acto terrorista cometido en otro Estado Miembro, se acojan al régimen de ayudas establecido en el mismo, para estos eventos concretos.

Para el último de los eventos a los que hicimos referencia, no hay una manifestación clara a los hechos cometidos por un grupo terrorista español en otros países⁶⁰. Tal vez nos hallemos frente a un supuesto cuya discusión no merece mayores elucubraciones, habida cuenta de no poder articular una responsabilidad en este supuesto bajo ninguna circunstancia.

Los medios de los que dispone un Estado para prevenir la ocurrencia de delitos de tal magnitud, con frecuencia resulta insuficientes, incluso dentro

⁵⁹ Por el extremo temporal que fijó la norma -1 de septiembre de 2001-, podemos afirmar que se produjo con ocasión de los atentados ocurridos en Estados Unidos el 11 de septiembre del mismo año, dada la magnitud de los mismos. Situaciones anteriores, como tuvimos oportunidad de ilustrarlo con la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 16 de julio de 2002 (RJCA\2003\384), relativa a las lesiones causadas con el atentado terrorista del IRA en Omagh, habían sido desestimadas.

⁶⁰ Por muy forzado que parezca este supuesto, no perdamos de vista que una de las razones por las que Estados Unidos atacó a Irak, fue –según su dicho- por ser este país refugio de los *Talibán*, uno de los responsables de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001.

de su territorio, como para poder hacerle responsable actos delictivos, cometidos por parte de sus nacionales en territorios extranjeros, aún cuando este sea parte de un grupo terrorista.

Ya nos hemos referido en algunos apartes al reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de octubre 8; nos resta decir antes de ocuparnos del mismo, que fue expedido en virtud del mandato establecido por la misma Ley, dentro del plazo establecido por la misma –no más de tres meses desde su expedición-.

2.1.2.2. Real Decreto 1912/1999, de diciembre 17, mediante el cual se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de octubre 8, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

Como el mismo título del Real Decreto lo indica, se trata del reglamento por el cual se rige la aplicación de la Ley 32/1999, de octubre 8, de conformidad con lo que se había expuesto en la misma.

2.1.2.2.1. Características generales del Reglamento.

- **Criterio legal.** Uno de los aspectos en los que más énfasis se hace dentro del cuerpo legal, es el relativo a la asunción de las indemnizaciones a que tienen derecho las víctimas por parte del Estado, por meras razones de solidaridad, no de responsabilidad civil subsidiaria o de otra naturaleza, que en cualquier caso recaen sobre los autores de los hechos⁶¹.

Lo anterior coincide con lo que en su momento apuntamos respecto de la obligación de subrogarse a

⁶¹ Las referencias en este sentido se hacen tanto en la exposición de motivos, como en el Art. 2.3, aún cuando este extremo ya se había puesto de manifiesto en la Ley que se reglamenta.

favor del Estado, previo el recibo del monto que para los daños sufridos se establezca de conformidad con lo previsto en el mismo reglamento. Dado el caso en que la víctima se negara a subrogar al Estado en las acciones civiles que le corresponden, podría ésta pretender su pago por las vías ordinarias, de los directos responsables.

- **Daños morales.** Como en su momento lo dispuso la ley, no hay lugar a la indemnización por los daños morales causados, aún cuando estos se encuentren declarados en la Sentencia. El único evento en que estos daños pueden llegar a ser reconocidos, será aquel en que la condena, no haya hecho diferenciación respecto de los daños materiales y morales o no sea posible determinar la cuantía de unos y otros.
- **Requisitos para ser beneficiario.** En los casos en los que haya de por medio una Sentencia en la que se establezca la responsabilidad civil, no habrá mayores inconvenientes al momento de demostrar la calidad de víctima que requiere la ley.

La situación resulta más compleja en los casos en que tal sentencia no existe, caso en el cual habrá de recurrirse a la Resolución Administrativa con la que se hubiere reconocido algún tipo de indemnización o alguna pensión –viudedad u orfandad-, como víctima del terrorismo.

En cualquier caso, habrá de acreditarse la existencia del acto terrorista o de un acto al que se le pueda aplicar tal calificación, que en ausencia de un Sentencia o

Resolución Administrativa que lo refiera, se determinará por la instrucción que en cada caso concreto se lleve a cabo –art. 3-.

- **Objetivos.** Este Reglamento, consecuente con la Ley que le da origen, pretendió ser una solución de carácter *temporal* y *extraordinaria*, a los problemas de las víctimas, siendo esta una de las razones para darle un margen temporal bastante amplio, dentro del cual se incluirían todas las víctimas de las acciones terroristas que habían presentado en España, hasta ese momento.

No obstante lo anterior, como lo veremos más adelante, la cobertura de la Ley ha sido ampliada de manera paulatina, permitiendo que muchos se acojan a la misma, cuando han sido víctimas de hechos ocurridos con posterioridad.

- **Coberturas.** Como lo hemos manifestado, los únicos daños cubiertos por esta disposición legal, son los físicos y los psicofísicos. Esto incluye el fallecimiento, la incapacidad permanente -gran invalidez, incapacidad permanente absoluta, incapacidad permanente total e incapacidad permanente parcial-, así como las lesiones permanentes no invalidantes (art. 14 a 18).

Se excluyen de cobertura las lesiones corporales no permanentes; aquellas que siendo graves no dejan secuelas irreversibles, aún cuando es posible que las cicatrices que se tengan como lesiones permanentes y por ende haya lugar a una indemnización.

Como una novedad y para efectos de la determinación de la cuantía de las indemnizaciones en aquellos casos en los que no hay una Sentencia condenatoria, el Reglamento remite al sistema de valoración establecido en el Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos de Motor⁶².

- **Ámbito Temporal.** Este es el elemento más controversia ofrece de lo establecido por medio del Reglamento. Como lo indicamos líneas arriba, el criterio seguido por el legislador en este evento, fue el de otorgar a las víctimas –todas ellas- la posibilidad de hacer efectivas las indemnizaciones a las que en su momento fueron condenados sus victimarios y que nunca llegaron a recibir o, en el caso de que no hubiera habido condena, resarcir en lo posible el daño causado.

Como en su momento lo pusimos de manifiesto, las circunstancias que se dieron previa la expedición de la Ley y su posterior reglamento, hacían creer que disuelta la banda terrorista ETA, la posibilidad de una acción terrorista era menor. Sin embargo para poder llegar a un acuerdo, resultaba imprescindible resarcir las víctimas que en su larga trayectoria criminal había venido dejando. De ahí que los extremos temporales fijados coincidieran con el inicio de las acciones delincuenciales de ETA y la fecha en la que se expide la norma.

⁶²MIR PUIGPELAT, O., “Indemnizaciones a las Víctimas...”, *Ob. Cit.*, Pág. 5.

Las víctimas que se encontraran dentro de los supuestos legales, contaron con el término de seis (6) meses para la presentación de su reclamación, contados desde la entrada en vigencia de Reglamento -23 de diciembre de 1999-; solo había lugar a una excepción, como fue que si con posterioridad al resarcimiento en virtud de la Ley se profería una Sentencia que fijara como indemnización una suma superior a la entregada, el término se empezaba a contar desde el momento en que quedara en firme⁶³.

Como bien sabemos, al tregua fue rota y las acciones delincuenciales continuaron, lo que obligó a ampliar de manera sucesiva los extremos temporales fijados en un principio, hasta tal punto que en la actualidad y hasta el fin de este año -2009- estará vigente de conformidad con la Ley 2/2008, de 23 de Diciembre, de Presupuestos Generales, en cuya Disposición Final Decimocuarta, establece la ampliación del ámbito temporal, que ya había sido modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas Administrativas y de orden Fiscal, a su vez modificada por las *Leyes de acompañamiento de presupuestos del Estado*.

Lo anterior cuestiona la naturaleza extraordinaria del régimen establecido, pues cesadas las circunstancias que le dieron origen, aún se mantiene vigente, cosa que suele ocurrir con las normas de carácter excepcional que se

⁶³ FUSTER - FABRA TORRELLAS, J.M., *Responsabilidad Civil...*, Ob. Cit., Págs. 233 y ss. Este aspecto fue criticado en su momento, por considerarse que era poco tiempo para que todas las víctimas hicieran su reclamación.

promueven y que con el paso del tiempo, devienen en definitivas.

2.1.2.3. Otras normas de carácter extraordinario.

Dentro del grupo de normas que se han expedido en torno a las víctimas del terrorismo, encontramos la concesión de pensiones de carácter extraordinario, para aquellos casos en que la víctima haya quedado lesionada con la ocurrencia de los hechos o haya perdido la vida y no sea beneficiaria de una pensión proveniente de otro organismo público o privado, con ocasión de los mismos hechos.

Lo propio se hizo, al ampliar la cobertura del régimen de las Clases Pasivas del Estado, a las personas o sus familiares, que no pudieran ser beneficiarios de otros regímenes y que hayan perdido su capacidad laboral o hayan fallecido, con ocasión de la acción terrorista y, no tengan cobertura de un régimen similar, público o privado.

Estos regímenes extraordinarios se encuentran regulados en el Real Decreto 1576/1990, de 7 de diciembre por el que se regula la concesión en el sistema de la seguridad social de pensiones extraordinarias motivadas por actos de terrorismo, así como en el Real Decreto 851/1992, de 10 de julio por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo, en su orden.

2.2. Régimen Autonómico.

De forma paralela a las disposiciones legales de carácter nacional, encontramos que en el régimen autonómico también se han previsto ayudas para las víctimas del terrorismo, razón por la que estimamos conducente hacer una sucinta referencia a las mismas, a manera de ilustración.

2.2.1. Comunidad Autónoma del País Vasco.

Si bien el sistema actual se encuentra regulado por el Decreto 214/2002, de 24 de septiembre, por el que se regula el programa de ayudas a las víctimas del terrorismo –modificado por el Decreto 313/2002, de diciembre 30-, lo cierto es que la primera norma en este sentido fue el Decreto 221/1988, de 4 de agosto, cuyo texto fue modificado en reiteradas oportunidades, en las que siempre se propendió por la mejora en las condiciones de la víctima.

Lo que se pretende con el programa establecido por medio de este Decreto, no es solo paliar los efectos dañosos de las víctimas, sino acercarlas a los regímenes de carácter privado y público, para que accedan a los demás beneficios que se han creado para las mismas.

Se trata de un sistema subsidiario y que está dirigido a cubrir aquellos rubros que no se encuentran cubiertos, bien por el régimen general de ayudas, bien en virtud de un contrato de seguro, casos en los cuales solo será posible en lo que se pueda, mejorar las ayudas que ya se les hayan concedido.

- **En cuanto a salud –Capítulo I-. Se incluyen bajo este supuesto, las ayudas sanitarias a las víctimas en el régimen general del Sistema Sanitario Público; ayudas psicológicas y psico-sociales, que implican la atención psicológica de la víctima y sus familiares, así como el pago de tratamientos individuales para los mismos, en el evento en que sean necesarios y; psicopedagógica, dirigida a estudiantes no universitarios y a realizarse por equipos multiprofesionales dependientes del Departamento de Educación, Universidades y Educación.**

- **En cuanto a educación –Capítulo II-**. El sistema en este caso se estructura sobre la base de becas, concedidas para permitir la formación académica de las personas que han sido víctimas en acciones terroristas, al igual que para aquellos alumnos que han sido lesionados o han sido lesionados sus padres, tutores o guardadores legales de los que dependen y, en consecuencia, ven menguados sus ingresos por no poder desarrollarse una actividad lucrativa.

Las becas se conceden de acuerdo con las necesidades de cada alumno y si bien para otorgarlas no se exigen determinado nivel académico, si se requiere el cumplimiento de un mínimo para su conservación, de la misma manera como se exige para cualquier otra persona que haya sido becada en otro contexto.

Por último, a las víctimas y sus familiares, se les exonera de los pagos por traslado de expediente o de tasas académicas.

- **En cuanto al aspecto laboral –Capítulo III-**. En este evento las ayudas están destinadas a posibilitar de continuar con el desarrollo de la carrera profesional de quienes hayan resultado incapacitados como consecuencia de la acción terrorista, así como a reorientar su carrera. Si la víctima fuera un empleado público, podrá dársele la oportunidad de que se le asignen nuevas funciones, cuando las circunstancias personales así lo precisen.
- **En cuanto a la vivienda –Capítulo IV-**. Para aquellas víctimas que tengan necesidades especiales de vivienda como consecuencia del acto terrorista, se le brindará ayuda para que pueda satisfacer tales necesidades, siendo posible incluso, si fuera procedente, el que optara por una vivienda de protección oficial.

- **En cuanto a los daños materiales – Capítulo V-.** Se conceden ayudas por los daños materiales en bienes muebles o inmuebles, de personas naturales o jurídicas, estén o no asegurados; sin embargo, en ningún caso la sumatoria de las ayudas recibidas por la víctima, así como el monto proveniente de pólizas de seguro, podrá ser superior al monto total de los daños sufridos y esta ayuda, tendrá carácter subsidiario.

Para el caso de daños en viviendas, se reconocerá la totalidad del costo de reparación de la misma y de los bienes necesarios para su utilización, excluyendo en todos los eventos, los bienes de carácter suntuario, así como los estudios necesarios para la reparación. Dado el caso en que el monto de la reparación supere en el 50 por 100 el valor del inmueble, excluido el terreno, las subvenciones pueden encaminarse a la adquisición de otra vivienda o el valor de la renta hasta por 20 años.

De la misma manera y con los mismos porcentajes se procederá en el evento en que los daños ocurran en establecimientos mercantiles o industriales o en sedes de partidos políticos, organizaciones sociales sindicatos.

Los vehículos también están cubiertos por estas ayudas y se reconocerá la totalidad del valor de la reparación de los mismos, salvo en el caso en que la reparación supere el valor venal, caso en el cual se abonará el valor de un vehículo de similares condiciones en el mercado.

- **Gastos de viaje o alojamiento –Capítulo VI-.** Se trata de un rubro novedoso que no se incluye en ninguna de las disposiciones legales que hemos estudiado. Se refiere a los gastos de alojamiento en los

que puedan incurrir personas que se encuentren en tránsito en el País Vasco y que hayan sufrido lesiones personales o en el vehículo. En este caso, se asume el pago del alojamiento de las personas que viajaban con la víctima, así como el costo de reparación del vehículo.

Por lo demás, la norma establece requisitos, condiciones y procedimientos para obtener y conservar las ayudas, de manera clara y explícita. Uno de los elementos más significativos y cuya ausencia pusimos de manifiesto en el Régimen de la Ley 32/1999, de octubre 8, es la creación de un procedimiento para obtener el reintegro de las sumas que haya recibido la víctima y que por una de las causales establecidas en el Decreto, haya de devolver a la Tesorería General del País Vasco.

2.2.2. Comunidad Autónoma de Navarra.

Con el Decreto Foral 254/1988, de octubre 27, por el que se regula la concesión de ayudas a los afectados por atentados terroristas, la Comunidad Autónoma de Navarra, estableció su régimen particular de ayudas, atendiendo al incremento de las acciones de este tipo en la Comunidad Foral.

Se trata de la concesión de ayudas a las personas naturales o jurídicas que resulten perjudicadas con la comisión de delitos por grupos armados ilegales, siempre que tales acciones sean reivindicadas por los mismos o que de las investigaciones que se adelanten, se pueda establecer su autoría y actividad terrorista.

Las ayudas se conceden dependiendo de cada caso concreto y de las disposiciones presupuestarias que se tengan para el momento y pueden ser para la reparación de los bienes muebles o inmuebles que hubieran sido afectados, en caso de no contar con un seguro para lo propio, caso en el cual se podrá conceder un anticipo que se devolverá una vez se reconozca el daño

por el asegurador. Dado el caso que el monto que se le conceda por la aseguradora sea inferior, el beneficiario se quedará con la diferencia entre lo reconocido y lo anticipado.

Si el bien inmueble afectado es la vivienda de habitación, se podrá otorgar una subvención que cubra los gastos de alojamiento, por el tiempo que se estime oportuno; dado el caso en que la vivienda no sea susceptible de reparar, se dará una subvención para adquirir otra o para pagar el alquiler de otra.

En adición las personas que resulten lesionadas con la ocurrencia de los hechos, tendrán derecho a que se les brinde la atención necesaria de manera gratuita. Asimismo se conceden ayudas académicas, de residencia, de comedor o de transporte, en caso de que la víctima o la persona de quien dependa, resulte lesionada y vea reducida su capacidad económica; tales ayudas pueden provenir de becas, en cuyas convocatorias tendrá dispensa de los requisitos y, concedida, podrá ser ampliada en beneficio del estudiante.

2.2.3. Comunidad Autónoma de Madrid.

Mediante la Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo, la Comunidad Autónoma de Madrid estableció un régimen subsidiario para las personas naturales o jurídicas que hubieran sido víctimas de acciones terroristas realizadas al interior de la misma Comunidad Autónoma y, en razón de las circunstancias individuales de cada una de ellas y la entidad de los daños sufridos. Se trata de un régimen muy similar al de la Comunidad Foral de Navarra, siendo este más explícito y con mayor cobertura.

El carácter subsidiario de las ayudas implica que solo serán otorgadas, en ausencia de otras o, cuando las otorgadas por otros organismos públicos o

privados, sean inferiores a las que ofrece la Comunidad Autónoma de Madrid, caso en el que solo recibirán la diferencia entre unas y otras.

Las clases de ayudas que en virtud de esta Ley se pueden recibir, se agrupan de la siguiente manera:

- **Asistencia Sanitaria y Psicopedagógica –Capítulo II-**. Acá se incluye la asistencia sanitaria para las personas que hubieran sufrido lesiones físicas como consecuencia de la acción terrorista, así como la atención psicológica para las mismas o para las personas de su entorno que se vieran afectadas.

Lo propio ocurre respecto de las ayudas psicopedagógicas, enfocadas a los menores que puedan sufrir problemas de aprendizaje con ocasión de ser víctimas ellos mismos o personas de su entorno.

En ambos casos, la atención que se les brinda es de carácter gratuito y se prestarán a través del Servicio Regional de Salud y del Ministerio de Educación y Ciencia, en cada caso.

- **Ayudas de estudio, transporte, comedor y residencia -Capítulo III-**. Estas ayudas están enfocadas a los estudiantes universitarios que puedan ver afectados sus ingresos como consecuencia de daños personales de especial trascendencia o que les incapacite en su totalidad para desarrollar su trabajo habitual, bien porque hubieran sido ellos las víctimas o bien porque lo hubieran sido sus padres, tutores o guardadores legales.

Se conceden hasta tanto termine la licenciatura o diplomatura en centros de la Comunidad –aunque esto no es restrictivo- y pueden

consistir en la dispensa de requisitos para acceder a becas o la mejora de las mismas.

- **Ayudas por daños materiales –Capítulo IV-.** Se refiere la norma a los daños sufridos en las viviendas de habitación y en los bienes de la misma, que sean necesarios para su uso y consistirán en sumas de dinero de acuerdo con los topes que fija la Ley, siempre que no haya un seguro privado que los cubra o, que no haya sido asumidos por el Consorcio de Compensación de Seguros, casos en los que se abonará solo la diferencia si se tratara de montos inferiores a los que ofrece la Comunidad.

Así las cosas se podrá recurrir a estas ayudas cuando se trate de daños en la vivienda, que sean susceptibles de reparar o bien, cuando la vivienda quede destruida. En cualquier caso, también se proporciona a las víctimas, alojamiento provisional mientras dure la reparación de la casa o mientras se adquiere otra, en el evento en que se haya destruido.

Tal y como tuvimos oportunidad de estudiar, este es uno de los rubros que se encuentran contemplados en el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, en donde de la misma manera se fijan unos límites en cuanto a la cantidad a percibir. En estos casos, las ayudas solo se podrán solicitar si el monto concedido, fuere inferior al establecido por la Comunidad y por la diferencia.

En el caso de las personas que sufran daños en empresas o comercios y que soliciten créditos para la reparación de los mismos, podrán recibir subvenciones equivalentes al coste financiero de los créditos concedidos.

- **Ayudas Extraordinarias –Capítulo VII-**. En el único evento en que el recibo de ayudas por parte de entidades públicas o privadas, no es óbice para que la víctima reciba otra de la Comunidad de Madrid, es aquel en que haya habido una víctima mortal, caso en el cual se dará a los cónyuges, los padres o los hijos y siempre que demuestren la dependencia económica de la misma.

La ayuda acá establecida, solo se entrega por una vez y en caso de concurrir varias personas como beneficiarias, se distribuye entre las mismas, siguiendo los lineamientos que para lo propio se dejan establecidos en la misma Ley.

2.2.4. Comunidad Autónoma Valenciana.

Con la Ley 1/2004, de 24 de mayo, de ayuda a las Víctimas del Terrorismo, se determina el marco dentro del que se conceden ciertas indemnizaciones⁶⁴, como una muestra de gratitud y exaltación a las víctimas, buscando contribuir a la consecución de la paz a través de la conciliación y la justicia, loables fines cuya primera dificultad la encuentran en la redacción de la norma.

En este caso, se agruparon las diferentes alternativas dentro de las que la ley concede ayudas a las víctimas, quienes convivan con ellas en relaciones análogas a la conyugal o que convivan en forma estable o, que dependan de la misma⁶⁵.

- **Indemnizaciones por daños físicos y psíquicos y reparación por daños materiales –Capítulo II-**. En lo que se refiere a los daños

⁶⁴ En la Exposición de Motivos de la Ley, se hace alusión a algunas disposiciones anteriores para la atención de las víctimas del terrorismo, de carácter general. La referencia a tales disposiciones no es exacta y, de alguna manera refleja lo que dijimos en otro apartado, como es el desconocimiento de las normas existentes al respecto.

⁶⁵ Quizá por querer hacer un precepto amplio, en el que se incluyeran todo tipo de uniones, se dejó por fuera a los cónyuges, aún cuando se entendería incluido en esta enunciación de beneficiarios.

físicos y psíquicos, las “indemnizaciones” consistirán en “ayudas” para la víctima o sus familiares en caso de fallecimiento, quien habrá de recurrir en primer término al régimen general del Estado y, que una vez concedidas, serán mejoradas por la Comunidad Autónoma, en un treinta por ciento. Lo anterior implica desde luego, que estas ayudas son compatibles con las demás ayudas de las que puedan ser beneficiarios.

Por otro lado, se indemnizarán los daños sufridos en las viviendas, los establecimientos mercantiles o industriales las sedes de partidos políticos, sindicatos u organizaciones sociales, así como en los vehículos, casos en los que se procederá de la misma manera, es decir, primero habrá de recurrirse al Régimen General de Ayudas.

Las reparaciones en los inmuebles, incluyen los bienes necesarios para su uso, excluyendo como es lógico, los elementos suntuarios. Lo propio se hará en los casos de establecimientos mercantiles o industriales, sedes de partidos políticos, sindicatos u organizaciones sociales, así como con los vehículos que resulten afectados, caso en el que se reconocerá el valor de la reparación para su puesta en funcionamiento.

En los casos excepcionales en que la solicitud presentada al régimen general no sea atendida, es posible que estas sean asumidas por la Comunidad Valenciana, incluyendo la mejora del treinta por ciento aludida.

- **Subvenciones –Capítulo III-.** Dentro de este rubro se hace referencia a la posibilidad de que las asociaciones, fundaciones, entidades e instituciones, reciban subvenciones por parte de la Comunidad Autónoma, para la realización de proyectos asistenciales

a las víctimas, el diseño y ejecución de programas que las dignifiquen y exalten su sacrificio, así como la realización de actividades que propendan por la concientización y toma de conciencia frente al fenómeno del terrorismo. Estas subvenciones son compatibles con cualquier otro tipo de ayudas que con este mismo objetivo se entreguen por parte de otros organismos.

- **Acciones asistenciales –Capítulo IV-**. Bajo este capítulo se agrupan las ayudas de carácter sanitario, psicológico, psicosocial, psicopedagógico, académico, laboral y de alojamiento. Los términos son los mismos que se utilizan en otras comunidades autónomas, en cuanto a que cubren los costos de los tratamientos médicos, psicológicos, conceden becas de estudio, comedor, vivienda y transporte, así como asesorías en materia laboral, salvedad hecha de los casos en que alguno de estos eventos esté cubierto por un seguro privado o haya sido asumido por otra entidad pública.
- **Distinciones honoríficas y garantía de fondos de solidaridad – Capítulo V-**. Es este el único evento en que una disposición autonómica, contempla la posibilidad de conceder distinciones honoríficas a las víctimas de las acciones terroristas, así como la imposición legal de garantizar la existencia de fondos para sufragar las ayudas que con la misma disposición legal se están estableciendo.

2.2.5. Comunidad Autónoma de Extremadura.

A través de la Ley 6/2005, de 27 de diciembre, de medidas para la asistencia y atención de las víctimas del terrorismo y de creación del centro extremeño de estudios para la paz, se crearon una serie de ayudas destinadas a

las víctimas del terrorismo, en adición a las ya conferidas por el Estado, con las que no existe incompatibilidad alguna⁶⁶.

Las ayudas están destinadas a las víctimas de las acciones, así como a su cónyuge o conviviente y sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o, para quienes no teniendo parentesco dependieran de la víctima o convivieran con ella.

El sistema se enfocadas más a aspectos sociales que económicos, relativos a los servicios de salud, educación, reinserción laboral, entre otros, que propenden por el bienestar de la víctima, más allá de mejorar su condición económica, con una única excepción, como es el evento en que como resultado de la acción de la que fue víctima, esta haya de realizar erogaciones adicionales a las ordinarias y siempre que estas no se encuentren cubiertas por una entidad de carácter público y privado.

El otorgamiento así como el seguimiento a quienes fueran beneficiarios de las ayudas, quedó a cargo del Centro Extremeño de Estudios para la Paz, organismo encargado de organizar actividades de carácter académico, bajo los mismos principios que dieron lugar a la expedición de la Ley.

2.3. Respetto del criterio seguido por la Legislación.

Vista la abundante normatividad existente en la actualidad para la atención de las necesidades de las víctimas del terrorismo y, de alguna manera, con la intención rendirles tributo, resulta oportuno referirnos a ciertos aspectos que consideramos importantes dentro de todo el sistema que se ha diseñado, quizá no con tanto orden como debiera, pero que se soporta en loables objetivos.

⁶⁶ La multiplicidad de normas y el carácter ordinario y extraordinario de las mismas, lleva a confusiones en todos los ámbitos, como lo hemos puesto de manifiesto en otros lugares. En este caso, en la Exposición de Motivos de la Ley, se hace referencia a las normas que se han encargado de reglamentar las ayudas para las víctimas, sin hacer diferencias entre ellas y dándoles igual rango a unas y otras. Esto puede ser irrelevante si no fuera por el hecho de generar confusiones para los directos beneficiarios de las mismas.

Todo el sistema se encuentra soportado en normas de orden nacional –ordinarias y extraordinarias- y de orden autonómico, expedidas con base en criterios de *solidaridad* y, sin la más mínima intención de generar en contra del Estado algún tipo de responsabilidad civil, en ninguno de sus órdenes.

Lo que se hace, no es otra cosa que una distribución social del riesgo que proporciona a quienes resultaron más perjudicados con la materialización del mismo, los elementos para que solventen la situación en la que se encuentran, en razón del sacrificio del que fueron objeto, procurando en todo momento y en los ámbitos más sensibles, una mejora de su situación.

Tal distribución resulta más evidente en la Ley 13/1996 y su posterior reglamento contenido en el Real Decreto 288/2003, así como en las disposiciones autonómicas, en las que se establecen medidas para atender situaciones básicas, a las que se tiene derecho por el solo hecho de ser víctima.

En el caso de las disposiciones de carácter extraordinario, si bien se funda en la *solidaridad* para con la víctima, acá el Estado asume el pago de las indemnizaciones que, con base en principios de *responsabilidad civil*, se han fijado en favor de las víctimas, pero que no han podido hacerse efectivas, bien porque no se ha podido determinar la autoría de los hechos, bien porque determinada no ha sido dar con los responsables o bien, porque habiendo dado con ellos, no son solventes.

El requisito para el reconocimiento de la indemnización, en este caso, no es otro que la existencia de una sentencia en firme, que haya reconocido el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil o, en su ausencia, el que se hayan adelantado las diligencias judiciales oportunas o se hubiera dado inicio al proceso penal para el enjuiciamiento de los delitos de los que se fue víctima.

El punto de partida, bajo este esquema, es la declaratoria de *responsabilidad civil* del terrorista o, al menos del inicio de las acciones judiciales que permitan llegar a ella; de ahí a que pese a existir un principio de *solidaridad* en virtud del cual el Estado asume el pago de tales condenas, se imponga la obligación de transmitir, previo el pago de la indemnización, las acciones civiles que le conciernen a la víctima, en favor del Estado, para que éste a su vez obtenga de manos del directo responsable, el pago de los dineros que a tenido que asumir.

En este evento, habida cuenta de estar asumiendo el pago de indemnizaciones provenientes de declaratorias de Responsabilidad Civil, se es bastante cuidadoso en la redacción y los términos que se utilizan, así como e reiterar que el hecho de asumir el pago de tales obligaciones, no implica de manera alguna el reconocimiento de responsabilidad de parte de la Administración Pública. Es bajo estos parámetros en donde se encuentra la Ley 32/1999 y su posterior reglamento contenido en el Real Decreto 1912/1999, modificado por el Real Decreto 288/2003⁶⁷ y el Real Decreto Ley 2/2008, de 23 de diciembre, como se apuntó en su momento.

Así las cosas, al menos en el ámbito nacional se siguen dos criterios, bajo los cuales se es beneficiario de las ayudas establecidas por el Estado: la *solidaridad* -en donde se asumen ciertos rubros, sin dejar la expectativa de recuperarlos con posterioridad de manos del directo responsable- y; la asunción de obligaciones que por virtud de la ley, le corresponden a un tercero, sin que esto implique el reconocimiento de responsabilidad a su cargo y reservándose la posibilidad de obtener, de ese responsable directo, el pago que ha hecho en su nombre.

En el caso de las disposiciones autonómicas, el tema no es tan claro. En algunas

⁶⁷Si bien dentro del planteamiento que se va adelantando, el Real Decreto 288/2003 corresponde al conjunto de normas *ordinarias*, es de anotar que ésta disposición legal modificó en un apartado, el Real Decreto 1912/1999, que se encuentra dentro de las disposiciones que consideramos de carácter *extraordinario*, aspecto abunda como argumento de la disparidad de disposiciones que se pretende resaltar, toda vez que teniendo el mismo rango lo modifica, pero no lo deroga. La modificación a que se hace alusión, se encuentra en la Disposición Primera, del Real Decreto 288/2003.

ocasiones la falta de técnica jurídica –como ocurre en el caso de la Comunidad Autónoma de Valencia-, deja abiertos interrogantes acerca del título bajo el cual se asumen indemnizaciones por daños a favor de las víctimas y si esto implica la asunción de algún tipo de responsabilidad por parte de la misma Comunidad. En ninguna de las normas se hace alusión a este delicado asunto, como tampoco a la posibilidad de subrogarse en las acciones civiles de la víctima⁶⁸.

El establecimiento de la subrogación en uno solo de los regímenes, es consecuente con los fundamentos del mismo, no obedece a un descuido su ausencia, ni a un capricho su inclusión.

En lo que se refiere al régimen contemplado por la Ley 13/1996 y su correspondiente reglamento establecido en el Real Decreto 288/2003, parten del mero principio de solidaridad; en este caso el Estado, otorga a las víctimas del terrorismo una ayuda para paliar su sufrimiento, vuelca su atención en quien se ha visto perjudicado, constituyéndose ésta en una herramienta más de carácter social, que de carácter jurídico -de hecho no forma parte del régimen de la responsabilidad civil-.

El único requisito para ser beneficiario de estas normas, es la calidad de víctima de un acto terrorista y de conformidad con unos parámetros básicos, para que se apliquen las normas provenientes de la generosidad del Estado, que le lleva a acoger a los miembros de su sociedad que se han visto lesionados; generosidad que no sería tal, si el Estado repite los pagos efectuados, contra quienes deben responder, pues hacerlo implicaría no un acto de desprendimiento, sino de la asunción de las obligaciones por otro.

Por el contrario, el régimen contenido en la Ley 32/1999 y su reglamento

⁶⁸ En términos generales las normas están bien elaboradas, salvo por contadas excepciones. Las disposiciones de la Comunidad Autónoma de Madrid y del País Vasco, son las más claras y explícitas en cuanto a las ayudas y la forma de obtenerlas; no así ocurre con el Real Decreto de la Comunidad Autónoma de Valencia en donde se habla de indemnizar las víctimas, no se incluye a los cónyuges como beneficiarios y se habla de daños en la vivienda habitual de las personas naturales.

correspondiente contenido en el Real Decreto 1912/1999, modificado entre otros, por Real Decreto 288/2003, parte de un principio diferente, como es la existencia de una sentencia condenatoria en materia de responsabilidad civil o, por lo menos, del inicio de las diligencias tendientes a su declaratoria, en virtud de lo cual el Estado va a reconocer parte de los daños, previa la subrogación que de las acciones haga el beneficiario, en su favor.

En este evento, el Estado si está asumiendo las obligaciones que en rigor le corresponden a otra persona o grupo de ellas y, por ende debe subrogarse en las acciones para poder repetir el pago realizado -así con posterioridad no las ejercite o ejercitándolas, no tengan efecto alguno por la insolvencia del delincuente-, lo que ratifica aquello que de manera reiterada se pone de manifiesto en la norma, como es la inexistencia de subsidiaridad.

Si bien en este caso también se procede en virtud de la *solidaridad*, como criterio principal, la posición que se asume es la de *garante* del pago de las obligaciones que le corresponden al terrorista, garantizándose la solvencia del mismo frente a su víctima, mitigando los efectos, de por si nocivos, para ésta.

La *solidaridad* en este evento no cuenta con la misma connotación que en el otro régimen; acá se materializa en la adopción voluntaria de las condenas que se han proferido, propendiendo por el restablecimiento de los derechos que asisten a la víctima, que ha visto defraudado su deseo de justicia, frente a la insolvencia del delincuente condenado. En este términos resulta consecuente la subrogación como requisito *sine qua non*, para la obtención de la indemnización correspondiente.

Nótese como en la exposición de motivos de la Ley 32/1999, se deja establecido de manera expresa que no se pretende desplazar las ayudas ordinarias establecidas para las víctimas del terrorismo, sino que se aumentan al conceder una concediendo una garantía adicional –en ocasiones única-, para los casos en los que los beneficios establecidos para el momento en que se presentaron los hechos no fueran

suficientes.

Esta circunstancia implica que el título a través del cual se obtienen las ayudas, sea diferente en cada uno de los casos; así de conformidad con la Ley 32/1999 y su correspondiente reglamento contenido en el Real Decreto 1912/1999, encontramos que para acceder a la indemnización se requiere de la declaratoria de responsabilidad civil o el inicio de las acciones tendientes a su establecimiento, mientras que, bajo el sistema establecido por la Ley 13/1996 y su correspondiente Real Decreto 288/2003, se requiere demostrar la condición de víctima, de acuerdo con el proceso administrativo establecido para lo propio, sin que sea necesario que se haya capturado a los delincuentes y que sobre los mismos penda la imposición de una pena. Acá es la expresión de la *solidaridad* en todo el sentido de la palabra, no se requiere más que la condición de víctima para poder ser beneficiario de las ayudas ofrecidas por el Estado.

Sin embargo, ¿cómo explicar la multiplicidad de regímenes, autónomos entre sí, que establecen ayudas bajo diferentes criterios y, a cuya aplicación no se opone ninguno de ellos?

No hay una respuesta clara al respecto, pues nada indica las razones para que se hubieran mantenido vigentes todos estos regímenes, que bajo el mismo principio -la solidaridad- abordaran este asunto y dando soluciones disímiles y compatibles, siendo factible su unificación sin suprimir nada de los mismos, en beneficio de la víctima, que en la mayoría de los casos, no conoce las posibilidades con las que cuenta y las ayudas que se han dispuesto.

2.4. Manifestaciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de las ayudas a las víctimas del terrorismo.

Los regímenes de ayuda a las víctimas del terrorismo no han sido abordados en profundidad por la doctrina, cuyo silencio al respecto no deja de ser sorprendente.

Se trata desde luego de un tema muy sensible, en el que no todo es opinable y que al margen de su bondad, en la medida en que atiende las necesidades de un conglomerado social con el que todos queremos solidarizarnos, pareciera no tener mucha trascendencia el hecho de analizar o no los aspectos jurídicos que involucra, si cumple con el objetivo para el que fue creado.

Así, las alusiones que al régimen se hacen, son tangenciales y por lo general tendientes a la justificación de su existencia, pero sin analizar sus elementos diferenciales o su fundamento.

Se coincide en afirmar, que no se trata en rigor de un sistema de responsabilidad civil, por cuanto no cumple una función indemnizatoria, sino que se trata de un conjunto de ayudas que pretenden mejorar la situación de un conglomerado, afectada por un determinado hecho.⁶⁹ En esto se asimilan a las disposiciones legales que establecen ayudas en el mismo sentido para los casos de violencia de género, víctimas de violencia sexual, víctimas del VIH, entre otras.

Siendo válida esta anotación, se acerca más a las normas generales, a aquellas que se fundamentan en la solidaridad, en las que el Estado no se subroga en acciones, a las que crean el régimen ordinario al que nos referimos en su momento, no así desde la perspectiva del régimen extraordinario, en donde se encuentran involucrados elementos de la responsabilidad civil tales como, el establecimiento de una indemnización a cargo del causante del daño, que no se ha hecho efectiva por su insolvencia o, que al menos se hayan adelantado las diligencias propias para su declaratoria, como lo apuntamos en su momento.

En este régimen lo que se relativiza es el concepto de resarcimiento, que como en los demás casos, es de carácter parcial y se restringe a ciertas lesiones, sin incluir lo relativo a los daños morales, ni los daños materiales, aún cuando se encuentren reconocidos, unos y otros, a través de una Sentencia Judicial.

⁶⁹DIEZ PICAZO L., *Derecho de Daños, Ob. Cit.*, Pág. 62 y ss.

Lo propio ocurre respecto del régimen de la Comunidad Autónoma de Valencia, en donde si se habla de manera expresa de indemnizaciones por daños físicos o psíquicos y reparación de los daños materiales.

Desde otro punto de vista, se aduce que se trata de sistemas basados en la solidaridad social, consecuente con la concepción de Estado Social adoptada por la constitución española y no en los parámetros en los que se funda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, no solo por plantearse así en las normas correspondientes, sino por ser ausentes los presupuestos necesarios para su declaratoria; asimismo nada obsta para que aún habiéndose reconocido las ayudas a las víctimas, se declare la responsabilidad de la Administración si se demuestra la causación del daño por la prestación normal o anormal de un servicio público⁷⁰.

Tampoco se trata de un caso de Responsabilidad Civil, si se tiene en cuenta que una cosa es que se establezca una responsabilidad de la administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público y otra, que la indemnización que se fije en favor de una persona por los daños y perjuicios que sufra por la realización de una conducta delictiva, aún cuando ésta conducta sea un acto terrorista, pues en cualquier caso, tal indemnización corresponde en estricto rigor, a la persona responsable ante el derecho penal, salvo que el Estado, con base en criterios de *solidaridad*, decida asumir el pago de tal indemnización⁷¹.

⁷⁰BUSTO LAGO, J.M., “La Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas”, *Lecciones de Responsabilidad de Civil*, Aranzadi, Navarra, 2.002, Pág. 478 y ss. Situación que por demás se ha mantenido en la Jurisprudencia, tal y como se evidencia en: Sentencia de la Audiencia Nacional, de 19 de enero de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª (RJCA 2000\124), así como en los casos referidos de la Exposición de Sevilla y la Mochila de Lemoniz.

⁷¹YZQUIERDO TOLSADA M., *Sistema de Responsabilidad...*, *Ob. Cit.* Pág.286; el mismo en “La Responsabilidad Civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate”, *Estudios de Responsabilidad Civil*, Dykinson, Madrid, 2001, Pág. 237. Sentencia Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ 1985\3202). Aún siendo válido el punto de vista sostenido por el Autor, yerra en la referencia legal que hace, cuando indica: “...con posterioridad a esta obra (se refiere a la primera obra que citamos, *Sistema de Responsabilidad Civil*), se promulgó el Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de los delitos de terrorismo, parcialmente modificado luego por Real Decreto 1734/1998, de 31 de julio, y finalmente sustituido por la ley de 1999 referida en el texto...”. La Ley 32 de 1999, no sustituyó los Reales Decretos referidos por el Autor, sino que con la misma se pretendió mejorar las condiciones de las víctimas.

PANTALEÓN PRIETO⁷², refiriéndose a la Responsabilidad Objetiva de la Administración, indica que se esta se encuentra dentro de los mecanismos indemnizatorios que se configuran sobre la base de los criterios de *justicia conmutativa* y *eficiencia económica*.

Estos mecanismos se contraponen a aquellos que provienen de la *seguridad social* y que se rigen por un principio de justicia social, lo que implica que solo debe ser aplicado en los casos en los que las víctimas se encuentran en situaciones de necesidad económica y solo en la medida indispensable para cubrirlas. Bajo este último planteamiento se encuentran las disposiciones jurídicas relativas a los delitos de terrorismo.

Tal postura la ratifica el Autor en otro de sus escrito⁷³, en el que indica que la expresión más depurada de lo que considera sistemas de *seguridad social*, se encuentra en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual.

El fundamento de esta norma, es el mismo que soporta las disposiciones que establecen ayudas para las víctimas de los delitos de terrorismo, con las que no se pretende indemnizar el daño, sino ayudar a los que han sufrido los efectos del proceder delictual.

En estos casos, no se requiere que haya una relación de causalidad entre quien asume el pago de la indemnización -el Estado- y el evento que causa el daño; no es que el Estado sea *responsable*, sino que reconoce la imposibilidad de controlar la ocurrencia de tales eventos, a través de gestiones razonables y por ende se ve en la necesidad de acudir al sistema de seguridad social, en virtud del cual, la

⁷²PANTALEÓN PRIETO F., “Los anteojos...”, *Ob. Cit.*, Pág. 239 y ss.

⁷³PANTALEÓN PRIETO, “Cómo repensar la Responsabilidad Civil Extracontractual (también en las administraciones públicas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No. 4, La Responsabilidad en el Derecho*, Madrid, 2.001, Pág. 181.

materialización de un riesgo específico, se disemina en toda la sociedad. Lo anterior no es obstáculo para que en ciertas oportunidades, se configure responsabilidad por acción u omisión de la Administración.

Y es que no es posible imputar a las Administración el resultado que se produce con la comisión de un acto terrorista y las indemnizaciones que del mismo se desprendan, por cuanto no se trata de la materialización de un riesgo creado por su parte a partir del cual se pueda llegar a establecer un vínculo de imputación, sino que se trata de un acto realizado por particulares, en donde tampoco puede hablarse de falla en el servicio, toda vez que -y acá se reproduce un *dictamen inédito* del Letrado del Consejo de Estado D. LUIS MARÍA DOMÍNGUEZ-

“...el fenómeno terrorista nunca puede ser imputado, a efectos de proclamar una responsabilidad objetiva, a ninguno de los órganos del Estado. Por el contrario, el terrorismo es <<una grave agresión a la Sociedad que el Estado, carente de medios suficientes para proveer un eficaz servicio público de seguridad para su evitación ha de recurrir en muchos ordenamientos a la formulación del clásico principio pas de liberté pour les enemis de la liberté, sin que ni remotamente pueda establecerse ligazón, a efectos de fundar la responsabilidad pública, entre las acciones terroristas y la actividad administrativa>>”⁷⁴.

⁷⁴MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J.L., “La Obligación Estatal de indemnizar los daños causados por las bandas Armadas”, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 48 octubre – diciembre, 1985, Págs. 564 y ss. Al respecto tenemos que decir que si bien compartimos la conclusión a que se llega, respecto de la imposibilidad de imputar a la administración la comisión de un acto terrorista, disentimos de la apoyadura de la misma; no se trata de que el Estado carezca de los medios para prestar un *eficaz servicio público de seguridad*; no solo se cuenta con los medios, sino que resulta eficaz tal servicio público -de otra forma no se explica cómo se logran a evitar los mismos-, pero ocurre que la naturaleza del delito implica su realización en los lugares más inesperados y donde puedan causar más daños; Asimismo -recogiendo una idea antes planteada- la obligación del Estado derivada de la prestación de este servicio, no puede ser tenida como de *resultado*, sino de *medio*, pues no existe manera alguna de evitar que se cometa un atentado terrorista, los elementos más desarrollados no serán suficientes para ello, como no es posible evitar que se cometan asaltos, asesinatos, accidentes de tránsito, riñas y demás.

No estamos frente a un delito *especial* en si mismo, sus efectos pueden ser tenidos por especiales, pero no la conducta; no podemos caer en el error de cargar a la Administración su ocurrencia, porque por esa vía, el Estado sería responsable de todos los actos que los particulares decidieran cometer, por cuanto la prestación del servicio no fue *eficaz* para evitarlo o es que podemos decir lo mismo, cuando ocurre un accidente de tránsito, que el servicio de control del tráfico no es *eficaz* o que los controles para obtener licencia de conducir

Continuando con su planteamiento, para MARTÍNEZ – CARDÓS RUIZ es posible tener las ayudas establecidas para las víctimas como parte de las prestaciones de la *seguridad social*, con el argumento de que los principios de protección en los que estriba el sistema, hacen efectivo el principio jurídico de reparto equitativo de las cargas que se generan a la sociedad, con un acto terrorista.

Con todo y aún reconociendo esta posibilidad como la más viable, no hay una correspondencia total con los principios en los que se inspira el sistema de seguridad social, por cuanto en ellas se parte de que su establecimiento propende proteger a los ciudadanos de los *riesgos de concreción individual* que nunca dejarán de presentarse por óptima que sea la sociedad en la que se viva; esta situación no se presenta en el caso del terrorismo, en donde se trata de riesgos que no son inherentes a la vida en sociedad, de un lado y, de otro, porque se trata de un fenómeno exterminable si los Poderes Públicos dejan de ampararlos, si los medios de comunicación no los difunden o los justifican, si se hacen desaparecer las bases sociales en los que se sustenta y los servicios de seguridad fueran tan eficaces como la naturaleza misma del delito lo requiere⁷⁵.

no son *eficaces*. Reiterando, por ésta vía se hace responsable al Estado por todo lo que ocurra, pues siempre habrá casos en los que la situación escape de control, por cualquier circunstancia que se prefiera y no por ello el servicio público puede ser tildado de *ineficaz*.

Así las cosas, no es que el Estado sea irresponsable por la incapacidad que tiene para la eficaz prestación de un servicio público -afirmarlo de ésta manera es reconocer que es responsable, pero excusarle, por no contar con los medios para la efectiva prestación del servicio-; el Estado no es responsable, es porque no existe *nexo de causalidad* entre los hechos y su acción u omisión, cosa bien diferente a decir que no es responsable por no contar con los medios, toda vez que este solo hecho -no tener los medios existiendo múltiples de ellos- sería suficiente en determinados casos para hacerle responsable.

⁷⁵ Siendo válida la postura esbozada en líneas anteriores, se entiende de alguna manera la negativa del autor a incluir dentro de las prestaciones de la *seguridad social* las ayudas establecidas para las víctimas del terrorismo, teniendo en cuenta la época –año 1.985- en la que se publica el estudio referido -sin pretender por esto descalificarlo-, toda vez que en aquel entonces, el fenómeno terrorista era más local, si se quiere. Si bien entonces se conocía la existencia de grupos terroristas, no tenían la fortaleza que tienen en la actualidad, como consecuencia de la actuación del Estado, dirán algunos, como consecuencia de las injusticias sociales, apuntarán otros, si nos detenemos en sus causas, pero constituyendo un riesgo general creciente y difícil de controlar. Tal vez en esa época, en efecto la difusión de la prensa les daba fortaleza o los poderes públicos les protegían, pero en la actualidad sus hechos no requieren de tal difusión dada su magnitud y cualquier protección que se les pueda dar desde las esferas del poder, resulta no solo inocua, sino temeraria, pues son organizaciones con vida propia que se bastan a si mismas para cualquier amparo y que no conocen de amigos o detractores.

Asimismo no se pueden desconocer las razones por las que se expiden estas normas, que no es otra que regular las relaciones laborales, aún cuando esta relación de disemina cada vez más, al punto en que en la actualidad ha dejado de ser este el único fundamento para atender ciertas necesidades sociales.

Todo lo anterior, lleva a concluir, que no se trata de un fenómeno que podamos incluir dentro de los principios de la Seguridad Social, como tampoco de la Responsabilidad del Estado, sino que nos encontramos ante indemnizaciones de carácter *especial*, con fundamento en normas de carácter excepcional y que obedecen a las tendencias actuales al fortalecimiento del aspecto social, en todos los regímenes políticos, que conducen a la distribución entre todos los miembros de la sociedad de los resultados dañosos de la concreción de un riesgo⁷⁶.

También en sede de un estudio adelantado por el profesor JIMÉNEZ BLANCO, relativo a la responsabilidad patrimonial de la administración y en el que se refirió al –en aquel entonces- incipiente sistema de protección a las víctimas del terrorismo contenido en el Real Decreto – Ley 3/1979, de 26 de enero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (antecedente directo, como lo ilustramos en su momento, del Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, de Ayudas a las

Tal vez estos elementos se den, en fenómenos terroristas locales, refiriéndonos con esto a organizaciones circunscritas a determinados territorios, como pudo serlo otrora ETA, pero no se puede decir lo mismo con fenómenos terroristas de mayor envergadura, como AL QAEDA. Se presentó con las FARC, pero dado su crecimiento y fortaleza, sus acciones han llegado a permear la seguridad de Estados aledaños a Colombia e incluso a nacionales de países lejanos, llegando a ser reconocidos como organización terrorista internacional, entre otros, por la Unión Europea.

Entonces, en la actualidad, si podemos decir que se trata de un riesgo inherente a la vida en comunidad y que, cada día más, resulta incontrolable, al menos dadas las circunstancias actuales, aunque hemos de reconocer que son muchos los avances que en este sentido se han dado y que han llevado a la comunidad internacional a establecer mecanismos conjuntos, teniendo todos ellos al convencimiento de la inoperancia del uso de las vías de hecho para la consecución de determinados ideales.

⁷⁶ DÍAZ ALABART, S., “La Responsabilidad Estatal...”, *Ob. Cit.*, Págs. 468 y ss. La misma postura sostiene la Autora, cuando dice que se trata de un sistema que tiene elementos de Responsabilidad Civil y de la Seguridad Social. Por una parte actúa ante un delito que causa daños, con independencia de que no haya una relación previa que lo justifique –lo que la sitúa en la Responsabilidad Civil Extracontractual-; sin embargo la forma como se fija el resarcimiento, así como las personas que son beneficiarias del mismo, lo ubica más cerca del sistema de la Seguridad Social. Lo que si es claro, dice la Autora, es que no hay responsabilidad de la Administración en la causación del daño.

Victimas del Terrorismo), afirmó que tales disposiciones se encontraban más cerca del sacrificio especial no exigible a individuos concretos, que a un sistema objetivo por mal funcionamiento de las obligaciones de vigilancia imputables a la administración, entre otras razones, porque si de tal supuesto se tratara, sería viable imputar responsabilidad a la administración por todo daño proveniente de cualquier delito⁷⁷.

En una brevísima alusión al tema el profesor REAL FERRER⁷⁸, en su artículo antes citado, manifestaba que los sistemas de ayudas a las víctimas del terrorismo, no cuentan con un carácter reparador desde el punto de vista de la responsabilidad, sino que obedecen a manifestaciones de solidaridad, por cuanto en la conciencia colectiva existe un grado de culpa en la emergencia de éste tipo de fenómenos o, cuando menos, en la incapacidad de acabar civilizadamente con ellos.

Advierte eso sí, cierto inconformismo con lo anterior, no tanto desde el punto de vista de la justicia como si desde la perspectiva de la equidad, pues plantea la duda que genera el que no se atienda a la víctima de un rayo y si a la de ciertos delitos, si en suma, constituyen de la misma manera un riesgo de vida al que se encuentra expuesta la totalidad de la sociedad.

Esta postura, resulta interesante, pues se matiza la solidaridad, con un sentimiento de culpa colectiva, ante el fenómeno del terrorismo, afirmación sobre la que cabrían varias críticas, desde diversas esferas del pensamiento y que desde luego no en sede de este estudio resulta pertinente abordar; bástenos pues, con rescatar de ésta postura, el que se le haga girar en torno a la idea de

⁷⁷ JIMÉNEZ – BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ A. “Responsabilidad Administrativa por culpa “in vigilando” o “in omittendo” *Poder Judicial*, 2ª época No. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1986, Págs. 123 y 124.

⁷⁸ REAL FERRER, G., “La Solidaridad...”, *Ob. Cit.*, Pág. 170 y ss.

solidaridad de la sociedad, como consecuencia de la asunción de un riesgo del que no es posible sustraerse o que -al menos- resulta complejo de eliminar⁷⁹.

2.5. Análisis crítico de los sistemas de ayuda a las víctimas del terrorismo.

Como se evidencia de las disposiciones legales que hemos visto y lo pusimos de manifiesto en otro apartado, España cuenta con un sistema de protección a las víctimas del terrorismo bastante avanzado, incluso más generoso que lo que se ha propuesto a través de organismos internacionales como la Conferencia de Ministros, del Consejo de Europa.

La evolución que ha habido al respecto y el buen recibo que los regímenes aludidos tienen en la sociedad, pese a que es la misma la que asume el altísimo costo que supone la atención directa de parte del Estado, de algunos de los daños que se causan, en adición a los suyos propios.

En todo momento se propende por la concesión de mayores y mejores ayudas para quienes han sufrido de manera directa las acciones terroristas, lo que se evidencia con la sucesión de disposiciones nacionales y la creación de regímenes autonómicos, que aumentan de forma significativa, las coberturas ya existentes y las adicionan, siempre con el objeto de paliar los sufrimientos injustos que se han causado y que claman la solidaridad de la sociedad a la que se pertenece, sin aplicar diferenciaciones de ningún tipo.

La experiencia y evolución que ha tenido el sistema resulta de gran valía para otros países, tanto en los que se sufre el flagelo del terrorismo con mayor fortaleza, como en aquellos en los que solo se tienen noticia de su ocurrencia en parajes

⁷⁹REAL FERRER, G., “La Solidaridad...”, *Ob. Cit.*, Pág. 171; dice el Autor: “Recientemente, se ha ampliado sustancialmente la cobertura de los daños morales sufridos por las víctimas de estos delitos al asumir el Estado el pago de las indemnizaciones establecidas por la vía de la responsabilidad civil derivada del delito a las que sus directos responsables nunca hicieron frente...”, refiriéndose a la Ley 32/1999, de 8 de octubre. Tal vez las aclaraciones al respecto abundan en éste apartado, pero no está de más el indicar que de manera expresa se excluyó por parte de la Ley en comento, el pago de indemnizaciones por daños morales, siendo de ésta manera, inexacta la apreciación que se hace.

lejanos, habida cuenta de ser un modelo a seguir, con matices diferenciadores y con las variantes necesarias en razón a las características propias de cada uno, pero sirviéndose de la experiencia que ha habido sobre el particular, por una sociedad que se muestra solidaria con sus congéneres y rechaza las manifestaciones más primitivas del hombre en su afán de obtener un reconocimiento, sin darse cuenta que cada día son menores las posibilidades de que las vías de hecho se impongan y que su infundada lucha tenga éxito.

Con todo, al margen de las sinceras manifestaciones a favor de la atención de las víctimas por parte del Estado, hemos de manifestar algunos aspectos con los que, más allá de pretender una crítica nociva, pretende ser al menos, el punto de partida de una análisis objetivo, con miras al perfeccionamiento de un sistema como el actual, que siendo bastante bueno, como siempre ocurre, tiene aspectos susceptibles de ser mejorados.

La razón de ser de las disposiciones legales existentes en este entorno, no es otro que el de paliar el sufrimiento de una parte de los miembros de la sociedad, lo cual implica que se asuman por parte del Estado, como ente superior encargado, entre muchas otras cosas, de la seguridad y el bienestar de las personas que le conforman, algunas obligaciones, de manera voluntaria y con fundamento en loables sentimientos de solidaridad y apoyo.

La mayoría de las normas son enfáticas en afirmar el fundamento en estos sentimientos, más no en la existencia de responsabilidad civil, que reside con exclusividad en quien realiza el hecho y ocasiona el daño, de acuerdo con los más elementales principios en los que estriba la responsabilidad civil.

Empero, ¿si es el Estado el que asume el pago de las obligaciones -al menos parte de ellas- tendientes al resarcimiento de los daños causados a determinadas personas, sin que pretenda siquiera, de manos de los llamados a responder, las sumas que ha asumido de manera voluntaria, el efecto, no sería el mismo?; en otras

palabras, no se asume responsabilidad, pero al final, la “cadena de reclamaciones”⁸⁰ que se generan en virtud del daño, terminan de manera inevitable en el Estado, sin que haya sido éste el responsable y sin que pueda satisfacer los derechos a los que hay lugar, siendo éste el que asuma la carga que tal situación supone, tal y como ocurre con el verdadero responsable, al que la acción que en su contra se ejerce, no es posible ejercerla ante nadie más, pues es de su actuar que se genera la obligación que se le hace efectiva.

Desde luego las vías por las que se accede a un punto y otro, son diferentes, pero lo cierto es que el efecto es el mismo, al no poder hacer efectivo el cobro de sus obligaciones por cualquier razón. El que de un lado se le llame responsable y del otro solidario, no modifica en nada las cosas, si atendemos en exclusiva al afecto que se produce en uno u otro caso.

Quizá la diferencia más protuberante, se da en lo que concierne a la cuantía de las indemnizaciones que se reciben, que en un caso será dada por el daño mismo, incluyendo todas sus repercusiones, mientras que en el evento de la solidaridad, el límite está dado por la ley que impone la obligación de reparar el daño, lo que puede excluir ciertos rubros, como en efecto se hace, lo que a su vez constituye un mecanismo idóneo para evitar que por ésta vía se comentan otro tipo de injusticias o que se llegue a resultados no esperados por el legislador.

Con planteamientos como éstos no se pretende desvirtuar la efectividad de éstas disposiciones y de su necesaria existencia en la estructura jurídica de los Estados; lo que pretendemos es recabar en un hecho que parece no resultar trascendente, al menos en la actualidad, como es el detrimento patrimonial del Estado, por asumir

⁸⁰Nos referimos en específico, a las reclamaciones que con ocasión de un acto terrorista recaen en diferentes personas -naturales y jurídicas-, hasta llegar al último eslabón, el causante del daño, para que sea éste el que asuma el pago. Así, quien resulte perjudicado en sus bienes, recurrirá ante la compañía de seguros que los ampare; ésta repetirá el pago ante su reasegurador y así de manera sucesiva, hasta que se logre hacer efectivo el pago por el responsable. Ciertamente es que en algunas ocasiones tal responsable es insolvente o se desconoce su identidad -incluso-, siendo la aseguradora la que tenga que cargar con la obligación; la diferencia estriba, en que un riesgo como éste forma parte de la naturaleza del negocio al que se dedica, de hecho es un aleas con el que estructura parte de sus riesgos.

obligaciones que no le corresponden y, sobre todo, que no correspondiéndole no accione contra los que deben responder -en los casos en los que haya una transmisión de la acción-, ni contra los capitales afectos al proceder delincuenciales.

Es posible que este detrimento no se llegue a sentir, máxime cuando no son muchas las víctimas que se benefician del sistema; pero lo cierto es que atendiendo los daños causados por otro, partidas presupuestales que podrían ir destinadas a la atención de otras necesidades básicas, tiene que disponerse para eventos como el que nos ocupa.

Asimismo quien en definitiva asume el costo de estas indemnizaciones, no es nadie más que la comunidad, en donde se incluyen las víctimas y quienes no comparten de manera alguna el proceder de estas personas, que con sus impuestos sufragan el funcionamiento del Estado.

Estas ayudas que se confieren en momentos de exaltación colectiva, de repulsa a las acciones terroristas realizadas y que están llamadas a la atención de situaciones particulares y, por ende, que carecen de vocación de permanencia; sin embargo la realidad demuestra otra cosa, como ocurre con la Ley 32 de 1999, de 8 de octubre, cuya vigencia ha sido prorrogada 10 años más allá de lo que en un principio se planeó.

Los momentos actuales, en los que la crisis económica se deja sentir con fortaleza puede obligar a que se deroguen estas normas por la imposibilidad que supone mantener el costo económico que tienen, al menos de momento es controlable, pero que la incertidumbre a futuro pueden llegar a no serlo -esperemos que no sea de ésta manera-.

Es preferible sin lugar a dudas que el Estado haciendo uso de las herramientas con las que cuenta y siéndole menos compleja su utilización, desde luego dentro de la órbita del derecho, agote hasta la última alternativa sobre el particular y; que,

previo la asunción de manera inmediata tales obligaciones, se ocupe primero de dar con los responsables, indagar su patrimonio, sus fuentes de financiación encubiertas⁸¹, facilitar mecanismos para que las víctimas puedan acceder al mismo y de la toma de cualquier medida que propenda por la reparación de sus actos y, con posterioridad, asumir el pago de parte de las indemnizaciones, para paliar el sufrimiento de la víctima. O de la misma manera, indemnizar a la víctima, pero asumir las acciones que de éste hecho se deriven, para hacerlas efectivas.

No nos oponemos de manera alguna a la atención de las víctimas, pero consideramos que la aplicación de éstas medidas, debe ser paralela a la búsqueda de la reparación por los directos responsables, sus colaboradores, financiadores, simpatizantes y demás, así como del ajuste de las disposiciones legales, en aras de poder vincularles, juntos con sus patrimonios, no solo para que respondan por los actos que a todos beneficia, pero que solo hacen unos dentro del grupo, sino para que se abstengan de financiar estos grupos delincuenciales.

El establecimiento de otros mecanismos que propendan por el pago a las víctimas por los daños sufridos, en conjunción con los ya existentes, conducirán sin lugar a dudas, no solo a la obtención de un resarcimiento integral -en la medida en que el patrimonio del delincuente sea suficiente para ello-, sino a la progresiva erradicación de un fenómeno como es el terrorismo, al menos el nacional, al cortar sus formas de financiación y obligarles a la reparación de los daños, aún en el marco de una negociación que propenda por la finalización de su lucha.

Por otro lado, si bien los mecanismos establecidos se fundan en el sentimiento de solidaridad de parte de la sociedad, en contra del cual no se oyen voces, ¿es dable oponerse a la aplicación de éstas medidas en casos específicos? La pregunta

⁸¹Reiteramos lo dicho en otra cita anterior, respecto de las personas naturales y jurídicas cuya participación en la financiación de la banda terrorista ETA, se ha llegado a demostrar por el Estado. Es, a lo menos curioso, que supuestos delincuentes que enfrentan juicios penales por su aparente participación en las causas de ésta banda terrorista, reciban “donaciones” de algunos de sus seguidores -al menos eso dicen-, para obtener su libertad a costa del pago de cuantiosísimas sumas de dinero; recuérdese el caso de Arnaldo Otegui, miembro de la ilegalizada *Batasuna*, quien en el año 2006 pagó por concepto de fianzas al rededor de 600.000 Euros, pero que se declaró insolvente en un proceso precedente.

se formula por cuanto la *solidaridad*, corresponde a una virtud del ser humano, pero no una obligación del mismo; en otras palabras, siendo el Estado un administrador de ciertas tareas que le delegan los particulares, es posible que éste asuma el pago de obligaciones que no le corresponden, “obligando” a sus ciudadanos a dar muestras de solidaridad, para con personas, que incluso podrían no ser dignas de ella.

Piénsese en el supuesto -no del todo irreal-, en que un miembro de ETA, que sea víctima de un atentado terrorista por parte de otro grupo. De acuerdo con las disposiciones legales, en nada se opone su condición, a ser beneficiario de las ayudas que establece el Estado, sabiendo que no ha participado en la acción que le causa los daños. Y, en este caso, los familiares de las personas que hubieran sido víctimas de otros atentados terroristas, a manos de la banda terrorista a la que pertenece, tendrían que ser solidarios con el que en otra situación fuera su verdugo.

La duda cabe y controles al respecto no se establecen por las disposiciones aplicables al caso concreto, por lo que tal persona, con independencia de su actuación anterior, podría ser beneficiaria de la solidaridad del Estado, aún cuando sus propios actos hayan causado enormes erogaciones a cargo del mismo, pues la calificación de su condición, solo es respecto del hecho concreto y de las lesiones que haya podido tener, la ley no le obliga a nada diferente para ser beneficiario de la ayuda establecida. Y en la misma situación estarían personas con delitos similares o peores, que pudieran ser víctimas de acciones terroristas.

Por último, habrá de tenerse en cuenta otro aspecto, que de seguro se ha valorado, al momento de establecer estos sistemas, como es el costo que supone para la Administración Pública la atención de todos los procesos tendientes a la reparación de los daños de los que se ha sido víctima.

El tener que investigar la autoría de los hechos, dar con los responsables, investigar su patrimonio, ejecutar las decisiones tomadas por los Tribunales y en

fin, todas las actuaciones que se desprenden de un proceso judicial en este sentido, es posible que superen con diferencia sustancial el costo que supone indemnizar a las víctimas, pues en muchas ocasiones el resarcir un daño -así sea con base en un principio de reparación parcial-, genera como efecto colateral la pérdida de interés por la víctima, de impetrar acciones en contra de los delincuentes e incluso del Estado mismo, pues procesos como estos se dilatan en el tiempo y su éxito no es seguro, sin tener en cuenta el costo que representa para quien lo adelanta.

Esto por supuesto se traduce en la reducción de los costos para el funcionamiento de la Administración Pública, resultando más benéfico para la misma el establecer un procedimiento administrativo, expedito que lleve al pago de una indemnización de acuerdo con unos parámetros específicos y que, a su vez, le va a evitar un incremento en los costos del mantenimientos del aparato estatal.

Con todo, puede tratarse de un sistema que presente algunas fisuras, pero lo cierto es que se trata de, al menos, una alternativa viable, que hasta la fecha ha sido utilizado y ha generado sus efectos positivos, como se indicó en su momento; es interesante sin lugar a dudas, la evolución que se ha presentado en el mismo y de la aceptación que ha tenido en el colectivo, incluso en la doctrina jurídica, de donde pocos son los comentarios que salen a favor o en contra.

Reitero lo dicho, es un sistema que es digno de emular en países en donde el problema es aún mayor, desde luego con las modificaciones correspondientes, pues éste se ha estructurado con ocasión de una realidad histórica muy particular, que ha sido bien solventada, si la comparamos a las acciones adelantadas en otros Estados en donde la amenaza es mayor y más frecuente y, en donde por supuesto las ayudas no son tan generosas, como es el caso de Colombia, en donde las víctimas de éste flagelo se cuentan por miles y no existe ni voluntad, ni patrimonios para sostener un sistema como éste, pese a ser los terroristas personas bastante solventes, que se lucran, entre otros, del negocio de la droga y quizá ese sea el primer y más grave problema que hay que solucionar.

3. Hacia un nuevo régimen de protección a las víctimas del terrorismo.

Las nuevas formas de terrorismo, han obligado a una revisión de las normas que amparan los derechos de las víctimas de tales acciones. Situaciones con las vividas en Omagh el 15 de Agosto de 1998, en New York el 11 de Septiembre de 2001, en Londres el 7 de Julio de 2005, en Yemen el 2 de julio de 2007, entre otros, en donde parte de las víctimas eran de nacionales españoles, condujeron a la propuesta de actualizar el régimen por medio del cual se protege a las víctimas del terrorismo.

En la actualidad solo se conoce el proyecto de ley –que pretendía ser votado antes del verano de 2009- cuyo texto final, se dice, ha sido producto de la concertación entre las asociaciones de víctimas y el Ministerio del Interior, con el objetivo principal de aumentar las ayudas existentes en la actualidad, conformar un solo cuerpo legal en donde se agrupen las mismas y que involucre más a la Administración Pública.

La futura norma, de carácter retroactivo, incluiría la posibilidad de ser beneficiario de ayudas a quienes como resultado de amenazas en su contra no pudieran ejercer su actividad laboral; esta circunstancia que se ha presentado en algunas ocasiones en el País Vasco, concedería a las víctimas una indemnización, así como la posibilidad de ser reasignados en otro lugar, para que puedan continuar con sus actividades⁸².

Si bien las normas vigentes en la actualidad permiten que las víctimas de secuestros sean beneficiarias de indemnizaciones, con el proyecto se pretende la aplicación de este régimen a los casos en que solo se trate de retenciones, sin un fin extorsivo. Casos como la realización de retenes ilegales de ETA o el secuestro de un turista español –Asier Huegun Exteberría- en la Sierra Nevada de Santa Marta por parte del

⁸² Al parecer esta situación ya se había presentado en el País Vasco respecto de dos concejales uno del Partido Popular y otro del Partido Socialista de Euskadi, que se vieron en la obligación de abandonar sus ocupaciones por amenazas de ETA. En este caso, el Ministerio del Interior asumió el pago de una indemnización así como su reubicación en una localidad diferente.

ELN⁸³ sería, susceptible de ser indemnizados a la luz del nuevo proyecto.

Una pretensión desde luego novedosa y plausible, es el establecimiento de protocolos para la persecución del patrimonio de los terroristas cuyas indemnizaciones han tenido que ser asumidas por el Estado o se encuentran insolutas. Algunos avances en esta dirección se han venido dando, en casos como el de Cándido Azpiazu –el asesino de Ramón Baglietto- y su cristalería, así como en el de Iñaki de Juana Xaos y el piso que le heredara su madre.

Lo anterior, aunado a la penalización de otras conductas como irrespetar a las víctimas con insultos en los juicios o su ridiculización por parte de las organizaciones afines a la actividad terrorista, así como el establecimiento de parámetros que propendan por la igualdad de las víctimas ante la ley, con independencia de su victimario, promete ser la actualización de un sistema ya generoso pero susceptible de mejora, en virtud de la experiencia adquirida de su puesta en práctica, que ha permitido evidenciar muchos de los eventos en los que las disposiciones legales no han sido suficientes⁸⁴.

⁸³ En este caso en particular, se trataba de una excursión a la *Ciudad Perdida* en la Sierra Nevada de Santa Marta, de un grupo de extranjeros de diferentes nacionalidades. No obstante la gravedad de los hechos, trascendió, más que el secuestro, el que con posterioridad a la liberación de los secuestrados, se encontraran unas fotografías de los mismos con las armas de los terroristas y en actitud “amigable” con los mismos. Reinhilt Weigel, de nacionalidad alemana y parte del grupo de turistas, fue demandada por su gobierno, por los gastos en los que incurrió el mismo para su liberación -12.640,05 €- y fue condenada su pago, por el Tribunal Federal Administrativo. Al respecto pueden consultarse en: <http://colombiareports.com/colombia-news/news/4251-german-hostages-have-to-pay-for-their-rescue.html>; <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3234206.stm>; <http://www.elmundo.es/elmundo/2003/09/14/internacional/1063565026.html>;

⁸⁴ Habida cuenta de tratarse de un proyecto de ley, la información que del mismo se tiene proviene de los medios de comunicación, razón por la que nos abstenemos de hacer referencia al fondo del texto propuesto hasta tanto no sea oficial. Al respecto puede verse: www.elpais.com/articulo/espana/Gobierno/incluye/amenazados/terrorismo/Ley/Victimas/elpepuesp/20090615elpepinac_3/Tes

CAPITULO II

LA NECESARIA EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD PARIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA EN LAS ACCIONES TERRORISTAS

Uno de los cuestionamientos que tenemos que dilucidar, es si el supuesto del que partimos se encuentra dentro de los parámetros de la Responsabilidad Civil o si nos encontramos ante una figura jurídica diferente y, de ser así, ante cual de todas las que componen el amplio espectro jurídico, nos encontramos.

La noción clásica dentro de la que se enmarcan las relaciones entre Estado e Individuo, implica que haya una serie de obligaciones y sus equivalentes derechos, dentro de la reciprocidad y en un plano de igualdad ideal; la renuncia o cesión que el individuo hace de ciertas libertades dentro de tales relaciones, traen como consecuencia que el Estado tenga que asumir la defensa de elementales derechos del Individuo, quien a su vez le dota de determinados poderes para que pueda restablecer el equilibrio que se ha visto menoscabado por acciones particulares.

En este amplísimo campo hallamos todas las conductas humanas, algunas inocuas para el resto de sus congéneres, pero otras comportan una capacidad lesiva de difícil valoración o entendimiento, como es el caso del terrorismo.

Actos indiscriminados contra la sociedad, cuyo único objetivo es sembrar el pánico a través de la causación de daños y condicionar su actuar, no pueden ser ajenos al derecho, como tampoco a la acción del Estado, que con responsabilidad o sin ella, debe ofrecer soluciones a quien sufre con mayor drasticidad sus nefastas consecuencias, en conjunción con medidas que propendan por el castigo de quienes lo justifican.

¿Quién se hace cargo de los daños?, es el primer cuestionamiento que surge una vez se comete el acto terrorista; a la víctima no le importa quién o qué grupúsculo se atribuye el mismo, sino quién o qué entidad se va a hacer cargo del restablecimiento de sus derechos y de la reparación de sus daños. Y es acá en donde tenemos que analizar, bajo qué figura jurídica es que este supuesto se va a dar.

Es común que el primer señalamiento sea al Estado, bajo el entendido de ser el garante de la seguridad ciudadana y el encargado de evitar y repeler todos los actos que en su contra se realicen; pero, ¿cuál es el fundamento para proceder de esta manera?; ¿en qué normas se soporta tal proceder?

La duda surge respecto del régimen jurídico frente al cual nos encontramos y bajo el cual habrá de asumir el pago de ciertas obligaciones, aún cuando no ha habido ninguna acción u omisión en beneficio de la ejecución del acto terrorista y en perjuicio de la víctima.

Conforme el sistema jurídico actual, son de diversos órdenes las alternativas que se nos plantean cuando se analiza la reparación de los daños causados con actos terroristas, que van desde la existencia de la obligación a cargo del Estado, en virtud de las normas que regulan su actividad, hasta la existencia de una obligación común entre los miembros del grupo que llevaron a cabo el acto terrorista.

De otro lado tenemos las normas que crean una obligación a cargo del Estado de reparar los daños que se han causado con los actos terroristas y cuyo fundamento, como tuvimos oportunidad de analizarlo, lo encontramos en razones de diversa índole, en algunos casos

más allá de los principios en los que se funda la responsabilidad civil y en otros, actuando de manera conjunta con aquellos, en beneficio de la víctima.

Dicho esto y habiendo analizado el marco legal en el que se encuentran las ayudas para las víctimas del terrorismo, pasemos al análisis del sistema de responsabilidad patrimonial de la administración pública, referida al tema que nos ocupa.

1. Régimen general de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.

Abunda la doctrina respecto del sistema de responsabilidad dentro del que se encuadra a la administración pública, en especial –como era de esperarse- desde la órbita del derecho administrativo, en donde con ahínco se ha defendido la idea de un sistema de responsabilidad objetiva y en el que se prefiere hacer referencia a la *Responsabilidad Patrimonial de la Administración* o la *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, para diferenciarse de la doctrina civilista que se refiere a la misma como *Responsabilidad Civil de la Administración*.

No pretendemos de manera alguna retomar con superficialidad un tema que ha motivado estudios de gran valía y que, por respeto a sus autores, no merecen ser resumidos en este estudio, razón por la cual nos referiremos a aquellos aspectos de mayor interés en lo que nos concierne, dejando que el lector curioso acuda a las fuentes que a nuestro juicio ilustran de manera más clara la temática propuesta.

Tomemos como punto de partida la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, cuyos principios básicos fueron recogidos por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de Estado de 1957 y que encontramos hoy en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común de 26 de noviembre de 1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. La primera de las disposiciones legales referidas, constituye un punto de inflexión en materia de la responsabilidad de la

administración, habida cuenta de haber dado un vuelco diametral a los principios en los que la misma se fundaba.

Da cuenta la doctrina⁸⁵ del cambio que se sucedió con tales disposiciones jurídicas, pasándose de un sistema fundado en los principios generales de la responsabilidad civil, consagrados en el artículo 1.902 y siguientes de Código Civil de 1889, bajo el que con dificultad podría articularse la responsabilidad de la administración, a uno en el que el Estado asume la responsabilidad que se desprende del ejercicio de sus funciones, en los términos del artículo 121 LEF, que al tenor establecía:

“Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...”

Tal precepto fue reemplazado por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en cuyo artículo 40 se dejaron establecidos de forma más clara, los extremos de los que llegaba responsabilidad de la Administración, en los siguientes términos:

“los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda

⁸⁵COLINA GAREA, R., “La Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas”, *Derecho de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Cálamo, Barcelona, 2004, Págs. 355 y ss.; GARRIDO MAYOL, V., *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, Págs. 57 y ss.; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración -hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, Pág. 27; MARTÍN REBOLLO, L., “Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, septiembre/diciembre 1999, No. 150, Pág. 317 y ss. Dentro de los muchos planteamientos del Autor que resultan interesantes, es válido resaltar la elucubración que hace del sistema de la responsabilidad de la administración, fundada en criterios claros y argumentos desprovisto de apreciaciones subjetivas, que conducen a un balance positivo del sistema, por supuesto, dentro de los límites lógicos de las disposiciones legales, en armonía con el sistema jurídico en su integridad; BLANQUER, D., *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 1997, Pág. 27 y ss. DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., “La Responsabilidad Patrimonial del Estado en relación con las acciones terroristas”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, No. 75, Madrid, 1990, Págs. 197 y ss.

lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...”

El mismo principio de responsabilidad objetiva y directa fue recogido por la Constitución, cuando el artículo 106.2 estableció la posibilidad de que los particulares fueran indemnizados por el Estado, por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, como consecuencia de la prestación de un servicio público, salvo que se trate de un caso de fuerza mayor.

Este precepto constitucional, se desarrolló a través de la ya mencionada Ley de Régimen Jurídico de la Administración de Estado de 1957 y que encontramos hoy en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común de 26 de noviembre de 1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, vigente en la actualidad.

De conformidad con el marco legal, basta con que haya un daño efectivo, cuantificable e individualizable, imputable a la administración por la prestación de un servicio público y, que entre el hecho y el daño exista haya un nexo causal, para que a través del sistema *amplio y progresivo*, pueda obtenerse una indemnización de parte de la administración pública, cuyo fundamento es la *solidaridad social*, en virtud de la cual, los posibles aspectos negativos que se desprendan del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Administración, no pueden gravitar sobre el patrimonio de todos los particulares de la misma manera que lo hacen lo beneficios⁸⁶.

⁸⁶MARTÍN REBOLLO, L. “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas”, V.V.A.A. *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991, Págs. 2.785 y ss.

1.1. Características del sistema

A manera de mera ilustración, podemos resaltar las siguientes características del sistema de responsabilidad de la Administración que venimos estudiando⁸⁷:

1.1.1. Generalidad: Se trata de un sistema aplicable a la Administración en general, en otras palabras, aplica a todo nivel, nacional, autonómico y local y, en desarrollo de sus actividades propias, incluso cuando actúa dentro de los parámetros del Derecho Privado. Asimismo su control se extiende a los actos jurídicos –actos administrativos, reglamentos, etc.- y a su actividad o inactividad.

1.1.2. Responsabilidad Directa: Establece un sistema de responsabilidad directa, lo que implica que el perjudicado reclama de la Administración la reparación del daño que se le ha causado.

En los casos en que los servicios públicos son prestados a través de un particular como *contratista* o *concesionario*, la responsabilidad recaerá sobre la Administración, en los casos en que se trate de un daño inherente a la existencia del servicio; por *culpa in vigilando*; cuando sean causados por el contratista pero que provengan de una cláusula, orden o vicio del proyecto de la Administración o; que provengan de la insolvencia del contratista. De los demás daños, incluyendo aquellos que provengan de los riesgos propios del servicio, responderá el contratista, así como de los daños que hayan causado sus subcontratistas⁸⁸.

Vale la pena aclarar, que nada se opone a que con independencia de quien preste el servicio público que ha causado la lesión, el perjudicado puede ser

⁸⁷GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Décima Edición, Civitas, Madrid, 2006, Págs. 377 y ss. ROCA, E., “*Derecho de Daños...*”, *Ob. Cit.*, Págs. 304 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L. “Nuevos planteamientos en materia...” *Ob. Cit.*, Pág. 2794.

⁸⁸ BELADIEZ ROJO, M. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Tecnos, Madrid, 1994, Págs. 171 y ss.

resarcido por la Administración y esta podrá repetir cuando fuere del caso, en contra del directo responsable.

En cualquier caso, pese a tratarse de una relación entre particulares (*contratista/concesionario-usuario del servicio*), su responsabilidad se evaluará conforme a las normas del Derecho Administrativo y las causas que se susciten se tendrán que adelantar ante la jurisdicción contencioso administrativa⁸⁹.

1.1.3. Supresión del concepto de culpa o ilicitud, de la actuación de la Administración, trasladándolo al patrimonio del perjudicado. Puede ser que la actividad que desarrolle la Administración sea lícita –como son la mayoría de ellas-, pero será indemnizable el daño que con la misma se cause, si no existe de parte del perjudicado el deber jurídico de soportarlo⁹⁰.

Cabe hacer una anotación y es respecto del *deber jurídico de soportar el daño*, habida cuenta de ser el elemento que ha servido de base para la elaboración de la doctrina a cerca de la *lesión patrimonial indemnizable*, concepto con el que desde la doctrina administrativista se marca diferencia con los conceptos de *daño* o *perjuicio*.

El perjuicio, podríamos decir, es el género, mientras que la lesión deviene en la especie, de tal suerte que mientras el primero no es más que un detrimento patrimonial, la segunda, -la lesión-, se da cuando ese perjuicio es *antijurídico*, es decir, *no existe el deber jurídico de soportarlo* y, cuando esto ocurre, tal lesión puede ser objeto de resarcimiento⁹¹.

⁸⁹ PANTALEÓN PRIETO F., *Responsabilidad Civil: conflictos de jurisdicción*. Tecnos, Madrid, 1985, Págs. 56 y ss.

⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ T. R., *Curso de...*, *Ob. Cit.*, Pág. 380. Indica el autor que hablar de *objetivización* puede ser equívoco, en la medida en que no es que se suprima la ilicitud de la conducta, sino que se traslada. Es necesario ver la ilicitud desde la perspectiva del dañado y no desde la perspectiva de la conducta que se le endilga.

⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ T. R., *Curso de...*, *Ob. Cit.*, Pág. 382. La misma idea es recogida por DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Navarra, 2004, Págs. 58 y ss. GARRIDO FALLA, F., “Los límites de la Responsabilidad Patrimonial: una

La *antijuridicidad* entendida de esta manera, como la inexistencia del deber de soportar el perjuicio, refuerza la idea de tratarse de un sistema objetivo, por cuanto el planteamiento se aparta de la noción subjetiva en donde prevalece la conducta del actor –la Administración o alguno de sus agentes- y cuya aplicación nos resulta más familiar en el régimen civil.

Este sistema constituye una *garantía patrimonial* para los particulares, que se materializa en el derecho de mantener incólume el patrimonio, por parte de los particulares, frente a las actuaciones de la Administración; tal derecho, como es lógico, se encuentra aparejado de las correspondientes acciones, para los eventos en que los particulares resulten afectados por sus actuaciones u omisiones.

Se establece la responsabilidad de la Administración sin matices, pues la obligación de reparar surge por el *normal* o *anormal* funcionamiento de los servicios públicos, con lo que se pretende despojar –no siempre con éxito- de cualquier elaboración subjetiva, la valoración que se haga de los hechos generadores de tal responsabilidad.

1.1.4. Principio de Reparación integral: Dado que el fundamento de este sistema es la preservación del patrimonio de la víctima de cualquier daño del que pueda llegar a ser objeto por la acción de la administración, resulta lógico que las normas establezcan el principio de reparación integral.

1.2. Causalidad e Imputación.

Antes de analizar la posible responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de terrorismo, debemos referirnos al *nexo de causalidad*, entendido

propuesta de reforma legislativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No, 94, Abril/Junio 1.997, Pág. 185.

como la relación de causa a efecto que debe haber entre la conducta de la administración y la lesión que se ha causado al particular.

Asimismo el análisis a este primer punto, debe deslindarse de otro elemento indispensable al momento de establecer la existencia de la responsabilidad, concurrente con la *causalidad* y que puede llegar a ser objeto de confusión -como en efecto lo es según algunos miembros de la doctrina- y que es la *Imputación*.

No puede confundirse la relación entre la conducta del posible responsable –en nuestro caso la Administración- y el resultado dañoso, con la disquisición de si este último vinculado a la actividad de la Administración, puede o no ser puesto a cargo, de aquella conducta como obra de su autor, de conformidad con lo que al respecto establezca el legislador o deducido de las normas que rigen la responsabilidad⁹².

En este caso concreto, como en cualquier otro en el que nos encontremos frente a un caso en el que se encuentre presente la responsabilidad civil, la presencia tanto de la relación de causalidad como la imputación, deben estar presentes de manera concomitante, para que de ellas se desprenda la obligación de reparar el daño causado.

No obstante, cuando nos referimos a la determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración, podemos hablar de dos niveles de imputación, siendo el primero aquel que apunta a determinar que la conducta desarrollada por una persona -física o jurídica- puede ser atribuida a la administración, lo que ocurrirá siempre que se trate de uno de sus agentes o representantes, que como es apenas lógico, se encuentre en ejercicio de sus funciones. Hecho lo anterior, habrá

⁹² PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e Imputación Objetiva: criterios de imputación”, V.V.A.A., *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, Págs. 1.561 y ss.

de verificarse, si tal conducta tiene entidad suficiente para ser productora del daño, con lo que se pasaría al segundo nivel de imputación⁹³.

El problema de confundir *causalidad* con *imputación*, es que rebasan los límites de la responsabilidad y por ende las consecuencias dañosas de los actos; el punto no radica en determinar solo quien debe responder, sino establecer hasta donde debe responder.

Para efectos de evitar tal confusión, preferimos tratar los dos supuestos de manera separada, indicando en cada uno de ellos los criterios que la doctrina ha ido elaborando para su correcta determinación.

1.2.1. Causalidad.

No parece necesario indicar que para efectos de establecer la responsabilidad de la Administración -como en cualquier caso de responsabilidad-, es indispensable determinar el vínculo que hay entre la acción de la Administración y el daño que se ha generado, como ya se ha dicho.

Este hecho que en apariencia no ofrecería mayores inconvenientes, no deja de ser complejo si tenemos en cuenta que de ordinario los eventos que generan lesiones, son el producto de una serie de hechos y condiciones, que pueden ser autónomos entre si o dependientes unos de otros y cuyo análisis ha de hacerse bajo la óptica de un sistema que se reputa objetivo y, por ende, al margen de cualquier consideración respecto de la culpa.

El primer punto al que nos tenemos que referir, es el relativo a la determinación de las causas que resulten relevantes para la producción del hecho lesivo, para de ahí determinar la virtualidad que tienen para producir el

⁹³ MIR PUIGPELAT, O., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, Imputación y Causalidad*, Civitas, Madrid, 2000, Pág. 229 y ss.

daño. Alrededor de este planteamiento básico, se han desarrollado algunas teorías que pretenden establecer un marco dentro del cual tal “selección” de causas esté limitada a algo más que el criterio del juzgador.

Siguiendo lo apuntado por el Profesor LLAMAS POMBO, existen dos métodos a través de los cuales se puede hacer un análisis de la causalidad: el primero de ellos consiste en involucrar la causa o causas que han dado lugar al hecho dañoso, con los factores de imputación, para proceder al análisis de ambas cuestiones; lo anterior, asumiendo su diferencia, pero reconociendo que el elemento subjetivo de la segunda –la imputación–, permite identificar el nexo causal relevante para efectos de la responsabilidad. El segundo, consiste en estudiar los presupuestos causales del daño (cuestión de hecho) y atribuir o imputar los mismos a su autor (cuestión jurídica)⁹⁴.

Analicemos entonces, con más detenimiento, las bases para tales planteamientos.

1.2.1.1. Teoría de la condición.

Proviene su elaboración de la doctrina penal alemana y rompiendo con cualquier connotación teológica o metafísica, parte de un análisis fáctico de cada uno de los elementos que rodea el hecho dañoso, de manera individual.

Con esta teoría se pretende proporcionar no solo el fundamento de la causalidad, sino su demostración; así las cosas, en un primer momento, lo que se pretende es identificar todas las condiciones de un resultado, por considerarlas relevantes en la producción del daño, atendiendo al aforismo “*causa es la suma de todas las condiciones que finalmente producen un resultado*”.

⁹⁴ LLAMAS POMBO, E., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1992, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 30, Septiembre/Diciembre, 1992, Págs. 999 y ss.

En este primer supuesto, todas las causas, habida cuenta de ser –en suma– productoras del daño de manera conjunta, tienen la misma valoración y se encuentran en un plano de igualdad ideal, porque de su aparición conjunta es que se desprende la existencia del daño.

La suma de todas las fuerzas que tienen alguna eficacia para el nacimiento de un fenómeno, deben ser consideradas como causa del mismo, porque entre las condiciones de un resultado, no se puede establecer ninguna diferencia sustancial, por eso todas son equivalentes y tienen el mismo valor.

En un segundo plano, en lo que se refiere a la demostración de las condiciones que han intervenido finalmente en la producción de un resultado –*nexo de causalidad*–, la fórmula de que se sirve es la denominada *condicio sine qua non*, consistente en un método inductivo hipotético que, mediante una elaboración mental, suprime cada una de las causas identificadas, siendo relevantes aquellas que una vez suprimidas, no alteran la producción del resultado⁹⁵.

Esta fórmula ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina⁹⁶, pero también ha sido objeto de fuertes cuestionamiento a cerca de su validez, por presentarse insuficiente en determinados eventos⁹⁷: aquellos en donde se encuentran dos o

⁹⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Causalidad, Imputación y Cualificación por el Resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, Págs., 15 y ss.

⁹⁶ DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, *Ob. Cit.*, Págs. 334 y ss.; COLINA GAREA, R., “La relación de Causalidad”, V.V.A.A., *Derecho de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Cálamo, Barcelona, 2004; MONTÉS PENADÉS V. L., “Causalidad, Imputación objetiva y Culpa en la Concurrencia de Culpas”, V.V.A.A., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, Págs. 2604 y ss.; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de Daños*, Bosch, Barcelona, 1999, Págs., 155 y ss. También en el *common law* se trata de un asunto complejo, que se aborda a través de lo que se denomina “*The But For test*”, cuya aplicación determina cuáles son los elementos que dan lugar al daño. Al respecto pueden verse, FLEMING, J., *The Law of Torts*, The Law Book Company Limited, Sydney, 1977, Pages. 180 – 182; VON BAR, C., *The Common European Law of Torts*, Oxford University, 2000, Volume II Pages 413 y ss.; HODGSON, J. & LEWTHWAITE, J., *Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, Pages. 94 & ss.

⁹⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e Imputación Objetiva...”, *Ob. Cit.*, Págs. 1561 y ss., véase la nota No. 2 de su trabajo, en donde resume las críticas a las que acá nos referimos; DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, Pág. 232; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Causalidad, Imputación y Cualificación...*” *Ob. Cit.*, Pág. 25; INFANTE RUIZ, F. J., *La Responsabilidad por Daños: Nexos de Causalidad y Causas Hipotéticas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, Pág. 143 y ss.

más causas simultáneas, siendo cada una por separado suficiente para la producción del daño⁹⁸; cuando hay una causalidad hipotética en donde la *causa de reserva* habría producido un resultado sustancialmente idéntico, en su forma, lugar y tiempo de acaecimiento, al que realmente ha tenido lugar⁹⁹ y; cuando en determinados casos se dice que no aprehende inmediatamente la relación de causalidad sino que la presupone lógicamente¹⁰⁰.

Para PANTALEÓN la mayoría de las críticas que se hacen a la teoría de la causalidad y que conducen a su rechazo generalizado, radican en confundir el concepto de *causalidad* con la *imputación objetiva* y la *imputación subjetiva*.

Podemos decir, que se identifican tres momentos, en donde estos conceptos entran en juego; el primero es la determinación de la causalidad, que obedece a la aplicación de las normas naturales, en donde un resultado procede de determinada causa (aspecto fáctico); el segundo es la *imputación objetiva* de ese resultado, que de acuerdo con el marco jurídico, determinado efecto es atribuible a determinada acción y, el tercero y último, la *imputación subjetiva*, en virtud del cual se atribuye esa conducta de determinada persona, con base en criterios subjetivos o criterios objetivos.

⁹⁸Las curtiembres ubicadas a orillas del Río Bogotá, vierten de manera simultánea residuos tóxicos a su lecho, produciendo la contaminación de los abrevaderos de las granjas ubicadas más adelante y el envenenamiento de su ganado. La acción de una sola de estas curtiembres es suficiente por si misma de producir el resultado – utilizan los mismos químicos en sus procesos-, lo que excluiría la acción de las demás y conduciría a su exoneración, cuando en realidad es la conducta de todas la que causa los daños.

⁹⁹ Los Gemelos Vicario, en un intento por salvar el honor de su hermana Ángela –quien se había casado el día anterior con Bayardo San Román y había sido devuelta por su cónyuge al no ser virgen-, asesinaron a Santiago Nasar, único novio conocido de la misma. La autopsia revelaría una *hipertrofia en el hígado*, producto de una hepatitis mal curada, que le habría conducido a la muerte, según relata Gabriel García Márquez en *Crónica de una muerte anunciada*.

¹⁰⁰ Acá podemos servirnos de los casos específicos de contaminación del SIDA por transfusiones de sangre en España, en los que se condenó a la Administración Pública. Las contaminaciones se produjeron con anterioridad a que se hubiera descubierto como tal la enfermedad y solo una vez descubierta se pudo estructurar una relación de causalidad. En otras palabras, antes de tener un diagnóstico específico sobre la enfermedad, no era posible determinar la trasfusión como causa de la misma. Lo anterior, al margen de las manifestaciones doctrinales respecto de la declaratoria de responsabilidad, que suscitó muchas dudas en su momento.

Confundir estos tres estadios, diferentes, concurrentes y sucesivos, conduce a aplicaciones ilimitadas de la responsabilidad, no por la aplicación de la *teoría de la condición*, sino por pretender determinar a través de la misma, los límites hasta donde debe llegar la imputación objetiva de las consecuencias del daño causado por la conducta del agente¹⁰¹.

1.2.1.2. Teoría de la Causalidad Adecuada.

Las confusiones a aludidas condujeron al surgimiento de esta teoría, con la que se pretendió limitar los excesos a los que se podía llegar por una desafortunada aplicación de la *teoría de la condición*. Así las cosas y partiendo de la primera selección de posibles causas –lograda a través de la *teoría de la causación*- ante un suceso, se procedía a aislar de entre todas estas, la o las que tuvieran mayor posibilidad de presentarse o que resultaran más propicias para la realización del daño.

En términos generales, esta teoría consiste en determinar si el resultado corresponde y es adecuado a una determinada actuación, si se encuentra relacionado con ella y, a su vez, sirve como fundamento de la indemnización. Identificado esto, además se requiere que la actuación resulte idónea para el resultado específico, lo que implica una vinculación objetiva entre los dos extremos y se ha denominado *verosimilitud adecuada*, que no es otra cosa que la causa eficiente y verdadera de daño, de tal suerte que se excluyen todos aquellos que no fueren relevantes para el mismo¹⁰².

Esta teoría aduce PANTALEÓN¹⁰³ no es válida –como teoría causal- por adolecer del mismo inconveniente al que hicimos referencia con anterioridad, cual es la confusión entre causación e imputación, de hecho, no siempre se ubica

¹⁰¹ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e Imputación Objetiva...”, *Ob. Cit.*, Págs. 1565 y ss.

¹⁰² GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2.006, Pág. 512 y ss.

¹⁰³ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e Imputación Objetiva...”, *Ob. Cit.*, Págs. 1562 y ss.

por la doctrina dentro de la causalidad, sino dentro de los criterios de imputación objetiva. Es esta una teoría que da lugar a la imputación de determinado resultado, pero no de la causación del mismo.

Pero además, decimos nosotros, cuenta con una enorme carga subjetiva, habida cuenta de ser el juzgador quien determine a su arbitrio, de acuerdo con juicios de probabilidad, qué causa es idónea para determinado resultado y cuál es su alcance, por lo que se han desarrollado otros principios, que se aplican de manera complementaria, para llegar al grado de certeza que deviene fundamental en estos casos.

1.2.1.3. Breve referencia jurisprudencial

Haciendo una aproximación al tema que nos ocupa, el nexo causal constituye el elemento más importante al momento de establecer la responsabilidad de la Administración en los actos terroristas, pues de ello dependerá el surgimiento de la obligación de indemnizar a la víctima.

El tema fue analizado en concreto, una vez más, por la Audiencia Nacional, con ocasión de las demandas que se presentaron en contra los Actos Administrativos a través de los cuales se denegaba indemnizaciones –solicitadas en virtud de las normas que amparan las víctimas del terrorismo- por los lamentables hechos ocurridos en Madrid el 11 de marzo de 2004.

La mayoría de las Sentencias a las que acá nos referiremos, pretendían una indemnización por haber sido testigos de los hechos, en otras palabras, no víctimas directas de los hechos, sino personas que pasaban por allí al momento de su acaecimiento, viajaban en otro tren y tuvieron que bajarse en medio de los

heridos, incluso, personas que se vieron muy afectadas por las imágenes que se transmitieron por los medios de comunicación¹⁰⁴.

Como se entenderá, en estos casos, las indemnizaciones se desestimaron por no haber prueba suficiente de la que se pudiera colegir que las lesiones alegadas, fueran consecuencia de los atentados ocurridos; para la Audiencia Nacional, la libre valoración de la prueba condujo en la mayoría de los casos a la negación de la indemnización solicitada.

Tal es el caso de la Sentencia del 11 de octubre de 2006, en la que se niega la indemnización por cuanto las lesiones que alega la supuesta víctima, tenían al menos tres años de antigüedad y por ende no existe relación alguna con los hechos¹⁰⁵. Lo propio se dejó dicho en la Sentencia del 13 de octubre de 2006, con la que se desatienden las pretensiones –regularización e indemnización– basadas en las graves dolencias de la actora a consecuencia de las imágenes que vio del atentado en la televisión¹⁰⁶.

En el mismo sentido, la Sentencia con la que se niegan la pretensión de indemnización a un policía municipal, que sufría trastornos psicológicos, luego de haber atendido las víctimas de aquel fatídico día y haberse alistado como voluntario para sofocar el incendio del edificio Windsor en Madrid, así como otras tantas con las que se desestimaron o estimaron de manera parcial, pretensiones de enfermeras que participaron en la atención a los heridos, personas que llegaron minutos después de la explosión, personas que no

¹⁰⁴ De manera muy personal, opino que este es uno de los *efectos indeseados* de las normas que protegen a las víctimas del terrorismo, como es el indeseable oportunismo de quienes se aprovechan de las normas y de la situación de caos que se genera con un hecho de las magnitudes del que acá comentamos, para obtener una indemnización de manos de la Administración, secundados por profesionales de laxas manera que mancillan el ejercicio del derecho. Basta leer los fundamentos fácticos de las pretensiones, para darse cuenta que no son más que una burla a la Administración de Justicia y una ofensa a quienes si fueron víctimas inocentes de este demencial acto terrorista.

¹⁰⁵ Sentencia Audiencia Nacional, 11 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (RA/ 257004). Cualquier comentario respecto de las pretensiones de la demanda y el fundamento fáctico de la misma, sobran.

¹⁰⁶ Sentencia Audiencia Nacional, de 13 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/ 261796).

acudieron a ningún centro de salud sino pasados unos días y demás, que dan cuenta de nuestra posición al respecto ¹⁰⁷.

1.2.2. Imputación.

El otro extremo que nos proponemos analizar en este apartado, es el relativo a la *imputación*, con miras al establecimiento de los límites hasta los que puede llegar el daño y su correspondiente reparación.

Dejamos dicho que es a través de la *imputación* que se hace cargar al causante con las consecuencias del daño y, tenemos que agregar, que es a través de los criterios de los que se sirve la misma, como se limita la cadena sucesiva de efectos que se siguen a la comisión del hecho dañoso. Acá ya se ha superado el análisis fáctico y se procede al análisis jurídico con base en los parámetros establecidos por la normas, con miras al establecimiento de límites objetivos a la obligación de reparar¹⁰⁸.

Y es que no solo es importante en materia de Responsabilidad Civil la determinación del autor del daño, sino los límites a los que debe llegar su obligación de reparar el daño que ha causado¹⁰⁹; pensarlo de otra manera, llevaría al absurdo de establecer condenas, por los daños causados por el hecho de haber visto imágenes de un atentado terrorista en la televisión, como se

¹⁰⁷ Sentencia Audiencia Nacional, de 04 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/257195); Sentencia Audiencia Nacional, de 21 de septiembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (RA/235319); Sentencia Audiencia Nacional, de 26 de septiembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (RA/235315); Sentencia Audiencia Nacional, de 24 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (RA/256668); Sentencia Audiencia Nacional, de 8 de noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/ 284782); Sentencia Audiencia Nacional, de 22 de noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (RA/292949); Sentencia Audiencia Nacional, de 16 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (RA/125496).

¹⁰⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e Imputación Objetiva...”, *Ob. Cit.*, Págs. 1563 y ss.; NAVEIRA ZARRA M. M., *El Resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, 2006, Págs. 45 y ss.

¹⁰⁹ DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, *Ob. Cit.*, Pág. 331 y ss.

pretendió en su momento, conforme lo ilustramos en la referencia jurisprudencial a que nos referimos.

Así las cosas, a través de la *imputación objetiva*, se pretende la reparación de aquellos daños, para cuya evitación se impone el deber infringido –razón de más para afirmar su valoración desde el punto de vista jurídico-; así, si el descanso dominical establecido por las disposiciones laborales persiguen la conservación de valores religiosos de los empleados o evitar accidentes laborales a causa de la ausencia de descanso, no habrá razón para condenar al empresario infractor por las lesiones causadas a sus empleados, por la explosión de un polvorín cercano a la fábrica en la que se hallaban trabajando un domingo¹¹⁰.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han recurrido al establecimiento de una serie de criterios, conducentes a la concreción de la *imputación* y a facilitar su aplicación en el caso concreto. Estos criterios, han venido siendo desarrollados y la mayoría de los autores coincide en ubicar como uno de los pioneros en este tema, al profesor PANTALEÓN, quien lo analizó en profundidad, como se evidencia en los comentarios que hiciera al código civil y que hemos citado en este trabajo¹¹¹.

1.2.2.1. Criterios de imputación.

Conforme lo dejamos dicho, junto a la *adecuación* se han propuesto otros criterios –provenientes del derecho penal-, que por vía negativa sirven para

¹¹⁰CAVANILLAS MÚJICA, S., “Responsabilidad Civil: relación de causalidad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 17, Abril/Agosto, 1988, Págs., 386 y ss.

¹¹¹ DIEZ PICAZO L., *Derecho de Daños*, *Ob. Cit.* Pág. 346 y ss.; COLINA GAREA, R., “La relación...”, *Ob. Cit.* Pág. 88 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, Págs. 194 y ss.; INFANTE RUIZ, F. J., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.* Págs. 152 y ss.; MONTÉS PENADÉS V. L., “Causalidad, Imputación objetiva...” *Ob. Cit.*, Págs. 2605 y ss.; REGLERO CAMPOS F., “El Nexo Causal. Las causas de exoneración de la responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., coordinador FERNANDO REGLERO CAMPOS, Aranza, Navarra, Sexta Edición, 2006, Págs. 348 y ss.; SALVADOR CODERCH, P. Y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y Responsabilidad”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2006, Págs.7 y ss.

definir casos en los cuales no hay lugar a hacer una imputación del daño a determinada conducta.

Vale anotar previo el estudio de estos criterios que no obstante su valiosa aportación en materia de imputación, no son de aplicación plena en todos los ordenamientos jurídicos; en otras palabras, no se trata de fórmulas universales, habida cuenta de proceder de un sistema jurídico específico, en cuyos principios se fundamentan.

Por otro lado, la puesta en práctica de estos criterios, varía de acuerdo con las funciones con que cuentan cada uno de los sistemas jurídicos en los que se pretenden utilizar; por tanto, su aplicación en el sistema de derecho penal, no será en los mismos términos que para el sistema de Responsabilidad Civil, habida cuenta de las funciones y características particulares que cada uno tiene¹¹².

1.2.2.1.1. Riesgo general de vida.

De conformidad con este criterio, los daños que se derivan de la materialización de un riesgo que corresponde al desarrollo normal de la vida en sociedad, deben ser asumidos por quien los padece. Aquí se incluyen los actos que ocurren de ordinario o son consecuencia normal de la existencia, así como los que se desencadenan por la acción de un tercero, pero que se encuentran ligados de manera estrecha con la existencia humana¹¹³.

En este último caso, se parte del hecho de que la acción del tercero no cuenta con suficiente entidad como para producir los daños que se han generado, sino que su origen se encuentra en otras circunstancias, cuya carga ha de soportar el mismo dañado.

¹¹²INFANTE RUIZ, F. J., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.* Págs. 161 y ss.

¹¹³ PANTALEÓN PRIETO, F., "Causalidad e Imputación Objetiva...", *Ob. Cit.*, Págs. 1567 y ss.; REGLERO CAMPOS F., "El Nexo Causal...", *Ob. Cit.* Pág. 353.

Se atiende a este criterio cuando se niega una indemnización a quien alega la crisis nerviosa sufrida por su hija menor –con discapacidad global del 75%-, como consecuencia de ser testigo de las explosiones ocurridas en Leganés (Madrid) el 3 de abril de 2004; tanto la madre como la hija discapacitada se encontraban en su vivienda, ubicada cerca del inmueble en el que se produce la explosión –en cuyo interior se encontraban miembros del grupo terrorista que perpetró el atentado del 11 de marzo anterior-.

Si bien se consideran excluidos de este criterio los daños provenientes de una condición anormal de quien los sufre –hemofílico, enfermo del corazón, etc.-¹¹⁴, téngase en cuenta que en este caso concreto, hubo una notoria acción policial que incluso tuvo oportunidad de desalojar los inmuebles circundantes a aquel en el que se produjo la explosión. Así las cosas, a la propensión de la víctima habrá que sumársele su exposición por parte de quienes son responsables de su cuidado, lo que implicaría en nuestro criterio, la *anulación*, si se permite, de tal eximente.

Siempre ante hechos de evidente ocurrencia –como lo era este, que se inició con una confrontación armada de quienes se encontraban en su interior y que incluyó la participación de los GEOS-, está la alternativa de no ser testigo voluntario de ellos, como ocurrió en el caso de marras.

Otro ejemplo con el que podemos ilustrar este punto, es el de la pretendida indemnización por las graves consecuencias generadas por quien siguió por televisión, las imágenes del atentado terrorista del 11 de marzo de 2004, al que ya hicimos alusión¹¹⁵.

¹¹⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e Imputación Objetiva...”, *Ob. Cit.*, Pág. 1568

¹¹⁵ Sentencia Audiencia Nacional, de 13 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, (RA/ 261796).

1.2.2.1.2. Prohibición de regreso.

Se pretende con este criterio, impedir que se imputen daños cuando ha interferido la actuación de un tercero, por dolo o por negligencia grave¹¹⁶.

Se interrumpe el retroceso en la cadena causal, por la irrupción de la acción de un tercero, que genera un nuevo nexo causal dentro del que ya ha iniciado la conducta del responsable y que conduce a un resultado que con la conducta de este último o no se hubiera alcanzado o su desenlace hubiera sido diferente¹¹⁷.

Este criterio cuenta con algunas excepciones; una de ellas es que no se interrumpe la causalidad, si la conducta voluntaria y consciente no es contraria a derecho –así, el culpable de un incendio responde por los daños causados por el agua usada para extinguirlo- o adolece del elemento subjetivo dolo o grave negligencia¹¹⁸. Tampoco habrá lugar a la interrupción causal cuando la conducta dolosa del tercero, se ha visto favorecida por la actuación del causante del daño inicial –el que dañe una alambrada y no la repare a tiempo, responde de las reses que se hubieran robado aprovechando la rotura-¹¹⁹.

Este principio se ha matizado desde la doctrina penal, con el denominado *principio de confianza*¹²⁰ y parte de la idea de los roles que cada persona tiene en medio de su contorno social. Así quien ejerce permanente control sobre los actos de los demás –en determinados ámbitos- llega a perder concentración en los actos propios; sin embargo, lo más importante, es que todos los sujetos que interactúan, son responsables de sus propias acciones.

¹¹⁶ MONTÉS PENADÉS V. L., “Causalidad, Imputación objetiva...” *Ob. Cit.*, Pág. 2606.

¹¹⁷ REGLERO CAMPOS F., “El Nexo Causal...”, *Ob. Cit.* Pág. 354.

¹¹⁸ ROXIN, C., *La Teoría del Delito en la discusión actual*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007, Págs. 113 y ss. Ilustra el Autor la evolución que ha tenido esta teoría y su aplicación actual.

¹¹⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e Imputación Objetiva...”, *Ob. Cit.*, Pág. 1572.

¹²⁰ JAKOBS, G., *La Imputación Objetiva en Derecho Penal –Estudio preliminar de SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M.*, Civitas, 1996, Págs. 105 y ss.

Así las cosas, este principio puede presentarse en dos modalidades: cuando una persona genera una acción que es inocua, *confiando* en que la acción subsiguiente, a cargo de otra persona, va a ser desarrollada de manera correcta y; lo que sería lo mismo pero desde el punto de vista del segundo actor, cuando se *confía* en que la acción previa, ha sido realizada de manera correcta.

La enfermera en una operación, al pasar el bisturí al médico en medio de una operación, *confía* en que este lo usará en debida forma y no causará daño alguno al paciente; Asimismo el médico que recibe el bisturí, *confía* en que la enfermera ha cumplido con el protocolo de desinfección correspondiente.

Por último, a manera de ejemplo, además de referirnos al, tan citado por la doctrina, incendio del Hotel Corona de Aragón, en el que se logró determinar la existencia de un agente externo que convirtió el incendio menor de una freidora, en una conflagración que acabó con la vida de 76 personas, también se ilustra la aplicación del criterio acá referido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2001, con la que se desestimaron las pretensiones de la familia de la víctima mortal del atropello de un tren, como consecuencia de su propia negligencia¹²¹.

1.2.2.1.3. Criterio de la provocación.

Con este criterio se pretenden solucionar los casos en que se causan daños en supuestos particulares tales como el *estado de necesidad*, la *legítima defensa* o el *cumplimiento de un deber*¹²².

¹²¹Hotel Corona de Aragón, Sentencia del Tribunal Supremo, de marzo 11 de 1988, Sala de lo Civil (RA/1961). Atropellamiento tren de RENFE, Sentencia del Tribunal Supremo, de Fecha 12 de Junio de 2001, Sala de lo Civil (RA/576).

¹²² REGLERO CAMPOS F., “El Nexo Causal...”, *Ob. Cit.* Pág. 364

Siguiendo con lo apuntado para el caso concreto por el profesor PANTALEÓN, este criterio sirve para determinar la imputación objetiva en dos supuestos particulares:

- El primero, cuando como consecuencia de la persecución del causante del daño, que huye del lugar de los hechos, se causa daños al persecutor o a un tercero. En este caso, se considera que las consecuencias de la persecución serán a cargo del huido, siempre que se logre demostrar que ha sido quien generó la persecución, la forma como se ha desarrollado la misma y la posibilidad de éxito.
- El segundo supuesto a que alude el Autor, el dañado asume el riesgo en un intento por salvar su vida, integridad física o bienes o, la vida o integridad física de un tercero, de una situación de peligro cierta causada por un tercero¹²³.

Como ejemplo podemos tomar el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001. Muchas de las personas que se encontraban en las Torres Gemelas, ante la angustia generada decidieron arrojar al vacío. Estas muertes, así no hubieran sido causadas por las explosiones a causa de los aviones o, por su posterior colapso, son imputables a los terroristas del *Frente Islámico Internacional para la lucha contra los Judíos y los Cruzados*¹²⁴.

¹²³ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e Imputación Objetiva...”, *Ob. Cit.*, Pág. 1576; en los mismos términos INFANTE RUIZ, F. J., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.* Págs. 169 y ss.

¹²⁴ SANMARTÍN, J., *El Terrorista*, Ariel, Barcelona, 2005. Solo a efectos de claridad, baste decir que se suele identificar a este grupo con *Al Qaeda*; lo cierto es que fue el “Frente Islámico Internacional para la lucha contra los Judíos y los Cruzados” –del que forman parte: Al Qaeda, La Yihad Islámica Egipcia, el Grupo Islámico de Egipto, el Grupo Armado Islámico de Argelia, el Partido Islámico de Turkestán, el Movimiento Islámico de Uzbekistán, Jayashee Mahoma de Cachemira, el Ejército de Mahoma y el grupo Abu Sayyaf de Filipinas-, fue el que llevó a cabo el atentado terrorista, pero que siempre se ha considerado a Al Qaeda como su impulsor y ejecutor.

También nos ilustra lo que acá referimos, la sentencia del 26 de septiembre de 2005, contiene un supuesto de los que acá hemos analizado; mediante engaños un grupo de delincuentes logra llevar a una persona un lugar apartado para robarle sus pertenencias y, con posterioridad, por la fuerza, le llevan a una casa en cuyo interior le ordenan quitarse la ropa, mientras le exhiben cables, un bisturí y un alicante. Presa del pánico, la víctima huye del lugar rompiendo con su cuerpo una puerta de cristal que daba a la calle, causándose graves lesiones. Estimó el Tribunal Supremo, que tales lesiones, si bien se las causó la propia víctima, lo hizo tratando de proteger su integridad y por ende, fueron sus captores los obligados a responder por las mismas¹²⁵.

1.2.2.1.4. El incremento del riesgo.

Los ordenamientos jurídicos permiten la realización de determinadas actividades, aún sabiendo el riesgo que representan, pero atendiendo a la utilidad que las mismas representan para la sociedad.

Este principio desarrollado por el profesor ROXIN, implica que el autor no pueda ser objeto de imputación objetiva del daño, si su conducta no implica un aumento del riesgo que permite el legislador que se presente en determinada actividad. Pero esto implica a su vez que, por el contrario, el daño se impute al causante, cuando ha sobrepasado los límites impuestos, aún cuando fuera posible probar que con una conducta intachable el daño se hubiera producido, de cualquier manera¹²⁶.

Es el típico caso de los vehículos, cuyo mero uso representa un riesgo, pero este no es comparable con los enormes beneficios que generan para la

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 2005, Sala de lo Penal (RA/1094/2005).

¹²⁶ ROXIN, C., "Problemas Básicos del Derecho Penal", Reus, Madrid, 1976, Págs. 133 y ss.

sociedad su utilización, máxime cuando tales riesgos pueden ser controlados para prevenir su materialización, así esto no siempre se consiga.

Sugiere PANTALEÓN que, para efectos de determinar cuándo se ha incrementado o no el riesgo, basta con constatar con seguridad o con una probabilidad próxima a la certeza, que un resultado similar se hubiera producido, de haber mediado una conducta diligente¹²⁷.

Como ejemplo podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de diciembre de 2002, que se abstiene de imputar las lesiones causadas por una intoxicación con monóxido de carbono, a la compañía encargada de suministrar gas, como consecuencia del mal funcionamiento de un calentador de agua cuya instalación era defectuosa. Aduce el Tribunal, que pese a que no se hizo la inspección reglamentaria dentro de los 4 años siguientes a la instalación por parte de la compañía demandada, siendo su obligación, haberla hecho no hubiera modificado el resultado, toda vez que se desconocían las causas que provocaron la fuga y no hubiera sido posible conocerlas ni siquiera con tal inspección¹²⁸.

1.2.2.1.5. El fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad.

Este criterio se basa en el ámbito de aplicación de la norma que protege determinado bien jurídico, de tal suerte que solo será posible la imputación objetiva de los eventos dañosos que recaigan por fuera de tal ámbito de protección. Dependerá su aplicación del estudio específico de la norma que se ha transgredido y de los supuestos en los que se basa, para poder colegir de allí la imputación al causante del daño¹²⁹.

¹²⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e Imputación Objetiva...”, *Ob. Cit.*, Pág. 1578.

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de diciembre de 2002, Sala de lo Civil (RA/1290/2002).

¹²⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e Imputación Objetiva...”, *Ob. Cit.*, Pág. 1580 y ss.

Al referirse a este criterio el Profesor REGLERO CAMPOS, manifiesta que para su correcta aplicación debe mediar la transgresión de una norma que imponga un deber u obligación de seguridad y, por ende, no hay lugar a la imputación cuando la finalidad de la norma, es otra diferente¹³⁰.

Para efectos de ilustrar este criterio, recuérdese el ejemplo de los trabajadores de una empresa, obligados a trabajar en domingo, que resultaron lesionados por la explosión de un polvorín cercano al lugar en el que se encontraban. En este caso, habida cuenta de tratarse de una norma que protege el descanso de los trabajadores o las libertades religiosas, no habría lugar a la imputar los daños al empleador que desatendiendo tal norma, les obligó a trabajar el fatídico día, por cuanto dicha norma no tiene como finalidad proteger a los empleados de los sucesos que se presenten los domingos.

Se plantea por algún sector de la doctrina, la confusión aparente entre este criterio y el relativo al *incremento del riesgo*, aduciendo que en todos los casos en los que se llegue a negar la imputación objetiva por este último, habrá de llegarse a la misma conclusión si aplicamos el que en este apartado nos ocupa. Con todo, no obstante reconocerse como válido este planteamiento, la presencia de este criterio no supone un inconveniente y puede servir para hacer claridad en casos en los que la imputación objetiva no sea sencillo establecerla, con lo cual nada obsta para que se mantenga¹³¹.

Estos son los criterios que se han propuesto para determinar la imputación objetiva que se sucede al juicio a cerca de la causación de los daños. Se plantean desde el derecho penal y se proponen para la solución de los conflictos que en el mismo sentido se presentan en el derecho civil.

¹³⁰ REGLERO CAMPOS F., “El Nexo Causal...”, *Ob. Cit.* Pág. 362 y ss.

¹³¹ INFANTE RUIZ, F. J., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.* Págs. 191 y ss.; el autor se refiere a los planteamientos sobre el particular desde la doctrina alemana y a lo expuesto por el profesor PANTALEÓN en su artículo citado en reiteradas oportunidades en este apartado.

En adición a lo hasta acá planteado, debemos hacer referencia a los criterios que adicionan las disposiciones legales aplicables a los eventos en que se encuentra presente la acción u omisión de la Administración, por ser exclusivos de este supuesto y por resultar de gran importancia para el tema que nos ocupa, como son la imputación a la administración por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos.

1.2.2.2. Criterios de imputación propios de la Administración Pública.

Conforme lo establecen las normas que regulan la responsabilidad de la Administración, que hemos tenido oportunidad de analizar, se responde de todas las lesiones que se generen por el *normal* o *anormal* funcionamiento de los servicios públicos.

Pareciera entonces, que los únicos criterios de imputación que se manejan, son estos dos y dado el carácter objetivo de la institución, no es necesario recurrir a otros criterios de imputación adicionales, bastaría con que se presentara la lesión como consecuencia de la prestación de un servicio, para que surgiera de inmediato la obligación de reparar a cargo de la Administración, sin prestar mayor importancia al criterio a través del cual se llega a tal conclusión¹³².

Sin embargo, los preceptos legales no definen de manera clara cual es el criterio bajo el que se debe hacer la imputación, pues estas se limitan a establecer la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, vía por la que se puede llegar a la establecer la *causalidad*, pero insuficiente para establecer la *imputación*, como lo dejamos dicho en su momento.

¹³² COLINA GAREA, R., “La Responsabilidad Civil...”, *Ob. Cit.*, Págs. 367 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial...*, *Ob. Cit.*, Pág. 448 y ss.

Quizá por es por esta razón, que la doctrina ha tratado de identificar cuáles son los criterios que se pueden aplicar para determinar la *imputación*, mediante el análisis en cada caso concreto de la actividad dañosa de que se trate y su relación con el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos.¹³³

Se parte del hecho de estar en un régimen objetivo, en donde la responsabilidad se estructura al margen de cualquier idea de culpa, pero en donde la mera causación del daño no puede ser la única base de la imputación; debe haber apoyadura, en otras razones o títulos jurídicos diferentes, tales como la propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa cuya actividad ha generado la lesión, la relación de dependencia del sujeto al que se atribuye la acción causante de la lesión, la creación del riesgo de cuya actualización ha surgido la lesión del dañado, entre otros¹³⁴.

Y siendo este el punto de partida, se han establecido algunos criterios para poder llegar a vincular la responsabilidad de la administración en sucesos específicos, en los que se encuentra de por medio la prestación de un servicio público y que exponemos a continuación de manera somera.

1.2.2.2.1. La Titularidad de la Administración Pública.

Según este criterio, la titularidad de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño, es suficiente para justificar la imputación del mismo a la Administración; así las cosas, se impondrá la obligación de

¹³³GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2005, Págs. 392 y ss.; MEDINA ALCOZ, L., *La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo – aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Civitas, Navarra, 2005, Págs. 212 y ss.

¹³⁴GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho...*, *Ob. Cit.* Pág. 390 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., en el Prólogo de DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.* Alude el Profesor SANTAMARÍA a la necesidad de regular los eventos en los que se configura la responsabilidad de la Administración, aduciendo que no puede ser la sola prestación del servicio, el título a través del cual se obtenga una indemnización. Aunque se muestra partidario a la naturaleza objetiva del sistema y el abandono de cualquier connotación relativa al comportamiento del agente, también considera que la ambigüedad de las disposiciones hace necesaria su regulación.

indemnizar, siempre que la gestión, actividad o desarrollo de las tareas propias de la Administración, traiga como consecuencia una lesión¹³⁵.

Coincide este planteamiento, con lo que ha sostenido por el Tribunal Supremo, al aducir que si bien se trata de un sistema en donde es indiferente que la prestación del servicio haya sido normal o anormal, si es imprescindible que la lesión se presente como consecuencia del funcionamiento del servicio público¹³⁶; en otras palabras, la ocurrencia de la lesión en medio de la prestación de un servicio público, es suficiente título de imputación para que la Administración sea declarada responsable.

Sin embargo, como se habrá advertido, esta concreción respecto del criterio de imputación, no aporta nada novedoso a lo que hasta acá se ha manifestado. Decir que depende de la titularidad de la actividad que se ha desarrollado, no es diferente a afirmar que por la mera presencia del servicio público dentro de la relación jurídica, se impone la obligación de indemnizar a cargo de la Administración, lo que constituye una reiteración al principio establecido en la norma y que sin lugar a dudas determina la relación de causalidad, pero en modo alguno lo hace respecto de la imputación.

Pero al estudio de este criterio se le adiciona un elemento más, que clarifica el planteamiento y si marca una diferencia con lo que hasta acá hemos expuesto. Manifiestan los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, que lo relevante bajo este criterio, es la vinculación que hay entre la Administración y el agente, quien debe actuar en su nombre, para que se pueda hablar de daños ocasionados por su actuar.

¹³⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho...*, Ob. Cit. Pág. 396 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial...*, Ob. Cit., Págs. 450 y ss.

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RA/4220). Se ratifica con esta Sentencia el planteamiento que al respecto ha tenido el alto Tribunal, respecto al criterio de imputación que se aplica en los eventos de responsabilidad de la Administración.

Es en esta última apreciación en donde se encuentra el límite a este principio, pues se requiere no solo que la persona tenga relación con la Administración, sino que al momento de realizar el acto lesivo, funja en virtud de la misma; en otras palabras, la responsabilidad de la Administración se excluye en los actos personales de los funcionarios¹³⁷.

Cita la doctrina, para ilustrar este planteamiento, dos casos en donde se evidencia la forma como se aplican los parámetros necesarios para determinar la responsabilidad de la Administración. El primero de ellos, sucedió en Sierra Leona; una compañía española se valió de los servicios consulares para obtener el pago de ciertas exportaciones realizadas; el pago nunca llegó a recibirlo, por cuanto la Cónsul Honoraria, que se había ofrecido para gestionar dicho pago –excediendo sus funciones, pero actuando conforme su dignidad- huyó con el dinero. Se condenó a la Administración Pública, bajo el entendido de que el objeto de todas sus instituciones, pasa por la protección de los intereses de sus ciudadanos, sin perjuicio desde luego de la posibilidad que tiene de repetir por la responsabilidad personal que tengan sus funcionarios¹³⁸.

El otro evento referido para ilustrar la relación entre el agente y la Administración, es el asesinato de un joven a manos de un miembro de la policía nacional, con su arma de dotación, en Sabadell el 21 de junio de 1980. Ocurrió en este caso, que el agente se encontraba de vacaciones – por ende fuera de servicio- y al solicitar y no encontrar drogas para su consumo personal en un bar, se dirigió a un grupo de jóvenes que se encontraban en la calle, para hacerles la misma petición. Ante la negativa de los jóvenes – entre los que se encontraba la víctima-, les requirió sus documentos

¹³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho...*, *Ob. Cit.* Pág. 398; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2004, Págs. 497 y ss.; NAVARRO MÚNERA, A. E., “La Ampliación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración por los Daños ocasionados por sus Funcionarios o Agentes actuando al margen del Servicio Público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 60, Octubre/Diciembre, 1988, Págs. 603 y ss.

¹³⁸ Dictamen del Consejo de Estado, de fecha 18 de noviembre de 1985.

poniendo de presenten su condición, a lo que estos se negaron desatándose una disputa con el resultado antedicho. Adujo el Tribunal que el hecho de estar un policía nacional involucrado en este evento, fue una mera casualidad y que su intervención, no tenía nada que ver con su misión y funciones, pues lo que pretendía era obtener droga para su consumo personal, sin que estuviera presente la prestación de un servicio público, por lo que no había lugar a vincular la Administración Pública¹³⁹.

1.2.2.2.2. El daño por sacrificio.

Según este criterio, habrá lugar a responsabilidad de la Administración Pública, cuando actuando conforme a derecho, causa una lesión cuya concreción recae en un sacrificio grave e intenso de un particular, sin que haya una razón que lo justifique y por ende una obligación de soportarlo.

En este orden de ideas, liberar la responsabilidad de la Administración, no basta con que su actuación haya sido legítima, es decir, conforme a derecho, sino que será necesario que no exista una norma expresa que determine de manera expresa tal resultado como querido y por ende esté justificado el perjuicio¹⁴⁰.

El daño debe individualizarse y, con posterioridad, es necesario determinar –y es acá donde se presentan las dificultades- cuando se está hablando de un daño especial y cuando nos encontramos ante las llamadas cargas colectivas con las que todos los miembros de la sociedad, en un momento determinado, deben soportar en aras del beneficio común.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 27 de mayo de 1987, Sala de lo Contencioso-Administrativo, (RA/3488).

¹⁴⁰ BLASCO ESTEVE, A., “La Responsabilidad de la Administración”, V.V.A.A., *Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Libros Jurídicos Carperi, Madrid, 1993, Págs. 414 y ss.; en el mismo sentido MEDINA ALCOZ, L., *La Responsabilidad Patrimonial...*, *Ob. Cit.* Págs. 215.

Sin lugar a dudas se trata de un criterio que no clarifica mucho las cosas y, en opinión de algunos autores, parte de supuestos erróneos, que conducen a conclusiones equivocadas. Así, aduce DE AHUMADA RAMOS, que las disposiciones legales no califican de manera alguna el daño de tal manera que condicione su asunción por parte de la Administración Pública; no se contempla ninguna especialidad o gravedad del mismo, de la que penda la obligación de reparar.

Por otra parte, continúa el Autor, no hay ningún criterio del que se pueda colegir una valoración cualitativa –incluso cuantitativa- o que determine la gravedad de los daños y, a partir de allí determinar cuáles resultaran indemnizables o no; además, en cualquier caso, tales valoraciones dependerían de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se presentaran los hechos¹⁴¹.

Por lo anterior, este criterio no es de buen recibo por parte de la doctrina, que de ordinario suele centrar su estudio respecto de los criterios de imputación en el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos, aduciendo que tales principios excluyen cualquier otro criterio de imputación; el legislador así planteó la responsabilidad de la Administración y no hay lugar a elucubraciones al respecto¹⁴²; sin embargo y pese a estimar que este último argumento no es convincente y que en aras de la evolución y optimización de la ciencia jurídica, las instituciones jurídicas son dignas de ser analizadas y, si fuera del caso matizadas en su propio beneficio, tampoco consideramos prudente hacer adendas a la norma o suponer lo que dice, sin decirlo.

¹⁴¹ DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, Págs. 83 y ss.

¹⁴² GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial...*, *Ob. Cit.*, Pág. 447 y ss. Se refiere el Autor al intento de algunos miembros de la doctrina por articular la responsabilidad de la Administración con base en criterios subjetivos, incluso desconociendo que la ley no hace referencia a los mismos, así como aquellos que identifican en los preceptos legales una “*variedad de criterios, en los que todos - incluso la culpa- funcionan con carácter general, con el mismo rango*”. Vale anotar –decimos nosotros- que DE AHUMADA RAMOS ubica a este autor dentro de los que siguen los planteamientos de BLASCO ESTEVE es decir, contrario a lo que en nuestra opinión ocurre.

Salvedades hechas, suscribimos la crítica acá planteada en especial en lo que se refiere al traslado del tema de la imputación a un plano diferente sin aportar una solución, toda vez que aduce que habrá lugar a la responsabilidad de la Administración, cuando el daño sea *grave e intenso*, lo que se determinará con otros criterios adicionales. Pero ocurre que la norma no habla de la especialidad del daño y tampoco ofrece los criterios que se requieren para determinar tal calidad, con lo cual se parte de un supuesto que se solucionaría con otro supuesto.

1.2.2.2.3. El Riesgo.

La Administración será responsable de los daños que se causen, de la materialización de los riesgos que haya creado en su propio interés, al margen de cualquier valoración subjetiva. De la misma manera a como opera en el caso de los particulares que se ven en la obligación de asumir las cargas que se generan con la actividad que realizan y que entrañan un riesgo¹⁴³.

En consecuencia con lo expuesto todos los daños causados con el desarrollo de una actividad organizada por parte de la Administración, creadora en potencia de daños previsibles e inevitables y, que reporta beneficios particulares, deben ser asumidos por su parte una vez se materialicen –si se materializan-. Solo bajo este supuesto, el ordenamiento jurídico permite que se desarrollen tales actividades.

En adición, lo anterior supone que la responsabilidad se extienda a los daños provenientes de casos fortuitos, en la medida en que son inevitables y

¹⁴³ SANTOS BRIZ J., *Responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Montecorvo Madrid 1986. Pág. 483 y ss.

proceden del interior de la actividad, como tuvimos oportunidad de analizar en líneas anteriores¹⁴⁴.

Bastará entonces que la titularidad de la empresa, en el caso que nos ocupa, esté en cabeza de la Administración, para que se surta la imputación a la misma de los daños, sin que haya lugar a que, como ya lo dejamos dicho, se hagan valoraciones respecto de la conducta del agente¹⁴⁵.

La dificultad en este caso proviene de la determinación de las actividades que se pueden considerar riesgosas, para efectos de establecer la imputación; sin embargo, tratándose de un caso específico que se presenta en la doctrina general de Responsabilidad Civil, nada obsta para que los principios que por regla general se aplican a los particulares, no sean aplicados a la Administración, máxime cuando, como apuntó PANTALEÓN, en la mayoría de los casos, ésta desarrolla actividades sin ánimo de lucro a diferencia de los particulares que en casos homólogos si persiguen un beneficio económico¹⁴⁶.

Conviene mencionar, que mientras para los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, se trata de la expresión más clara de la objetivación de la responsabilidad, en la práctica –administrativa- no siempre resulta tan afortunada, como lo ponen de manifiesto MORENO MOLINA Y MAGAN PERALES, para quienes en estos casos siempre se termina invocando la *anormalidad* –basada en la culpa o negligencia del

¹⁴⁴ LEGUINA VILLA, J., *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1983, Págs. 144 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho...*, *Ob. Cit.* Págs. 501 y ss.

¹⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho...*, *Ob. Cit.* Pág. 400 y ss.; MEDINA ALCOZ, L., *La Responsabilidad Patrimonial...*, *Ob. Cit.* Págs. 216; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial...*, *Ob. Cit.*, Pág. 471 y ss.

¹⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar la Responsabilidad Civil Extracontractual...”, Pág., 457; en el mismo sentido, GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico...*, *Ob. Cit.*, Págs. 395 y ss.

funcionario- del servicio público, para poder articular la imputación a la Administración, del deber de indemnizar¹⁴⁷.

No obstante lo que hasta acá hemos puesto de manifiesto, este criterio también ha sido objeto de matizaciones por parte de la doctrina, por cuanto la institución de la responsabilidad civil, no puede convertirse en un seguro que ampare todos los eventos dañosos a los que puedan estar expuestos los particulares y que se sucedan con ocasión de un servicio público, razón por la que se ha dicho lo que se pretende es mantener indemne el patrimonio de los particulares, frente a los riesgos que resulten relevantes en materia jurídica y no de aquellos que sin tener origen en el servicio público, se manifiesten con ocasión del mismo.

Conforme lo anterior, se han estructurado algunos parámetros para poder determinar, si el riesgo tiene suficiente entidad como para establecer el vínculo de imputación y hacer a la Administración responsable de los daños que de allí se desprendan.

Para BELADIEZ ROJO¹⁴⁸, el riesgo solo será relevante y constituirá un título de imputación, cuando:

- **Riesgo General.** Se trate de un riesgo que incida sobre todas las personas o bienes a los que la prestación del servicio pueda afectar o a grupos determinados de ellos. Solo en estos casos, se

¹⁴⁷ MORENO MOLINA J. A. Y MAGAN PERALES J. M., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas y, en general, de las Corporaciones Locales. Un estudio sobre el análisis de la Jurisprudencia.* El Consultor de Ayuntamientos, 2005, Págs. 539 y ss.

¹⁴⁸ BELADIEZ ROJO, M. *Responsabilidad e imputación...*; *Ob. Cit.*, Págs. 103 y ss. Constituye este análisis de los riesgos, uno de los más completos de los que se encuentra en la doctrina, por hacer referencia a elementos comunes que propenden por la aplicación de la responsabilidad de la administración, dentro de límites razonables y con base en afirmaciones que van más allá de lo dicho por la norma, sin acudir a ficciones o extrapolar sus planteamientos. En el mismo sentido MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, *Ob. Cit.* Pág., 249 y ss., seguido por GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial...*, *Ob. Cit.*, Págs. 473 y ss. Se plantean y desarrollan otros límites a este criterio del riesgo, coincidente en algunos apartes con la primera de las citadas, pero que se sirve de planteamientos más particulares.

puede decir que el riesgo procede del servicio. Tal es el caso de las obras de mantenimiento que realicen en una calle, en virtud de las cuales, se van a afectar todos los vecinos de la misma.

- **Riesgo Inherente al Servicio.** Que el riesgo proceda de la prestación del servicio o, en otras palabras, que no subsista sin la prestación del servicio. Por esta razón, aduce la Autora, la Responsabilidad no llega a cubrir los casos de fuerza mayor –a los que nos referiremos en otro apartado- y si los de caso fortuito, cuya básica diferencia, es su procedencia. Debe tratarse, desde luego, de un riesgo propio y exclusivo del servicio, lo que ocurrirá siempre que la materialización del riesgo, determine la causación del perjuicio.
- **Que no sean riesgos socialmente admitidos.** Este requisito se divide a su vez en dos, siendo uno los *riesgos socialmente asumidos*, que debido a la aceptación social de los daños hipotéticos que con ellos se generan, carecen de relevancia jurídica, como ocurre con los tropezones en las aceras o la ubicación de casetas en tiempos de feria que impiden la movilidad por la ciudad –nos referimos a casos de ocurrencia cotidiana y que no obedecen a circunstancias especiales, como el mal diseño de la acera o la ubicación ilegal de las casetas ante la pasividad de la Administración-. El segundo de los supuestos, son los riesgos que se asumen de manera individual por el que los sufre, circunstancia por la cual, no se exonera la Administración de asumir su responsabilidad en los mismos.

1.2.2.2.4. El enriquecimiento sin causa.

Constituye este el último de los títulos de imputación en materia de responsabilidad civil de las administraciones públicas, al que hace referencia la doctrina¹⁴⁹.

Su aplicación se encuentra justificada en la obtención de un beneficio para el patrimonio de la Administración, como consecuencia del daño acaecido a la víctima, aceptándose incluso bajo la fórmula negativa de eliminación de un perjuicio¹⁵⁰.

Los principios generales en los que se soporta esta doctrina, provienen de la dogmática civil, aplicados como es lógico al patrimonio de la Administración y referidos de ordinario a supuestos específicos, que no pretenden ser restrictivos al momento de determinar la imputación, sino que recogen los eventos en los que con mayor claridad se presenta; tales eventos los podemos resumir de la siguiente manera:

- **Enriquecimiento producido por una prestación que se realiza en cumplimiento de una obligación existente o en el convencimiento de que existe.**
- **Enriquecimiento por el desvío de la Administración Pública de valores patrimoniales que no correspondían, con la invasión indebida de bienes ajenos.**

¹⁴⁹ REBOLLO PUIG, M., *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, Págs. 277 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2008, Pág. 472 y 596, así como “Consideraciones sobre el Enriquecimiento Injusto en el Derecho Administrativo, *Revista de Administración Pública*, No. 84, 1977, Págs. 185 – 202; OCHOA GÓMEZ M. P., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y el Fenómeno Urbano*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005, Págs. 185 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial...*, *Ob. Cit.*, Págs. 505 y ss.

¹⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho...*, *Ob. Cit.* Págs. 402 y ss.

- **Enriquecimiento obtenido a costa de quien, sin ejecutar una prestación, ni pretender cumplir una obligación propia, realiza un desembolso que aprovechada a otro.** Esta categoría a su vez admite dos hipótesis, como son: el pago voluntario de una deuda ajena o, la realización de gastos o trabajos sobre una cosa ajena que habría logrado plusvalía como consecuencia de tales gastos o trabajos.

1.3. Causales de exclusión de responsabilidad.

Concluyen las normas que establecen la responsabilidad de la Administración, excluyendo aquellos casos en que los daños son consecuencia de *fuera mayor*; esta limitación fue matizada a través de la reforma al régimen practicada a través de la Ley 4/1999, del 13 de enero, en los siguientes términos:

“no serán indemnizables los hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquellos...”

La razón de ser de esta modificación, además de la matización aludida conforme se expresa en el apartado VI de la Exposición de Motivos, fue la de poner freno a la amplia –y no siempre afortunada- aplicación que se daba al régimen establecido y que había conducido a una desfiguración del sistema resarcitorio, como consecuencia de interpretar el sistema con base en postulados de “cobertura social” y no en términos de “justicia conmutativa”¹⁵¹.

Tan errónea fundamentación, condujo a que se surtieran algunas condenas a la Administración por el contagio del VIH a través de transfusiones de sangre,

¹⁵¹ DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad...*, Ob. Cit., Pág. 52.

realizadas en hospitales públicos antes de la implementación de controles en tal sentido e incluso antes de que se conociera la existencia de tal enfermedad¹⁵².

Así las cosas, constituye la *fuerza mayor* el único evento en el que la Administración no se ve obligada a reparar los daños que con la prestación de los servicios públicos llegara a causar, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes y las manifestaciones en este sentido por parte de la Doctrina, que no escatima en esfuerzos para justificar lo hasta acá dicho.

Se exonerará de responsabilidad a la Administración en todos aquellos acontecimientos *inevitables, irresistibles e insuperables* que causen daños a determinadas personas, sean o no previsibles, pues aún cuando lo fueran, el que sean *irresistibles*, implicaría que tal previsión, no resultara suficiente para poderlos evitar¹⁵³. Solo en este específico evento y previa su demostración por parte de la Administración, habrá lugar al rompimiento del nexo causal, con las consecuencias que a ello le siguen.

Resulta apenas lógica esta previsión legal, habida cuenta de tratarse de un elemento por completo ajeno al proceder de la Administración, que es externo a la relación que existe con el particular en la prestación del servicio público que le corresponde y que por ende escapa por completo de su control, circunstancia suficiente para que se libere de la obligación de reparar los daños que en medio de las mismas se hubieran producido.

Pero las normas nada dicen respecto del *caso fortuito* –evento que de ordinario se aborda de manera conjunta a la *fuerza mayor*–, por lo que entendemos que el mismo no tiene entidad suficiente como para romper el nexo causal y es en este punto en donde se encuentran las más fervientes críticas al sistema por parte de la

¹⁵² MARTÍN REBOLLO, L., “Ayer y hoy de la Responsabilidad...”, *Ob. Cit.*, Pág. 342 y ss.

¹⁵³ COLINA GAREA, R., “La Responsabilidad Civil... *Ob. Cit.*, Pág. 370 y ss.

doctrina civilista, que cuenta con el profesor PANTALEÓN como su principal exponente y cuya opinión la referiremos más adelante.

Refirámonos en primer término a lo planteado desde la doctrina administrativista, en concreto el Profesor COLINA GAREA, se ha entendido por *casos fortuitos* aquellos eventos que resultan inevitables, en razón de la imposibilidad de ser previstos y cuya causa es interna e intrínseca a la esfera de actuación del obligado. Y ese carácter interno el que determina su ausencia en la ley, pues proviniendo de tal esfera, ha debido ser previsto y por ende el daño hubiera sido evitable.

Justifica la deliberada ausencia de este puntual evento, aduciendo que el daño no se puede evitar, no porque resulte imposible preverlo, sino porque ha habido negligencia por parte de quien debía preverlo y, esta circunstancia involucra un elemento extraño al régimen de responsabilidad objetiva plasmado en la ley, que ha querido mantener al margen cualquier valoración sobre la conducta del agente.

Por otro lado, al tener su origen en el interior de la administración, lo lógico es que ésta prevea los riesgos que se generan con su actuar, con lo cual su ocurrencia o materialización, deben ser asumidos por su parte, manteniendo indemne al particular.

Constituye este argumento, el relativo al origen de los *casos fortuitos*, el punto de partida de las elaboraciones teóricas respecto de la responsabilidad que de los mismos pudiera derivarse y que conduce de manera inexorable a la teoría del *riesgo*. Y es que el planteamiento que al respecto se mantiene, gira en torno del establecimiento de responsabilidad por la materialización de todos los riesgos que se generan en la prestación de los servicios públicos, al ser estos creados por la Administración.

Pero el planteamiento no se termina acá. Aduce el Autor, que con la modificación legal realizada a través de la Ley 4/1999, de 13 de enero, a la que aludimos con anterioridad, más allá de matizar la *fuera mayor*, lo que hizo el legislador fue exonerar de responsabilidad a la Administración, de ciertos daños que son producto de *casos fortuitos* y de los que hubiera tenido que responder al tenor de las normas originales.

Si bien la ley se refiere a ciertos daños cuyo origen se encuentra en el desconocimiento del riesgo, según el estado de la ciencia y la técnica en el momento en que se generaron, lo cierto es que tales riesgos fueron creados en el ámbito de funcionamiento de los servicios públicos, lo que implica que sean inherentes, internos e intrínsecos a la actividad de la Administración, característica propia del *caso fortuito*.

Con todo, no se muestra contrario a esta limitación el Autor, al indicar que la inclusión de la llamada *responsabilidad por riesgos de desarrollo*, implica incluir ciertos elementos extraños al sistema objetivo de este *concreto tipo de responsabilidad civil*¹⁵⁴. Acepta de manera pacífica el Autor el que se haya hecho tal inclusión en el sistema y no toma la misma, como el punto de inflexión a partir del cual se dio inicio a la demolición del sistema¹⁵⁵.

El planteamiento puede no ser tan simple si seguimos lo indicado por DE AHUMADA RAMOS, quien considera que los daños provenientes de *casos fortuitos* solo serán imputables a la Administración, cuando lesionan verdaderos derechos de los particulares y cuya causa, siendo desconocida por completo, puede afirmarse de manera racional, proviene de la esfera interior de la Administración y no de un agente externo, que en cualquier caso le correspondería demostrar¹⁵⁶.

¹⁵⁴ COLINA GAREA, R., “La Responsabilidad Civil... *Ob. Cit.*, Pág. 371 y ss.

¹⁵⁵ JORDANO FRAGA, J., “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre o, el inicio de la demolición del sistema de Responsabilidad Objetiva de las administraciones públicas”. *Revista de Administración Pública*, No. 149, mayo/agosto, 1999, Págs. 330 y ss.

¹⁵⁶ DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, Pág. 222 y ss.

Pero, ¿cómo determinar que se trata de un riesgo inherente a la actividad de la Administración, que no se encuentra “contaminado” por ningún agente externo?; en otras palabras, ¿en qué se basa esa *duda racional* que hace imputable a la Administración la responsabilidad por los daños causado?

Los mismos cuestionamientos ponen de manifiesto la dificultad que supone determinar de manera *razonable* qué riesgos específicos provienen de la realización de una determinada actividad. Sin embargo, podríamos decir, que un riesgo pertenece a determinado servicio, cuando le compete de manera exclusiva su materialización, sin la intervención de un tercero. *A contrario sensu*, siempre que se encuentre presente cualquier tipo de intervención de un tercero, ya no estaríamos hablando de un riesgo que le pertenezca de manera exclusiva a la Administración y por ende no habría lugar al establecimiento de la responsabilidad.

Por último, recurre el Profesor PANTALEÓN para ilustrar este punto en concreto al ejemplo de los accidentes de tránsito ocurridos en las carreteras, cuando ha caído sobre ellas algún obstáculo o sustancia y que el período de tiempo entre un hecho y otro, es tan corto, que no ha sido posible su retiro aún bajo los más estrictos niveles de cumplimiento.

Se trata de un evento *fortuito*, por cuanto el riesgo que se ha materializado, no es extraño a la circulación por carretera, lo cual excluye la *fuerza mayor*; Asimismo no podemos afirmar que todos aquellos que hubieran sido lesionados tengan el deber legal de soportar los daños, si no partimos del supuesto de que toda persona debe soportar los daños *fortuitos* (esto es, no imputables a la culpa de otra persona) de los que pueda llegar a ser víctima.

Bajo los términos que preceden, resulta incomprensible que a la Administración se le haga responsable de esta clase de daños, desde el punto de vista de justicia o

desde la perspectiva de cualquier política social, máxime cuando se trata de eventos que podrían ser cubiertos por pólizas de seguro¹⁵⁷.

Sea como fuere, lo cierto es que son evidentes los esfuerzos que desde la Doctrina Administrativista se hacen por explicar o justificar el régimen de responsabilidad que se aplica a la Administración Pública, a través de ficciones, análisis, interpretaciones, supresiones, adiciones de supuestos inexistentes en la norma y en fin, con toda suerte de argumentaciones, que desde la perspectiva de la responsabilidad civil, carecen de valides.

No creemos que sea válido afirmar que se trata de una *categoría especial* de responsabilidad; más bien –a riesgo de ser simplistas- obedece a una desafortunada elaboración –o quizá interpretación- jurídica; de otro modo no sería tan complejo justificar tal sistema por los administrativistas –no todos- y tan sencillo rebatir cada uno de los argumentos esgrimidos, por los civilistas, quedando a los primeros como única opción el afirmar que los argumentos de estos últimos no son válidos por proceder de la obstinada negativa a aceptar la existencia de una figura jurídica novedosa. Refuerza nuestra posición el que se sugiera desde la doctrina administrativista, la modificación de este régimen de responsabilidad.

1.4. Naturaleza jurídica de la institución.

Conforme lo que hasta acá hemos visto, surge la duda respecto de la naturaleza jurídica de la institución que establece la responsabilidad de la Administración Pública; la respuesta a esta duda, difiere dependiendo de la óptica desde la cual se analice.

Mientras para los administrativistas, se trata de un sistema *sencillo, avanzado y generoso*¹⁵⁸, que lo ubica a la vanguardia –es el único de entre el grupo de

¹⁵⁷PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar la Responsabilidad...”, *Ob. Cit.*, Pág. 186 y ss.

¹⁵⁸MARTÍN REBOLLO, L. “Ayer y hoy...” *Ob. Cit.*, Pág. 345.

ordenamientos que siguen la misma tradición jurídica, que lo establece en tales términos-, para los civilistas se trata de una institución que excede los límites de la responsabilidad civil y que se acerca más a un sistema de solidaridad social.

Creemos que existe una dualidad de criterios en donde tienen cabida todos -o casi todos- los daños que se puedan sufrir los miembros de la sociedad, imponiéndose a la Administración la obligación de repararlos, con independencia de la conducta del agente¹⁵⁹.

Pero lo anterior no es suficiente para afirmar de manera categórica que se trate de un sistema objetivo, toda vez que la formulación de la premisa bajo la cual se hace responsable a la administración, involucra criterios tanto objetivos como subjetivos, que conducen a una responsabilidad de márgenes insospechados, que solo están limitados por la *fuerza mayor* o *el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica*.

Ante un evento en el que se halle de por medio la prestación de un servicio público y se haya causado una *lesión*, sin que exista el deber jurídico de soportarlo por parte de la víctima, la Administración será responsable, bien porque el servicio público se haya prestado en condiciones normales -lo que implica un juicio objetivo¹⁶⁰- o bien porque se haya prestado en condiciones anormales -lo que conduce a una valoración subjetiva-¹⁶¹. Así las cosas, haya o no eficiencia en el

¹⁵⁹Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 noviembre 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, (RA/1365).

¹⁶⁰Sentencia del Tribunal Supremo, de 02 de junio de 1994, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RA/No. 4778); Sentencia del Tribunal Supremo, de Julio 02 de 1994, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RA/6673); Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RA/1489); Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, (RA/1810); sentencia Audiencia Nacional, de 31 de enero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RA/187).

¹⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 06 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª (RA/653). Se establece la responsabilidad de la Administración, por no haber sido negligente en la adopción de medidas para evitar daños a causa de la ruina de una edificación. Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 diciembre de 1998, Sala de lo Civil (RA/10161); contaminación virus del SIDA. Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, (RA/370).

servicio público, la Administración será responsable, siéndole posible exonerarse solo cuando demuestre la existencia de *fuerza mayor*.

La amplitud y generosidad del sistema es tal, que el solo hecho de estar presenta la Administración, hace que se desprendan sentencias tendentes al establecimiento de responsabilidades, con sus correspondientes indemnizaciones. Casos como la declaratoria de responsabilidad de la Administración por los daños causados por el hijo menor de un miembro de la Policía Nacional a otro menor, con un arma que su padre tenía en casa, con fundamento en la licencia que se le había otorgado para su tenencia, por parte de esta¹⁶²; la declaratoria de responsabilidad por el accidente causado por un ciervo que se lanzó a la vía en la N-111 y la consecuente indemnización de los daños¹⁶³ o, el establecimiento de responsabilidad de la Administración, por haber denegado un *Expediente de Regulación de Empleo*, a una empresa que, como consecuencia, se vio obligada a despedir a sus empleados y fue condenada por ello al pago de indemnizaciones y, al asumirlas se fue a la quiebra¹⁶⁴, entre muchas otras, son ejemplo palmario de lo que acá exponemos.

Como se entenderá, no se trata de un hecho aceptado por la doctrina de manera pacífica, pues resultan evidentes sus ingentes esfuerzos por interpretar las normas aplicables a esta responsabilidad, tratando desde luego de encontrar una explicación satisfactoria, que conduzca al señalamiento de los parámetros según los cuales existe responsabilidad de la administración, que al parecer se hace responsable de todo aquello que pase a sus coasociados, dentro de un amplísimo y generoso sistema de responsabilidad.

¹⁶² Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 2005, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª (RA/1605).

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de enero 15 de 2.001 (RJCA2001\536). En este caso concreto, quien presentó la demanda fue la compañía de seguros que hubo de reconocer los daños causados por el accidente.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RA/4314).

En opinión del Profesor MARTÍN REBOLLO, el sistema de responsabilidad que acá estudiamos constituye una garantía general, cuyo fundamento no es otro que la *solidaridad social*, de tal suerte que las consecuencias en la búsqueda del bienestar colectivo, deben ser distribuidas de la misma manera entre todos los miembros de la comunidad; sin embargo, si bien es posible establecer parámetros en el supuesto anterior, no ocurre lo mismo en los casos en que hablamos del normal funcionamiento de los servicios públicos, lo que hace que se derive en un sistema de responsabilidad cercano a los sistemas de asistencia social universal¹⁶⁵.

Se aduce también, que desde la perspectiva del derecho administrativo, sobre la base del *Estado Social de Derecho*, establecido en la Constitución Española, que debe propender por el bienestar de sus coasociados, aún cuando haya actuado conforme los máximos niveles de calidad en la asunción de sus obligaciones como prestador de servicios públicos; se afirma, que si bien la ejecución de determinadas actividades van encaminadas al beneficio de la comunidad en general, pareciera lógico que la misma, asumiera el coste de los perjuicios que en desarrollo de estas, se causara a los particulares; sin embargo, se advierte un criterio distributivo en ésta fórmula, que es ajeno por completo a los sistemas de responsabilidad y que atienden más a sistemas de solidaridad.

Sin embargo, no es este un planteamiento aceptado por unanimidad, pues se hacen esfuerzos por desligar el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración, de los esquemas de seguridad social, aduciendo que aquella surge cuando hay una lesión de derechos o de bienes jurídicamente protegidos y cuyo fundamento son los principios básicos de la justicia conmutativa, más no, un sistema de cobertura de riesgos, como tampoco un sistema de responsabilidad por simples daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar o un sistema basado en la seguridad social.

¹⁶⁵ MARTÍN REBOLLO, L., “Responsabilidad de la Administración”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, Págs. 5931 y ss.

Quizá por esto se ha dicho, que la responsabilidad patrimonial de la administración como un elemento esencial de la configuración del Estado en el marco de un *Estado de Derecho*, al que le corresponde respetar y garantizar los derechos de los ciudadanos, por lo que se trata de un mecanismo objetivo de reparación, por las lesiones que se puedan suceder a determinada actividad de la administración¹⁶⁶.

No se parte acá de la noción de *Estado Social de Derecho* por cuanto, plantearlo de esta manera implica que se incluyan elementos sociales –solidaridad social, seguridad social, entre otros- que conducen a conclusiones erróneas tras desdibujar el verdadero sentido del instituto de la responsabilidad civil.

Lo anterior no implica que por el hecho de ser un sistema objetivo y que, por ende, la culpa no sea su fundamento, deje de ser necesario en ocasiones, probar el funcionamiento, la legalidad de la actuación de la administración o la negligencia del agente, sin que por ello se esté renunciando a la objetividad del sistema. Se trata entonces, se dice, de un mecanismo objetivo de protección integral para los ciudadanos¹⁶⁷.

Pero si esto es así, entonces asiste la razón al profesor PANTALEÓN cuando al referirse a quienes apoyan esta última postura, manifiesta que *tras expulsar el demonio de la culpa por la puerta, no ha podido evitar invocarlo por la ventana*¹⁶⁸. En otras palabras, se sirven de la culpa a mejor conveniencia, sin que por ello se pierda el pretendido carácter objetivo de la responsabilidad, como si

¹⁶⁶ PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública –Los postulados constitucionales de la reforma administrativa-*, Civitas, Madrid, 1983, Págs. 130 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *El Estado Social y Democrático de Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, Págs. 231 y ss. Especial mención merece el planteamiento sostenido en la cita de pie de página No. 160. BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo –Parte Especial-*, V.V.A.A., Civitas, Madrid, 2005, Pág. 1138 y ss.

¹⁶⁷ Entre otros, así lo dejó dicho LEGUINA VILLA, J., en el prólogo de la obra de BELADIEZ ROJO, M. *Responsabilidad... Ob. Cit.*, Pág. 22.; DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, Pág. 56 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2006, Págs. 203 y ss.

¹⁶⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar la Responsabilidad Civil Extracontractual...”, Pág., 456, en concreto en la Cita 35.

fuera vergonzante aceptar su necesaria presencia en el establecimiento de la responsabilidad.

El mismo Autor, considera que un sistema como éste, que ha sido calificado de *progresista*, por cuanto provee una protección mayor para los administrados, no es más que un sistema más *caro*, que no es posible sostener o que requiere de situaciones particulares para su funcionamiento.

Pero además, continua, supone una desigualdad manifiesta, al ser diferente la fórmula mediante la cual se establece la responsabilidad de la Administración y la responsabilidad de los entes privados, en circunstancias similares, y en las que resulta condenada la primera y absuelta la segunda.

No hay desde luego una oposición al establecimiento de la responsabilidad a través de criterios objetivos, pero si al hecho de que ésta sea ilimitada, máxime cuando se trata de actividades que no representan lucro alguno para la misma y que, además, su actuación se encamina a la obtención de un beneficio común, en contraposición a lo que ocurre con los entes privados¹⁶⁹.

Este último planteamiento adiciona otro elemento, para el que no hay una respuesta satisfactoria que justifique un sistema más estricto para la Administración Pública, más allá de que esta es *potentior persone*¹⁷⁰ y que dado su poder de intervención en la sociedad, tiene que asumir ciertos riesgos, superiores desde luego a aquellos que asumen los particulares, argumento bastante discutible y que solo podría soportarse si convertimos la responsabilidad civil, en una herramienta de redistribución de la riqueza y cuya aplicación se hace depender de la capacidad de pago del dañante, llegando a la equivocada conclusión de que así como el que tiene más, paga más, el que tiene menos o –lo que sería peor- no

¹⁶⁹PANTALEÓN PRIETO, F., “Los anteojos del civilista...”, *Ob. Cit.*, Págs. 239 y ss.

¹⁷⁰JORDANO FRAGA, J., “La reforma del artículo 141...”. *Ob. Cit.*, Págs. 321 y ss. Evidencia éste artículo las profundas diferencias entre la doctrina administrativista y la civilista en torno del tema.

tiene, pagaría menos o no pagaría y, si esto es así, estamos frente a otra figura – quizá jurídica-, que excede los límites de nuestro trabajo.

Pero de todo lo que hasta acá se ha expuesto, creemos que en efecto se trata de un sistema de responsabilidad objetiva, a través del cual se obliga a la Administración Pública a la asunción de las indemnizaciones a que haya lugar por las *lesiones* que con su actuar –normal o anormal- pueda producir a los ciudadanos, siendo posible que se le exonere cuando concurra *fuera mayor*. Su fundamento, más social que jurídico, es la redistribución de las cargas entre los miembros de la sociedad, de la misma manera como se distribuyen los beneficios que se obtienen.

Aún quedan muchos cuestionamientos cuya respuesta no satisface de modo alguno las expectativas; la ausencia de directrices aunada a la laxa interpretación de sus principios por parte de los Tribunales, puede traer consigo –como los ha traído- efectos nefastos para la Administración, cuya actividad está sujeta a exigentes y elevados niveles de control, obligándole no solo a prestar los servicios, sino a hacerlo con calidad –a lo que no nos oponemos- y sin que en cumplimiento de tan loable objetivo, se genere daño alguno, so pena de tener que repararlo aún cuando proceda del más fortuito de los eventos.

Creemos, que muchos de los inconvenientes y lagunas que se pudieran presentar en el análisis de este sistema de Responsabilidad Civil, se pueden solventar con la diferenciación entre la *causalidad* y la *imputación*, como en su momento lo ilustramos.

En este orden de ideas, la fórmula de la prestación del servicio público – *normal o anormal*-, es suficiente para establecer la causalidad entre la conducta del agente y el hecho lesivo, pero se queda corta al momento de determinar la imputación, caso en el cual habrá de recurrirse a los criterios objetivos de imputación –habida cuenta de ser esta una modalidad más de Responsabilidad

Civil- en conjunción con los demás criterios que la doctrina acepta como válidos para lo propio.

Solo de esta manera es posible establecer parámetros para la aplicación de las normas, para evitar excesos como los que a lo largo de esta investigación podremos ilustrar, en materia de condenas a la Administración, por el simple hecho de estar en medio de la relación jurídica y que sin lugar a dudas han sido el punto de partida a las reiterativas críticas al sistema.

2. La inexistencia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en las acciones terroristas.

De entre todo los aspectos que supone el ser víctima de un acto terrorista, uno de los que adquiere mayor importancia -sin pretender desconocer otros que sin lugar a dudas resultan más trascendentales- es el de obtener un resarcimiento por los daños que se han tenido que asumir de manera injusta.

La determinación de los autores del acto terrorista, la imposibilidad de capturarles cuando han sido identificados, la insolvencia de los mismos cuando se les reduce a prisión, los acuerdos a los que se llega por parte del Estado con los grupos terroristas, desconociendo los derechos que asisten a las víctimas, la insolvencia del Estado mismo, cuando del pago de indemnizaciones se trata, entre muchos otros, son solo algunos de los obstáculos que se presentan¹⁷¹ y, que pueden llegar a ser insalvables, condenando los hechos a la más deleznable forma de impunidad.

La cada vez mayor comisión de atentados terroristas, implican que haya una respuesta social, con fundamento en la *solidaridad* y la *equidad* y que han

¹⁷¹Este planteamiento no es novedoso, de hecho es una de las situaciones a las que con más frecuencia se hace referencia por parte de la doctrina. Al respecto puede verse DÍAZ ALABART, en “La responsabilidad estatal...”, *Ob. Cit.*, Págs. 429 y ss. En el mismo sentido, MUGA MUÑOZ J.L., “Novedades en la Responsabilidad del Estado...”, *Ob. Cit.*, Pág. 1745.

conducido a la creación de sistemas indemnizatorios a favor de las víctimas y a cargo del Estado, en especial en aquellos eventos en los cuales el autor del atentado terrorista se desconoce o conocido y juzgado no es solvente, de acuerdo con límites establecidos de manera previa.

Situaciones como estas llevan a la búsqueda de mecanismos que propendan por la salvaguardia de los ya vulnerados intereses de las víctimas, que implican la adopción de medidas que en algunos casos se apartan del ámbito jurídico, pero que constituyen un paliativo para quienes se han visto perjudicados de manera directa.

Debemos determinar, entonces, si este particular supuesto se puede encuadrar dentro del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, de conformidad con los elementos que hasta acá hemos estudiamos o si por el contrario, se trata de uno de los casos de *fuera mayor*, con las consecuencias que de ello se desprenden.

La mayoría de las alusiones que se encuentran en la doctrina respecto de este sensible tema, son proclives a negar la existencia de responsabilidad de la Administración en este caso, con algunas excepciones en las que –aunque no se haga de manera decida- se sugiere la existencia de dicha responsabilidad.

Veremos más adelante y con más detenimiento, la multiplicidad de normas que sobre la materia se han expedido, en virtud de las cuales existe un régimen que protege a las víctimas de este delito, en el que se declara de manera expresa la ausencia de responsabilidad de la Administración y, que se justifica, aduciendo razones de orden social.

Esto ha dado lugar a que se considere por algún sector de la Doctrina, que la razón de ser de la existencia de estas normas, es la connotación política que tiene el terrorismo, en donde la víctima es solo un medio para atacar al Estado, ante el que se elevan el descontento, al igual que la inculpación de los hechos, cuya base de

imputación sería la negligencia del Gobierno en el control de los grupos al margen de la ley que atacan a la sociedad¹⁷².

Se ha dicho también, que pese a las manifestaciones expresas en contrario de la ley y la jurisprudencia, se trata de un caso de responsabilidad de la Administración, por varia razones:

- En primer lugar, el fundamento actual de la responsabilidad, como institución, es la socialización de algunos de los riesgos a los que está expuesta la sociedad, prescindiendo de cualquier idea de culpa; se trata de la obligación de resarcir daños, surgida de circunstancias objetivas, que asume la Administración, abandonando el origen penal o, al menos, culpabilísimo de la responsabilidad. Nada se opone a que el legislador, amplié a su arbitrio los supuestos en que hace surgir tal obligación resarcitoria, más allá de lo garantizado por la constitución.

Cobra mayor relevancia el significado común del término responsabilidad del Diccionario de la Real Academia Española, cual es el “cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado”, más que la otra admitida también por la Academia: simplemente, “deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de (...) causa legal”.

Tratándose de un sistema de responsabilidad objetiva, hablar de responsabilidad equivale hacerlo de indemnizar, contrario a lo que ocurre en los supuestos próximos, como la responsabilidad por culpa levísima, los basados en la inversión de la carga de la prueba, o la responsabilidad por riesgo.

¹⁷²ÁLVAREZ GÁLVEZ, J. Y DÍAZ VALCÁRCEL, R. “Acerca de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en los daños causados por el terrorismo”, *La Ley*, Tomo 3, Edilex, Madrid, 1.985, Págs. 921 y ss.

- En segundo lugar, la finalidad de establecer la naturaleza jurídica de una institución legal, no es otra que la de determinar las normas que se aplicarían ante eventuales vacíos de la legislación específica. En el caso particular, los vacíos que llegaran a presentarse en las normas especiales que regulan la materia, tendrían que ser suplidos por aquellas en las que se regula la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública¹⁷³.

La misma idea ya se venía sosteniendo con anterioridad, con un argumento adicional, como era que el legislador español había optado por establecer fórmulas generales de responsabilidad, a desarrollar por la jurisprudencia, tanto en materia civil como en materia administrativa. Asimismo regulaciones posteriores habían venido ampliando ese marco general, de ordinario centrándose en las coberturas establecidas en un principio¹⁷⁴.

Una postura similar, sostiene el profesor MARTÍN-RETORNILLO BAQUER¹⁷⁵, quien luego de hacer una breve exposición respecto sobre la responsabilidad patrimonial de la administración, analiza el supuesto específico de las ayudas establecidas para las víctimas del terrorismo. Si bien el estudio al que acá nos referimos, data del año 1.987, los conceptos generales en los que se apoya resultan aplicables al sistema que se mantiene en la actualidad, salvo por aspectos muy puntuales a los que preferimos no hacer referencia habida cuenta de estar circunscritos a normas específicas que se encuentran derogadas.

¹⁷³ GARCÍA ÁLVAREZ, G., *Derecho Administrativo –parte especial-*, JOSÉ BERMEJO VERA Director, Civitas, Madrid, Quinta Edición, 2001, Págs. 1310 – 1311. Es de anotar que la Parte Sexta de la obra acá citada fue objeto de modificación en la Sexta Edición de 2005 y el planteamiento que acá se sostiene, no consta en esta nueva edición, así como cualquier referencia al tema en concreto.

¹⁷⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, G., “crónica de las jornadas sobre la responsabilidad patrimonial de la administración y los seguros celebrada en Zaragoza entre los días 30 de septiembre y 2 de octubre de 1992, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, No. 1, Diciembre de 1992.

¹⁷⁵ MARTÍN-RETORNILLO BAQUER, L. “De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Número 19, Septiembre – Diciembre, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati – Guipúzcoa, España, 1.987, Págs. 119 y ss.

Indica el citado autor, que nos encontramos frente a una modalidad *ad hoc* de responsabilidad patrimonial de la Administración, que surge por voluntad del legislador quien de manera expresa lo ha dejado establecido en las disposiciones legales aplicables.

Tal imperativo legal implica que el Estado asuma la reparación de ciertos daños causados con los actos terroristas, en virtud, según se lee en el artículo citado, de dos hipótesis:

- a. El Estado asume las indemnizaciones por daños causados desde su propia organización, en otras palabras, los causados por la Administración Pública.
- b. El Estado asume la indemnización no como consecuencia del actuar de sus órganos, sino que es en virtud de consideraciones generales (como la solidaridad o la justicia) que decide hacer frente a los daños causados por determinadas acciones, de manera generosa.

En cualquier caso, tanto por acciones propias como por solidaridad, es esta una forma especial de responsabilidad de la Administración, según la cual se asumen ciertos daños, a sabiendas de no haberlos cometido, por razones de diversa índole, pero que no corresponden a los principios generales de la responsabilidad de la Administración¹⁷⁶.

Ha de decirse sin embargo, que este planteamiento resulta excepcional en la doctrina, toda vez que la mayoría de la misma –reflejada por demás en la copiosa jurisprudencia- se inclina más por un sistema de solidaridad que nada tiene que ver con la responsabilidad patrimonial de la Administración.

¹⁷⁶ DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., “La Responsabilidad Patrimonial y Acción Terrorista: concurrencia de nexo causal por inactividad de la Administración”, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 90, Abril/Junio de 1996, Págs. 285 y ss.

Aduce DE AHUMADA, que interpretaciones al sistema de responsabilidad de la Administración, con base en la *seguridad o solidaridad social*, conducen a una modificación en su concepto clásico, causándose una grave desnaturalización del sistema y la consecuente lesión a la justicia, por cuanto la aplicación de estas ideas, generarían para la Administración la obligación de pagar con el dinero de todos, daños que no siendo antijurídicos, quedarían fuera de los supuestos establecidos por el legislador.

Esta desnaturalización se pone de manifiesto, en la tendencia a vincular el régimen de ayudas para las víctimas de determinados delitos, cuando la Administración no ha tenido ninguna incidencia en la producción del daño o que no suponen la lesión de ningún derecho o bien protegido por el sistema jurídico, imputable a la Administración¹⁷⁷.

El anterior planteamiento se refuerza con lo apuntado por COLINA GAREA, quien afirma que el sistema de responsabilidad de la administración, difiere del sistema de ayudas para las víctimas de determinados actos aún cuando se trata de dos sistemas resarcitorios, en cuanto a los fundamentos, presupuestos, fines y consecuencias jurídicas.

Así, mientras la responsabilidad de la administración se fundamenta en la *justicia conmutativa*, las ayudas que se otorgan a las víctimas de determinados delitos, son producto de la solidaridad social. Reafirme este planteamiento, el hecho de que sea la misma norma la que indica que la exoneración de responsabilidad con base en los riesgos de desarrollo, será sin perjuicio de las ayudas que se establecen por la ley, para las víctimas de determinados hechos.

En cuanto a los presupuestos de los que se sirve, mientras en el caso de la responsabilidad será imprescindible que haya habido un daño producto de un servicio

¹⁷⁷ DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad...*, Ob. Cit., Pág. 100 – 101.

público, en el caso de las ayudas, no es necesario que en el daño haya participado la Administración Pública.

Refiriéndonos a los fines, a través de la responsabilidad de la administración se busca la restitución de lo que en términos de justicia es debido, como consecuencia de la lesión causada con ocasión de la prestación de un servicio público, mientras que la ayudas lo que pretenden –como dice la legislación aplicable- es paliar en algo el perjuicio que han sufrido las personas.

Conforme lo anterior, y como no podría ser de otra manera, las consecuencias que se desprenden de la aplicación de uno u otro sistema son diferentes. En el caso de la responsabilidad, lo que se pretende es la reparación integral del daño, mientras que el otro régimen lo que provee son ayudas, que por lo general no cubren la totalidad del daño¹⁷⁸. Y es esta una consecuencia lógica, pues las obligaciones que bajo este último supuesto se asumen por el Estado no ostentan una finalidad indemnizatoria y por ende no rige el principio de reparación integral del daño, de donde se desprende el que se establezca por tales disposiciones legales, límites a las cuantías indemnizatorias y, que su asunción por parte del Estado, no suponga el reconocimiento de responsabilidad alguna a su cargo¹⁷⁹.

Al referirse al tema MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ¹⁸⁰ considera que podemos dar respuesta al cuestionamiento, acerca de la naturaleza jurídica de ésta figura, de tres maneras diferentes: por una parte, tenemos que se trata de un supuesto de responsabilidad del Estado; por otra parte, tenemos que las ayudas destinadas por el Estado para la atención de estos eventos en particular, son de carácter asistencial, razón por la cual se consideran prestaciones propias de la Seguridad Social y; por último, que tales ayudas se encuentran entre una y otra, constituyéndose entonces una naturaleza especial.

¹⁷⁸COLINA GAREA, R., “La Responsabilidad Civil de las...”*Ob. Cit.* Págs. 377 y ss.

¹⁷⁹BUSTO LAGO, J.M., “La Responsabilidad Civil...”, *Ob. Cit.*, Pág. 478 y ss.

¹⁸⁰MARTÍNEZ-CARDÓS, “La obligación estatal de indemnizar...”*Ob. Cit.*, Págs. 562 y ss.

Si bien el planteamiento del autor se fundamenta sobre la norma vigente para la época de su artículo, en concreto a las ayudas establecidas por la Ley Orgánica 9/1984 -derogada en la actualidad, como lo veremos más adelante-, su comentario es de aplicación actual, pues las disposiciones que le han sucedido, han conservado los mismos principios. Considera pues, que se trata de normas de carácter especial, que no solo obedecen a los principios de la solidaridad social.

En este orden de ideas, de acuerdo con lo hasta acá esbozado, habría dos fuentes de las que pudiera emanar la obligación de reparar en los actos de terrorismo, siendo una la que procede de la ley y, siendo otra, el incumplimiento de las obligaciones que como Estado le corresponden asumir, frente a los asociados, en virtud de principios de solidaridad.

Esta modalidad indemnizatoria ha sido común en la mayoría de los países de la comunidad internacional, estableciéndose mecanismos que propenden por la ayuda a las víctimas; el profesor DIEZ-PICAZO¹⁸¹ se refiere al tema indicando que el sistema establecido en España con el que se otorgan indemnizaciones a las víctimas de los actos terroristas, no constituye en rigor jurídico parte del derecho de daños, sino que se trata de un sistema que se ha denominado *asistencial*.

Y un sistema como este se ve justificado, por cuanto resulta inadmisibles la inexistencia de un sentimiento común de solidaridad ante esas víctimas, constituyendo las disposiciones legales la respuesta del Estado a estas situaciones, propendiendo por el resarcimiento de, al menos, los daños más graves, que tiene que sufrir una persona en estos casos¹⁸².

Así, las obligaciones asumidas por el Estado en el caso del terrorismo no corresponden en estricto sentido a un problema de responsabilidad civil, pues en este

¹⁸¹DIEZ-PICAZO L., *Derecho de Daños, Ob. Cit.*, Pág. 63.

¹⁸²Al respecto es de anotar que si bien el artículo en comento se refiere a disposiciones legales modificadas en la actualidad, el comentario es de total validez en tanto en cuanto, los principios sobre los que descansan estas disposiciones legales son compartidas en la actualidad, por las que se encuentran vigentes.

caso -por demás como en cualquier otro en el que se cause un daño-, la responsabilidad recae sobre el responsable criminal, no sobre la comunidad en general, a menos que, el Estado por razones de solidaridad estime que deba ser de otra manera¹⁸³.

El profesor DE ÁNGEL YAGÜEZ, pone de manifiesto la dificultad que supone, bajo los esquemas clásicos, el establecimiento de la obligación de responder a cargo del Estado en este evento, como innegable que por razones de orden político, se establezcan mecanismos para que sea este el que asuma, los daños causados con los actos terroristas¹⁸⁴.

Los principios bajo los cuales el Estado reconoce una ayuda para las víctimas del terrorismo, es el mismo que se aplica en los eventos en los que reconoce ayudas para las personas que resultan damnificadas con la inclemencia de la naturaleza, que como es apenas lógico, no puede ser imputada al Estado, pero que éste, mediante el establecimiento de mecanismos específicos, busca ayudar a quienes se vieron más perjudicados con los mismos.

Con tales sistemas no se trata de indemnizar el daño, sino de ayudar a los que quedan en situación de necesidad por efecto de determinados tipos de eventos lesivos que, bien son muy frecuentes y de consecuencias dañosas potencialmente muy graves, o bien merecen una especial reacción que evidencia el mismo sentimiento de solidaridad para con el sector de la sociedad que se ha visto más perjudicado y que no pueden ser dejados de la protección del Estado¹⁸⁵.

¹⁸³YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad...*, Ob. Cit. Pág. 286.

¹⁸⁴DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *“Lecciones de...”*, Ob. Cit., Pág. 127. En el mismo sentido, MARTÍNEZ – PEREDA, J. M. “La Responsabilidad de la Administración Pública por los daños derivados de acto ilícito.”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., coordinador IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, Tomo II, Bosch, 2008, Págs. 973 y ss.

¹⁸⁵CARRANZA J. A., “Una nueva causa de daño resarcible, El Terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXI, Fascículo I, enero-marzo, 1978; BELADIEZ ROJO, M. *Responsabilidad e imputación...*; Ob. Cit., Págs. 140 y ss.

En los sistemas de seguridad social no es necesaria relación causal alguna entre el pagador y los eventos dañosos. Cuando se nutre de fondos públicos, no es porque el legislador que los establece asuma que el Estado es responsable de tales eventos dañosos -en nuestro caso actos de terrorismo- y que, por tanto, los así perjudicados tengan una pretensión de justicia conmutativa frente al Estado; sino precisamente porque asume que ninguna gestión pública razonable puede evitar la producción de un cierto número de aquellos eventos dañosos, lo cual implica de quienes han tenido la desgracia de sufrirlos y han quedado en situación de necesidad económica frente a sus conciudadanos más afortunados, pretensiones de solidaridad, de justicia distributiva¹⁸⁶.

Conforme lo manifestado hasta este punto, es claro que la responsabilidad que se atribuye al Estado, con base en normas especiales, se estructura sobre criterios de solidaridad, más no de la responsabilidad en estricto sentido jurídico; de ahí a que no pueda hablarse de un sistema de responsabilidad civil a favor de las víctimas y a cargo de éste, sino de un sistema social que propende por la atenuación de los efectos nocivos de los actos de terrorismo en un determinado sector de la sociedad, que se ve más afectado que otros, en la comisión de tales actos.

Bajo un esquema como el anterior, resulta lógico que el Estado asuma el pago de las indemnizaciones a que haya lugar -no en su integridad-, de acuerdo con criterios específicos establecidos en las leyes que así le obligan y con la correspondiente subrogación (aunque no todas las normas así lo establezcan) en las acciones que asisten a las víctimas, para obtener de manos, del o los, directos responsables las sumas pagadas por los daños causados.

Pensarlo de otro modo, supondría el absurdo de considerar que el Estado *subsida* los grupos terroristas, en tanto en cuanto, frente al pago de una indemnización -que en estricto rigor jurídico no le corresponde-, en favor de la víctima de determinado acto, no pudiera ejercitar acciones para obtener de manos de los directos responsables, el

¹⁸⁶PANTALEÓN PRIETO F, “Cómo repensar la Responsabilidad...”, *Ob. Cit.*, Pág. 153 y ss.

pago de las obligaciones, que en su nombre, ha tenido que satisfacer por mandato forzoso de la ley¹⁸⁷ y, se afirma de esta manera, por considerar, que las obligaciones relativas a la seguridad ciudadana imputables al Estado, no llegan al punto de generar obligaciones de reparación de daños, como responsable por este tipo de acciones delincuenciales.

Este planteamiento se refuerza en la mayoría de las disposiciones especiales en las que se establecen ayudas para las víctimas del terrorismo, pues son claras las manifestaciones respecto del carácter solidario que ostentan las mismas, negándose cualquier tipo de responsabilidad en su ocurrencia, por parte de la Administración; lo que es consecuente con el hecho de que las indemnizaciones que se deben por cada uno de estos conceptos sean compatibles –como se ha sostenido en la jurisprudencia-, pues la fuente de cada una de ellas es por completo diferente, no se estaría reparando dos veces el mismo daño, sino que se estaría indemnizando con fundamento por una parte en la solidaridad y por otra, en el incumplimiento. De este aspecto nos ocuparemos más adelante.

Con todo hay quienes opinan que en efecto se configura la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, eso si para todo género de delitos, argumentando que el Estado debe hacerse cargo de las consecuencias de los delitos cuya ocurrencia no ha podido prevenir o reprimir, por su incapacidad o negligencia. Tales circunstancias se presentan con más claridad en el caso del terrorismo, cuyos orígenes se centran en estructuras sociales injustas mantenidas por las políticas estatales, lo que justifica que las reparaciones se hagan con cargo a los fondos públicos o de la Seguridad Social¹⁸⁸.

¹⁸⁷Tal afirmación se enuncia, pero no se desarrolla por GÓMEZ POMAR, F., “Responsabilidad Extracontractual y otras fuentes...” *Ob. Cit.*, www.indret.com. Sea ésta la oportunidad para disentir del autor, respecto del tratamiento uniforme que da al sistema *extraordinario* de ayuda a las víctimas del terrorismo de la legislación española, junto con otros sistemas en los que sí existen principios de *responsabilidad civil* aplicables.

¹⁸⁸BUENO ARUS, F. “Medidas Jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas”, *La Ley*, Madrid, 1990, Tomo I, Pág. 969. Vale aclarar que el Autor manifiesta que la primera fuente de financiación de las indemnizaciones a las víctimas, no es otra que el patrimonio del terrorista, incluso propone la sujeción de los beneficios en materia penal, a la reparación del daño inferido a sus víctimas.

3. El Funcionamiento de los Servicios Públicos como excepción.

Conforme las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración, como tuvimos oportunidad de señalar en los apartados precedentes, y cuya formulación viene dada desde el artículo 106.2 de la Constitución, el funcionamiento de los servicios públicos, representa el marco general y punto de partida, para el establecimiento del derecho a obtener una indemnización, por cualquier perjuicio originado como consecuencia del mismo y con independencia de la *normalidad* o *anormalidad* de su prestación.

Se entenderá entonces que una de las alternativas bajo la cual podemos abordar el tema de la responsabilidad civil que se genera con los actos de terrorismo, es aquella que se refiere al incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Administración, es decir, cuando nos encontramos frente al supuesto de prestación *anormal* de un servicio público, del que se desprenden consecuencias negativas para alguna persona o un grupo de ellas.

Nos referimos a los típicos casos en que la actuación de la Administración ha sido deficiente y por ende se encuentra involucrada su responsabilidad, de la misma manera como ocurriría con el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que le corresponden; no es este un supuesto diferente, ni especial.

Una de las obligaciones de la Administración, es la de velar por la seguridad de sus ciudadanos, constituyéndose ésta en una de las mayores exigencias que se le hacen, teniendo que disponer de los medios que estime pertinentes para evitar que su seguridad se vea amenazada por la acción de los miembros que la integran.

Algunos de los actos terroristas que se han presentado en España, se ha condenado a la Administración a indemnizar a las víctimas, por hechos en los cuales su acción u omisión, se ha visto involucrada. Tal es el caso de *la mochila de Lemoniz*; el atentado del *Hipercor* en Barcelona; el atentado al director de *El Popus*, el atentado ocurrido

en la *Exposición Universal de Sevilla*, entre otros, en los que se ha condenado a reparar los daños causados, por el funcionamiento de los servicios públicos¹⁸⁹. El debate en estos casos, se hace de manera tímida, como si el análisis de todas las circunstancias fuera una afrenta a las víctimas, de lo que no se trata como es apenas obvio.

Las víctimas tienen suficiente con su sufrimiento, pero este hecho no puede ser óbice para que se analicen las circunstancias que rodean los hechos, por doloroso que esto resulte; la repulsa que produce el terrorismo, no puede ser suficiente para justificar acciones imprudentes de quienes resultan víctimas de tales acciones. Casos como el secuestro del miembro de un partido político que acude a una zona vedada – de manera temporal- por las particulares circunstancias que en ella se presentan, desoyendo las recomendaciones y rechazando la protección ofrecida por el Estado, no puede ser indiferente al momento de valorar la acción del mismo y de la víctima en la ocurrencia del lamentable suceso, máxime cuando de tal valoración dependerá una condena en materia de responsabilidad.

En lo que respecta al caso de la *mochila de Lemoniz*¹⁹⁰; el 26 de junio del año 1.982, estando en campaña ETA, contra la central de *Lemoniz*, se encontró en Rentería, una mochila abandonada las puertas de las oficinas de *Iberduero*, que al parecer era una bomba. La Policía Nacional acordonó la zona y reportó el hecho a los Artificieros y a la Policía Local, para que se custodiara el lugar en el que se encontraba tal mochila. A la madrugada del día siguiente, sin que se hubieran presentado los servicios de desactivación de explosivos o el relevo correspondiente, se decidió levantar el perímetro de seguridad.

Horas más tarde, un niño de 10 años le dio una patada a la mochila, generando la explosión de la bomba que en ella se encontraba, causándole lesiones de suma

¹⁸⁹ Como tendremos oportunidad de analizar, se recurre a la culpa, para justificar la condena a la Administración, lo que no deja de ser llamativo, atendiendo a la objetividad del sistema de responsabilidad.

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de diciembre de 1988, sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª (RA/ 9706).

gravedad; se trataba de una bomba puesta por ETA, según reconoció horas más tarde. Los padres del menor, amparándose en la *ley especial de ayuda a las víctimas del terrorismo*, vigente para tal época -Decreto Ley 3/1979-, obtienen la indemnización a que había lugar¹⁹¹; a su vez demandan a la Administración, aduciendo que del proceder de los miembros de los cuerpos de seguridad, se colegía un funcionamiento *anormal* de un servicio público y por tanto se debía indemnizar por los daños consecuencia del mismo.

El Tribunal Supremo aceptó lo argumentado, desprendiéndose de ello la condena a la Administración por el funcionamiento anormal del servicio policial, que fue determinante en la ocurrencia de los hechos, conclusión a la que se llega con la sola lectura de los fundamentos fácticos de la sentencia.

Sin embargo, se echa en falta en la Sentencia, lo que hubiera sido un oportuno estudio de las circunstancias que dan lugar a la responsabilidad, en especial a lo que se refiere a la causalidad y a la imputación, teniendo en cuenta que hay una concurrencia sucesiva de acciones –una de la víctima- que conducen al resultado conocido.

La enunciación de los supuestos de hecho que se presentan no es muy clara; se reduce a afirmar que la Policía Nacional levantó el perímetro de seguridad en la madrugada del día de ocurrencia del nefasto suceso, sin explicación alguna y que este ocurrió hacia las 12 del medio día. Es decir, que la mochila estuvo sin protección policial, por cerca de medio día, sin que hubiera ocurrido nada; pero al margen de esto, es cierto que la ausencia de control en la zona, resultó determinante para la producción del daño.

Pero, ¿qué ocurre con la acción de la víctima? Y es que en este caso, su participación también resulta determinante para la causación del daño, por lo que la

¹⁹¹ Para la fecha de los hechos, si bien existían tales disposiciones, no eran las mismas que se aplican en la actualidad, pero constituyen su antecedente más inmediato; sin embargo tal hecho no hubiera sido óbice para que se declarara una *responsabilidad patrimonial de la administración*.

valoración que se haga de los hechos no puede ser la misma a la que habría lugar cuando ha habido una víctima que en manera alguna ha contribuido a los hechos. Si como consecuencia de la misma explosión hubiera habido otros lesionados, la valoración de sus lesiones frente a su conducta no puede ser la misma. Ciertamente es que la existencia de un perímetro hubiera evitado la explosión, como lo es que al no patearla no habría explotado, con lo cual son estas dos acciones determinantes al momento de establecer la responsabilidad.

No cabe duda alguna respecto del derecho que hay a recibir las ayudas que para estos supuestos establece la Administración Pública; en donde si hay duda, es en el establecimiento de responsabilidades, en donde es innegable que parte del resultado es imputable a la acción imprudente de la víctima, cuyas consecuencias, al ser un menor, recaen en sus padres.

Se dice que el supuesto acá planteado es análogo al del ocurrido en el caso del *Hipercor* de Barcelona¹⁹², en donde se atribuyó responsabilidad a la Administración por no haber actuado de manera oportuna¹⁹³. Se endilga tal responsabilidad, aduciendo que se dio parte de la existencia de un artefacto explosivo a la Guardia Civil, al diario AVUI y al mismo *Hipercor*, con casi una hora de antelación, sin que se hubieran tomado las medidas necesarias y oportunas para evacuar el lugar, así como para impedir el ingreso de más personas.

Se argumentó en su momento, que los actos terroristas se encuadran dentro de los casos de *fuerza mayor* y que por ende no cabía la responsabilidad de la Administración; no obstante, el Tribunal estimó una “cierta relación de causalidad” entre el daño causado y la omisión consistente en la no adopción de las medidas

¹⁹² DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., “La Responsabilidad Patrimonial...”, *Ob. Cit.*, Pág. 297, en especial la referencia de la cita No. 30.

¹⁹³ En este caso nos referimos a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 1996, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección 6ª (RA/1996/474).

pertinentes para evitar el daño, siendo esto suficiente para determinar la concurrencia del nexo causal entre la reparación y el defectuoso servicio público¹⁹⁴.

Si bien hay en ambos casos omisión por parte de la Administración, hay un hecho que hace que se trate de dos supuestos diferentes, que deberían tener consecuencias diferentes y es, la concurrente acción de la víctima. En un caso es la omisión de la Administración –discutible por demás-, mientras en otro es la acción de la víctima, más la omisión de la Administración, las que producen el daño, lo cual debería tenerse en cuenta, al menos, para el establecimiento de la cuantía indemnizatoria.

En los dos casos sin embargo, se declaró la responsabilidad de la Administración, aún cuando se reconoce que la ocurrencia de un acto terrorista es uno de los casos de *fuerza mayor*, con fundamento en la omisión de la Administración, que no puso los medios adecuados para prevenir la ocurrencia del hecho lesivo o, al menos, aminorar sus efectos.

Pero esta postura, no es la que se ha sostenido por la jurisprudencia, pues otro caso en el que se presentó una situación similar y que reúne características de los dos anteriores, fue el ocurrido en Barcelona, el 20 de septiembre de 1977, con el que se destruyó un edificio de propiedad de la editorial de la revista *El Popus*. Nos interesa resaltar que el director de la revista, contó con protección policial hasta un mes antes de que ocurriera el atentado y que fue este uno de los argumentos que se adujo, por los demandantes, para señalar la responsabilidad de la Administración Pública, que teniendo la posibilidad, no evitó la ocurrencia del hecho.

La responsabilidad en este caso y por este motivo, no fue declarada arguyendo: que el atentado no se produjo en el marco de la actuación administrativa por no existir un título por el que se pudiera imputar a los servicios policiales la ocurrencia del mismo, por *culpa invigilando* –una vez más invocando la culpa en un sistema

¹⁹⁴ Se recurre una vez más a la valoración subjetiva del servicio. Podría pensarse entonces que de haberse prestado de manera adecuada el servicio, no habría lugar a la indemnización, pues desaparecería esa “cierta relación de causalidad”; conclusión que no es acorde con las normas al respecto.

objetivo-; que la permanencia de la protección policial, fue suficiente como para que se impartiera a los empleados las correspondientes medidas de autoprotección y; que si las instrucciones se dieron, no fueron observadas, pues la explosión se produjo cuando el conserje llevaba el maletín que contenía el artefacto explosivo al director de la revista. Con esto no solo se negaron las pretensiones, sino que se señaló la mala fe de la parte actora¹⁹⁵.

Como se evidencia, en este evento no solo se desestimó la responsabilidad de la Administración, por no existir un título que permitiera imputarle los hechos y fue determinante el que no se hubieran impartido instrucciones para la autoprotección – o habiéndolas impartido, no haberlas observado por parte del personal a cargo-. Es decir, la ausencia de protección en este caso no fue suficiente para configurar una “cierta relación de casualidad” y la conducta de los empleados de la víctima, se consideró determinante al momento de establecer la responsabilidad.

Otro de los eventos de los que da cuenta la jurisprudencia fue el ocurrido en el marco de la Exposición Universal de Sevilla, en el año 1992¹⁹⁶, cuando en las oficinas de la Comisaría General se recibió un paquete en cuyo interior se encontraba un artefacto explosivo. La víctima solicitó las ayudas vigentes para la época -Real Decreto 1311/1988- y además solicitó la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Uno de los fundamentos de la demanda fue que la oficina en la que se recibió el paquete, no contaba con elementos de detección de explosivos o al menos de rayos X, para la verificación del contenido de lo que a la misma llegaba, lo cual en criterio de la sala, constituyó una prestación *anormal* de un servicio público, por omisión -en este caso- del deber de vigilancia.

¹⁹⁵Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 1985, Sala de lo Contencioso-Administrativo, (RA/1985/3202).

¹⁹⁶Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1998, Sala Tercera, Sección 6ª, de lo Contencioso Administrativo.

Así se dejó dicho en el fundamento Tercero de la Sentencia, en donde se afirmó de manera categórica que la razón de lo ocurrido estuvo en la *patente negligencia* del Estado consistente en no implantar las medidas de seguridad idóneas, siendo esto suficiente para concluir que los efectos de la explosión del paquete no se habrían presentado, si se hubiesen adquirido los equipos de rastreo y detección de explosivos de manera oportuna, lo que por demás impide que se hable de la intervención de terceros en su causación.

Este fundamento nos llama la atención, por mezclar conceptos con el fin de lograr articular un nexo causal y un título de imputación. De una parte se habla de negligencia en la prestación del servicio, lo cual como bien sabemos, resultaría del todo irrelevante si partimos de los supuestos en los que se funda la responsabilidad objetiva.

Se dice también, que la inexistencia de los elementos de detección de explosivos, hubiera evitado los efectos que produjo el paquete; sin embargo su presencia no implicaba que los empleados no tuvieran que manipularlos y, por ende la explosión se hubiera presentado en el momento en que se estuviera analizado. Quizá ese era el mecanismo de explosión, por lo que no se puede afirmar de manera categórica que es la ausencia de tales elementos los que producen los efectos nocivos, que no han sido más que la consecuencia de una bomba.

Pero además, las obligaciones de la Administración no son ilimitadas y no se le podría exigir la dotación de detectores de explosivos a todas las oficinas o lugares públicos, que presentaran un potencial riesgo, a menos que haya una norma, decreto, ordenanza, etc., que así lo establezca; solo así podría hablarse de una omisión. ¿Tal omisión podría imputarse de la misma manera en los casos de las estaciones del metro o del tren, en donde debe haber máxima protección por ser objetivos claros de los grupos terroristas? Y, de ser así, ¿podríamos estructurar responsabilidad de la Administración Pública en esos eventos en los que han sido objeto de acciones terroristas?

Ahora bien, lo anterior impide que se hable de la intervención de un tercero, con lo cual se despoja cualquier idea respecto de la *fuera mayor*. Este argumento no resulta muy claro, pues fue un tercero el que puso el artefacto explosivo; un tercero que nada tiene que ver con la Administración Pública y que representa un riesgo exógeno a la misma; de otra manera estaríamos en presencia de una responsabilidad directa de la Administración Pública, ya no por omisión, sino por acción.

Pese a lo anterior, ha habido pronunciamientos jurisprudenciales –la mayoría- en los que se niega la existencia de responsabilidad de la Administración por actos de terrorismo, con fundamento en las obligaciones que le son imputables a la misma. Se consideran casos de *fuera mayor*, en donde se ha roto el nexo causal y no concurre un título de imputación idóneo para que se asuman los daños causados, toda vez que se excede el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos¹⁹⁷.

También es reiterativa la jurisprudencia, al indicar que las ayudas que otorga a las víctimas de los actos terroristas, son una forma de paliar el sufrimiento al que se les ha sometido, pero sin que por ello se esté asumiendo responsabilidad alguna, así en muchos de los pronunciamientos, estos planteamiento no resulten del todo claros¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de Junio 1 de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª (RA/1999/5637). Resulta muy interesante el planteamiento que se sostiene en el Voto Particular. Sentencia del Tribunal Supremo, de noviembre 15 de 1985, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RA/1985/5587).

¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de Mayo 8 de 1986, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RA/1986/3053); Sentencia Audiencia Nacional, de Junio 4 de 2008, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2008/195048); Sentencia Audiencia Nacional, de Octubre 4 de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2006/257195); Sentencia Audiencia Nacional, de Junio 6 de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2007/199294); Sentencia Audiencia Nacional, de Junio 6 de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2007/192310); Sentencia Audiencia Nacional, de Noviembre 8 de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2006/284782); Sentencia Audiencia Nacional, de Noviembre 8 de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2006/284849); Sentencia Audiencia Nacional, de Julio 11 de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2006/204317); Sentencia Audiencia Nacional, de Julio 16 de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª (RA/2003/384); Sentencia Audiencia Nacional, de Diciembre 19 de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2008/3276); Sentencia Audiencia Nacional, de Diciembre 19 de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2008/11672); Sentencia Audiencia Nacional, de Septiembre 20 de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2006/235351); Sentencia Audiencia Nacional, de Octubre 25 de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2006/256649); Sentencia Audiencia Nacional, de Septiembre 26 de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RA/2006/235315), entre muchas otras.

CAPITULO III.

LA DETERMINACION DEL SUJETO RESPONSABLE

Hasta acá hemos visto como se articula la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, así como la inexistencia de la misma en los casos de terrorismo, en donde tal responsabilidad recae sobre quienes lo han realizado, salvo por los eventos en los que concurre su acción con la acción u omisión de la Administración, con suficiente entidad como para que se le haga responsable.

Este es uno de los elementos que más dificultad comporta, habida cuenta de tratarse de el establecimiento del nexo de causalidad y el título de imputación frente a grupos de personas, relacionadas entre si, con funciones específicas y que cuentan con un objetivo común, al que se les hace responsables, bien porque así lo han aceptado, bien porque así se ha concluido, de la autoría de acciones que causan daños a un gran número de personas.

El punto al que nos queremos referir en este apartado es, la responsabilidad que se genera por el actuar conjunto de personas; no nos encontramos frente a la actuación de una persona determinada, sino al proceder de varias, que unen sus acciones en procura de un resultado lesivo específico, en la mayoría de los casos con la intención de causar daños a la mayor cantidad de personas de un determinado conglomerado social.

Pensemos en la comisión de un atentado terrorista, cuya autoría se atribuye a determinado grupo. Si bien resulta complejo determinar quien ha sido el causante directo del daño, es innegable que la menos uno de ellos ha sido y, de hecho las acciones de cada

uno, sin que se puedan individualizar, tienen como resultado los daños causados a través del acto terrorista.

Este tema ha sido abordado y estudiado con mayor profundidad en el derecho penal, siendo ésta la fuente desde la que se han extraído planteamientos que con posterioridad se han implementado en materia civil. Lo anterior, bajo el entendido de encontrarnos ante dos clases de responsabilidad que difieren tanto en origen como en objetivo; mientras con la primera se pretende determinar el autor de una conducta tipificada como delito y consecuente imposición de una pena, con la segunda se pretende la reparación de un daño, a través de la vinculación del mismo con una conducta específica, imputable a una persona o grupo de ellas y al margen de cualquier idea sancionatoria.

La evidente conexión entre las dos áreas a las que aludimos –respecto del causante del daño y realizador de una conducta delictiva- conduce a la posibilidad de implementar las teorías que alrededor de este sugestivo punto se han desarrollado, en especial por tratarse de un elemento de gran trascendencia, que condiciona la naturaleza de la obligación de reparar el daño causado que se genera.

Así las cosas admite el derecho penal diferentes formas de participación conjunta, como son la autoría –bajo las modalidades de coautoría y autoría mediata- y la participación, referidas desde luego a la realización de acciones dolosas, que serán los eventos a los que nos vamos a referir, pues damos por descontado que tal característica es evidente en las acciones terroristas.

1. La Coautoría.

Bajo esta figura jurídica, se analizan aquellos eventos en los que es claro que todos los posibles integrantes de un grupo, han contribuido en la causación del daño cuya reparación se pretende, sin que haya posibilidad de individualizar cada una de las contribuciones o fraccionar el daño de tal manera, que se pueda atribuir a cada uno de ellos en forma individual.

No nos referimos acá a los eventos en que dos o más personas pudieron haber causado el daño, pero no es posible determinar cuál de ellas lo ha hecho, sino a aquellos en que todos han tenido una cuota de participación en la comisión del mismo¹⁹⁹.

El concepto de coautoría desde el derecho penal, cuenta con diversos matices que pretenden agrupar las diferentes modalidades bajo las cuales es posible hablar de este vínculo de imputación. Así las cosas se dice que la coautoría puede ser *ejecutiva* y, que a su vez puede ser *directa* –cuando todos los autores realizan de manera conjunta y concomitante todas las acciones- o *parcial* –cuando al interior de los autores se hace un reparto de las actividades que cada uno debe realizar.

Es posible incluso que haya dentro de la organización, un reparto de papeles, lo que implicaría que no todos los coautores se encuentren presentes al momento de la comisión del hecho; sin embargo, las acciones de cada uno de los miembros deben constituir una ayuda esencial y concreta en la realización del delito²⁰⁰.

Asimismo será requisito esencial que todos los autores hayan tomado la decisión conjunta de realizar el hecho, en virtud de la cual, cada uno aportará su contribución al mismo; desde luego ésta contribución debe ser cualificada para el resultado pretendido. Por esta razón, varios autores se inclinan por aceptar la coautoría, solo cuando ha habido una participación en la fase de ejecución de la conducta delictiva, en otras palabras, si bien el acuerdo previo es necesario para hablar de coautoría, su sola presencia no es suficiente al momento de imputar responsabilidad, pues requiere además, que haya una participación –así sea mínima- en la realización de la conducta²⁰¹.

199 PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 2, Abril/Agosto de 1983, Pág. 411.

200 MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch, 5ª Edición, Valencia, 2007, Págs. 446 y ss.

201 CALDERÓN CEREZO, A. Y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho Penal, parte general*, Bosch, Barcelona, 1999, Págs. 365 y ss.; MÚRTULA LAFUENTE, V., *La Responsabilidad Civil...*, *Ob. Cit.*, Págs. 62 y ss. y; “la imputación del daño causado por un grupo de menores en los casos de Autoría Incierta, *La Responsabilidad*

Desde la perspectiva civil, se dice que bastará para que podamos hablar de coautoría una cooperación consciente y querida en la ejecución del hecho dañoso, sin que sea necesario que cada uno de los dos o más agentes, lo hayan causado de manera individual. La consecuencia que se sigue de la coautoría en los términos expuestos, no es otra que la imputación objetiva a todos los autores del daño que se ha causado, sin necesidad de determinar en absoluto la existencia de una específica relación de causalidad entre el daño y la particular conducta de cada uno de los coautores²⁰².

Tal cooperación consciente en la obtención de un resultado concreto, que incluso puede ser solo psíquica, se presume a partir de la comisión conjunta de una acción, y permite la imputación del daño a todos y cada uno, de entre quienes han cooperado, en toda su extensión²⁰³. Con todo, siempre habrá de dejarse la posibilidad de que aquel o aquellos que no hubieran sido posibles causantes del daño, demuestren su condición y así se les pueda exonerar de la reparación²⁰⁴.

Conforme lo anterior, si bien la cooperación consciente del sujeto en la comisión del hecho dañoso es suficiente para imputarle el daño por vía de la *coautoría*, será necesario que tal cooperación se presente en la fase de ejecución, pues de otro modo, no habrá lugar a hacerle parte de la reparación que se genere.

En la actualidad es esta la postura que se sostiene por el Tribunal supremo, en la que no solo resulta importante, para efectos de la imputación, la participación activa, sino

Civil y su Problemática Actual, JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, Págs. 1211 y ss.

202 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., en “Nota sobre el Daño Extracontractual causado por el Miembro Indeterminado de un Grupo”, *Estudios de Deusto*, Tomo I, Julio/Diciembre, 1984, Págs. 292 y ss. Reitera su postura en *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, (Coordinador), Bosch, Tomo I, 2008, Págs. 469 y ss. En el mismo sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de febrero...”, *Ob. Cit.*, Págs. 414 y ss.; GÓMEZ CALLE, E., “Los sujetos de la Responsabilidad Civil. La Responsabilidad Civil por Hecho Ajeno”, *Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Parte General*, V.V.A.A., FERNANDO REGLERO CAMPOS (coordinador), Aranzadi, 2008, Págs. 998 y ss.

203 LARENZ K. *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Traducción de SANTOS BRIZ J., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Págs. 623 y ss.

204 SANTOS BRIZ J. *Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo...*, *Ob. Cit.*, Págs. 372 y ss.

que es necesario también el acuerdo previo entre los supuestos autores del hecho, toda vez que en su ausencia nos encontraríamos ante un caso de autorías múltiples.

A manera de ejemplo, en una de las Sentencias que se dictaron con ocasión de los atentados terroristas del 11 de marzo, se dejó dicho que para poder hablar de *coautoría* no se exige que cada uno de los autores ejecute cada uno de los elementos del tipo, pero si es necesario que haya un acuerdo previo entre los ejecutores materiales y se acredite la particular aportación de cada uno de los partícipes, en la ejecución del hecho dañoso²⁰⁵.

1.1. La insuficiencia de la coautoría como criterio de imputación.

Conforme los elementos necesarios para poder hablar de *coautoría* en los eventos en que hay pluralidad de agentes en la realización de un hecho dañoso, que hasta acá hemos visto, resulta imprescindible la concertación previa y la participación en fase de ejecución del hecho.

Así las cosas, pareciera que es dentro de la *coautoría* donde se puede encuadrar el acto terrorista, toda vez que en este particular evento nos encontramos ante la realización de determinadas actividades a cargo de un grupo, que a su vez puede ser la facción de uno mayor, que de manera concertada, causa daños, con dolo y en cuya producción participan todos ellos, de manera más o menos trascendente, siendo el acto mismo, el resultado de la sumatoria de todos sus acciones individuales.

Sin embargo, este planteamiento no sería suficiente al momento de la vinculación del grupo a las acciones terroristas, toda vez que se entiende por la doctrina y la jurisprudencia –como se dejó expuesto–, que para poder hablar de

205 Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de Junio de 2008, Sala de lo Penal, Sección 1ª, No. 503/2008. En el mismo sentido: Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1991, Sala de lo Penal, (RJ1991/915); Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 1998, Sala de lo Penal, No. 1384/1998; Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1998, Sala de lo Penal, No. 479/1998; Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 1998, Sala de lo Penal, No. 417/1998.

coautoría se requiere la cooperación en la ejecución del hecho, por mínima que sea, incluso psíquica. Y no es suficiente, por cuanto dentro de la organización de ordinario las acciones son realizadas por facciones específicas, lo que implicaría dejar por fuera a los demás integrantes del grupo, que siendo parte integral del mismo, no tuvieron injerencia en la planificación y ejecución del hecho.

Los elementos necesarios para imputar los daños a través de la *coautoría*, se encuentran presentes solo respecto de la facción respectiva, pero no respecto del grupo en general, aún sabiendo que el éxito de las operaciones que realicen depende de la eficacia de las acciones individuales. Todos los miembros de un grupo terrorista, con sus particulares actividades, contribuyen a un objetivo común y, por ende, todos serían responsables del resultado final.

Y es en este punto en donde quizá se deslinda la concepción de la *coautoría* en materia penal, con el mismo concepto en materia civil, pues acá resultan evidentes las diferencias en cuanto al fundamento de cada una de estas disciplinas; mientras una se encamina a la sanción por la realización de determinados actos, la otra se encamina a la reparación del daño causado con la conducta.

Así, mientras para el derecho penal, es necesario que las acciones que se realizan por parte de quienes intervienen en el hecho, se encuadren dentro de un tipo penal o que al menos resulten determinantes para que otros puedan realizar otras acciones del tipo, a efectos de la imposición de una pena, en materia civil bastará que la acción u omisión, tenga vocación de causar daños o que colabore en su causación, para que, con independencia de que se trate de un delito o no, surja la obligación de reparar.

Bajo este planteamiento, no solo resultaba lógica, sino ajustada a derecho, la postura otrora sostenida por el Tribunal Supremo, que apuntaba a establecer la *coautoría* en aquellos casos en que todos los involucrados estuvieran unidos por un acuerdo común, sin tener en cuenta el grado de participación de cada uno de ellos,

bastando para imputárseles la colaboración consciente y querida en la causación del resultado²⁰⁶.

Tal postura es aplicable en materia civil, cuando se tiene la certeza de quienes cometieron el acto terrorista, se sabe qué agentes han actuado de manera conjunta y se tiene por cierto que cada uno de ellos pudo ser calificado como el autor del hecho. Todos han actuado bajo unidad de propósito finalista, pero se ignora en qué medida la conducta de cada uno de ellos ha contribuido efectivamente a la producción del daño, es decir, se desconoce el grado de participación de cada uno de ellos ha tenido en el resultado dañoso²⁰⁷.

Entonces, no habría inconveniente en imputar una acción terrorista a todos los miembros del grupo, con independencia de la participación que hubieran tenido en la concreta acción, toda vez que la voluntad de los miembros -que constituye la unidad de criterio finalista-, se pone de manifiesto al momento de entrar a formar parte de un grupo, cuyo objetivo no es otro que llevar a cabo actividades en contra de un régimen, en aras de la independencia, de la imposición de una religión, etc. y, no habría lugar a exonerarse de responsabilidad manifestando su no participación directa, pues qué si no, son sus acciones conjuntas las que conducen a un resultado. De organizaciones ilegales, solo pueden esperarse actos ilegales y quizá sea ésta la única certeza que se tiene cuando se forma parte de las mismas²⁰⁸.

La jurisprudencia que da origen a nuestro dicho, no fue del mejor recibo en la dogmática penal, por las injusticias que se pueden desprender de la misma y en especial, por la incompatibilidad de dicha postura con el principio de culpabilidad por el hecho, en virtud del cual a un sujeto solo se le puede imputar la responsabilidad por su hecho, más no por los que hayan realizado los demás²⁰⁹.

206 Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 1998, Sala de lo Penal (RJ/417/1998).

207 COLINA GAREA, R., "La Relación...", *Ob. Cit.*, Pág. 98 y ss.

208 LÓPEZ CALERA, "¿Es posible un mundo justo? (estudios de filosofía jurídica y política)", Universidad de Granada, Granada, 2003, Págs. 405 y ss.

209 MÚRTULA LAFUENTE, V., *La Responsabilidad Civil...*, *Ob. Cit.*, Págs. 62 y ss.

Argumentos que resultan del todo válidos desde la perspectiva penal, pero que no se aplican de la misma manera en el derecho civil, en donde puede haber responsabilidad por el hecho ajeno, lo que resulta impensable en materia penal. Nadie pretendería hacer que los padres asuman sanciones penales por los actos de sus hijos –así en algunas ocasiones pudiera llegar a ser justo o al menos deseable–, como viable resulta que se les condene a reparar los daños que causan con sus acciones, al margen de cualquier consideración de culpa.

Lo propio ocurre en los casos de responsabilidad subsidiaria en los eventos en los que se encuentran involucradas las personas jurídicas, en donde las sanciones recaen sobre las personas naturales, pero los daños se asumen por las mismas, como responsables por los actos de sus empleados o dependientes²¹⁰.

Nuestra postura se refuerza aún más, si tenemos en cuenta que la causalidad no tiene que ser material en exclusiva, puesto que puede imputarse, de acuerdo con las circunstancias, a todos aquellos que, aún sin haber participado de manera personal y directa en el acto causante del daño, tuvieron incidencia en el hecho que dio ocasión al mismo²¹¹.

Podría decirse que el planteamiento que acá esbozamos, resulta contrario a lo sostenido por el Tribunal Supremo en la Sentencia del 17 de Julio de 2008 a la que hicimos referencia. Sin embargo, en ese caso particular, se juzgó la conducta de quien ofreció los explosivos a los miembros del grupo terrorista, con lo cual los presupuestos que estimamos necesarios para la aplicación de nuestra propuesta, no estarían dados, al no formar parte de la organización criminal.

La valoración de este punto al momento de imputar responsabilidades es, a nuestro juicio, fundamental para efectos de garantizar los derechos de las víctimas a la reparación de los daños que han tenido que soportar a manos de grupos de

210 FUSTER – FABRA TORRELLAS J. M. *Responsabilidad Civil...* Ob. Cit., Pág. 115 y ss.

211 ALBADALEJO M. “Sobre la solidaridad o mancomunidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1963, Págs. 376 y ss.

delincuencia organizada. Sin embargo, no se trata de un aspecto que suscite mayor interés en la doctrina, quizá por el hecho de aceptar con cierta pasividad que sea la Administración Pública la que asuma el pago de las condenas que se imponen en este particular evento.

Algún sector de la doctrina penal, también se ha ocupado del tema, poniendo de manifiesto la dificultad que suponen los casos en que se trata de delitos cometidos por bandas criminales en las que sus integrantes tienen diversos grados de responsabilidad e intervención y además han sido parte en el diseño de un plan conjunto para la realización de determinadas acciones, intentando una solución.

El problema que se presenta es el mismo que planteamos en materia civil y es la posibilidad de determinar los verdaderos autores, aún cuando no han participado de manera alguna en la fase de ejecución de las acciones, pero que se sabe han tomado parte en las mismas por ser miembros de determinada agrupación²¹².

1.2. La Asociación Ilícita como alternativa.

Una solución se ofrece para este fenómeno, desde la *asociación ilícita* como tipo penal, que castiga de forma autónoma e independiente del delito o delitos que a través de la asociación ilegal se comentan; ésta tipificación puede ser determinante para castigar algunas formas de criminalidad organizada, ya que el castigo de la pertenencia o dirección de una asociación ilícita -tanto más cuando se trata de grupos terroristas- puede ser suficiente o servir de penalidad alternativa en los casos en los que no se puede imputar, conforme a las reglas generales de imputación a título de autoría o participación, por no haber hecho parte de la fase de ejecución del delito que se imputa²¹³.

212 POGGETTO, P. *La Autoría en los delitos cometidos a través de organizaciones jerarquizadas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, Págs. 17 y ss.

213 MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada", *Delincuencia Organizada –aspectos penales, procesales y criminológicos-*, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ – ENRIQUE ANARTE BORRALLO (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, Pág. 152.

Para que podamos hablar de *asociación ilícita*, es necesario que se presenten los siguientes elementos:

- **Acuerdo Previo:** los miembros de la asociación deben manifestar su voluntad de pertenecer a la misma, sin necesidad de que para ello concurra alguna formalidad, como si de una organización legal se tratara. No basta tal acuerdo, pues será necesario que los diferentes miembros, conozcan que la resolución que se toma es la de cometer delitos.

Si bien este acuerdo puede presentarse concomitante al momento de formar la asociación, a la luz de las disposiciones legales en España, es posible que el acuerdo para la realización de acciones ilícitas, se de con posterioridad²¹⁴.

- **Permanencia:** la vocación de permanencia en la asociación, hace a esta figura diferente de la mera convergencia transitoria para cometer un acto específico. Sin embargo, tal permanencia no se limita a una mera cuestión de tiempo, sino a la pluralidad delictiva como objeto de la asociación, a la que no se puede llegar sino a través de una actividad continuada.
- **Organización:** no se requiere ningún elemento especial para lograr la organización que acá nos referimos; basta con la suficiente para mantener el grupo, para conseguir los objetivos comunes, que como aludimos serán los delitos concertados²¹⁵.

Como de la sola lectura se desprende, se trata de una figura jurídica en la que se pueden encuadrar con cierta facilidad los grupos terroristas, imputando a cada uno de sus miembros las acciones que en medio de la organización a la que

214 GARCÍA PABLÓS DE MOLINA, A., *Asociaciones Ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1977.

215 CREUS, C., *Derecho Penal –parte especial–*, Astrea, Tomo 2, tercera edición, Buenos Aires, 1991, Págs. 106 y ss.

pertenecen se han cometido, por el hecho de haber consentido en formar parte del grupo y sin necesidad de haber tomado parte activa en la ejecución de los hechos.

De esta manera sería posible solventar el vacío que deja la *coautoría*, permitiendo involucrar a todos los miembros del grupo. Sin embargo, habría que decir, que se trata de un tipo penal específico para el que hay una pena correspondiente, por lo que habrá delitos que se hayan cometido por parte del grupo, a los que no se le pueda vincular al sujeto. Así pues no se trata de un mecanismo de aplicación extensiva de la *coautoría*, sino de una acción delictual autónoma.

Por otro lado, se trata de una solución se critica, por los excesos a los que por medio de la misma se puede llegar, habida cuenta de ser la única forma de castigar personas que incluso no han cometido delito alguno y a través de la cual se puede perseguir cualquier tipo de asociación, que vaya a cometer o haya cometido cualquier delito, en especial en aquellos casos en los que se hablar de una ilicitud sobreviniente de la asociación inicial creada al amparo de la ley, pero que por obra de sus miembros deviene en ilícita²¹⁶.

2. La Autoría Mediata.

Otra de las alternativas a través de las que se analiza la posibilidad de imputar a los miembros de un grupo, por la comisión de un delito en el que todos han tenido injerencia, es la *autoría mediata*, nacida de la doctrina penal alemana, que se funda en la identificación de quien tiene el dominio del hecho y que lo realiza a través de otro como instrumento²¹⁷.

216 QUINTERO OLIVARES, G., "La criminalidad Organizada y la Función del Delito de Asociación Ilícita", *Delincuencia Organizada –aspectos penales, procesales y criminológicos–*, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ – ENRIQUE ANARTE BORRALLO (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, Págs. 181 y ss.

217 BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal - parte general-* Ariel S.A., Tercera Edición, 1989, Págs. 282 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal –parte general–*, FERMÍN MORALES PRATS, JOSÉ MIGUEL PRATS CANUT (Colaboradores), Aranzadi, Navarra, 2002, Págs. 623 y ss.

Las disposiciones legales que regulan esta figura jurídica, no establecen los diferentes eventos en los que podemos hablar de *autoría mediata*, sino que se limitan a exponer los presupuestos en los que encuentra su apoyadura, trayendo como consecuencia, que sea la doctrina la que se ha encargado de establecer ciertos eventos en los que esta modalidad se pone de manifiesto²¹⁸.

- **Coacción o fuerza.** Se trata del dominio superior a través de la violencia o intimidación, para obligar a una persona a que cometa un delito. La persona que actúa como instrumento en este caso, no es preciso se encuentre exenta de culpabilidad, es decir que se ampare en eximentes como el estado de necesidad.
- **Inducción al error o aprovechamiento del error en el que se encuentra.** Puede tratarse de un error en el tipo, en la antijuridicidad de la conducta o sobre la concurrencia de una causa de inculpabilidad.
- **Utilización de un inimputable.** Se presenta por el aprovechamiento de la condición de una persona que padezca una anomalía o alteración psíquica, bien porque se la hayan provocado, bien porque la tuviera al momento de la producción del hecho²¹⁹. Más que la edad en este evento, resulta relevante la capacidad que tenga la persona de comprender el carácter ilícito de la conducta que ha realizado.
- **Utilizando una persona amparada en una causal de justificación.** Quien domina el hecho, genera una situación y como resultado de ella, la persona que va a utilizar como instrumento, se encuentra inmersa en una de las

218 CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, parte general III, teoría del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, Págs. 213 y ss.; SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1976, Págs. 245 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y Participación*, Akal, Madrid, 1996, Págs. 48 y ss.

219 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito –derecho penal parte general–*, Civitas, Madrid, 1984, Págs. 142 y ss.

causales de justificación; a manera de ejemplo, se provoca una situación en la que una persona puede actuar en legítima defensa, para causar el daño.

Da cuenta la doctrina de algunos supuestos adicionales a los anteriores, que mencionamos a título ilustrativo, pero que se apartan del punto que nos compete y que han sido analizados desde la perspectiva penal con mucho más detenimiento y rigor científico. Nosotros preferimos referirnos a la figura específica, aplicable al tema que nos ocupa y que procede de la *autoría mediata*, dentro de las *organizaciones de poder jerarquizadas*, que permite la imputación de los delitos cometidos al interior de las mismas, a todos los que hubieran tenido alguna participación en el mismo.

Se atribuye la autoría de esta teoría al profesor ROXIN, quien partiendo de los supuestos generales de la *autoría mediata* en los términos expuestos, se refiere a los eventos en los que podría haber imputación en contra de quienes sin haber participado de manera directa en los hechos, dominan la ejecución de los mismos, valiéndose de un aparato de poder; lo que permite involucrar a todos aquellos que se encuentren al interior de la estructura, desde la cúpula en donde se dan las órdenes, hasta los meros ejecutores, pasando por quienes se encargan de transmitir las, organizarlas y verificar su cumplimiento²²⁰.

Surge la discusión de esta forma de *autoría mediata*, a través del análisis de dos casos que se sucedieron en la Alemania Nazi; uno de ellos el del agente *Staschynskij*, miembro del servicio secreto soviético, a quien se le encargó el asesinato de dos dirigentes políticos refugiados en Múnich. Pese a haber realizado el *encargo*, se le condenó como cómplice, no como autor, aduciéndose que no quería el hecho como propio y que no tenía ningún interés personal en el resultado, sino que se había doblegado a voluntad ajena, que se había sometido a la autoridad en contra de su conciencia y que no había tenido ninguna injerencia en la determinación del hecho.

220 ROXIN C, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Traducción de la 6a. Edición alemana por CUELLO J. y CONTRERAS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO J. L., Marcial Pons, Madrid, 1998, Pág. 267 y ss.; también en: “Problemas de Autoría y Participación en la criminalidad organizada”, *Delincuencia Organizada –aspectos penales, procesales y criminológicos-*, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ – ENRIQUE ANARTE BORRALLO (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, Págs. 193 y ss.

El otro caso, fue el del Adolf Eichmann, Director del Departamento Central para la Emigración Judía y encargado, en el régimen de Hitler de la planificación y puesta en marcha del exterminio judío en los campos de concentración, a quien se condenó a muerte aún habiéndose probado que no había participado de manera directa en ninguna de las ejecuciones.

Más reciente y sugiriendo una aplicación mucho más amplia, aquel bajo el que se juzgó y condenó como *autores mediatos* a los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la antigua República Democrática Alemana, como responsables de los asesinatos de quienes querían huir y pasar el muro de Berlín, al atribuirseles las órdenes dadas a los soldados que le custodiaban, de evitar *por cualquier medio*, que se atravesara el muro²²¹.

Para el Profesor ROXIN²²², según su teoría, tanto Eichmann como los ejecutores materiales de los asesinatos deberían haber sido condenados como autores, por cuanto en medio de una organización criminal, la realización de los delitos que a su amparo se cometan, no dependen de manera alguna de los singulares ejecutores, quienes ocupan una postura de meros subordinados dentro de la estructura de poder y, que no pueden impedir el cumplimiento de los objetivos trazados por el *hombre de atrás*, en la medida en que son reemplazables y ante su negativa en la ejecución de las órdenes, las mismas serán ejecutadas por otros.

Si bien la *autoría mediata* es una figura reconocida por diferentes sistemas jurídicos, lo cierto es que su aplicación se ha restringido a la *coacción* y el *error*, que para el caso que nos ocupa, no constituyen un aporte a la insuficiencia que advertimos en lo casos de *coautoría*. Sin embargo, la *autoría mediata por utilización de organizaciones de poder jerarquizados* si aporta elementos novedosos, que pueden ofrecer una alternativa a los problemas de imputación que advertimos.

221 BOLEA BARDÓN, C., *Autoría Mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Págs. 340 y ss.
222 ROXIN C, “*Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*”, *Revista Penal*, No. 2, 1998, Págs. 61 y siguientes.

2.1. Características de la *autoría mediata* en las organizaciones de poder jerarquizadas.

Para que podamos hablar de la *autoría mediata* en estos términos, son necesarios ciertos elementos característicos, presentes de ordinario en organizaciones que ostentan poder dentro de la sociedad, como ocurre con las organizaciones mafiosas o las organizaciones terroristas sean cuales fueren los objetivos que le mueven. Tales elementos son:

2.1.1. Dominio de la Organización.

En virtud de este primer requisito, quien esté conectado con un aparato de poder, en cualquier lugar que le permita impartir órdenes se convierte en *autor mediato*, si emplea sus facultades para que se realice el hecho punible, por cuanto domina la voluntad de quienes se encuentran subordinados a él. Acá resulta irrelevante si actúa por su propio interés o en cumplimiento de las órdenes a las que a su vez, se encuentra subordinado, pues en su *autoría* lo único importante es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida, sin tener que confiar a otros la realización del delito.

La organización se presenta como una entidad autónoma, independiente de los individuos concretos que la componen y la estructura de su organización interna hacer que se convierta en un instrumento al servicio de las decisiones que se toman desde la cima del poder.

Desde este planteamiento, es evidente que no resulta posible reducir a la coacción o al error del ejecutor final, la conducta observada por el intermediario, por cuanto las circunstancias particulares del mismo, bajo las que podría estar actuando, devienen en irrelevantes; el elemento más importante acá, es el dominio que se ejerce sobre la voluntad de los sujetos que

se encuentran ligados a la estructura de la organización²²³, de tal suerte que se anula la voluntad del ejecutor final, subordinado a las órdenes que sus superiores jerárquicos le impartan.

Para algunos, este elemento es insuficiente para que podamos hablar de un tipo especial de *autoría mediata*; en estos casos, todo aquel que siendo parte de la organización no manibre por voluntad propia, será partícipe –como inductor o cómplice–, pues su actuación dentro de la cadena sucesiva de acciones, puede no tener suficiente entidad para que se le considere autor de los hechos; tal es el caso de aquel que sin participar en la planeación, en la decisión misma o en su ejecución, se limita a trasladar la orden a otro.

Se dice entonces, que ante la inexistencia de los dos tópicos bajo los que se acepta la *autoría mediata*, error o coacción, no hay lugar a que hablemos de ésta; en cualquier caso no encontraríamos frente a casos de complicidad o inducción²²⁴ o, quizá, de *coautoría*, asumiendo la dificultad que supone demostrar la existencia de un acuerdo previo entre los miembros que toman parte en la ejecución o, la participación en la fase ejecutiva del hecho punible²²⁵.

2.1.2. Fungibilidad del Ejecutor.

El segundo de los elementos que se requiere y que justifica la existencia de una modalidad diferente de *autoría mediata*, es que el ejecutor de la acción es reemplazable; desde la posición de quien tiene la iniciativa inicial –el denominado *hombre de atrás*–, el ejecutor no se presenta como una figura individual, sino como una figura intercambiable y anónima. Si bien el ejecutor

223 ROXIN C, *Autoría y Dominio del Hecho...*, Ob. Cit., Págs. 273 y ss.; POGGETTO, P. *La Autoría en los delitos...* Ob. Cit., Págs. 72 y ss.

224 COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN T. S., *Derecho Pena -parte genera-*, Tirant lo Blanch, 5ª Edición, Valencia, 1999, Pág. 749; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Euros Editores, Buenos Aires, 2006, Págs. 154 y ss.

225 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La Autoría Mediata en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, Págs. 266 y ss.

no puede ser desbancado de su dominio de la acción es, al mismo tiempo, un engranaje sustituible dentro de la maquinaria del poder, lo que a su vez implica que ni su libertad ni su responsabilidad están presentes y por ende que no pueda ser juzgado como autor de los hechos²²⁶.

El aparato de poder, al servicio de quien está a su mando, funciona de manera automática y se encuentra a la espera de sus órdenes; las que impartidas, confía en que se ejecutarán, sin consideración alguna respecto del sujeto que las vaya a llevar a cabo, sin que sea necesario recurrir a artilugios o coacciones, sabiendo de antemano que ante una supuesta negativa del autor material a realizar la orden, siempre habrá otro dispuesto a ejecutarla²²⁷.

Empero este elemento tampoco es suficiente para considerar que se trata de un tipo diferente de *autoría mediata*, que en cualquier caso podría presentarse por el error o la coacción, pero no porque el ejecutor final sea posible de sustituir. De hecho, se dice, aceptar la posibilidad de sustitución del autor, porque este se niegue a ejecutar la orden que le han impartido en virtud de la libertad que tenga para ello, es una confirmación de que la influencia que está recibiendo para que cumpla con la misma, es una mera inducción y no un caso de *autoría mediata*²²⁸.

2.1.3. Organizaciones al margen de la ley.

De la estructura del dominio de la organización se deduce que esto solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen de la ley, puesto que en tanto que la dirección de los órganos ejecutores se mantengan en principios ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de

226 GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice... Ob. Cit.*, Pág. 74.

227 ROXIN C, *Autoría y Dominio del Hecho...*, *Ob. Cit.*, Págs. 270 y ss.

228 PLASENCIA, J. U., *La Autoría Mediata...* *Ob. Cit.*, Pág. 275 y ss.

órdenes antijurídicas y con ello el poder de quien ejerce el control de la organización.

En este orden de ideas, el supuesto de la *autoría mediata* se pone de manifiesto, en dos situaciones específicas:

- **Organizaciones paraestatales.** Es el caso en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de entidades subordinadas a ellos cometen delitos, tal y como ocurría en el caso Staschynskij al que nos referimos en las primeras líneas de este apartado o como ocurrió en las organizaciones paramilitares en Colombia, que en connivencia con el Ejército Nacional y la Policía, realizaban acciones en contra de la guerrilla.
- **Movimientos clandestinos, organizaciones secretas y bandas criminales.** Para que podamos hablar en estos casos del tipo de *autoría mediata* a la que nos venimos refiriendo, es necesario que se trate de organizaciones rígidas, en las que resultan inocuos para su estructura los continuos cambios en los miembros que la integran y, con una orientación contraria a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

El supuesto de *ilegalidad* de las organizaciones de poder, si bien pareciera connatural a las mismas, como se desprende de los dos supuestos anteriores, su prueba no siempre resulta sencilla. No es suficiente su sola presencia, para que podamos hablar de organizaciones de poder, que en ocasiones se pueden confundir con grupos de asociales que se autoproclaman contrarios al régimen –sin organización o criterio alguno–, con la existencia de grupos en contra del Estado de Derecho que surgen al interior de la sociedad²²⁹.

229 ROXIN C, *Autoría y Dominio del Hecho...*, Ob. Cit., Págs., 275 y ss.

Asimismo pese a tratarse de un elemento determinante en la elaboración de la teoría defendida por ROXIN, algunos autores indican que no ha sido considerado así en algunos eventos específicos -como el caso de los soldados del muro, al que nos referimos cuando empezamos a ilustrar esta figura- en donde se condenó a los superiores de los soldados que disparaban a quienes se atrevían a cruzar el muro de Berlín, aplicando la *autoría mediata por dominio de la voluntad en las organizaciones de poder*, sin importar el hecho de que se trataba de órdenes impartidas dentro del marco del ordenamiento jurídico, es decir, no se trataba de organismos *paraestatales* o de organizaciones criminales²³⁰.

Con posterioridad, el mismo ROXIN ratificó su postura e incluyó otros elementos adicionales, que confirman la existencia de una categoría adicional de *autoría mediata*, a las ya tradicionales de la *coacción* y el *error*²³¹.

2.1.4. El poder de imposición de los hombres de atrás como soporte fundamental del dominio del hecho.

La posibilidad que tiene quien dirige la organización, de imponer un resultado específico, resulta determinante para establecer el dominio del hecho; tal imposición se basa en la dirección que ejerce sobre el aparato de poder, que es lo que va a permitir, a su vez, la satisfacción de los objetivos planteados, en conjunción con los elementos precedentes.

En este orden de ideas, ese poder debe ser una consecuencia de la misma organización, de tal manera que proviniendo de otra fuente –la debilidad de carácter del ejecutor final, por ejemplo- nos hallaríamos frente a otra vía de imputación diferente.

230 GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice... Ob. Cit.*, Pág. 76.

231 ROXIN, C., *La Teoría del Delito... Ob. Cit.*, 2007, Pág. 532.

2.1.5. El dominio del resultado.

El hecho de haber una persona que dirija una organización y que a su orden, esta funcione de manera tal que conduzca al resultado querido, implica que quien se encuentra en tal posición, sea en definitiva quien domine el resultado.

Puede ser que el dominio no se manifieste en la realización de determinadas conductas punibles, pero esto en ocasiones resulta del todo irrelevante, cuando lo que en realidad interesa es que se consiga determinado resultado – recuérdese los casos del muro, en donde se imponía a los soldados la obligación de evitar que cualquiera pasara sin autorización; ¿cómo?, por los medios que se consideraran efectivos²³².

Con todo, los planteamientos hasta acá analizados son de aplicación en las nuevas estructuras delictuales, en donde se presentan organizaciones al margen de la ley, que amparadas en una supuesta contraposición a las políticas estatales, cometen toda suerte de delitos en los que se aplican las consideraciones a cerca del domino, la fungibilidad del ejecutor y la ilegalidad, convirtiéndose en la vía para vincular a todos aquellos dentro de la organización que se han visto involucrados de una manera u otra en los actos delictivos.

Organizaciones en las que participan colectivos de personas, con estructuras claras y jerarquizadas, en las que operan códigos específicos de conducta y que ofrecen una disciplina asimilable a la que existe en los grupos de seguridad estatales, producen una evidente disociación entre la ejecución directa y la responsabilidad en los hechos que por la misma se realicen²³³; baste como ejemplo de estas organizaciones, los grupos terroristas FARC, ETA, IRA, entre muchos otros.

232 ROXIN, C., *La Teoría del Delito...*, Ob. Cit., Pág., 533 – 534.

233 SILVA SÁNCHEZ, J. M, *La Expansión del Derecho Penal –aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, Págs. 68 y ss.

2.2. Críticas a la autoría mediata por domino de la voluntad en las organizaciones de poder.

Además de los cuestionamientos apuntados en cada uno de los requisitos de esta clase de *autoría mediata*, ha habido otros, respecto de la teoría en general, en su mayoría conducentes a afirmar que la situación descrita por la misma, corresponde a un caso de *coautoría* o quizá de *inducción*, pero en ningún caso de *autoría mediata*.

Coautoría, por cuanto uno de los elementos más importantes de la *autoría mediata*, es que el autor material del delito, no sea responsable de su propia acción en el campo jurídico -que bien se vea obligado a hacerlos bajo una amenaza o que esté en la creencia errónea de estar actuando conforme a derecho-, pues de otro modo dejaría de ser un instrumento, para convertirse en autor como tal del delito y en cuanto sean varias las personas vinculadas por el hecho, estaríamos frente a una clara *coautoría*²³⁴.

La clave que sirve para justificar la *autoría mediata* en estos casos, es la *fungibilidad* de los ejecutores finales de la acción, habida cuenta de ser personas que obran sin autonomía alguna, que ni siquiera son conocidas por quienes imparten las órdenes desde la cúpula de la organización, que como lo indicamos, son anónimos ejecutores de decisiones que se fraguaron sin su anuencia y, desde luego, sin tenerles en cuenta si quiera, lo que implica que sea ausente la acción conjunta que se requiere en los casos de *coautoría*; acá de lo que se trata es del traslado de las instrucciones para la realización de determinada conducta, de tal suerte que es uno el que dicta la orden y otro el que la ejecuta, en diferentes momentos, con intervalos de tiempo entre uno y otro, que incluso pueden llegar a ser amplios, dependiendo de las circunstancias que rodee en los hechos.

234 GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal Parte General –fundamentos y teoría de la imputación-*, traducción de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS Y JOSÉ LUÍS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1997, Págs. 783 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de Autoría y Participación...”, *Ob. Cit.*, Págs. 153 y ss., así como en MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN M., *Derecho Penal... Ob. Cit.*, Págs. 450 y ss. ; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría Mediata...*, *Ob. Cit.*, Pág. 358.

Por otro lado, los elementos en los que se fundamenta la *coautoría* no se presentan en este particular evento, pues en este caso no hay una decisión conjunta de cometer el hecho, sino que se trata del cumplimiento de órdenes impartidas por un superior, así como tampoco hay ejecución conjunta entre quien imparte la orden y quien la ejecuta, puesto que el primero no hace si quiera una contribución al hecho en la etapa de ejecución, como se tiene por necesario en la *coautoría*²³⁵.

Por último, se dice que la estructura de cada una de las modalidades es diferente, pues en el caso de la *coautoría* se habla de una organización horizontal, en donde todos los involucrados aúnan esfuerzos para poder realizar el delito, mientras que en este tipo de *autoría mediata* se parte de una organización vertical, en donde cobra relevancia el *hombre de atrás* que se encarga de dar impulso a la orden que desde arriba se ha impartido, para que al final el último de la cadena sea el que la ejecute.

En el caso de la negación de la *autoría mediata* a través de la *inducción*, se dice, que si bien la estructura en ambos casos es vertical y se trata de la realización de una acción por medio de otro, el inductor no se encuentra en el centro de la decisión, quien si bien produce la determinación hacia el hecho, tiene que dejar en manos del inducido el dominio del hecho, por ser el único que puede llevarlo a cabo, de tal manera que la ecuación jurídica en que descansa la *autoría mediata* se invierte, pues quien determinará si se lleva a cabo o no la acción, será el inducido²³⁶.

Lo anterior no pretende desconocer que al interior de las organizaciones delincuenciales no exista la posibilidad de que se presente la *coautoría* o la *inducción* y, que siempre que se juzguen delitos cometidos por las mismas, haya de

235 ROXIN, C., *La Teoría del Delito... Ob. Cit.* Págs. 518 y ss.; AMBOS, K. *Dominio del Hecho por Dominio de la Voluntad –en virtud de aparatos organizados de poder-*, traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, Pág. 29.

236 ROXIN, C., *La Teoría del Delito...*, *Ob. Cit.*, Págs. 520 y ss.; AMBOS, K. *Dominio del Hecho...*, *Ob. Cit.*, Pág. 30; MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de Autoría y Participación...”, *Ob. Cit.*, Págs. 157 y ss.

hablarse de *autoría mediata*; lo que se pretende, es evidenciar, cómo es posible llegar a establecer un vínculo de imputación a todo el grupo, para determinar la responsabilidad en un hecho concreto.

Los presupuestos acá referidos se encuentran presentes cuando hablamos de organizaciones terroristas, en donde se imparte la orden por sus altos representantes de realizar determinada acción y esta se va trasladando dentro de la cadena de mandos, para que al final sean unos pocos miembros del grupo los que se encarguen de ejecutar la orden correspondiente, sin que entre los que imparten la orden y lo que la ejecutan haya más relación que la pertenencia a un grupo específico y, desde luego, la jerarquía; basta al interior de éstas organizaciones, que se imparta la orden correspondiente para que de manera automática se de inicio a todos los actos tendientes a la satisfacción del objetivo planteado.

Asimismo si se diera el caso en que el ejecutor final, por su inexperiencia, por la frialdad del acto mismo, por su falta de convencimiento o por cualquier razón, se abstuviera de realizar el delito, siempre habría otro miembro del grupo dispuesto a llevarlo a cabo, es decir, no supone un problema la negativa en acatar una orden, pues siempre habrá alguno que si lo quiera hacer.

A través de una figura como ésta, es factible vincular a toda la cadena de mando dentro de la organización, por los actos de terrorismo que se realicen; no podría exculparse alguno diciendo que era un mero burócrata dentro de la organización encargado de transmitir órdenes, pues ese solo hecho generaría su responsabilidad.

Con todo, la dificultad que supone el hecho de ser una teoría poco aceptada en la doctrina y, salvo en casos muy puntuales, por la jurisprudencia, erosiona la posibilidad de vincular a todos los miembros de una organización terrorista, por las acciones que se sabe solo unos pocos pudieron realizar.

3. La Responsabilidad del miembro indeterminado de un grupo.

Nos referimos a esta vía de imputación por ser una de las más discutidas en el entorno de la responsabilidad civil, respecto de aquellos casos en los que un grupo de personas causa un daño a otra u otras, sin que sea posible establecer cual de sus miembros en particular, fue su causante directo o, cual es el grado de participación individual para que se haya producido el resultado lesivo.

La mayoría de los estudios sobre este particular, se suscitan con ocasión de dos Sentencias proferidas en dos casos similares, en los que se causaron lesiones a dos menores, por parte de un grupo –también de menores- que lanzaba, en un caso, objetos punzantes y, en otro, piedras.

Se recurría en aquel entonces, a fin de estructurar la relación causal y el vínculo de imputación a la *teoría pura del riesgo* -bajo el entendido de que el grupo había creado una actividad colectiva peligrosa o había generado un peligro- siendo este el punto de partida para el establecimiento de la responsabilidad y la consecuente obligación de reparar los daños causados, por ser esta la conducta en donde radicaba la ilicitud o antijuridicidad de la conducta del grupo.

Como se terminaba imputando la responsabilidad a los miembros del grupo en su integridad, por un daño que con seguridad uno solo produjo, se invertía la carga de la prueba, de tal suerte que todo aquel que estuviera en capacidad de probar que su conducta no había sido la causante del daño, se le exonerara²³⁷.

La concepción de *riesgo* en la que estriba esta postura, difiere de la que podemos denominar la *teoría clásica del riesgo*, pues no se trata como en aquella, de los *riesgos especiales*, que incrementan los ya existentes riesgos de la vida, y que solo se presentan en el entorno de la empresa, en donde sin lugar a dudas esta situación se puede

237 DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Indeterminación del causante del daño”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1983, Págs. 23 y ss.; en “Notas sobre el daño extracontractual...”, *Ob. Cit.*, Págs. 279 y ss.; COLINA GAREA R., “La relación de... *Ob. Cit.*, Págs. 97 y ss.

presentar, pero que no tiene cabida en los supuestos que estamos manejando en este caso concreto²³⁸.

Con ocasión de los mismos casos propuso PANTALEÓN dos posibles soluciones, para efectos del establecimiento del nexo de causalidad: por una parte, la mera existencia del daño, junto a la conducta del dañado, eran presupuestos suficientes para el establecimiento del nexo causal; sin embargo, la prueba tanto de un extremo como el otro, correspondían al dañado²³⁹.

Lo anterior implica, que aquellos vinculados a la causación del daño queden libres de la obligación de repararlo, si no se les llegara a demostrar que su acción resultó suficiente para la causación del daño, excepto en los casos en los de coautoría, en donde no es necesaria la prueba de las aportaciones individuales al resultado, como tuvimos oportunidad de analizarlo en líneas anteriores.

Como segunda solución, se planteaba la posibilidad de establecer la solidaridad de todos los miembros del grupo frente a las obligaciones surgidas del daño, invirtiendo en este caso la carga de la prueba, de tal manera que aquel que sabiéndose inocente en la causación del daño así lo demostrara, para quedar absuelto²⁴⁰.

Se justifica lo anterior, con el establecimiento de *coautoría* para los hechos culposos, tal y como se acepta en el régimen jurídico alemán; pero esto es una excepción y para el caso que nos ocupa carece de toda relevancia, pues en los actos que estudiamos, si hay algo evidente, es la conducta dolosa de todos los partícipes. Acá no hay lugar a consideraciones culposas de los miembros del grupo, cuyo actuar de hecho se funda en la más cruel de las intenciones, como es la causación intencional del sufrimiento humano, sin distingo de ninguna clase y eso, no tiene justificación alguna.

238 DIEZ PICAZO L., *Derecho de Daños, Ob. Cit.*, Pág. 164.

239 PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo, de septiembre 22...", *Ob. Cit.*, Pág. 411.

240 *Ibidem*, Pág. 413.

4. La vinculación de las Personas Jurídicas.

La utilización de personas jurídicas en el desarrollo de actividades afines a la de los grupos terroristas es cada vez más común; bien bajo el esquema de *organización no gubernamental* o, bien, a través de sociedades comerciales, que por uno u otro motivo, de ordinario su colaboración se reduce a aportes económicos.

Casos como el de la organización *Asociación Rebelión*, de origen danés y a través de la cual, sus miembros hicieron una donación en el año 2004 a las FARC, como aporte a su lucha²⁴¹ o, los pagos realizados por *Chiquita Brands International*, hoy ante los Tribunales de Justicia Norteamericanos, por los pagos realizados a grupos paramilitares en Colombia y a las mismas FARC, para la realización de determinadas acciones en las regiones en las que tenían intereses económicos y por los que se le condenó al pago de una multa en Estados Unidos, no pueden estar ausentes del debate jurídico en torno a los grupos terroristas y sobre todo, a sus víctimas.

Como lo veremos más adelante, por vía *subsidiaria* en materia de *responsabilidad civil*, es posible vincular en la reparación de un daño a una persona jurídica, cuando este se causa por alguno de sus empleados o dependientes, bajo circunstancias específicas.

En materia penal es claro que las *personas jurídicas* no son capaces de cometer delitos, no solo por tratarse de un ente inmaterial, sino por haber nacido al amparo de la ley, para el desarrollo de actividades lícitas. Por ende las acciones ilegales que sirviéndose de la estructura legal se lleguen a cometer, se entienden fuera de su esfera de acción y de las mismas responderán quienes en su nombre las hubieran realizado²⁴².

Por otro lado, la responsabilidad que tienen las *personas jurídicas*, en materia de daños, es incluso mayor que aquella que recae en las *personas naturales*, pues para

241 <http://colombia.indymedia.org/news/2005/01/20910.php>, (última consulta 01/06/2009).

242 FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1929, Págs. 816 y ss.

aquellas se actúa con base en principios de imputación objetivos -asume el riesgo el que se beneficia del ejercicio de una actividad, sus productos están reglamentados con controles de calidad cada vez más drásticos, se les imputa de manera subsidiaria la responsabilidad de sus empleados o agentes, aún cuando demuestre que fue diligente en su escogencia y preparación, entre muchos otros controles-, mientras que para éstas, prevalecen aún los principios de imputación subjetivos, salvo en situaciones excepcionales y cuando la norma misma es la que así lo indica -como ya se apuntó-.

El criterio que más eco ha tenido en esta materia, es el de no hacer responsable en materia penal a las personas jurídicas, esgrimiendo para ello razones como la imposibilidad de considerar un acción realizada por un colectivo, cuando en realidad ha sido cometido solo por uno o varios individuos determinados o determinables; la ausencia de *voluntad criminal*, imprescindible en esta materia; el carácter personal del la pena, entre otros²⁴³.

Sin embargo, no es extraño que cada vez cobre más fuerza la teoría que apunta al establecimiento de la responsabilidad de la *persona jurídica* en la comisión de *ilícitos*, mediante la imposición de sanciones accesorias que permiten, incluso, la incautación de los bienes que conforman el patrimonio de la misma, al momento de asumir responsabilidades, atendiendo a la frecuencia con la que se utilizaban sociedades para el *blanqueamiento o lavado de activos*, provenientes del negocio del narcotráfico.

Bajo este principio, es necesario que el sistema jurídico contemple alternativas que permitan hacer responsable a la persona natural, de las acciones que ha realizado a nombre de la persona jurídica, en momentos en los que la delincuencia se manifiesta en organizaciones económicas creadas al amparo de la ley, pero con el objeto encubierto de facilitar actividades delictivas y que por realizarse bajo este esquema, evitan la aplicación de las normas penales tradicionales.

243 BUENO ARUS, F. "Medidas Jurídicas Eficaces para Reprimir la Delincuencia organizada y las actividades Terroristas", *La Ley*, Distribuciones de la Ley S.A., Madrid, 1990, Tomo I, Págs. 956 y ss.

La mayor evolución en este aspecto se ha dado en el derecho penal, no en lo que se refiere a la responsabilidad civil, salvo en los casos en los que la causa se lleva de manera accesoria a la responsabilidad penal, en casos muy puntuales²⁴⁴. Con todo, el tema cobra mayor relevancia en los eventos en que los representantes de la *persona jurídica*, en cumplimiento del objeto de la misma, incurren en la comisión de un delito, caso en el cual las implicaciones de tal conducta no pueden ser obviadas por el derecho, como ocurre en la actualidad.

En nuestro caso concreto, sabiendo de antemano que los grupos terroristas son organizaciones ilegales carentes de personalidad jurídica, habría que agregar que la sola asociación constituye por sí misma un delito, con independencia de las acciones que con posterioridad se llegaran a cometer; pero la ley se queda corta y no establece eventos en los que se pueda vincular de manera individual a sus integrantes por su calidad de directivos –*miembros del secretariado en términos de las Farc*-, comando callejero –*kale borroka*-, ejecutor, miembro o similar, habida cuenta de ser la sumatoria de las acciones de todos y cada uno la que conduce al éxito o fracaso de sus acciones.

El auxiliar, de cualquier manera, a una organización, conociendo de antemano que sus actividades se enmarcan dentro de la ilicitud, debe dar lugar a la asunción de responsabilidades; volviendo al ejemplo propuesto de la ONG danesa, se trata de la donación que se hace por parte de una entidad con personería jurídica, al amparo de las disposiciones legales, en cumplimiento de sus objetivos, pero para efectos de la financiación de la actividad de una agrupación ilegal reconocida a nivel internacional como terrorista, es decir, constituye en estricto sentido, una *colaboración* en la consecución de unos fines, cuya defensa se basa en la realización de acciones terroristas.

244 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2000, Págs. 101 a 133. Vale la pena resaltar el estudio realizado por la autora, en donde se refiere a la situación que se plantea en este apartado, haciendo un cuidadoso estudio de algunas legislaciones europeas y Latinoamericanas, desde el punto de vista penal.

Pero este no es el único caso, pues las *Autodefensas Unidas de Colombia*, como grupo reaccionario a las acciones de la guerrilla, fueron financiadas a través de organizaciones constituidas con arreglo a las disposiciones legales, cuyos objetivos entre otros se basaban en la obtención de mejores condiciones para determinado sector de la economía -asociaciones de agricultores y ganaderos, entre otras, sectores bastante afectados por la acción delincencial de la guerrilla, lo cual tampoco justifica el financiamiento de grupos de justicia privada-.

Supone una dificultad el establecimiento del destino que tuvieron los dineros con los que se patrocinó determinada actividad, pues no se puede asegurar de manera categórica, que hubiera sido con el que se financió determinada acción terrorista; sin embargo, lo cierto es que constituyen un apoyo para continuar con el desarrollo de actividades delincuenciales, cualquiera que estas sean, pues se trata de grupos que se encuentran al margen de la ley y sus actividades comportan tal elemento común; así pues al amparo de la realización de actividades lícitas, no puede permitirse la realización de actividades ilícitas, por muy fundamentados que se encuentren sus objetivos²⁴⁵.

El derecho evoluciona y debe regular situaciones que si bien en su momento no se tuvieron en cuenta, en razón a las circunstancias que se vivían, nada obsta para que sean objeto de regulación en la actualidad. Es evidente la utilización de *entes inanimados* para la realización de actividades que a título personal no se harían, pues se conocen las consecuencias que éste actuar produciría; por esta razón consideramos que se trata de una situación que debe ser revisada a la luz de las disposiciones legales actuales, en aras del establecimiento de responsabilidades, para que aquellos que se creen con derecho a participar en causas que, incluso les son ajenas, asuman de la misma manera las consecuencias que este proceder genera.

245 Al respecto, vale la pena resaltar las manifestaciones que han hecho organismos internacionales, como la ONU, en donde instan a los países miembros a controlar y castigar las ayudas que se hacen por parte de entes de naturaleza privada a las organizaciones terroristas, proponiendo medidas penales y económicas, que propendan por el control de los medios de financiamiento de tales grupos. Las recomendaciones se hicieron a través de la Resolución 1373 de 2001 y se puede consultar en Internet. <http://www.un.org/spanish/terrorismo/cs/sc.htm> (última consulta en 01/06/2009)

Quizá una alternativa a este particular evento en donde las normas del Derecho Civil, incluso las del Derecho Penal, resultan insuficientes, la encontremos en los *punitive damages*, tan rechazados en la doctrina del *Civil Law*, con argumentos bastante convincentes como aquellos que otorgan a la *responsabilidad civil* una única función resarcitoria en materia de daños a diferencia de los *punitive damages*, que ostentan características multifuncionales²⁴⁶.

Alguna solución habrá de darse a los casos en los que al amparo de una persona jurídica se forma parte de acciones delincuenciales, tal y como lo hemos venido ilustrando y sosteniendo en este apartado, para evitar que en estos casos haya impunidad.

Si analizamos que a los *punitive damages* se atribuyen de ordinario funciones preventivas, sancionadoras y simbólicas²⁴⁷, quizá a su amparo podamos ofrecer una solución para sancionar a las personas jurídicas que se ven inmersas en actividades criminales, ante la imposibilidad de aplicarles a las mismas sanciones de tipo penal, establecidas para conductas similares provenientes de personas naturales.

Tal es la vía que se utiliza en el *common law* para sancionar a las personas jurídicas, en los eventos en los que la actividad empresarial –lícita- ha causado un daño y en virtud del mismo, además de la condena resarcitoria, se le impone una sanción que pretende evitar una reincidencia en la circunstancia que da origen a la reclamación y desmotivar a todas aquellas que pudieran verse tentadas a actuar de la misma manera²⁴⁸.

²⁴⁶ LLAMAS POMBO, E., “Prevención y Reparación, las dos caras del derecho de daños”, *Responsabilidad Civil y su problemática actual*, JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, Págs. 458 y ss. Valga precisar que aún sabiendo la férrea y contraria postura del Profesor LLAMAS al respecto, por demás con convincentes argumentos desde la ciencia y la experiencia, proponemos al menos para el debate una alternativa al vacío legal que implica dejar incólume el patrimonio de las personas jurídicas a costa de las obligaciones insolutas de las víctimas.

²⁴⁷ SALVADOR CODERCH P., “Punitive Damages”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, Barcelona, 2000.

²⁴⁸ Este planteamiento no es nuevo; da cuenta del mismo el Profesor PANTALEÓN PRIETO en “Cómo repensar la Responsabilidad Civil Extracontractual (También en las Administraciones Públicas)”, citado con

Sancionar imponiendo multas cuantiosas a personas jurídicas por haberse prestado para actos criminales, no pareciera una alternativa descabellada. Tal fue la situación en la que se vio involucrada *Chiquita Brands International*, quien el 17 de septiembre 2007 fue encontrada culpable por *US District Court of the District of Columbia*, y se le condenó al pago de 25 millones de dólares como sanción, por haber patrocinado durante los años 1997 a 2004 los grupos de autodefensa en Colombia a cambio de protección para sus ejecutivos, a través de su subsidiaria Banadex S.A. Lo más curioso de este asunto, es que tal multa se impuso a favor del *Justice Department* y no se destinó a la reparación de las miles de víctimas que tal movimiento delincencial dejó en Colombia²⁴⁹.

Y si vamos un poco más allá, podríamos plantear ante las Cortes Internacionales sanciones del mismo tipo a países que contribuyen a la formación o manutención de grupos delincuenciales, tal y como se afirma por parte del Gobierno colombiano respecto ayudas otorgadas a las FARC por el Gobierno de Venezuela y Ecuador, denuncias que condujeron a la crisis diplomática más grave de la que se tenga noticia en el mes de febrero de 2008. Sin embargo, este asunto más que jurídico no deja de ser político, excediendo los límites de nuestra investigación, aún cuanto la tentación a referirnos al mismo, nos obligue a hacer referencias puntuales más adelante.

anterioridad, cuando en la página 169, aduce con acierto, que la respuesta jurídica a esa conducta –se refiere a las tabacaleras que ponían en sus cigarrillos sustancias que incrementaban la adicción- sería encarcelar durante bastantes años a los administradores de tales compañías y decomisarles hasta el último dólar con que personalmente se hubieran lucrado, en lugar de enriquecer a los familiares de los fumadores o sus abogados a costa de sus accionistas o quienes siguen fumando.

249 COLECTIVO DE ABOGADOS JOSÉ ALBEAR RESTREPO, *The Impunity of Chiquita Brands International: Friends in High Places*, en: www.colectivodeabogados.org/article.php3?id_article=1457 (última consulta en 01/06/2009).

CAPITULO IV

LA OBLIGACION DE REPARAR EL DAÑO CAUSADO POR LAS ACCIONES TERRORISTAS

Previo el estudio de la obligación de reparación, resulta pertinente hacer una brevísima referencia al daño que se causa con las acciones terroristas, no pretendiendo una categoría especial del mismo, sino más bien haciendo énfasis en dos características de mayor ocurrencia cuando se trata de acciones de este tipo y que resultan determinantes al momento de establecer la forma como habrán de repararse por su causante.

Nos referimos a la imposibilidad de individualizar los daños que se han causado, por una parte y a la subsistencia de los mismos, como requisito necesario para su reparación, por otra. A riesgo de ser reiterativos, si bien estas características pueden estar presentes en la mayoría de los daños, provengan o no de acciones delincuenciales, lo cierto es que en este evento en particular su presencia deviene en esencial.

Así las cosas, por características del daño causado con las acciones terroristas, nos referimos solo a aquellas que los hacen diferenciarse de los demás, por las razones anotadas, no por la especialidad que puedan tener en un momento determinado.

1. Características específicas del daño causado por las acciones terroristas.

1.1. La imposibilidad de individualizarles.

Algunas conductas generan dos clases de daños, unos los que se han ocasionado de manera específica a una persona o un grupo de ellas y, otros los que no se han inferido a un sujeto en concreto, sino que han trascendido a la comunidad dentro de la cual se presenta el hecho y aún más allá.

En medio de un *acto terrorista* no solo se generan daños particulares, sino que hay daños para la sociedad en general y cuya estimación resulta compleja e incluso imposible. El temor, la zozobra, el aislamiento, entre otros, que se generan, frente a un conglomerado social, con posterioridad a la comisión de un *acto terrorista* no es estimable, pero constituye una lesión a los derechos que le asisten y, al tenor de los principios en los que se funda la responsabilidad civil, resultarían indemnizables²⁵⁰.

Pero ocurre que al momento de hacer la valoración de esta situación, por demás real, no es posible determinar el grado de afección que hubo para cada uno de los miembros del conglomerado contra el cual se perpetró el acto terrorista o, siendo posible determinarlo, su valoración no es posible al tenor de las normas establecida para lo propio.

Una de las circunstancias más claras en un *acto terrorista*, es la multiplicidad de dañados, de hecho siendo mayor el número, es mayor el éxito que se le atribuye a la acción. Empero, no todas las víctimas ostentan el mismo nivel de afección y por ende no en todos los casos el principio que se aplique para su reparación será el

²⁵⁰Las situaciones que se padecen por la comunidad en general, con ocasión de la comisión de un acto terrorista son incontables, incluso muchas de ellas, llegan a presentarse más allá de los límites de la sociedad a la que pertenecen. Nótese, a manera de ejemplo, la discriminación que sufren las personas procedente de países como Irak, por el simple hecho de pertenecer a un territorio en el que operan grupos extremistas. Todas estas situaciones que pueden ser consideradas como daños, no es posible valorarlas de manera específica, así se encuentren presentes.

mismo, pues el efecto de las *acciones terroristas* trasciende al interior de la sociedad, sin distingo alguno y pero su repercusión es diversa.

La individualización del daño se torna esencial en estos eventos, para poder ejercer las acciones concretas a que haya lugar y obtener su reparación; de otro modo, las posibilidades en este sentido se difuminarán tanto como el efecto de la acción terrorista.

El tema fue abordado de manera tangencial por el Profesor DIEZ PICAZO²⁵¹ al referirse a eventos en que hay multiplicidad de dañados; estima el autor que en estos casos la dificultad se presenta en el aspecto procesal, más no en la parte sustancial; habiendo multiplicidad de afectados por un hecho específico, el que cada uno de ellos ejecute las acciones con independencia de los demás, implica que se generen procesos de gran envergadura, de complejo manejo y que de alguna manera sirven para relativizar los presupuestos ordinarios en los que se funda la responsabilidad civil, toda vez que establecido con carácter general el vínculo de causalidad, solo quedará a cargo de la víctima demostrar que encuadra dentro de los supuestos de hecho establecidos, siendo posible exonerarse, por parte del sujeto responsable, solo mediante la demostración del rompimiento del nexo causal.

Desde luego nos podemos encontrar frente a eventos en los que la cuantía individual del daño sufrido, no sea tan elevada como para dar lugar al ejercicio de las acciones correspondientes, pero que la sumatoria de los daños sufridos por el conglomerado constituyan una cuantía suficiente para ello y que sea esta una de las razones que amerite el ejercicio conjunto de las acciones correspondientes.

Este es, para el autor, el principio en el que se fundan las *class action* del Derecho Anglosajón, en donde la pluralidad de perjudicados implica la imposibilidad de reunirles en una sola acción y el ejercicio de las mismas por cada

²⁵¹ DIEZ PICAZO L, *Derecho de daños, Ob. Cit.*, Pág. 168 y ss.

uno de los perjudicados puede conducir a pronunciamientos contradictorios²⁵². Así las cosas la sentencia que por el ejercicio de esta acción se pronuncie, resulta efectiva para todo el conjunto de personas que se encuentren en la situación específica.

Lo anterior podemos encuadrarlo en lo que la doctrina ha denominado “*interés colectivo*”, en virtud de la cual, existe una pluralidad de dañados, todos ellos identificados o identificables, que ameritan el ejercicio de una acción de manera conjunta²⁵³.

El elemento o interés común entre el grupo son los daños que se causaron, que a su vez, son también determinados o determinables para cada una de las víctimas, que comparten la misma situación jurídica, al haber sido afectados por un mismo hecho.

Este modelo de alguna manera se ha venido siguiendo para la creación de asociaciones de víctimas²⁵⁴, instituidas bajo la modalidad de entidades sin ánimo de lucro; sin embargo, su objetivo no es el inicio de acciones legales en conjunto, sino la participación activa en procura de ser beneficiarios de ayudas por parte del Estado, incluso participando en los debates legales y sugiriendo, en algunas ocasiones, alternativas para la atención de las víctimas²⁵⁵. De la misma manera, actúan como canal de información para éstas, con el fin de que se acojan a los beneficios que les concede el Estado para paliar su situación.

²⁵² QUIROGA LAVIÉ, H, *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Depalma, Buenos Aires, 1985, Pág. 128. Considera el autor, que las acciones de clase en Estados Unidos, son un instrumento útil para superar la indiferencia de la sociedad ante los daños que solo se perciben por unos pocos, sino la imposibilidad, en algunos eventos, de acumular todas las acciones a que haya lugar, en un solo proceso.

²⁵³ BUJOSA VADELL L. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, Págs. 65 y ss.

²⁵⁴ FUSTER – FABRA TORRELLAS J. M. *Responsabilidad civil...*, *Ob. Cit.*, Pág. 174. Se refiere el autor, a la propuesta presentada desde la Asociación de Víctimas del Terrorismo, en el año 1991, que sirvió, según su dicho, para la elaboración posterior de la Ley 32/1999, de octubre 8, a la que nos referiremos en apartado posterior. Asimismo, tenemos la Asociación de Víctimas del 11-M, a través de la cual se ha dado espacio a las víctimas o los familiares de las mismas, para participar en los diferentes ámbitos, incluso ante la Comisión de Investigación designada por el Gobierno Central para el esclarecimiento de los hechos.

²⁵⁵ PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, Págs. 622 y ss.

No ocurre lo mismo en las asociaciones de consumidores, establecidas bajo principios similares, pero que cuentan con la posibilidad eventual de entablar acciones en nombre de los perjudicados en determinados eventos, con miras a la obtención de un resarcimiento; sin embargo, se trata de facultades expresas, establecidas por la ley y que no son susceptibles de ampliarlas de manera analógica.

No obstante lo anterior, encontramos una postura, en nuestro criterio de mayor ocurrencia en el caso de las *acciones terroristas*, según la cual, frente a un hecho hay multiplicidad de perjudicados, con una variante de suma importancia, como es la imposibilidad de determinarles.

Retomemos lo manifestado en líneas anteriores; el temor, la zozobra, el aislamiento, entre otros, son efectos que se siguen de un *acto terrorista* y que constituyen una lesión a la sociedad en general. El que un grupo de terroristas colombianos realice asaltos en las carreteras, no es un hecho inocuo, pues sus efectos van desde la abstención de movilizarse por determinadas vías, hasta la restricción en el comercio y el turismo por determinadas zonas, por citar solo un ejemplo de lo que pretendemos referir. Así las cosas, los efectos que trascienden a la sociedad en general, sin pretenderlos más graves que aquellos que se sufren de manera directa, también son actos lesivos para el conglomerado social, sin distinción alguna.

Tal es la premisa que se maneja, cuando se refiere la doctrina a los “*intereses difusos*”, teniendo por ellos los que adolecen de determinación y, por ende, cuentan con obstáculos insalvables al momento de la identificación de sus titulares.

Al respecto, nos indica LATORRE LATORRE, que con la defensa de los intereses difusos se hace referencia a aquellos bienes colectivos no individualizables pero en los que todos estamos interesado. Asimismo indica el autor, tal situación se

presenta, a manera de ejemplo, en los casos en los que se cometen delitos que afectan bienes de titularidad colectiva, en donde no resulta posible identificar la proporción de esa titularidad de cada uno de los individuos y mucho menos cuantificar su pérdida²⁵⁶.

Es ésta la situación que con más frecuencia se presenta en el caso del *terrorismo*, pues nos referimos, en este aspecto en particular, a los intereses cuya titularidad se encuentra en cabeza de todos los miembros de la comunidad, sin que sea posible que alguno de ellos tenga un mejor título. Sin embargo, hemos de manifestar que esta circunstancia no es exclusiva del terrorismo, pues se aplica a cualquier conducta delictiva que pueda llegar a perjudicar intereses comunes y diseminados en la comunidad en general e incluso, se puede presentar en situaciones que ni siquiera lleguen a considerarse delictivas.

En la actualidad, no existen vías claras para la obtención de una reparación por la lesión de ese *interés difuso* que se ve lesionado con el terrorismo, aunque algunos avances sobre el particular se han dado²⁵⁷.

Con todo, en este supuesto específico, entran en directa relación el *Derecho Civil* y el *Derecho Penal*, toda vez que siendo autónomos en lo que les corresponde por el hecho común que les da vigencia, de alguna manera hacen frente a la defensa de los derechos de la sociedad que se ven perjudicados.

²⁵⁶ LATORRE LATORRE, V., *Acción popular/ Acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000, Págs. 40 y ss.

²⁵⁷ Vale decir en este punto, que con el tiempo ha venido tomando fuerza la denominada *Justicia Restaurativa*, como mecanismo alternativo para la solución de un conflicto, en medio del cual los terroristas colaboran con la justicia y con la reparación de lo que han denominado "*tejido social*". Los ejemplos cada vez son mayores, así los resultados sean discutibles; casos como el de Perú, en donde se establecieron en beneficio de las víctimas elevadas indemnizaciones a cargo del Estado, o el de Chile, en donde se hizo lo propio para las víctimas de la dictadura, no pueden ser dejados de lado y habrá que analizar sus efectos a futuro, con el fin de determinar su efectividad. En Colombia, se han adelantado proyectos piloto en este sentido, con resultados satisfactorios, pero en comunidades reducidas, salvo por el actual proceso de negociación con los militantes de las *Autodefensas Unidas de Colombia*, que con muchas críticas, hasta ahora va a iniciar.

Así, si nos referimos a los daños individualizables, aquellos que afectan a una persona en concreto o a un grupo determinable de ellas, será a través de las acciones contenidas en el ordenamiento civil, que se obtenga la reparación por los daños causados, a través de la imposición de la indemnización a que haya lugar por los mismos.

A su turno, el *derecho penal*, será el que se encargue de la determinación de la conducta generadora del delito e impondrá el cumplimiento de una pena, por haberse violentado el orden establecido para la sociedad, entre otras razones y consecuencias, que no es del caso establecerlas, toda vez que una de sus funciones es esa, la de restablecer el orden social y la de encargarse de la resocialización del individuo que lo ha desconocido.

Pero dicho lo anterior, podemos afirmar que tratándose de daños el análisis desde el punto de vista civil, resulta de especial trascendencia la posibilidad de determinación del daño como se afirmó y la necesidad de que este daño se presente respecto de una persona o varias, según el caso, de manera particular, de manera individual, pues de otro modo, el daño se encontrará diseminado entre todos y cada uno de los miembros de la sociedad que se ven afectados de manera general, pero ninguno de manera particular y, como lo pusimos de manifiesto, resulta complejo su establecimiento, valoración y, eventual, reparación.

1.2. Subsistencia del daño.

Establecida la existencia del daño, es necesario que este no haya sido indemnizado, bien por el directo responsable o bien por el tercero garante de la responsabilidad que se pueda generar por determinada conducta, como ocurre con las pólizas de seguro e incluso, el Estado.

Esta situación clara en principio, ofrece dificultades en la práctica ocasionadas por las de pólizas de seguro; piénsese en el caso en que una persona ha contratado

por su parte, una póliza de seguro amparando el riesgo de su muerte, teniendo como beneficiarios a sus familiares. El riesgo se materializa y se hace la correspondiente reclamación a la compañía aseguradora, que accede a la solicitud, pagando el importe establecido en la póliza. Así las cosas, ésta reclamación no es óbice para que los mismos familiares, demanden del causante del daño, el pago correspondiente al perjuicio sufrido, pues en los dos casos, si bien la fuente de la obligación es la misma –la muerte-, no lo es la causa del pago –en un caso por la materialización del riesgo de muerte y en el otro por la causación de un perjuicio, siempre que este exista, por supuesto-; por esta razón subsiste el derecho al resarcimiento.

En este orden de ideas, el pago que realice la aseguradora a los familiares de la víctima no da lugar a la extinción de la obligación a cargo del agente que genera el daño y tampoco podrá ser objeto de deducción del monto fijado como indemnización, en la medida en que el daño subsiste y por ende debe ser reparado.

Cosa diferente ocurre en el caso en que coexistan dos pólizas de seguros que amparen el mismo riesgo, pues, siendo consentido este hecho por las aseguradoras, su responsabilidad estará limitada y asumirán el pago en las proporciones que correspondan; lo contrario, supondría la ocurrencia de un *enriquecimiento sin causa*, toda vez que se recibiría el pago de dos indemnizaciones que comparten fuente y causa.

En el caso del *terrorismo*, la situación que se presenta difiere de la anterior, toda vez que ante la ocurrencia de un atentado, el Estado, *por razones de solidaridad*, asume parte de los daños que se han causado a determinados miembros de la sociedad, desde luego sin que de tal hecho pueda colegirse una responsabilidad de su parte, siquiera subsidiaria, frente a los hechos.

Así las cosas, las ayudas que se entreguen a las víctimas, no obstan para que en el evento en que el causante del daño sea capturado y cuente con el patrimonio

suficiente para hacer frente a la indemnización, se ejecuten en su contra las acciones a que haya lugar, para obtener su pago.

Asimismo dado el caso en que pudiera imputarse responsabilidad al Estado por su acción u omisión, en el desarrollo de los hechos, el que la víctima hubiera recibido de su parte las ayudas establecidas por la ley, tampoco constituyen un obstáculo para pretender el pago de la indemnización a que hubiera lugar, ni siquiera para reducir el monto de la misma²⁵⁸.

Como lo veremos más adelante, los rubros que recibe la víctima en un atentado terrorista, proceden de dos fuentes diferentes y que en nada se oponen, siendo una el daño mismo, cuya reparación corresponde al terrorista en virtud de los principios generales de la responsabilidad civil y, siendo la otra, la que proviene de la solidaridad del Estado para con quienes se han visto más perjudicados dentro de la sociedad, por un atentado terrorista.

2. Clasificación de los daños causados por las acciones terroristas.

La clasificación de los daños ha sido tarea más de la Jurisprudencia y de la Doctrina que de la norma misma; así, encontramos diversas maneras de clasificarlos, que en el fondo cuentan con elementos comunes, siendo diferentes en lo que concierne a la forma como se agrupan, referidos desde luego al tema que nos ocupa y que de alguna manera han sido las clasificaciones que han seguido las disposiciones legales que tuvimos oportunidad de analizar.

²⁵⁸ A este particular nos referiremos en acápite posterior, cuando analicemos la responsabilidad civil que puede ser imputada al Estado. Baste en este momento referirnos a la posibilidad que existe de vincular al Estado al pago de una indemnización, cuando su acción u omisión coadyuvan en la realización del atentado terrorista.

2.1. Según el ámbito en el que recaigan.

La primera clasificación a la que nos referimos, y que corresponde la forma como de ordinario se han clasificado los daños, es aquella que los agrupa en *patrimoniales, pecuniarios o materiales*, para diferenciarlos de los *no patrimoniales, extrapatrimoniales o morales*.

En el primer caso, llamados con más frecuencia daños *materiales*, tenemos por ellos el menoscabo en el patrimonio de la víctima, la pérdida o lesión de un bien mueble o inmueble o de cualquiera de los derechos de carácter económico que forman parte del patrimonio de una persona.

En cuanto a la valoración de ese menoscabo, se coincide en afirmar que para éste caso resulta menos compleja, pues atiende al valor real del objeto que resulta lesionado, libre de connotaciones personales o afectivas, limitándose por tanto a la estimación económica que tenga, propendiéndose por la restauración del valor perdido por la víctima.

Sin embargo habrá casos en los que la valoración no resulte tan sencilla de hacer, pues si bien se busca el restablecimiento de ese menoscabo, no puede convertirse en la vía para llegar a un *enriquecimiento sin causa*²⁵⁹.

Por último es de tener en cuenta que estos daños no incluyen solo su valor económico, sino que tienen en cuenta al momento de la valoración, los conceptos de *lucro cesante* -la ganancia dejada de percibir por la víctima con ocasión de la lesión o pérdida del bien- y el *daño emergente* -los gastos adicionales en que se incurrió por la pérdida o deterioro del bien.

²⁵⁹Al respecto pueden verse entre otros SANTOS BRIZ J., *Responsabilidad civil...*, *Ob. Cit.*, Pág. 140; PLANIOL & RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés* Tomo VI Traducción de DIAZ CRUZ M, Cultural, La Habana, 1946, Pág. 756; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones de...*, *Ob. Cit.*, Págs. 89 y ss.

En lo que se refiere al otro grupo de daños, a los denominados de manera común *morales*, JOSSERAND los define, con mucho acierto, como los que generan el deterioro del *patrimonio moral de la persona* –el honor, la reputación, etc.- o en sus afectos como ocurre con la muerte de un ser querido²⁶⁰.

Se trata de bienes que carecen de un valor económico, pero que no por ello dejan de resultar perjudicados con el proceder ajeno; de la misma manera, se incluyen dentro de ésta categoría, por un amplio sector de la Doctrina, los daños causados en la salud o la integridad física, en la medida en que son bienes que existen pero que carecen de contenido económico, así el tratamiento de los mismos implique en muchos casos la asunción de gastos por parte de la víctima y que por supuesto deben ser reintegrados.

No comparte esta postura VICENTE DOMINGO²⁶¹, quien prefiere dejar de un lado este tipo de lesiones, para darles un tratamiento independiente, refiriéndolas como otra categoría de daños, bajo el título de *lesiones corporales*, arguyendo que recaen sobre el bien máspreciado de la persona, como es su propio cuerpo; esta diferencia es apreciada por las normas que protegen a las víctimas del terrorismo y sin lugar a dudas, no se trata de un asunto de fácil resolución, pues no siempre se hace la distinción sobre éste punto en concreto.

De otro lado, uno de los aspectos en el que coincide la doctrina, es en la dificultad que ofrecen estos daños al momento de la fijación de su *quantum*, pues se trata de la valoración de una entidad inmaterial; es por esto que se han establecido parámetros y hasta la utilización de otras ciencias para la fijación de resarcimientos -los cálculos actuariales tendientes a determinar las expectativas de vida de las personas y con base en ello fijar una indemnización en caso de muerte, provienen de elaboraciones matemáticas-, pues el riesgo de que por esta vía se

²⁶⁰ JOSSERAND, L., *Derecho Civil*, Tomo II., Vol. I., Traducción de CUNCHILLOS Y MATEROLA S., Boch, Buenos Aires, 1950.

²⁶¹ VICENTE DOMINGO, E, “El Daño”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, Págs. 229 y ss.

llegue a un *enriquecimiento sin causa* o a la imposición de una sanción de carácter *privado* aumenta de manera considerable.

Por lo general encontramos en los regímenes laborales el establecimiento de montos específicos para la indemnización por pérdida de miembros u órganos, al igual que en algunos regímenes penales, así como en algunas normas especiales, incluso encontramos la fijación de baremos para establecer una cuantía resarcitoria; el problema más profundo se encuentra cuando nos enfrentamos a lesiones de orden psicológico o que constituyen una lesión a bienes como el honor o la reputación, casos en los que resulta a todas luces evidente, la dificultad con que se cuenta para proceder de manera justa y acorde con los principios de la responsabilidad civil.

2.2. Según su causación.

Otra clasificación, apunta a que los daños pueden ser *directos* o *indirectos*, teniendo por *directos* aquellos que son consecuencia inmediata de la conducta observada, es decir son aquellos daños que se producen de manera sucesiva a la conducta o el hecho, en el primer plano de la relación jurídica que se genera entre las partes.

A *contrario sensu* se tienen por *indirectos*, los daños que se producen de manera remota con posterioridad a la ejecución de la conducta o el hecho mismo; si bien se trata de consecuencias de este, carecen del elemento de la inmediatez que ostentan los anteriores, presentándose en un segundo plano. Vale indicar, que sea cual fuere el lugar en el que se presenten los daños, la víctima tendrá la obligación de probar su existencia²⁶².

²⁶²Al respecto pueden verse, JOSSERAND, L., *Derecho Civil, Ob. Cit.*, Págs. 328 y ss.; PLANIOL, M. & RIPERT J., *Ob. Cit.*; más contemporáneo, YZQUIERDO TOLSADA M., *Ob. Cit.*, Págs. 155 y ss.

Con cierto escepticismo vieron PLANIOL & RIPERT éste concepto, quienes solo lo consideran útil, desde una óptica negativa, es decir, para efectos de determinar los casos en los que *no* existiría *responsabilidad*, en virtud de la lejanía que habría entre el hecho generador y el daño.

Tanto una postura como la otra, son sostenidas por sus defensores, con ejemplos que sin lugar a dudas resultan válidos; JOSSERAND, por su parte, se refiere al caso en que el Estado incurre en gastos adicionales al verse obligado a reemplazar a uno de sus dependientes que salió lesionado en un accidente, indicando que éstos gastos en los que se incurra, deben ser sufragados por el causante del daño, así se presenten en un plano remoto.

A su tiempo, PLANIOL & RIPERT, explican la noción, refiriéndose al caso en que un comerciante mediante competencia fraudulenta capta clientes, indicando que en este supuesto no habría lugar al pago de suma alguna a los comerciantes que se hubieran visto perjudicados con tal actuar, en atención a que los efectos que se le puedan endilgar, resultan lejanos respecto del hecho generador del supuesto perjuicio.

Centrándonos en el caso que nos ocupa, resulta evidente que con un *acto terrorista*, se generan daños *directos* e *indirectos*. No obstante lo anterior, no todos los daños que se generen comparten la misma causa y, por ende, resulta necesario precisar el alcance que tiene la acción misma, para poder determinar la posibilidad de indemnizarles. En lo que concierne a los daños *directos*, no caben mayores discusiones, toda vez que siendo una consecuencia inmediata de la acción terrorista, la obligación de resarcimiento surge de la misma manera, sin que exista posibilidad de exoneración, pues es la consecuencia que sucede al acto y de hecho el objetivo del mismo.

Sin embargo, muchas son las consecuencias que se siguen de la comisión de un *atentado terrorista*, y que exceden el ámbito personal – por calificarlo de alguna

manera- toda vez que se trata de acciones dirigidas a la sociedad en general, con el fin de condicionar su conducta, de limitarle, a través del temor, en el desarrollo normal de sus actividades, plano en el que se encuentran los daños *indirectos*.

Con todo, siendo reales, penetrando en el interior de la sociedad de manera clara, no por ello son indemnizables en todos los casos, pues habrá que entrar a determinar hasta qué punto son producto de la acción terrorista y si es posible plantear su indemnización. Para dar más claridad al planteamiento acá propuesto, piénsese en el efecto económico que supone el terrorismo para un Estado –la pérdida de socios comerciales, la reducción del turismo, el aumento en los costos de producción, entre muchos otros-, que sin ser una consecuencia inmediata de las acciones, si son consecuencia de las mismas y cuya valoración real en procura de una indemnización resulta compleja en exceso, sin que por este hecho sea inexistente. Esta noción coincide con lo que se ha denominado *interés difuso*, al que nos hemos referido.

2.3. Según haya posibilidad de indemnizarlos.

Una última clasificación, de orden doctrinal, que se refiere de manera específica al tema que nos ocupa, es aquella que habla de los daños *indemnizables*, dentro de los que se incluyen como categorías específicas las siguientes: Los *gastos suplidos*, constituidos por las erogaciones que se hacen por la víctima o las personas que se encuentran a su cargo, antes o después, de que ésta llegue a una situación no susceptible de mejora y; los *perjuicios no económicos*, que según el planteamiento esbozado, se constituyen de seis elementos a saber: *el incremento del esfuerzo para obtener en el trabajo el mismo rendimiento que se tenía antes del accidente; el perjuicio estético, en donde se incluyen lesiones morales y materiales; el dolor físico que ha de valorarse en función de su intensidad y duración; el sufrimiento psíquico, que se relaciona con alteraciones en el sueño, en los sentimientos de inferioridad, entre otros; el perjuicio sexual, que se refiere a la pérdida o reducción de posibilidades de procreación y; el perjuicio juvenil, que se define como la reducción, a la vez potencial y no específica, de la*

*capacidad de trabajo de un joven*²⁶³.

Pareciera que se trata de una clasificación novedosa, pero lo cierto es que hace una enunciación de los perjuicios que se sufren con un atentado terrorista y que no cuentan con la especialidad que se les pretende dar, toda vez que son situaciones susceptibles de presentarse en cualquier evento; aspectos como las *alteraciones del sueño*, refiriéndonos a una de la hipótesis, pueden darse incluso después de un incendio producto de la acción de la naturaleza.

Conforme a lo anterior, consideramos que adolecen de la especialidad que sugiere el autor, pues siendo desde luego indemnizables, todos ellos se encuentran dentro de la categoría de los daños materiales -los gastos médicos en los que se incurre- o dentro de los daños morales -las deformidades que se generan, la pérdida del apetito sexual y demás, son situaciones que se incluyen dentro de esta categoría, de ordinario-. Así las cosas, no es en definitiva una clasificación novedosa de los daños o una categoría especial de los mismos, sino la enunciación de situaciones particulares que encuadran dentro de las categorías genéricas a que hemos hecho referencia y que, en consecuencia, no merecen un trato diferente.

Dicho lo anterior respecto del daño, nos centramos en la vía a través de la cual se determina la vinculación de los miembros del grupo que causa el daño y, la respectiva trascendencia que de allí se desprenda y, cuya naturaleza nos proponemos analizar en este apartado.

En principio, podemos afirmar que la obligación que se genera entre los miembros del grupo, en los casos de coautoría, es la solidaridad entre los que resulten vinculados con su acción u omisión, en la realización de los hechos. La misma suerte corren los miembros del grupo, si se les vincula a través de la *autoría mediata*.

Las normas que sobre el particular se aplican, parecen no ser suficientes en material civil, en especial cuando de graduar el grado de responsabilidad individual se trata, al no

²⁶³FUSTER- FABRA TORRELLAS, J.M., *La Responsabilidad...*, Ob. Cit., Pág. 75.

ser posible determinar el grado de contribución que ha habido por parte de cada uno de los miembros del grupo o, cuando separando las diferentes acciones u omisiones, cada una de las mismas resulta insuficiente para causar el daño.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en los casos en que la responsabilidad civil proviene de la realización de una conducta delictiva, caso en el cual se ha partido de la idea de la *solidaridad* entre los causantes del daño, por que así lo indica la ley, con los matices que tendremos oportunidad de analizar.

Por otro lado, hay quienes afirman que la naturaleza de la obligación que se genera con el daño causado, no es *solidaria*, sino que se trata de una obligación *in Solidum*, con la que se pretende justificar la condena a cada uno de los involucrados en los hechos por el todo, entre otras para garantizar a la víctima, de algún modo, el pago de la obligación.

En otros eventos, no se establece la responsabilidad en un plano de igualdad, entre varias personas, sino que se impone como alternativa para la obtención del pago respectivo, la *subsidiaridad* entre varias personas –naturales o jurídicas, privadas o públicas-, en virtud de específicas circunstancias, como también tendremos oportunidad de analizar.

Conforme lo anterior, nos referiremos a cada una de las alternativas acá propuestas, en aras de encontrar una respuesta satisfactoria a la cuestión que acá se plantea.

3. Obligación Solidaria.

Las normas que regulan la materia en los casos responsabilidad civil, se limitan al establecimiento con carácter general, de la obligación de reparar el daño que se ha causado, por parte de los miembros de un grupo; así, establece el artículo 1902 del C.c., que:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Esta fórmula general plantea la solución a partir de la imputación individual a cada uno de los agentes, por sus acciones u omisiones, de la parte del daño que por las mismas se generó, es decir, aplica el criterio de la *mancomunidad*²⁶⁴.

Esta idea se fortalece con lo establecido en los artículos 1137 y 1138 del C. c., en donde se establece por regla general la *mancomunidad* en las obligaciones en las que hay pluralidad de deudores, reservando la *solidaridad* para los casos en los que la obligación así lo determine de manera expresa, bien por acuerdo entre las partes, bien por disposición de la ley.

Se dice, con razón, que en aquellos casos en que el daño es imputable en su totalidad a cada uno de los coautores del ilícito, la naturaleza de la obligación que surge es *solidaria*, no en virtud de preceptos diferentes, sino porque el mismo artículo 1902 establece la posibilidad de imputar a cada uno de los causantes, el resultado mismo en su integridad y su correspondiente reparación, de manera expresa²⁶⁵.

Empero, tal naturaleza de la obligación solo sería predicable -agregamos- en aquellos eventos en los que el daño pudo ser causado por la actividad individual de cada uno de los partícipes y sin que haya posibilidad de establecer diferencia alguna entre los mismos; la actividad de uno tiene la virtualidad de causar la totalidad del daño de manera independiente. En ausencia de tales circunstancias, la obligación será *mancomunada*, respondiendo cada uno por la cuota de daño -por calificarlo de alguna manera- que le corresponde.

Sin embargo, las disposiciones hasta acá referidas, solo hacen alusión a los casos en los que se han presentado acciones culposas o negligentes y nada se dice respecto de

264 CAFFARENA LAPORTA, J., “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, *Las Obligaciones Solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, JORGE CAFFARENA LAPORTA – JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Págs. 32 y ss.

265 SANCHO REBULLIDA, F., “La Mancomunidad como Regla General en las Obligaciones Civiles con Pluralidad de Sujetos”, *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Tomo III, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, Págs. 576 y ss.; SOTO NIETO, F., *La Responsabilidad Civil derivada del Ilícito Culposo -vinculaciones solidarias-*, Montecorvo, Madrid, 1982, Pág. 86.

las acciones dolosas, cuya regulación se ha dado en sede del código penal, en donde se ha establecido la *solidaridad* entre los causantes del daño, cuando este provenga de un delito o falta, conforme el artículo 116, que al tenor indica:

“1. Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta, lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces y Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

2. Los autores o los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí, por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

...”

Esta norma se complementa, con la concepción que se adopta por la legislación penal, respecto de los *autores*, conforme lo establecido en el artículo 28, que a su tiempo indica:

“Son autores los que realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento...”

Como se puede apreciar, se incluyen los casos de *coautoría*, así como los de la *autoría mediata* y la *solidaridad* entre los agentes, así como la subsidiaridad entre los mismos, eso si, atendiendo en cada caso a su respectiva categoría.

No resulta muy claro el hecho de establecer cuotas entre los causantes del daño, pues esto no es propio del ejercicio del derecho por parte de la víctima, sino del *derecho de repetición*, que se genera a favor del que haya cancelado la totalidad de la obligación, aspecto que es acorde al elemento esencial de la solidaridad frente a la víctima y, que no es otro que la posibilidad de obtener el pago total de manos de uno solo de los causantes del daño, el que a su vez se subroga en las acciones

correspondientes, a fin de obtener de manos de los demás obligados, el pago de sus respectivas cuotas.

Por tanto, la redacción de la norma no parece afortunada de cara al régimen civil, en donde se deduce del artículo 1.137 que la solidaridad se predica de las obligaciones en las que cada uno de los deudores tiene por sí solo el deber de cumplir de manera íntegra el contenido de la obligación²⁶⁶.

Es posible que se hubiera pretendido salvaguardar los derechos de la víctima y garantizar de alguna manera el pago de la obligación por el daño irrogado, pero tal objetivo se hubiera cumplido a cabalidad y de manera más clara, si se hubiera dejado dicho sin más que habría responsabilidad civil solidaria entre los responsables en materia penal, conforme lo planteaba en su momento el artículo 126 del proyecto de código penal de 1992²⁶⁷; de hecho, se dice por algún sector de la doctrina, que la razón de ser de las normas que establecen la *solidaridad* en el pago de las obligaciones que surgen por el daño que se causa a través de una conducta punible, se expresa en el hecho de que sus autores sean tratados con más rigor, en procura de los derechos de la víctima, quien contará con una garantía adicional en lo que se refiere a la posibilidad de satisfacer su derecho²⁶⁸.

Pero si esto fuera así, quizá hubiera sido mejor la constitución de un fondo de garantía para las personas que han sufrido un daño con ocasión de delitos dolosos, tal y

266 DIEZ – PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II –las relaciones obligatorias-*, Civitas, Madrid, 2008, Págs. 234 y ss.

267 MONTÉS PENADÉS, V. L., *Comentarios al Código Penal de 1995 I.*, TOMÁS S. VIVES ANTÓN (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Págs. 618 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA M., *Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal –Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos-*, Dykinson, Madrid, 1997, Págs. 179 y ss.; GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Solidaridad y Prevención –una reflexión sobre los efectos de la solidaridad entre los responsables de un daño”, *Indret*, 2006, Págs. 6 y ss.

268 ALBADALEJO, M., “Sobre la Solidaridad... *Ob. Cit.*”, Págs. 362 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., *Mancomunidad o Solidaridad*, Bosch, Barcelona, 1985, Págs. 116 y ss. Apoya esta postura, la de mancomunidad de los miembros del grupo, YZQUIERDO TOLSADA M., *Sistema de Responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, Págs. 401 y ss.

como ocurre con el caso particular de las víctimas del terrorismo²⁶⁹, pues pensarlo de otra manera, implicaría la interpretación de la responsabilidad civil, como una institución sancionatoria y no como el instrumento resarcitorio que es y, por demás, con base en un solo argumento, como es haber sido víctima de un acto ilícito.

Estos preceptos legales, no han estado exentos de cuestionamientos por parte de la doctrina, partiendo de la denominación que a esta figura se le ha venido dando (como si de una categoría especial de responsabilidad civil se tratara) y, que van hasta controvertir la justificación para que la regulación sobre la materia se encuentre en el ordenamiento penal.

En donde más se han centrado las críticas, es en la inexistencia de una justificación jurídica para que una figura de índole civil se encuentre regulada en el código penal – atribuible a razones temporales que se tornaron definitivas- y, en la pretendida naturaleza especial de la que se ha denominado responsabilidad civil derivada del delito²⁷⁰.

Debería ser claro, como afirma el Profesor PANTALEÓN, que el daño es el único fundamento de la responsabilidad civil, atribuible al sujeto civilmente responsable mediante uno de los criterios de imputación a los que aludimos, con absoluta independencia de que además del supuesto de hecho de una norma de responsabilidad civil, la conducta dañosa cuente con los elementos del tipo penal²⁷¹. La obligación de

269 PANTALEÓN PRIETO, F., “Perseverare Diabolicum (¿otra vez la responsabilidad civil en el código penal?), *Jueces para la Democracia*, No. 19, 1993, Pág. 7; GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y Derecho de Daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Civitas, Navarra, 2007, Pág. 124, cita No. 28.

270 Sirva como ilustración lo manifestado por DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, *Ob. Cit.*, Pág. 269 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad...*, *Ob. Cit.* Pág. 445 y ss., el mismo en: “La Responsabilidad Civil en el Proceso...”, *Ob. Cit.*, Págs. 1.070 y ss.; ROCA, E. *Derecho de Daños...Ob. Cit.*, Págs. 43 y ss. En contra de la postura esbozada por éstos autores, DE LLERA SUÁREZ – BÁRCENA, E., “La Responsabilidad Civil y el Proceso Penal: los contenidos posibles de la acción de Responsabilidad Civil “Ex Delito”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, Págs. 75 y ss.; JUAN SÁNCHEZ, R., *La Responsabilidad Civil en el Proceso Penal (actualizado a la Ley de Juicios Rápidos)*, La Ley, Madrid, 2004, Págs. 27 y ss.; ROIG TORRES, M., *La Reparación del Daño...Ob. Cit.*, Págs. 349 y ss.

271 PANTALEÓN PRIETO, F., “Perseverare Diabolicum...”, *Ob. Cit.*, Pág. 6.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “¿ex Delito? Aspectos de la llamada Responsabilidad Civil en el Proceso Penal”, *Indret*, 03/2001; en contra MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN M., *Derecho Penal... Ob. Cit.*, Págs. 595 y ss.; SEIJAS QUINTANA, J. A.,

reparar un daño, no surge como pena accesoria a la comisión de un delito; surge de manera independiente y su fuente es la causación del mismo; prueba de ello es la subsistencia de la misma aún cuando no estemos frente a una conducta punible.

Tales discusiones han sido, a su vez, el punto de partida de otras tantas, en lo que se refiere al establecimiento de la *solidaridad* en los casos en los que el daño se genera por culpa o la negligencia de un grupo de personas, habida cuenta de no ser claras las disposiciones legales a este respecto. Para algún sector de la doctrina se trata de un vacío legal que se suple por analogía, mediante la aplicación de las normas a las que hemos hecho referencia, de aplicación en conductas dolosas²⁷²; mientras que, para otro, las disposiciones legales establecen la mancomunidad como regla general²⁷³.

Pero esta discusión se suple por la naturaleza misma de la acción, que en cualquier caso y cualquiera sea el grado de participación, no deja de ser dolosa, lo que de inmediato nos conduce al establecimiento de la *solidaridad* en el pago de las obligaciones, por mandato de la ley. Sin embargo, hay un evento en el que si merece la pena detenerse, como es la posibilidad de que haya menores de edad involucrados en la ocurrencia de los hechos, por formar parte de la organización terrorista.

3.1. En la Coautoría.

En este particular evento, como lo indicamos en su momento, se requerirá del acuerdo previo y de la participación en los actos ejecutivos, para que podamos referirnos a su ocurrencia, lo que no supone mayores complicaciones o tratos especiales, respecto del mismo fenómeno en delitos cometidos por adultos²⁷⁴.

“Responsabilidad Civil. Principios y fundamentos, *Responsabilidad Civil –aspectos fundamentales-*, V.V.A.A, JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA (coordinador), Sepin, Madrid, 2007, Págs. 49 y ss.

272 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Nota sobre el daño extracontractual...” *Ob. Cit.*, Pág. 281 y ss., DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, *Ob. Cit.* Pág. 163 y ss. y, GÓMEZ CALLE, “Los Sujetos de la Responsabilidad Civil, *Ob. Cit.*, Págs. 966 y ss.

273 ALBADALEJO, M., “Sobre la Solidaridad...” *Ob. Cit.*, Págs. 363 y ss.; CAFFARENA LAPORTA, J., “La extensión de la Solidaridad...”, *Ob. Cit.*, Pág. 35; YZQUIERDO TOLSADA M, *Sistema de Responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, Págs. 402 y ss.

274 Sentencia del Tribunal Supremo, de 03 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, No. 115/2003 (RJ 2003\839).

La posible dificultad que en este evento concreto se puede presentar, está referida a la *coautoría* entre menores y adultos, pues en este caso se requerirá que tanto el dominio ejecutivo, como el funcional de parte del menor, se de en igualdad de condiciones frente a los adultos, sin que se presenten elementos que condicionen el actuar del menor o que le impulsen a la comisión del hecho, pues en caso contrario nos encontraríamos frente a otra de las modalidades de participación o incluso ante una causal de exclusión de responsabilidad²⁷⁵.

La declaratoria de la *coautoría* implica la *solidaridad* entre los respectivos coautores, en materia de responsabilidad civil, que en este evento, estando de por medio los menores de edad, habrá solidaridad del mismo con sus padres, tutores, guardadores o acogedores, lo que implica que los padres del menor –o quien tuviera que responder por él- asuman el pago de la indemnización a que haya lugar, ante la insolvencia de su hijo e incluso ante la insolvencia de los adultos que con él hubieran participado en la comisión del delito.

3.2. En la Autoría mediata.

Como tuvimos oportunidad de exponer, existen y se aceptan por la doctrina, diferentes formas de *autoría mediata*, siendo aquella que se presenta dentro de las organizaciones de poder la que más nos interesa, habida cuenta de contar con elementos determinantes en materia de imputación, aplicables en los casos de organizaciones terroristas.

Dentro de tales organizaciones, nada obsta para que haya grupos de menores que se encarguen de realizar determinadas acciones, aprovechando su condición de inimputables penales; de hecho, cada vez es más frecuente su participación, en especial respecto de la comisión de delitos relacionados con el tráfico de drogas.

275 TASENDE CALVO, J. J., “Autoría y Participación en los delitos cometidos por menores de edad”, *Justicia con Menores. Menores Infractores y Menores Víctimas*. V.V.A.A., MARÍA TERESA MARTÍN LÓPEZ (coordinadora), Universidad de Castilla – La Mancha, Murcia, 2000, Págs. 175 – 176.

En nuestra opinión la *autoría mediata* se presenta de dos formas, siendo una la de más frecuente ocurrencia y que sitúa al menor como el instrumento a través del que se comete el delito y otra, de menor ocurrencia, en donde el menor se convierte en el *hombre de atrás* y que por ende, ostenta el dominio del hecho por si mismo.

En el primero de los eventos, no es suficiente que el menor forme parte de la organización y que reciba órdenes de un adulto, para que podamos hablar de *autoría mediata*, pues en múltiples ocasiones el menor actúa con total libertad e independencia, siendo consciente de las acciones que está llevando a cabo y los objetivos de la misma, abandonando así su condición de instrumento, para convertirse verdadero autor de los hechos, con las consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad civil, que tuvimos oportunidad de analizar²⁷⁶.

El solo hecho de cometer delitos con inimputables no es el que determina la *autoría mediata*; cierto es que resulta más fácil engañar a un menor de edad o a una persona que sufra algún tipo de deficiencia, pero en este caso, se configuraría esta clase de autoría por el engaño, no por la condición del menor²⁷⁷.

Lo que de esto se desprende, es la responsabilidad civil en los mismos términos que la *coautoría*, esto es, siendo solidarios en la reparación de los daños causados, al margen de las implicaciones penales que tenga cada uno de los intervinientes en la cadena de mando, que termina en el ejecutor final, a su vez, menor de edad y en algunos casos –quizá- inimputable penal, pero responsable civil, habida cuenta de la independencia entre las dos figuras jurídicas.

En el segundo evento –cuando el menor es el *hombre de atrás*-, poco frecuente, pero posible, la solución sería de la misma a la que se llega cuando se trata de una organización delincencial de adultos. Piénsese en uno de los comando de *Kalle*

276 TASENDE CALVO, J. J., “Autoría y Participación...”, *Ob. Cit.*, Pág. 177.

277 BOLEA BARDÓN, C., *Autoría Mediata...*, *Ob. Cit.*, Págs. 330 y ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V. Y COLÁS TURÉGANO, A., *La Responsabilidad Penal del Menor de Edad*, Tecnos Madrid, 2002., Pág. 77.

Borroka, que cuenta con todos los elementos propios de organizaciones delincuenciales y que dentro de sus filas se han identificado menores de edad.

La única diferenciación que cabría en estos casos, es que siendo menores de edad, como ya vimos, serán solidarios en la asunción de las obligaciones por su parte, con sus padres, tutores, guardadores o acogedores y, si son mayores pero que dependen de sus padres –los *no emancipados*-, serán estos responsables subsidiarios, de aquellos.

3.3. Respeto de los menores que tomen parte en acciones terroristas.

Con posterioridad a la expedición de la Ley Orgánica 05/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, se propuso una modificación a la misma, con miras a endurecer lo allí establecido, en materia de la responsabilidad frente a las acciones terroristas en las que pudieran participar menores de edad, aduciendo la creciente participación de los mismos en acciones de tal naturaleza.

La primera propuesta que se presentó, no tuvo acogida por contener algunos elementos que se juzgaban inconstitucionales, lo que obligó a la presentación de un nuevo proyecto que al final se convirtió en la Ley Orgánica 7/ 2000, que modificaba el régimen penal aplicable a los mejores de edad, en los aspectos relacionados con los delitos de terrorismo y, en donde se dejó dicho desde la misma exposición de motivos, que no se pretendía la creación de un régimen paralelo al ya existente, sino la consolidación del régimen anterior, reforzándolo en los casos de terrorismo²⁷⁸.

La discusión en este caso es más de orden penal, toda vez que con la modificación a que hacemos referencia, se endurecieron las penas para los menores infractores, se restringió la aplicación de la ley para mayores de 18 años, se tipificaron nuevas conductas como delictivas, todas ellas en relación con el terrorismo, entre otros aspectos.

278 Motivo V, Ley Orgánica 7/2000.

En lo que a la responsabilidad civil se refiere, no se hicieron variaciones -como resulta apenas lógico si tenemos en cuenta los objetivos que se fijaron para esta reforma- con lo cual se mantuvo en los mismos términos que se viene aplicando, esto es plena sobre el menor de edad, en solidaridad con sus padres, tutores, guardadores o acogedores, bajo los principios de un régimen objetivo²⁷⁹.

En este particular evento, se deben tener presente diferentes situaciones, tanto jurídicas, como fácticas, al momento de analizar la situación que se genera frente a la actuación de menores en la comisión del delito.

3.3.1. Menores de 14 años.

Empecemos por hacer referencia al límite en cuanto a la edad que establece la ley, para efectos de determinar la inimputabilidad por acciones punibles, refiriéndonos a lo que sobre el particular establece la Ley Orgánica 05/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, en la que se dejó establecido que los menores de 14 años no responden en materia penal, bajo el argumento de que las infracciones que estos pueden llegar a cometer son en general irrelevantes y en los casos en que no lo fueran, serían susceptibles de tratar dentro del ámbito familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado²⁸⁰.

Conforme lo anterior, ante la ley penal el menor de 14 años es inimputable y, en cualquier caso, cuando su conducta genere algún tipo de daño, habrá de recurrirse a las disposiciones generales que sobre el particular se encuentran en

279 Respecto las modificaciones que se hicieron a la norma, pueden consultarse, LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho Penal...*, Ob. Cit., 177 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La Responsabilidad Civil del Menor*, Dykinson, Madrid, 2001, Págs. 395 y ss.; VAELLO ESQUERDO, E., “Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley*, No. 5330, 14 de Junio de 2001, Págs. 3 y ss.

280 Conforme el Apartado I, Numeral 4 de la Exposición de Motivos de la ley.

el código civil (Art. 1903), que hacen responsables a sus padres y tutores²⁸¹, en los siguientes términos:

“La obligación que impone el artículo anterior (la de reparar los daños causados) es exigible no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores e incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

...

La responsabilidad de que trata el artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Pese a que en muchas ocasiones los grupos terroristas reclutan menores de edad –por debajo de los 14 años- claro es, que a la luz de las disposiciones legales aplicables, no hay lugar a imputarles la comisión de un delito, lo que no obsta para que sean responsables civiles por los daños que con su proceder hayan causado, siendo obligados a responder sus padres o tutores, en los términos expuestos.

281 MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN M., *Derecho Penal... Ob. Cit.*, Págs. 588 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, Págs. 379 y ss.; LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los Menores en el Derecho Español*, V.V.A.A., Tecnos, Madrid, 2002, Págs. 87 y ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V. Y COLÁS TURÉGANO, A., *La Responsabilidad Penal...*, Pág. 30; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., “El Menor, sus juguetes y la Responsabilidad Civil”, *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, V.V.A.A., JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ (coordinador), Dykinson, 2000, Págs. 665 y ss.

En cualquier caso y como se colige del último apartado transcrito, la prueba por parte del padre o tutor de haber cumplido con las obligaciones que le corresponden, como un *buen padre de familia*, conduciría al fracaso de la acción, lo que constituye un régimen de responsabilidad *subjetiva*, que permitirá a los padres o tutores exonerarse del cumplimiento de la obligación, demostrando la ausencia de culpa o negligencia en su conducta²⁸².

3.3.2. Menores de 18 años

Pasando este límite legal, el menor pasa a ser responsable tanto en lo penal, como en lo civil, en los términos del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 05/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, en los siguientes términos:

“ ...

Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

... ”.

En este evento, los padres, tutores, acogedores o guardadores legales, son responsables solidarios, de las obligaciones que en materia civil se generen; sin embargo, a diferencia del supuesto anterior, la naturaleza de la responsabilidad en este evento es *objetiva*²⁸³, lo que implica que aún demostrando diligencia en

282 BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, V.V.A.A., Aranzadi, Navarra, 2001, Págs. 2124 y ss.

283 LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.* Págs. 408 y ss.; GÓMEZ CALLE, E., “Responsabilidad de Padres y Centros Docentes”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., FERNANDO REGLERO CAMPOS

el cuidado y vigilancia del menor, habrá lugar al establecimiento de la responsabilidad en los términos indicados, quedando solo la posibilidad de que sea el juez quien a su arbitrio, pueda *atenuar* la condena cuando la conducta del menor no ha sido favorecida por dolo o negligencia grave, de parte de los padres, tutores, acogedores o guardadores.

La responsabilidad planteada en estos términos, sin obviar las calificadas críticas que se hacen a la misma por ir en contravía con la ley civil, es consecuente con uno de los fundamentos en que se dice, estriba el establecimiento de la *solidaridad* en materia de responsabilidad penal, al que nos referimos en líneas anteriores. Y es que como vimos en su momento, uno de los objetivos que se le atribuyen, es el intento por la salvaguardia de los derechos de las víctimas y la posibilidad de que su perjuicio sea reparado, a través de un trato más drástico al infractor penal, que en el caso concreto se extiende a quienes tienen la responsabilidad de su cuidado y vigilancia.

No nos contradecemos en este apartado, puesto que aún cuando este fuera el principio seguido por el legislador, seguimos creyendo que no es esta la vía más idónea, para el establecimiento de mecanismos de seguridad social, aún cuando reconocemos que tampoco parece ajustado a los principios de un Estado de Derecho, el que los daños queden al descubierto por el simple hecho de que el menor sea insolvente y sus padres hayan demostrado ser acuciosos en el cumplimiento de sus obligaciones, cuando lo cierto es que algún descuido

(coordinador), Aranzadi, Navarra, 2006, Págs. 1265 y ss.; VENTURA FACI, R., *Ley Orgánica 05/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores –comentarios y jurisprudencia-*, V.V.A.A., Colex, Madrid, 2007, Págs. 317 y ss.; GIMÉNEZ SALINAS, E., *Justicia de Menores: una Justicia Mayor*, Lerko Print S.A., Madrid, 2001, Págs. 327 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Págs. 372 y ss.; ATIENZA NAVARRO, M. L., *La Responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2000, Págs. 151 y ss.; SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil causada por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, Págs. 105 y ss.; ALBERT PÉREZ, S., *Sistema de Responsabilidad Civil Derivada de Delito cometido por Menores de Edad –Exigencia de responsabilidad civil en la jurisdicción de menores. Jurisdicción Civil y jurisdicción contenciosa-*, Comares, Granada, 2007, Págs. 51 y ss.; DURANY PICH, S., “Las reglas de la responsabilidad civil en el nuevo derecho de menores”, *Indret*, 2000, Pág. 10; el mismo en “Responsabilidad Civil y Derecho Penal de Menores”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor LUIS DIEZ-PICAZO*, Tomo II, Derecho Civil –Derecho de Obligaciones-, V.V.A.A., Civitas, Madrid, 2003, Págs. 1761 y ss.

debieron tener, para que su vástago se vea involucrado en acciones delictivas dolosas, al nivel de mentes criminales adultas, cuando incineran personas en el interior de un cajero o forman parte de la *Kalle Borroka* y causan destrozos en la ciudad, quizá sin su anuencia, pero sin lugar a dudas, en su descuido y como consecuencia de la educación que les han impartido.

Pero este argumento, por sí mismo, no cuenta con suficiente entidad como para que las disposiciones legales sean más “drásticas” con los progenitores, pues no hay razón para que se proteja más a las víctimas del menor insolvente, que a las víctimas del adulto en la misma situación, cuando por demás han cumplido con las obligaciones que como padres les corresponden²⁸⁴.

Dicho lo anterior, surge la duda respecto de quien es el llamado a responder en solidaridad con el menor, teniendo en cuenta la amplia enunciación que se hace y, al respecto podríamos interpretar lo siguiente, siguiendo la respuesta que para esta situación plantea DÁVILA GONZÁLEZ²⁸⁵:

- Los referidos por la ley son solidarios con el menor, de manera descendente, de modo tal que el anterior de la lista, excluye al siguiente; así de ser responsable el padre, excluye al tutor y los órdenes sucesivos²⁸⁶.
- La solidaridad será con aquel de la lista con el que, de acuerdo con las circunstancias fácticas, el menor resulte solidario. Si el menor se encontraba bajo la dirección y autoridad del acogedor, desplazará a los demás.

284 PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de Septiembre de 1984, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 6 septiembre/diciembre 1984, Págs. 1990.

285 DÁVILA GONZÁLEZ, J., “La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores”, *Estudios de Derecho de Obligaciones –homenaje al Profesor MARIANO ALONSO PÉREZ, V.V.A.A., EUGENIO LLAMAS POMBO (coordinador), Tomo I, La Ley, Madrid, 2006, Págs. 398 y ss.*

286 LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.* Págs. 412.

- Todos son responsables solidarios con el menor, pero habrá de intentarse la reclamación contra el mismo y el padre. De no ser satisfacer la totalidad de la obligación, los demás responderán por el monto insoluto.
- Hay responsabilidad de todos los enunciados y el acreedor puede reclamar de cualquiera el pago total de la obligación, pero a efectos de la distribución de las cargas, el posterior puede repetir contra el anterior, operando de manera similar a como opera la *acción cambiaria* en el caso de los títulos valores.

Es claro que en los eventos en que sea la Administración Pública la que ejerza la tutela o la guarda del menor, será responsable *solidario* frente a las obligaciones que se generen por las acciones del mismo, en los términos analizados. Es bien sabido que en algunos casos, el que sea el Estado el que tenga la guarda del menor, no implica la suspensión de la Patria Potestad de los padres, caso en el cual será responsable junto a estos; sin embargo, en los eventos en los que si se prive de la patria potestad a los padres y sea el Estado el que la ejerza, será en este caso quien responda junto con el menor, excluyendo a sus padres²⁸⁷.

Lo anterior, al margen de la responsabilidad que pueda recaer sobre la Administración Pública con ocasión del normal o anormal funcionamiento del servicio público, que como vimos en su momento, comporta una naturaleza diferente y por ende, su fundamento es otro.

Frente a este panorama, se dice que la víctima puede dirigir su demanda en contra del menor y todos o algunos de los que conforma la ley, pueden ser condenados a la reparación de manera solidaria. Lo anterior, sin perjuicio de que una vez condenados, la ejecución de la condena se haga siguiendo el orden

287 ALBERT PÉREZ, S., *Sistema de Responsabilidad Civil, Ob. Cit.*, Pág. 61 y ss.

que establece la ley y solo responderán, en la medida que quienes estén en un plano anterior, no sean solventes, es decir, aplicando el beneficio de excusión²⁸⁸.

Sin embargo, este último planteamiento no es aceptable, por cuanto el beneficio de la excusión se predica de las obligaciones subsidiarias, más no de las solidarias, en las que no es oponible frente al acreedor, la solvencia de otro de los obligados, ante la exigencia del pago por su parte; asimismo su pago implica el surgimiento de las acciones correspondientes, para exigir de los demás obligados la cuota parte que les corresponde, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la subsidiaridad.

3.3.3. Mayores de 18 años que viven con sus padres.

La aludida y pretendida unidad de criterio, respecto de la mayor protección a la víctima queda desestimada, cuando se trata de acciones delictivas realizadas por un mayor de 18 años, sometido a la patria potestad o tutela y que viva en compañía de sus padres o tutores, a voces del artículo 120.1 del Código Penal, pues en estos casos, la responsabilidad directa es del mayor de edad y ante su insolvencia, serán responsables *subsidiarios* sus padres o tutores, siempre que por su parte haya habido *culpa o negligencia* -retornando al criterio subjetivo anulado en el caso de los menores, sin que haya una aparente coherencia en tal viraje- siendo a cargo de la víctima, la prueba de tal circunstancia²⁸⁹.

Acá hay una diferencia manifiesta con el régimen que venimos analizando, en beneficio de los progenitores, no solo por el hecho del retorno al régimen subjetivo, que además implica inversión de la carga de la prueba, sino por el

288 GARCÍA - RIPOLL MONTIJANO, M., “La concepción tribal de la Responsabilidad Civil en la Ley Penal del Menor”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor LUIS DIEZ-PICAZO*, Tomo II, Derecho Civil –Derecho de Obligaciones-, V.V.A.A., Civitas, Madrid, 2003, Págs. 1933 y ss.; HERAS HERNÁNDEZ, M., *El acogimiento convencional de menores: aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales*, Montecorvo, Madrid, 2002, Págs. 254 y ss.

289 YZQUIERDO TOLSADA, M., “La Responsabilidad Civil...”, *Ob. Cit.*, Págs. 553; GÓMEZ CALLE, E., “*Responsabilidad de Padres... Ob. Cit.*”, Pág. 1279.

hecho de establecer una responsabilidad *subsidiaria*, frente a las consecuencias de los daños causados por sus hijos.

Hay un elemento adicional, que pone de manifiesto YZQUIERDO TOLSADA y que –como lo indica el autor- no deja de ser confuso, como es el mantenimiento de la *patria potestad* o *tutela* con posterioridad a la mayoría de edad, habida cuenta de ser este un fenómeno jurídico que se presenta en casos específicos, provenientes todos ellos de deficiencias físicas o psíquicas, que obligan a la imposición de un control sobre los mismos²⁹⁰. Lo anterior conduce a pensar, que el precepto hace referencia a los casos en que los hijos cumplida la mayoría de edad, continúan bajo el amparo y dirección de los padres²⁹¹, siendo lo cierto que la norma no hace tal distinción.

3.3.4. Inimputables por razones físicas o psíquicas.

Baste una breve referencia a este supuesto, que aunque de ocurrencia en el ámbito de los grupos terroristas, sus casos corresponden a una verdadera excepción. En uno de los tantos secuestros realizados en Colombia, hubo uno de especial trascendencia por haber sido realizado en una iglesia en las afueras de la ciudad de Santiago de Cali, un domingo, mientras se llevaba a cabo la celebración litúrgica. En este caso la autoría le correspondió al grupo terrorista ELN y gracias a la pronta respuesta del Ejército Nacional, la mayoría de los secuestrados fueron rescatados pese a que algunos murieron en medio de la persecución a la que se les sometió, en la selva, por cerca de dos semanas.

Uno de lo secuestrados murió a manos de su carcelero, como consecuencia de una golpiza que le propinara, luego de habersele confiado su custodia, según relataron las demás personas que fueron liberadas. Este hecho, que para estos grupos no es más que uno de los tantos efectos de la guerra, contó con un

290 YZQUIERDO TOLSADA, M., “La Responsabilidad Civil...”, *Ob. Cit.*, Págs. 554.

291 MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN M., *Derecho Penal... Ob. Cit.*, Págs.602 y ss.

elemento adicional, como fue que quien le asesinó, era un hombre joven con *síndrome de Down*.

Acá como podemos apreciar no se trata de la utilización de un inimputable para la comisión del delito, sino que se trata de la comisión por su parte por propia voluntad, aún cuando se trata de una persona que en teoría no es capaz de dimensionar los efectos de sus acciones y por ende no puede ser objeto de imputabilidad penal y solo lo sería de responsabilidad civil y en este caso, solidaria con quien ejerce su guarda, así sea ésta de hecho.

No obstante, habría que hacer las valoraciones del caso, de acuerdo con las particulares circunstancias del inimputable, pues si de la valoración de su madurez psicológica se colige que es superior a la de un menor de 14 años, nada obsta para que se le aplique el régimen especial de responsabilidad penal, para menores de edad.

4. Responsabilidad Subsidiaria.

La posibilidad de establecer la responsabilidad en términos de subsidiaridad, solo está presente en el código penal (art.120 C.P.), de conformidad con los principios en los que descansa este sistema jurídico, en donde prevalece la responsabilidad del agente, sobre las consecuencias que la misma pueda tener en materia civil, frente a la reparación del daño.

En este caso, la razón de ser de la condena, estriba en la posibilidad de hacer responsable a una persona que no ha tenido participación alguna en la comisión del delito, de todo o parte de las consecuencias económicas del mismo, ante la insolvencia del obligado principal, sin necesidad de probar otra cosa, más que el vínculo que les une y sin que por tal motivo, se altere de manera alguna la responsabilidad individual – penal- del agente; en otras palabras, se trata de una garantía adicional para la víctima

que va a contar con una alternativa adicional en el resarcimiento del daño que se le ha causado.

Quien haya sido declarado responsable subsidiario, cuenta con el beneficio de excusión, razón por la cual solo se procederá en contra de su patrimonio, hasta tanto no se haya demostrado la insolvencia del obligado principal. Pero, verificado lo anterior, pasa a hacer frente a las obligaciones como si fuera el responsable principal y por ende, no hay lugar al ejercicio de acción alguna que pretenda el reintegro de lo que ha tenido que desembolsar²⁹².

Se trata de la misma figura establecida para los casos en que hay de responsabilidad por hechos de otro del artículo 1903 del C.C., siendo elemento común entre los dos ordenamientos, la referencia a una relación entre el agente y quien puede ser responsable subsidiario, bien de dependencia o como facilitador, pero que en definitiva, se encuentre en ejercicio de una posición que le permita ejercer alguna forma, control sobre quien ha realizado el hecho causante del daño²⁹³.

El fundamento de esta figura, no es otro que la concepción clásica de las culpas *in eligendo* e *in vigilando*, que han evolucionado hacia su objetivación, a través de la teoría del *riesgo* y el *beneficio*. Asimismo se aduce la aplicación de esta figura en beneficio de las víctimas, mediante la transformación del principio: “*no hay responsabilidad sin culpa*”, en el de: “*no haber un daño como consecuencia de un riesgo previsto, sin su justa indemnización*”, lo que a juicio del Tribunal Supremo, es más acorde con un Estado Social de Derecho como el que se establece en la Constitución²⁹⁴.

292 GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y Derecho...*, *Ob. Cit.*, Págs. 296 y ss.

293 LLOVERAS FERRER, M – R., “Responsabilidad Civil Subsidiaria del propietario de un arma en el marco del artículo 120.3 y 5 CP”, *Indret*, 2004, Págs. 4 y ss.; GONZÁLEZ ORVIZ, M. E., *Responsabilidad Civil derivada del delito*, Bosch, Barcelona, 2008, Págs. 24 y ss.

294 Sentencia del Tribunal Supremo, de febrero 9 de 2007, Sala de lo Penal, Sección 1ª, No. 85/2007 (RJ 2007\800).

Para que haya posibilidad de declarar la responsabilidad subsidiaria, conforme se desprende de las disposiciones legales que la contienen y las manifestaciones al respecto por parte de la doctrina, podemos destacar los siguientes requisitos²⁹⁵:

- Que se trate de uno de los delitos o faltas, en los que se genera responsabilidad civil; lo que resulta apenas obvio si partimos del hecho de ser este un mecanismo referido en exclusiva a la reparación del daño.
- Que el autor, coautor o autor mediato, del delito, sean insolventes. Lo anterior por cuanto la responsabilidad civil subsidiaria es de segundo grado, lo que implica que solo tenga lugar si el obligado principal no puede hacer frente a la indemnización.
- La existencia de un vínculo entre el agente y el responsable subsidiario, como lo pusimos de manifiesto con anterioridad.
- Que el responsable subsidiario haya sido llevado al proceso penal y se le hayan dado las garantías procesales dentro del mismo, para efectos de presentar las alegaciones a que hubiere lugar.

Por otra parte, dado que se trata de un mecanismo excepcional y apenas referido por la ley, solo podrán ser responsables subsidiarios bajo los planteamientos hasta acá vistos y lo dispuesto por la ley (art. 120 CP), los padres o tutores – como ya tuvimos oportunidad de referir-; las personas naturales o jurídicas titulares de los medios de difusión; las personas naturales o jurídicas titulares de establecimientos; las personas naturales o jurídicas que sean titulares de industria o comercio y; las personas naturales y jurídicas que sean titulares de vehículos.

295 GRANADOS PÉREZ, C., “Daño civil derivado del delito”, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, V.V.A.A., JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, Págs. 351 y ss.; GONZÁLEZ ORVIZ, M. E., *Responsabilidad Civil...*, *Ob. Cit.*, Pág. 25.

Este supuesto de responsabilidad es también de naturaleza objetiva, salvo por los eventos en que se trata de mayores de edad no emancipados, en los que se acude factores subjetivos –*culpa o negligencia*–, para efectos de exclusión de la misma, como lo dejamos dicho en líneas anteriores. Tal objetivación, ha dado lugar a revivir la pretendida protección adicional a la víctima por parte del sistema jurídica, a través de la imposición de la obligación de reparar el daño causado, a terceros que no han tenido relación con los hechos más allá de estar relacionados con el agente²⁹⁶.

4.1. La Administración pública como responsable subsidiario.

Hay un evento adicional, en el que las disposiciones legales imponen la subsidiaridad a efectos de responsabilidad civil (art. 121 CP) y es aquel en que el delito ha sido causado por alguno de los funcionarios de la Administración Pública.

En estos casos se concede al Tribunal Penal, la competencia necesaria para zanjar los extremos que se suceden con ocasión de la comisión de un delito por parte de uno de los miembros de la Administración Pública, lo que le permite manifestarse, no solo respecto de la responsabilidad subjetiva del agente sino, respecto de la responsabilidad objetiva del ente al que pertenece, siempre que se presenten determinadas circunstancias -todas ellas relativas al vínculo de dependencia-, como la causación del daño en desarrollo de actividades propias del cargo o en cumplimiento de las funciones encomendadas y, dentro del marco de la prestación de un servicio público²⁹⁷.

Lo anterior, conforme lo establece la ley, sin perjuicio de las acciones a que haya lugar, de acuerdo con el Régimen de Responsabilidad patrimonial de las

296 GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Solidaridad y Prevención...”, *Ob. Cit.*, Pág. 299.

297 SOTO NIETO, F., “La Responsabilidad Civil Subsidiaria...”, *Ob. Cit.*, Pág. 1.660.; en contra del sistema establecido, PANTALEÓN PRIETO, F., “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre a jurisdicción competente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 91, Julio/Septiembre 1996, Págs. 404 y ss.

Administraciones Públicas a que hicimos referencia en el acápite precedente, pero evitando siempre que se presente una doble indemnización²⁹⁸.

Cabe anotar que como regla general, en virtud de lo establecido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 111, las acciones civiles a que haya lugar con ocasión de la comisión de un delito, se podrán ejercer dentro del mismo proceso penal o de forma separada, al arbitrio de la víctima. Sin embargo, si esta última se decantara por el ejercicio de la acción de manera separada, solo habrá lugar a la resolverse esta cuestión jurídica, cuando haya de por medio una sentencia firme en materia penal.

Empero, en el caso de la Administración Pública, este límite resulta inocuo - de ahí su supresión- y, ausente de consecuencia con las normas que regulan la responsabilidad en estos casos, si tenemos en cuenta que para efectos de articular la responsabilidad subsidiaria de la Administración Pública, como apuntamos, es necesario que el imputado haya realizado la conducta delictiva en ejercicio de sus funciones y en desarrollo de la prestación de un servicio público, elementos que, a su vez, son suficientes para articular la responsabilidad de la Administración por la prestación *normal* o *anormal*, del servicio público y por ende que haya lugar a la reparación, con independencia de la conducta del agente, a través de un proceso administrativo.

En otras palabras, la existencia o no de responsabilidad penal del agente, no constituye un elemento determinante para la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Administración, en donde lo que prevalece es la prestación del servicio público y la causación de un daño como consecuencia del mismo.

Con todo el ejercicio de las acciones a través del proceso penal, resulta más gravoso tanto para la víctima, como para la Administración. Para la víctima en

298 Este aspecto ha sido reiterado por la jurisprudencia, como puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas, de 31 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 1a., No., 123/2008.

cuanto a que, previo a exigir de la Administración el pago de la indemnización a que haya lugar, deberá demostrar la insolvencia del obligado principal, por tratarse de una responsabilidad subsidiaria -el beneficio de excusión al que hicimos referencia- y; para la Administración, por cuanto el que le declaren responsable subsidiaria, implicará la pérdida de la acción de regreso para repetir el pago frente al funcionario infractor. Solo bajo este último supuesto, podríamos pensar en la supuesta persuasión que se atribuye a la Ley, para que la víctima ejercite las acciones a que haya lugar a través de un proceso administrativo y no de manera conjunta con la acción penal²⁹⁹.

Conforme la jurisprudencia sobre el particular, no es este el único evento -el establecido por el artículo 121 C.P.- en el que se puede llegar a la responsabilidad de la Administración Pública por vía de subsidiaridad, sino que habrá lugar a la misma en tanto en cuanto, se de alguno de los supuestos establecidos en el artículo 120 C.P., conforme las interpretaciones que se han dado al precepto legal -en concreto, respecto del numeral 3-.

Así, si bien el primero de los artículos referidos hace exclusiva referencia a los supuestos en los que hay una relación entre el agente y la Administración Pública, en el último, se hace referencia a otros supuestos que resultan compatibles y por ende a través de los mismos hay lugar a la declaratoria de responsabilidad.

La Doctrina acepta de manera pacífica la interpretación dada a los dos supuestos legales a que hace referencia de Jurisprudencia y por ende el establecimiento de la responsabilidad subsidiaria de la Administración Pública

299 HERRERO DE ENGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M., “La Responsabilidad Patrimonial de las Autoridades y del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas”, *Indret*, 2004, Págs. 20 y ss.; en el mismo sentido GRANADOS PÉREZ, C., “Daño civil derivado...”, *Ob. Cit.*, Pág. 356, cuya postura por demás resulta discutible, pues si bien el ejercicio de las acciones en procura de una indemnización desde el derecho administrativo puede ser dispendioso, a través del mismo se llegaría al establecimiento de la responsabilidad directa de la Administración, en contraposición de la responsabilidad subsidiaria -con lo que ello implica- que se obtendría a través del ejercicio de las acciones dentro del proceso penal.

con base en los mismos, toda vez que el fundamentarse en supuestos diferentes, implica la posibilidad de su interpretación conjunta.

Así, mientras en el supuesto que establece el artículo 120.3, lo que resulta determinante es el lugar en donde se realiza el hecho punible; en el supuesto del artículo 121, el elemento más importante es el vínculo de dependencia que une al agente con la Administración Pública, sin consideración alguna del lugar en el que se presentan los hechos³⁰⁰.

Conforme lo anterior y las disposiciones legales en comento, se acepta por la Jurisprudencia y la Doctrina, la responsabilidad subsidiaria de la Administración Pública en los siguientes eventos:

“ ...

- a) *Cuando los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, de los que proviene el daño a indemnizar:*
 1. *Sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos.*
 2. *Que el hecho se hubiere cometido cuando éstos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.*
 3. *Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.*

300 DEL CASO JIMÉNEZ, T., *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, V.V.A.A., JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR (coordinador), Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006, Págs. 724 y ss.; SANTOS BRIZ, J., “La Responsabilidad Civil por hecho de otro derivada de la infracción penal”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (coordinador), Bosch, Barcelona, 2008, Págs. 686 y ss.

b) *Cuando no sean responsables, de los delitos productores del daño, las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias:*

1. *Que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos a control del Estado y demás Organismos Públicos.*
2. *Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible.*
3. *Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito. Ha de ser, pues, la infracción reglamentaria causalmente influyente en el delito, cuyos daños se trata de reparar”.*

La responsabilidad civil del Estado u organismos públicos se caracteriza, en definitiva, por la falta de adopción de las medidas de control para la evitación de los ilícitos criminales, dentro del ámbito de la organización de la entidad pública responsable...”³⁰¹

La mayoría de los supuestos en los que se ha llegado a una condena en los términos acá expuestos, obedecen a sucesos ocurridos en el interior de los centros penitenciarios, cuando ha habido omisión o ejecución negligente de las medidas propias del control de los internos, por parte de la guardia carcelaria y, que han traído como consecuencia daños a otros internos.

La amplitud de la interpretación que a estos preceptos legales se les ha otorgado, han conducido a condenas a la Administración Pública, que no han

301 Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de Junio de 2003, Sala de lo Penal, (RJ/ 860/2003). En el mismo sentido, puede verse: Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, Sala de lo Penal (RJ/135/2001); Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2000, Sala de lo Penal, (RJ/1360/2000); Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de Junio de 2000, Sala de lo Penal, (RJ/954/2000); Sentencia del Tribunal Supremo, de 08 de Octubre de 1999, Sala de lo Penal (RJ/1440/1999), entre otras.

sido indiferentes a la doctrina jurídica, por atender más a criterios de solidaridad social, que a criterios de responsabilidad civil; tal es el caso de la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1997, con la que se declaró la responsabilidad subsidiaria de la Administración Pública, con base en la actuación de un funcionario de aduanas, al que se le imputó responsabilidad por no controlar la comercialización, para consumo humano, de *aceite de colza* desnaturalizado con anilina, sin tener en cuenta que sus funciones por muy expeditas que fueran no llegaban tan lejos³⁰².

Al margen de las enormes repercusiones que tuvo el desafortunado suceso -cuyas víctimas estaban en su derecho a ser resarcidas- y de todas las valoraciones que cabría hacer a las condenas impuestas, quizá no fue por vía de jurisprudencia el camino más expedito, para el establecimiento de las reparaciones a cargo de la Administración, pues la condena en estos términos, además, dejó sin acciones legales a la misma, para al menos intentar repetir el pago contra los beneficiarios de tan sórdido negocio.

5. Obligación *In Solidum*.

Frente a los problemas de legitimidad normativa de la *solidaridad* sin la existencia de un pacto previo, así como la posibilidad de establecer la subsidiaridad solo en los casos en los que de manera expresa lo permite la ley y, respecto de personas específicas, surge una alternativa adicional, dentro de la que pareciera posible encuadrar las obligaciones que surgen frente a las víctimas, como son las llamadas obligaciones *solidarias impropias, fortuitas, imperfectas* o, con más frecuencia denominadas, *in Solidum*.

Esta figura proviene del derecho francés, en donde se ha desarrollado para ser aplicada en esos casos en los que las circunstancias particulares, ameritan la imposición de la obligación de indemnizar el daño en su integridad, a cada uno de los

302 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1997, Sala de lo Penal (RJ 895/1997).

responsables del mismo, al margen de los requisitos necesarios para que se de la *solidaridad*³⁰³.

Circunstancias tales como la pluralidad de agentes, la imposibilidad de determinar el grado de participación de cada uno, así como la porción de daño que le corresponde, entre otros, conducen al establecimiento de la obligación en cabeza de todos quienes se han visto involucrados en la causación del daño³⁰⁴.

5.1. Aspectos Generales.

Lo que hasta acá hemos visto respecto de las vías de imputación y la naturaleza jurídica de la obligación que se genera en acciones en las que participa un grupo de personas, nos ha llevado al establecimiento de la responsabilidad *solidaria* de todas las personas que han participado en la comisión del hecho que genera el daño.

Sin embargo para que podamos hablar de *solidaridad*, es menester en un primer término referirnos -como lo hicimos- a la *coautoría*, en virtud de la cual, todos aquellos que han participado en la realización del hecho punible, son responsables frente a la víctima. Esta figura, aún cuando ofrece la posibilidad de vincular al grupo, de ordinario en materia de responsabilidad civil y, mucho más, en materia de terrorismo, resulta a todas luces insuficiente, no solo por la dificultad que supone la determinación del grupo de personas que ha realizado de manera conjunta el hecho - así como la determinación del nivel de cooperación en las acciones cometidas- sino por la posibilidad de que aquellos cuya colaboración no sea determinante, no sean obligados a reparar el daño, aún sabiendo que con sus acciones han sido partícipes de los actos que han causado los daños³⁰⁵.

³⁰³ DIEZ- PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...Ob. Cit.*, Págs. 236 y ss.

³⁰⁴ CADARSO PALAU, J., “La Condena *In Solidum* de los Responsables *ex* artículo 1.519 del Código Civil”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Derecho Civil y Derecho Público*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1996, Págs. 4855 y ss.

³⁰⁵ Un acto terrorista puede ser atribuido a un grupo terrorista en particular -ETA, FARC, ELN, AL QAEDA, etc., pero por lo general no resulta fácil determinar qué grupo de personas al interior del grupo han realizado el acto y, aún así, determinados, bajo el supuesto de la *coautoría*, no podría vincularse a los organizadores, directores o simples miembros del grupo, aún cuando todos estos actos no sean algo diferente al resultado de

De ahí que hubiéramos propuesto como una alternativa, que permite al menos una vinculación en la reparación más amplia, la *autoría mediata*, aún sabiendo sus limitaciones y sobre todo la reticencia a su aplicación por parte de la doctrina y la jurisprudencia, como lo pusimos de manifiesto en su momento.

La otra posibilidad surge a través de la obligación *in Solidum*, cuya aplicación se da en los casos en los que el daño se causa por un grupo de personas, sin que sea necesario que haya pacto previo sobre el resultado y cuyas acciones individuales han contribuido a la causación del mismo, sin que haya lugar a determinar la participación causal de cada uno de los intervinientes.

A manera de símil y con el fin de ilustrar lo que hasta acá hemos planteado, podemos servirnos de lo expuesto por el Profesor LLAMAS POMBO, respecto de los eventos de responsabilidad médica, en donde es posible determinar en la teoría la acción específica que causa el daño en una intervención quirúrgica, pero en la práctica su individualización puede no ser tan sencilla e incluso puede llegar a ser imposible³⁰⁶.

Si partimos del supuesto que dentro del grupo de médicos existe una diferenciación en las actividades que debe realizar cada uno de los partícipes en la intervención, así como la dirección por parte de uno de los mismos, podemos colegir que la responsabilidad recae sobre este último.

Sin embargo, teniendo éste a su cargo el desarrollo de determinadas acciones, no pareciera justo hacerle responsable del desarrollo de las actividades de cada uno de los demás, pues su participación se encuentra enmarcada dentro de un mínimo de responsabilidad de las actividades propias y quien funge como director, también

la sumatoria de las acciones particulares de cada uno de ellos. Es tan responsable de los actos quien pone el artefacto explosivo, como el que se reúne con comisiones de aliados de otras naciones, para presionar al gobierno central y obtener beneficios para todos los miembros del grupo.

306 LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico –aspectos tradicionales y modernos-*, Trivium, Madrid, 1988, Págs. 326 y ss.

tiene a su cargo el desarrollo de determinadas actividades, que le impiden tener control total sobre las acciones de los demás.

Se plantea entonces como alternativa, el establecimiento de la responsabilidad sobre el equipo médico como tal, naciendo en consecuencia una obligación *in Solidum*, de tal suerte que su cumplimiento es exigible al grupo en su integridad, siendo absorbida la eventual insolvencia de alguno de los miembros, por los demás integrantes del grupo.

Desde luego, la principal diferencia entre el caso aludido y el que nos ocupa, es la acción misma; si bien las acciones del grupo de médicos causan un daño, en la mayoría de las veces estas no constituyen un delito, mientras que en nuestro caso, partimos del hecho de tratarse de acciones delictivas.

Sin embargo, no queremos referirnos a las implicaciones penales que las acciones realizadas pueden tener, sino en los efectos en materia civil de las mismas, con observancia del especial vínculo que une a los causantes del mismo y que dan lugar al establecimiento de situaciones de la misma naturaleza, que implica y debe permitir, que todos aquellos que estén vinculados con la causación del daño, sin que haya posibilidad de establecer la virtualidad causal de cada una de sus acciones individuales, estén vinculados a su reparación.

En una organización terrorista, las acciones de todos sus miembros, tienen un objetivo común, un fin común, que es el vínculo que les mantiene unidos y que se forma desde el mismo momento en que se es parte de la misma; ese vínculo especial implica, que sus acciones estén todas relacionadas entre si y que todos sean responsables de las acciones que, en virtud de la causa que les une, se lleven a cabo.

Por razones propias de la organización, no es posible que todos los miembros del grupo, tomen parte activa en la realización de todas las acciones, pero esto no puede ser suficiente para exonerarles de la reparación de los daños causados con acciones,

en cuya realización con seguridad todos están de acuerdo o han aportado su colaboración en aras de su éxito.

Esa unidad finalista, aunada a la realización de acciones particulares en procura de esa unidad, sin que sea posible establecer de manera específica cada una de ellas o su capacidad de generar el daño concreto, hace que todos los vinculados a su causación, estén vinculados a su reparación, de tal suerte que sean ellos mismos y no la víctima, los que asuman la insolvencia de sus compañeros de lucha.

Como lo dejamos dicho, la *solidaridad* no se presume y su declaratoria se da en los casos en los que se deja establecido a través de un contrato o por mandato de la ley. No obstante, la especial naturaleza que tiene el vínculo entre quienes han causado el daño, amerita la aplicación de soluciones de la misma naturaleza, en procura de los intereses de quienes resultan lesionados; en este caso no importa tanto la responsabilidad personal, como la reparación íntegra del perjudicado³⁰⁷.

Sin embargo, aún sin ofrecer solución alguna a la particular situación que se presenta y que en múltiples ocasiones conduce a la ausencia de reparación al daño causado a la víctima, se aduce que esta pretendida categoría, no es más que un subterfugio para convertir en *solidaria* una obligación a la que se le niega tal característica por el legislador, que su sabiduría hubiera establecido al particularidad a todas las obligaciones que se generaran con la participación de varias personas en la comisión de un daño³⁰⁸.

Se afirma incluso que, habiéndose aceptado la *solidaridad* en materia de acciones delictivas, pareciera no ser necesario recurrir a artilugios para obtener lo que ya se tiene³⁰⁹, olvidando desde luego las condiciones necesarias para que la

307 LEÓN ALONSO, J. R., *La Categoría de la Obligación In Solidum*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, Pág. 7 y ss.

308 CRISTÓBAL MONTES, A., "Crítica a los argumentos favorables a la solidaridad en la responsabilidad plural por hecho ilícito", *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, Págs. 89 y ss.

309 JORDANO BAREA, J. B., "Las Obligaciones Solidarias", *Ob. Cit.*, Págs. 4912 y ss.

obligación esté revestida de tal característica y la imposibilidad de vincular a través de esta vía, todos los que hubieran realizado cualquier actividad que hubiera contribuido en la realización del daño.

No es posible vincular por vía de *solidaridad*, en la reparación de los daños, a quienes han financiado los grupos terroristas, si no se llega a demostrar la utilización específica de sus aportes, a un hecho concreto; pero acaso, ¿no es innegable que su responsabilidad es equiparable a la de quien dispara el arma, quien planea la acción o quien distrae la atención para que se cometa el acto terrorista? Si la respuesta a este planteamiento fuera negativa, realizar aporte a través de una persona jurídica sería la solución para el financiamiento de las organizaciones terroristas y para evadir la reparación de los daños que se generan.

5.2. Características de la obligación In Solidum.

Para hacer una aproximación a lo que se consideran obligaciones *in Solidum*, no está de más poner de manifiesto las características con que cuenta esta particular figura, en aras de darle concreción a los conceptos jurídicos que la rodean. No tendría mucho sentido la elaboración de una doctrina como la que acá se pretende, sin que su aplicación tuviera un efecto práctico.

5.2.1. Ausencia del acuerdo de voluntades.

En este caso no existe un acuerdo previo entre los miembros del grupo que han causado el daño, respecto de la acción concreta que lo causa. Si bien todos los miembros del grupo están vinculados entre sí -son parte de él-, las acciones de cada uno, sin estar encaminadas de manera específica a la comisión de un determinado acto, confluyen en un punto específico, que los hace *con-causantes* del daño³¹⁰.

310 LEÓN ALONSO, J. R., *La Categoría...*, *Ob. Cit.*, Pág. 45 y ss.

5.2.2. Pluripersonalidad.

Se parte de la base de la existencia de un grupo de personas de cuyo actuar, se ha derivado el daño; esta pluralidad de personas a su vez, genera una pluralidad de vínculos todos ellos independientes, como independiente es la participación de cada uno de los relacionados con el daño, en lo que concierne a su causación; entre los causantes del daño hay total independencia activa, pero todas sus acciones confluyen en un mismo punto: el daño; que a su vez es el resultado de la unión de todas ellas, como lo hemos puesto de manifiesto.

5.2.3. La independencia de los vínculos.

Lo anterior implica, que por no haber un vínculo entre todos los partícipes, ni convencional, ni legal, cada uno de los relacionados definirá su vinculación con el todo, en virtud de su independencia con el título obligacional. El resultado de esta característica, será que el deudor tendrá a su vez una relación independiente y particular con cada uno de los que resulte obligado, en virtud de su participación³¹¹.

El hecho de que el vínculo que surge con ocasión del daño sea independiente, implica que cada uno de los deudores tendrá que responder de la totalidad del mismo, conservando la misma independencia que existía al momento del surgimiento de la obligación.

Las voces en defensa de esta clase de obligaciones son en verdad escasas y, se arguye en su contra, la similitud o equivalencia que tienen con las obligaciones *solidarias*, además de lo innecesario que puede ser mantener una categoría especial de obligaciones, cuando el sistema jurídico permite la vinculación de quienes han

311DE COSSIO, A., "La Causalidad en la Responsabilidad Civil: estudio del Derecho Español", *Anuario de Derecho Civil*, 1.966, Pág. 550 y ss.

sido parte en la causación de un daño, por lo que no parece necesario revivir figuras jurídicas en desuso que no aportan elementos novedosos a este respecto.

Con todo, no creemos que el debate esté cerrado, como tampoco que la única justificación que exista para considerar *in Solidum* la obligación que se genera en estos casos, sea la de dar una garantía adicional a la víctima en lo que concierne a la reparación de los daños que ha sufrido.

Se trata de un supuesto en el que un grupo, unido por los fines que desde su inicio se han fijado y al que sus integrantes ingresan sabiendo de antemano las actividades que con el mismo se van a desarrollar, fraccionan las actividades en su interior y procuran el cumplimiento de objetivos conjuntos a través de las particulares aportaciones a las acciones fijadas. Todos, sin excepción alguna, están vinculados con las acciones que se realizan y están de acuerdo con las mismas, de otra manera no se entendería cómo prestan su voluntad para su realización; forman parte de un grupo cuyo único objetivo es causar daños y por ende como grupo han de responder por las acciones que se adelantan en su nombre.

Proceder de esta manera, no implica que todo el grupo vaya a estar involucrado en la reparación de todas aquellas acciones atribuidas al grupo al que pertenece, toda vez que siempre habrá posibilidad de exonerarse de la obligación cuando se demuestre que no había posibilidad de establecerse un vínculo del que se derive la obligación, como ocurriría con quien, al momento de ocurrencia de los hechos no formara parte del grupo.

6. Consideraciones relativas al monto de las indemnizaciones.

6.1. Estado de la cuestión.

Como hemos manifestado en otros apartados de este estudio, la función de la responsabilidad civil no es otra que la reparación del daño que se ha generado y la

indemnización pretende llevar a la víctima al lugar en el que se habría encontrado, si el daño no se hubiera producido.

Este principio, en especial en casos como el que nos ocupa, se encuentra revestido de una marcada dificultad, dada la naturaleza de los daños que se causan con las acciones terroristas y ha sido una constante la búsqueda de alternativas al momento del cumplimiento, en especial en cuanto a los límites que pudiera comportar su aplicación.

Múltiples manifestaciones en torno a este tema encontramos tanto en la doctrina nacional³¹² como en la internacional³¹³, en la mayoría de sus casos propendiendo por el establecimiento de límites a los montos indemnizatorios, recurriendo al establecimiento de *topes* o *techos* a la reparación del daño, pasando por el análisis socioeconómico de la víctima y en procura del establecimiento de sistemas que propugnen por la igualdad de las mismas y que resulten más equitativos al momento de valorar determinados daños, con base en criterios objetivos de valoración.

Estos planteamientos involucran, desde luego, la revisión de principios que antaño se tenían por verdades absolutas, como la *reparación integral del daño* o, el más reciente, *total indemnidad de los daños*, con miras a su reestructuración y reemplazo, para dar lugar a conceptos que sean más acordes con la realidad o que reflejen de manera más exacta lo que con ellos se pretende.

Cada vez es menos extraño encontrar condenas exorbitantes que cuentan con cierto hálito sancionatorio o que se fundamentan más que en el daño, en la solvencia económica del causante del mismo o de la existencia o no de un seguro que ampare su

³¹² Al respecto pueden consultarse: DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención en la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1.995; también ROCA, E., “Resarcir o Enriquecer. La concurrencia de las indemnizaciones por un mismo daño”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVII, Fascículo III, Julio-Septiembre, 2004, Pág. 902 y ss.; FAIREN GUILLEN, V., “Acción, Proceso y Ayuda...”, *Ob. Cit.*, Pág. 877 y ss.

³¹³ TUNC, A., *International Encyclopedia of Comparative Law*, Torts, Volume IX, Part 2, J.C.B. Mohr, Germany, 1.986, Pág. II-I y ss. MEHREN, A.V., “Methods of limiting damages”, en *International Encyclopedia of comparative law*, Oceana Publications INC., New York, Volume VII, chapter 16, 1986. FLEMING G., J. *An introduction to The Law of Torts*, Clarendon Press, second edition, Oxford, 1985, Pág. 130 y ss.

proceder –este último caso, desde luego, impensable en nuestro tema de estudio-, pero que no se compadece con el daño sufrido y que llevan a la víctima ya no al estado en el que se encontraba antes del daño –en los eventos en los que esto resulta posible-, sino quizá a uno superior.

Es posible que resulte excesivo usar el *enriquecimiento sin causa* para referirnos al fenómeno cuyo análisis nos ocupa, toda vez que las víctimas ya tienen suficiente sufrimiento como para que se les impute tal condición; por esto, siendo conscientes de estar usando terminología ausente de estricto rigor jurídico, preferimos referirnos a este fenómeno como *sobreindemnización*, el cual sea dicho de paso, como bien lo apunta el Profesor DE ÁNGEL YAGÜEZ³¹⁴, tampoco resulta grato usarlo cuando se trata de daños graves, como los que acá nos ocupan.

6.2. Límites a las indemnizaciones.

No pareciera muy acertado establecer límites o topes a las indemnizaciones, máxime cuando nos ocupamos de un tema tan lacerante para la sociedad como es el terrorismo. Las indemnizaciones por los daños que provienen de éste proceder, no deberían contar con límite alguno, más allá del daño mismo y la necesidad de que haya una reparación que acerque a la víctima a la situación en la que se hallaba previa su ocurrencia.

Es por esta razón que cuando se habla de *baremos*, *topes* o *limitaciones* a las indemnizaciones, se excluyen aquellos eventos en que nos encontramos con daños provenientes de actos dolosos, reservándose de manera exclusiva para los que son el resultado de accidentes, lo que en apariencia haría innecesario un estudio sobre la materia, en el caso que nos ocupa, por razones evidentes.

No obstante lo anterior, tengamos en cuenta que en la mayoría de los casos, las indemnizaciones proceden de fondos comunes, destinados por el Estado para que –*de manera voluntaria y por sentimientos de solidaridad*–, se sufraguen las indemnizaciones

³¹⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Algunas Previsiones...”, *Ob. Cit.*, Pág. 213-214.

que corresponden a las víctimas, evento en el cual estimamos que resulta necesario el establecimiento de límites, no solo aquellos que apunta a montos específicos, para daños específicos –a través de *baremos*-, sino en lo que se refiere a la acumulación de indemnizaciones por el mismo daño.

6.2.1. Límites respecto a la cuantía de la indemnización.

Desde algunos sectores de la doctrina se aboga por el establecimiento de límites a los montos indemnizatorios, aduciendo razones de naturaleza económica y su repercusión en otros aspectos, tales como el incremento de las pólizas de seguro o la sobreviniente ruina del dañador al hacer frente a indemnizaciones producto de meros accidentes, así como la existencia de diversos elementos que pueden condicionar el monto de la indemnización, como la relación de causalidad, la culpa de la víctima, la existencia de otras fuentes de reparación, entre otros, sumados a los regímenes que propugnan por reparaciones en *equidad* y que involucran elementos particulares de la víctima y el causante del daño.

No se esbozan los mismos argumentos en los eventos en los que el daño procede de la comisión de un delito, en donde se considera que no puede existir más límite que el daño mismo, sin importar que en muchos casos la indemnización, dada su cuantía y la insolvencia del delincuente, no vaya más allá de estar contenido en una Sentencia.

¿De qué sirve una sentencia en la que se impongan elevadas sumas por concepto de indemnización, cuando el causante de los daños no es solvente o siéndolo el patrimonio no es suficiente? De otro lado, si el daño que se produce es igual en dos casos –por ejemplo la muerte-, ¿es relevante el hecho de que provenga uno de un accidente y otro de un acto terrorista, en cuanto a la indemnización se refiere? ¿No es esta otra de las manifestaciones del carácter

sancionatorio que se pretende imputar a la responsabilidad civil? ¿No se genera una desigualdad entre las víctimas?

Entre otros, estos cuestionamientos son los que han conducido al estudio de la viabilidad de imponer máximos o baremos a las indemnizaciones que se generan con cierto tipo de actos y referidos, con sana lógica, a los daños *no patrimoniales* con ellos causados, pues en los demás, el límite lo fija el detrimento patrimonial que se ha experimentado por la víctima.

6.2.1.1. El sistema de baremos.

Durante años ha sido una constante la preocupación el establecimiento de parámetros que propenden por la igualdad de las indemnizaciones, respetando hasta donde sea posible el principio de *reparación integral* que se pregona en la legislación, pero que en ocasiones su materialización no siempre está exenta de complicaciones, en especial cuando nos enfrentamos a la indemnización de daños *no patrimoniales*.

Las fórmulas más frecuentes son aquellas que dejan al arbitrio del juzgador el establecimiento de montos indemnizatorios, que varían de acuerdo a los hechos con los que se han causado los daños y con quienes se encuentran involucrados en los mismos.

Estas fórmulas de ordinario, devienen –o degeneran- en la imposición de condenas en las que resulta complejo determinar qué rubros corresponden a qué clase de daño y como no, en la aplicación arbitraria de montos indemnizatorios, por daños inciertos, inspirados en criterios subjetivos de valoración, producto de discrecionalidades sin freno conducentes a desigualdades entre las víctimas de determinados eventos³¹⁵.

³¹⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Sobre la eventual limitación de la cuantía de las indemnizaciones en daños personales derivados de la circulación”, *Documentación Jurídica*, No. 81, 1.995, Págs. 127 y ss. Este trabajo constituyó, según lo indicado por el mismo Autor, una de las bases de lo que sería la obra *Algunas previsiones*

Tal circunstancia se presenta con más claridad cuando se trata de daños *no patrimoniales*, en los que la ausencia de criterios objetivos de valoración conlleva a la imposición de indemnizaciones que obedecen a criterios más allá de la reparación del daño, habida cuenta de no tener parámetros que establezcan límite alguno.

Algunos estudios se han realizado sobre la materia, dentro de los que destaca el denominado sistema SEAIDA'91, en el que se establecieron algunos parámetros para valoración del daño, a partir de criterios objetivos³¹⁶, en el supuesto específico de los accidentes de tránsito. Este sistema sirvió como punto de partida para la legislación sobre la materia.

Se argumentaba en su momento que la adopción de un sistema bajo esta óptica, traería consigo la obtención de ciertos beneficios, en la medida en que con los mismos se solventaban algunos de los inconvenientes que genera un sistema en el que hay libertad en la valoración de los daños por parte de los tribunales.

Tales argumentos, fueron condensados por el profesor PANTALEÓN, con la clara intención de controvertirlos³¹⁷:

- Teniendo como punto de partida las cuantías indemnizatorias para cada uno de los supuestos, se podría hacer una previsión del monto de la indemnización. Las estimaciones bajo este supuesto, facilitarían la realización de acuerdos transaccionales, en beneficio de la víctima que obtendría el mismo de manera más rápida. Asimismo el llegar a

de la Responsabilidad Civil (con especial atención en la reparación del daño)”, que también citamos en esta tesis.

³¹⁶ SECCIÓN ESPAÑOLA DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS, *Criterios para la valoración de los daños personales (Sistema SEAIDA'91)*, Madrid, 1991.

³¹⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas”, *Documentación Jurídica*, No. 81, 1.995, Págs. 171 – 204

soluciones a través de la transacción, beneficiaría a los Tribunales de Justicia.

Como bien lo apunta el citado Autor, la razón de ser de un litigio dentro del Derecho de Daños, no obedece al monto por el cual se debe indemnizar a la víctima, sino a la determinación del nexo de causalidad y por ende si existe o no responsabilidad civil; así las cosas, la existencia o no de un baremos a través del cual se fije el monto de la indemnización, no es un elemento determinante para la reducción de los procesos judiciales.

Más se lograría si los Jueces y Tribunales de Justicia, estuvieran obligados a desglosar los montos indemnizatorios que fijan en sus sentencias, de tal suerte que no pareciera se trata de cifras arbitrarias, sino de elaboraciones basadas en los hechos y en los daños causados a la víctima.

Lo anterior, complementado con la publicación de las sentencias que se dictaran, junto con el texto de las transacciones a las que se llegara, daría la posibilidad de establecer parámetros para la fijación de indemnizaciones, que harían superfluos los límites propuestos, toda vez que estos estarían dados por los criterios objetivos bajo los que se han fijado las indemnizaciones.

- El hecho de basarse en criterios objetivos, permitiría el trato igual, para supuestos iguales.

Definir en el ámbito de los daños la igualdad –como en muchos otros– resulta bastante complejo y conducente a situaciones de desigualdad manifiesta. El daño visto de manera abstracta puede ser el mismo, pero sus consecuencias, pueden llegar a ser diferentes por

completo en cada caso particular. Igual puede ser perder una mano, como desiguales sus consecuencias si quien la pierde es un experto pianista, si nos servimos de criterios por completo objetivos.

Asimismo se refiere el Autor a un argumento recurrente en sus diferentes escritos, como es la función indemnizatoria Responsabilidad Civil, que por demás no pretende sancionar, prevenir, redistribuir o ser hacedora de justicia social. No es este el camino para tratar de igualar a la sociedad y menos, a través de la creación de injusticias más grandes que aquellas que pretende solventar.

Los daños pues, deben valorarse *in concreto*, esto es lo que las partes puedan llegar a probar, afirmación para la que se sirve de lo manifestado en el mismo sentido por la Profesora VICENTE DOMINGO³¹⁸, cuya valiosa obra sobre los daños corporales, constituye un referente de obligatoria consulta en esta materia.

- El establecimiento de límites a las cuantías indemnizatorias implicaría mantener el valor de las primas de los seguros de responsabilidad civil, evitando así que su desmesurado incremento condujera a que las personas se abstuvieran de realizar ciertas actividades riesgosas o a realizarlas sin el debido seguro.

Recurre el profesor PANTALEÓN, para rebatir este argumento a favor de los baremos, al principio de la *reparación integral*, bajo el entendido de ser éste –a juicio de sus detractores– un elemento determinante al momento de definir el monto al que ascienden las indemnizaciones.

³¹⁸ VICENTE DOMINGO, E. *Los Daños Corporales: Tipología y Valoración*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1994, Pág., 323.

Si bien tal principio no resulta aplicable en los casos de *daño no patrimonial*, nada obsta para su aplicación cuando nos referimos al *daño patrimonial* causados por las lesiones o por la muerte de una persona, en donde, sin desconocer la dificultades que supone, puede hacerse una correcta valoración en dinero del mismo.

Por nuestra parte, consideramos a este respecto, que reducir el monto de las indemnizaciones para evitar el incremento en el valor de las primas de seguro, resultaría ser la solución a un problema diferente. Y es que el aumento en el costo de las pólizas no está dado en razón de las indemnizaciones sin límite que se conceden a las víctimas; se da porque se causan daños y porque determinadas actividades entrañan ciertos riesgos, que asume quien las realiza o quien las asegura.

No en vano, el valor de las primas de las pólizas de seguro, son calculadas con base en criterios generales y particulares; generales en cuanto al riesgo que con ellas se pretende cubrir y particulares con base en las condiciones del tomador del seguro. Eso implica, a manera de ejemplo, que el valor de la prima de seguro de un conductor *novel*, no se el mismo de un conductor con años de experiencia y ninguna reclamación.

Con todo, culmina su análisis el Profesor PANTALEÓN, reconociendo la viabilidad de establecer baremos en el caso de los daños *no patrimoniales*, basándose en su planteamiento inicial, es decir, se muestra partidario del establecimiento de tales baremos, pero estima que su fijación podría ser el resultado de imponer la obligación a los Jueces y Tribunales de desglosar los montos de conformidad con

los daños y ordenar la publicación de sus sentencias, con el fin de que fuera la propia *praxis jurisprudencial*, la que determinara el baremo.

El establecimiento de un sistema de baremos, constituye una alternativa de solución a los problemas que se generan en la cuantificación de los daños *no patrimoniales* cuando su *reparación integral* resulta imposible o de los daños morales, cuya cuantificación e indemnización por equivalente monetario, revisten una especial dificultad³¹⁹; pero solo bajo este supuesto.

Quizá de esa manera se vio por el legislador español, que en el año 1.995³²⁰, adoptó un sistema de valoración de daños a las personas, causados en accidentes de tránsito, no exento de críticas, pero que llegó a establecer unos criterios básicos para la valoración de indemnizaciones, tendentes al establecimiento de límites, en aras de la igualdad de las víctimas ante la ley.

Hay quienes afirman que si bien los baremos son una alternativa, no son la única solución y plantean no solo la modificación del sistema de responsabilidad civil, por un sistema de seguridad social, en el que se reestructuren los fundamentos de la misma y ante su inoperancia, sean reemplazados por otros que sean más acordes con las necesidades y que involucren algunos límites adicionales, con el fin de obtener criterios más claros al momento de otorgar indemnizaciones³²¹.

³¹⁹ PINTOS AGER, J., “Baremos”, *INDRET*, 1/00, en www.indret.com

³²⁰ Nos referimos a la Ley 30/95 de 9 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, del “sistema para la valoración de los daños a las personas” Anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor. Parte de esta norma se encuentra derogada en la actualidad, pero nos referimos a la misma, bajo el entendido de ser el primer antecedente en cuanto al establecimiento de baremos en el específico caso de los accidentes de tránsito.

³²¹ Al respecto puede verse PINTOS AGER, J., *Baremos, Seguros y Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, Págs. 177 y ss. Como en otros lugares hemos referido, incurre el Autor a nuestro juicio en un error de apreciación, toda vez que otorga a la Responsabilidad Civil una *pretendida multifuncionalidad*, en términos del Profesor LLAMAS POMBO y al que también ha hecho referencia el Profesor PANTALEÓN. Quizá la razón más obvia por la cual la responsabilidad civil se ve desbordada y no cumple con una función preventiva o sancionatoria, es que tales funciones no son de su resorte, como tampoco le corresponde redistribuir la riqueza dentro de la sociedad.

Más allá de proponer un reemplazo de la figura de la responsabilidad civil, atribuyéndole funciones por fuera de su propia naturaleza, lo cierto es que algunos regímenes adoptan una serie de límites, diferentes de los baremos y que incluyen tópicos adicionales, en procura de los derechos de las víctimas y evitando exagerado costo de las indemnizaciones.

En otro escrito del Profesor PANTALEÓN³²², referido en específico a la Ley 30/95, de 08 de noviembre, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, hace un análisis del sistema sobre el que se articula la existencia de un seguro obligatorio para los accidentes de tránsito y que ilustra la idea que acá queremos poner de manifiesto.

Y es que en el caso del seguro obligatorio para los vehículos, de lo que en realidad se trata no es de un sistema de responsabilidad civil, sino de *seguridad social*, en donde todos los conductores se solidarizan con las víctimas de los accidentes de tránsito y constituyen un fondo común del que se les va indemnizar, administrado por el Consorcio de Compensación de Seguros. Bajo este principio, es lógico que se tengan en cuenta ciertos aspectos para definir el límite de las indemnizaciones, como por ejemplo el análisis de la condición económica de la víctima y sus familiares.

Solo bajo este planteamiento es que resulta válida la imposición de límites, por cuanto es en sede de la Responsabilidad Civil, que la causación del daño pasa a ser un problema entre dañante y dañado, en el que no tienen cabida los instrumentos de redistribución de la riqueza y dentro del que no cabe imponer límites a las indemnizaciones que con ocasión del daño surjan, más allá del daño

³²² PANTALEÓN PRIETO, F., “De nuevo sobre la Inconstitucionalidad del Sistema para la Valoración de los Daños Personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de Vehículos de Motor, *La Ley*, Tomo I, Madrid, 1997, D-63, Págs. 2080 y ss. Llamamos la atención sobre el contenido de las citas No. 4 y 5, en donde hace referencia el Autor a ciertos límites que se establecían para las víctimas de los delitos violentos y –solo en algunos casos- para las víctimas de los actos terroristas, haciendo depender la cuantía de la indemnización, de la condición económica de la víctima y sus familiares. Al referirse a estos sistemas, es enfático, como lo somos nosotros, respecto de la naturaleza social que tienen estas ayudas, más allá de ser parte de la Responsabilidad Civil.

mismo, en especial cuando se trata de situaciones cuantificables, como si es dable en materia de *Seguridad Social*, en donde se pueden poner límites a las indemnizaciones que se dan a las víctimas, habida cuenta de la *solidaridad* que inspiran estas disposiciones, tal como ocurre con las normas relativas a la reparación de los daños causados con los actos terroristas.

No sobra aclarar, que los límites en tales disposiciones, están dados en razón a la ausencia de responsabilidad del Estado, que asume no solo ciertos daños (solo los patrimoniales), sino hasta ciertos montos. Tales montos solo aplican y se justifican en este particular supuesto y por ende no son aplicables en caso de haber responsabilidad patrimonial de la Administración Pública o que haya sido capturado, condenado y que sea solvente el responsable directo de los actos terroristas, casos en los cuales el único límite será el que determinen los daños.

Reiteramos que los planteamientos a cerca de la limitación de las cuantías indemnizatorias, siempre excluyen cualquier evento en el que los daños sean producto de delitos.

En Francia³²³, existen algunas limitaciones al momento de hacerse beneficiario de las indemnizaciones que establece el sistema para las víctimas de los atentados terroristas; limitaciones por demás que van desde la naturaleza misma del hecho, hasta el monto de la indemnización a que se puede acceder.

Es posible acceder a una indemnización por parte del Estado cuando se es víctima de un delito, sea o no intencional. Esto implica desde luego, que haya más límites de otro orden, en la medida en que se da un margen muy amplio para poder ser beneficiario de las ayudas establecidas por la ley.

³²³ El régimen para las víctimas del terrorismo se encuentra reglamentado en la Loi No. 83-608 *Protection des victimes d'infractions*, a través de la cual se modificó el artículo 706 del Código de Procedimiento Penal.

Tales límites los encontramos entonces, en la cuantía de la indemnización; en la naturaleza de los daños que cubre, cuya magnitud debe alterar de manera grave las condiciones de la víctima; la existencia o no de un seguro privado que ampare a la víctima; la existencia de otras fuentes de indemnización, como la Seguridad Social; la condición profesional, financiera o social del solicitante; el lugar de ocurrencia de los hechos, entre otros.

Estos esquemas pretenden la atención a la situación urgente y grave, en la que queda una persona con posterioridad a la ocurrencia de un hecho concreto y por ende no sorprende que se otorguen *anticipos* a las víctimas para aliviar de manera inmediata la situación que se presente.

Uno de los límites más claros, es aquel que tiende a evitar que se produzcan indemnizaciones en exceso o por diversas vías –las *sobreindemnizaciones* de las que nos ocuparemos más adelante -, de tal suerte que no solo el Estado se subroga en los derechos que asisten a las víctimas, sino que dado el caso en que ésta resultara indemnizada por parte del causante del daño, el Estado puede repetir contra la misma el pago que otrora le hubiera hecho.

Las ayudas establecidas por la ley, pueden ser reducidas o incluso suprimidas, dependiendo de la conducta de la víctima o su relación con el causante del daño, aspecto este que es a todas luces entendible³²⁴.

³²⁴ ÁLVAREZ GÁLVEZ, J. Y DÍAZ VALCÁRCEL, R. “Acerca de la Responsabilidad Patrimonial del Estado...” *Ob. Cit.*, Pág. 924. Nos referimos a este artículo, en atención a que este es uno de los extremos a los que se refieren los autores, en los siguientes términos: “Puede darse además el caso de que los daños producidos con ocasión o como consecuencia de un acto terrorista los sufra un miembro de alguno de estos grupos armados, ya se trate de un supuesto en que un activista, preparando un atentado, sufre los efectos del mismo o de que sea víctima de otra banda organizada. Creemos que no sería nunca indemnizable el daño que el terrorista sufriera por sus acciones y tampoco parece que sus familiares pudieran tener derecho a esas indemnizaciones. Sería tanto como delinquir con seguro a todo riesgo a costa de la sociedad que se trata de destruir. Si el daño es consecuencia de un enfrentamiento parece lógico que no será indemnizable por las mismas razones que antes hemos apuntado, no así cuando en su vida ordinaria sufra un atentado, existiendo incluso la posibilidad de que no fuera dirigido contra él específicamente, sino contra una generalidad de personas. En estos casos, no puede excluirse al sujeto de la condición de beneficiario, pues no se trata más que de otra víctima del terror...”.

El fondo del que proceden las ayudas para las víctimas de las acciones terroristas, según lo manifestado por el Profesor DE ÁNGEL YAGÜEZ³²⁵, está creado con base en el modelo del Fondo de Accidentes de Circulación y se nutre de un impuesto que grava todas las pólizas de seguro sobre la propiedad.

Si bien en principio se estableció que las ayudas creadas por esta disposición legal estaban dirigidas a los nacionales o extranjeros con derecho a residir o permanecer en Francia, en la actualidad tales ayudas se otorgan a todas las personas que en suelo francés sean víctimas de un atentado terrorista o a los ciudadanos franceses que sean víctimas de un acto terrorista en otro país.

Si analizamos las disposiciones legales a este respecto en Bélgica³²⁶, nos encontramos con que el Estado otorga ayudas a quien haya sufrido lesiones corporales o de salud, como consecuencia de actos intencionales de violencia – he aquí los primeros límites-.

Las ayudas se otorgan a las víctimas siempre que no haya una fuente de indemnización diferente e implican una subrogación de pleno derecho a favor del Estado. El monto de las ayudas que correspondan, dependerá de varios factores, relativos por una parte a la víctima y por otra, respecto del monto al que puede ascender.

En este caso, según nos ilustra BENITO ALONSO, el fondo del que salen los recursos para las ayudas establecidas por el sistema legal, está conformado por dineros del Ministerio de Justicia y por una suma a la que obliga el Juez Penal, en caso de condena, a los delincuentes, como pena accesoria. Acá, como apunta el autor, son los mismos delincuentes quienes aportan para la atención de las

³²⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Algunas Previsiones...”, *Ob. Cit.*, Pág. 103; FAIREN GUILLEN, V., “Acción, Proceso y Ayuda...”, *Ob. Cit.*, Págs. 879.

³²⁶ MB 6-8-85, Ley de Medidas Fiscales y otros.

víctimas, por hechos de los que nos son responsables de manera directa, pero si indirecta, con su conducta antisocial³²⁷.

En España también se establecen ciertos límites para acceder a las ayudas, según hablemos de la Ley 32/1999, de 08 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo o, del Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, con el que se reglamenta el sistema de ayuda a las víctimas del terrorismo, tal y como tuvimos oportunidad de analizar al momento de revisar las disposiciones legales aplicables al caso concreto en acápite anterior.

Como lo apuntamos en otro apartado, las indemnizaciones que se otorgan a las víctimas del terrorismo en virtud de las disposiciones legales Españolas, son más generosas que las establecidas en otros países e incluso que las sugeridas por el Consejo Europeo, del que forma parte.

Los fondos provienen del Presupuesto General, en donde se disponen partidas para la cobertura de tales rubros. Quizá se reforzaría el sistema si se adoptaran fuentes de financiación siguiendo el modelo Belga o, como propone el profesor BUENO ARUS, a quien ya citamos en otras ocasiones, enviando al mismo los bienes de los delincuentes, sus cómplices o colaboradores; los bienes incautados a los terroristas, producto de sus acciones delictivas e; incluso los bienes que hayan sido entregados a los terroristas producto de extorsiones o secuestros, teniendo en cuenta que las disposiciones legales prohíben este tipo de pagos, caso en el cual o estaríamos hablando de una sanción por colaborar con tales grupos, sino como una *forma de responsabilidad objetiva*, encaminada a fortalecer los mecanismos de resistencia ciudadana ante las exigencias de los terroristas³²⁸.

³²⁷ BENITO ALONSO, F. "Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España". *La Ley*, Distribuciones de la Ley S.A., 1.988, Tomo III., Pág. 891.

³²⁸ BUENO ARUS, F. "Medidas Jurídicas Eficaces para...", *Ob. Cit.*, Pág. 969.

Omitir límites en este sentido, iría en contra de los principios que inspiran las disposiciones legales para este caso específico, que forman parte de la *Seguridad Social*, como en otro apartado lo pusimos de presente.

6.3. Límites en cuanto a la acumulación de indemnizaciones.

Nos encontramos en el supuesto según el cual, las víctimas de un acto terrorista, pueden ser objeto de indemnizaciones por los daños sufridos, desde múltiples fuentes. Piénsese en la persona que habiendo asegurado su vivienda, ésta resulta destruida por un acto terrorista y por ende es beneficiario de las ayudas que establece el Estado y la Comunidad Autónoma para éste supuesto concreto, así como de los montos provenientes de la Seguridad Social y por qué no, de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La cuestión gravita en determinar si es posible, al momento de fijar la indemnización, computar los beneficios que hubiera podido tener la víctima, para efectos de evitar una *sobreindemnización*.

6.3.1. Criterio doctrinal.

El criterio sugerido en la doctrina española³²⁹ es aquel que apunta a la posibilidad de acumular indemnizaciones, siempre que se trate de beneficios obtenidos de manera directa por el hecho que genera el daño; *a contrario sensu*, si el lucro proviene de una fuente diferente, no hay lugar a su cómputo y la indemnización deberá tasarse de manera independiente.

Se afirma que la compatibilidad de las indemnizaciones está dada por el título a través del cual se pretenden; nada se opone a que la víctima reciba la indemnización que le corresponde por el sistema de la Seguridad Social, junto

³²⁹ DIEZ – PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Ob. Cit., Pág. 319 y ss.; ROCA E., “Resarcir o Enriquecer...”, Ob. Cit., Pág. 906; PANTALEÓN PRIETO F., “Los baremos indemnizatorios...”, Ob. Cit., Pág. 191.

con la que le correspondería al tenor de las disposiciones que establecen ayudas para las víctimas del terrorismo, así como la que pudiera llegar a recibir declarada la responsabilidad patrimonial de la Administración, habida cuenta de tratarse de un título diferente en cada uno de los casos³³⁰.

La doctrina internacional también se refiere al tema e ilustra algunas alternativas adicionales -en el *common law*- sin que haya una regla general que implique decantarse por una sola, más allá de lo que se desprenda de la situación y el hecho generadores del daño, que serán en últimas los que determinen la aplicación de una u otra.

Plantea TUNC³³¹, las siguientes alternativas:

- Se le permite a la víctima, escoger entre la reparación proveniente del causante del daño o aceptar la compensación proveniente de un benefactor colateral (por lo general proveniente de la Seguridad Social).
- Se le permite a la víctima acumular tanto la indemnización proveniente del causante del daño, como cualquier beneficio colateral.
- Recibir el total de la reparación de manos del causante del daño, pero restituyendo el exceso a que hubiera lugar, una vez se han recibido los beneficios colaterales.
- Reducir del total de la reparación, los beneficios colaterales que hubiera tenido la víctima.

³³⁰DÍAZ ALABART, “La responsabilidad Estatal...” *Cit.*, Pág. 46.

³³¹ TUNC, A., *International Encyclopedia of Comparative Law*, Torts, Volume IX, Part 2, J.C.B. Mohr, Germany, 1.986, Pág. II-I y ss.

Como podemos colegir de lo acá expuesto, desde luego desarrollado por el Autor con mucho más detenimiento, la fórmula a aplicar, será aquella que propenda por la defensa de los derechos de la víctima; cualquiera de ellas puede ser aplicada desde luego, en procura de situarle en una mejor posición.

Se advierte la diferenciación en materia del título del que procede la indemnización y la exclusión mutua que representa cada uno de ellos –salvo por la solución propuesta en el numeral segundo-, quizá de manera más estricta que en otros sistemas jurídicos³³².

El Profesor FLEMING se refiere a tres posibilidades; la primera de ellas, siendo la solución más común en el sistema Americano –y que ha venido tomando fuerza en Inglaterra-, es la de permitir que la víctima perciba una doble indemnización. El argumento más común para tal solución, es el efecto disuasorio frente al causante del daño, quien no va a ver reducido el monto de la indemnización a que hay lugar, por la existencia de un beneficio adicional para la víctima.

Asimismo cuando el daño proviene de malas conductas –como conducir en estado de embriaguez-, tal solución cuenta con la misma justificación de los *punitive damages*. Se dice además, que los daños en realidad nunca son indemnizados en su integridad, lo que justifica que haya una reparación por dos vías.

³³² Se refiere el Autor, a un elemento adicional, que dejaremos expuesto para ocuparnos de él más adelante, como es la *tridimensionalidad* del fenómeno analizado, habida cuenta de haber tres partes involucradas; de un lado tenemos a la víctima, de otra el causante del daño y, por último, tenemos quien proporciona ese beneficio colateral. Si bien cualquiera de los esquemas planteados propende por una mejor situación para la víctima, lo cierto es que la entrada en escena de ese tercer actor, puede traer beneficios para el causante del daño, quien se va a ver exonerado del pago –si en el primero de los supuestos la víctima prefiere hacerse con los beneficios colaterales- o al menos aliviado en la carga que le corresponde soportar –salvedad hecha respecto de la segunda alternativa-. Conforme lo anterior –y es acá en donde queremos hacer hincapié- la aplicación de ciertos límites en las indemnizaciones, pueden beneficiar al causante del daño, quien verá incólume su patrimonio, frente al detrimento de quien se hace cargo de los efectos de su actuar.

Por otro lado y como segunda solución plantea la posibilidad de descontar de los beneficios paralelos que obtiene la víctima por el daño que se ha causado. Tal posibilidad se aplica en las Cortes Inglesas, en materia laboral, cuando la víctima sigue recibiendo salario, bien por voluntad del empleador o en virtud del contrato, toda vez que la víctima no tiene pérdida real.

Por tercera y última solución, plantea la obligación de reembolsar por parte del causante del daño los beneficios paralelos que haya tenido la víctima, a quien ha tenido que asumirlos, bien sea mediante la subrogación o a través de la creación de un derecho específico en tal sentido³³³.

6.3.2. Criterio jurisprudencial.

Si analizamos el tema desde la óptica de la Jurisprudencia, en donde podemos referirnos al caso concreto que estudiamos, encontramos que se sigue el criterio esbozado por la doctrina respecto de la posibilidad de acumular las indemnizaciones a que hay lugar.

Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en el caso de *Venta Berri* de Hernani³³⁴; en el ya citado caso de la *mochila-bomba* de Renteria³³⁵; en las sentencias proferidas con ocasión de los atentados terroristas en uno de los almacenes *Hipercor* de Barcelona³³⁶, así como en el de las lesiones causadas con el *paquete-bomba*³³⁷, en el marco de la Exposición Universal del año 1.992, celebrada en Sevilla, caso al que también nos referimos con anterioridad, analizando otro de sus extremos.

³³³ FLEMING G., J. *An introduction...*, *Ob. Cit.*, Pág. 130 y ss.

³³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1986, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1986\6627)

³³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de diciembre de 1988, Sala Tercera.

³³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 1996, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, (RA/474) y; Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RA/6083).

³³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RA/ 2942).

Estimó el alto Tribunal, que los títulos indemnizatorios provenían de fuentes diferentes –*solidaridad, Seguridad Social, responsabilidad patrimonial de la administración*- y por ende eran independientes. Tal independencia, implicaba que las indemnizaciones fueran compatibles y acumulables y; que al ser independientes, la valoración atendiendo al principio *indemnidad total*, debía hacerse de manera individualizada, sin más límites que el mismo título impusiera, para el caso concreto.

Un caso particular encontramos en otra sentencia más, relacionada también con el caso del *Hipercom* de Barcelona, en este caso, proferida por la Audiencia Nacional³³⁸, en la que se negó la acumulación de indemnizaciones, siguiendo el criterio sostenido por la Jurisprudencia.

Sucedió que dentro del proceso adelantado ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se llegó a una condena en tal materia y al establecimiento de la respectiva responsabilidad civil por los daños generados. Dentro del proceso no se pretendió vincular de manera alguna, como responsable subsidiario a la Administración Pública, por la conducta de alguno de sus representantes.

Los actores fueron beneficiarios de las ayudas de establecidas en su momento para las víctimas del terrorismo e indemnizados, vía procesos contencioso administrativos, por la actuación de la Administración Pública en el atentado terrorista.

La Audiencia Nacional, desestimó las pretensiones de los demandantes, en el sentido de no otorgarles indemnizaciones por los daños causados, habida cuenta de haber sido estos satisfechos por la administración, en virtud de condenas

³³⁸ Sentencia Audiencia Nacional, de 19 de enero de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª (RA/124).

anteriores, que se fundamentaron en los mismos hechos y que compartían la misma fuente. En otras palabras no resulta lógico hacer responsable subsidiario a la Administración Pública por hechos de los que fue declarada responsable principal.

No hubo un cambio de criterio al negarse la acumulación de las indemnizaciones, pues de hecho la sentencia recoge los montos entregados a cada una de las víctimas; reconoce la existencia de las obligaciones, la satisfacción de las mismas y deja que sean los responsables directos –los terroristas- quienes asuman el pago de las condenas que les corresponden, por responsabilidad civil³³⁹.

La claridad con la que se esboza el criterio seguido por las altas cortes, no siempre se evidencia en todos los fallos y, en nuestra opinión, pueden llegar a generar contradicciones o, incluso, situaciones de mayor complejidad.

Sirva de ejemplo para ello la Sentencia proferida por la Audiencia Nacional de fecha 4 de marzo de 2005, en la que deniega la reclamación hecha por una víctima, al estimar que se incurriría en una doble indemnización.

Los hechos tuvieron lugar en la localidad de Zarazu –Guipúzcoa-, el día 30 de noviembre de 1.980 en donde se produjo un ametrallamiento por parte de miembros de ETA y como consecuencia del mismo, el accionante sufrió lesiones importantes en sus miembros inferiores.

En el proceso penal adelantado contra una de las personas que participó en los hechos como *encubridora*, se fijó una indemnización de 8.500.000 ptas. a favor del actor, el 17 de marzo de 1.988. Con dicha sentencia y al amparo de la

³³⁹ ROCA E., “Resarcir o Enriquecer...”, *Ob. Cit.*, Pág., 913. Refiriéndose al caso específico, opina la Profesora ROCA que la negativa en la acumulación de las indemnizaciones, aún cuando son compatibles, viene dada en cuanto a que proceden de la misma fuente, argumento válido en materia de acumulación de indemnizaciones, pero que estimamos no es el que se aplicó en este caso concreto.

Ley 32 de 1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, el actor solicitó el reconocimiento de la indemnización correspondiente; sin embargo, al ser mayor la valoración de conformidad con los baremos establecidos en la citada ley, se le otorgó la suma de 16.000.000 ptas., tópico éste que, como lo vimos en su momento, se encuentra contemplado en la ley.

Con posterioridad, se adelantó otra causa penal por los mismos hechos -en este caso contra el *autor* del atentado terrorista- en la que se fijó la suma de 30.000.000 ptas. a favor de la víctima, por concepto de responsabilidad civil, el 18 de diciembre de 2001. Una vez más, con esta sentencia y al amparo de la ley 32 de 1999 aludida, el actor solicitó se le abonara la suma correspondiente, solicitud que fue resuelta reconociéndole la diferencia entre lo abonado en virtud de la primera solicitud -esto es 16.000.000 ptas.- y, la segunda sentencia -esto es 30.000.000 ptas. es decir, 14.000.000 ptas.³⁴⁰

No conforme con lo anterior, el actor se recurre esta última decisión, aduciendo que la indemnización que le corresponde no es de 30.000.000 ptas., sino de 38.500.000 ptas., teniendo en cuenta que es la suma total que se le ha reconocido a través de las decisiones judiciales y además ser el monto por el que se subrogó a favor de la Administración.

Esta última petición es negada por la Audiencia Nacional, aduciendo que, como se lee en el numeral segundo de los fundamentos de derecho,

“...no procede una duplicidad indemnizatoria, atendiendo a los mismos hechos, aunque existan dos responsables penales en virtud de sentencias distintas. En efecto el hecho de que se dictaran dos sentencias por las que se condenaba a los imputados (encubridor y autor de los hechos) en momentos

³⁴⁰ El artículo 9.3 de la ley 32 de 1999 de 8 octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo establece que: “...La fijación sobrevenida de una indemnización por responsabilidad civil, en virtud de sentencia judicial, tendrá los efectos previstos en los artículos 6.2 a) y 8.1 de la presente Ley. Si la indemnización establecida en la sentencia, en concepto de daños físicos o psicofísicos, fuese de superior cuantía a la que hubiere percibido el beneficiario, el Estado abonará al interesado la diferencia...”.

*temporales diferentes, a indemnizar al afectado, con dos cantidades también distintas no supone que se trate de hechos... penales distintos sino el mismo hecho dictándose dos sentencias sucesivas en el tiempo debido a la imposibilidad de detener y juzgar a la vez a todos los intervinientes en el mismo delito. En consecuencia si los hechos que le causaron la lesión constitutiva de incapacidad permanente absoluta fueron unos con independencia que se enjuiciaran penalmente de manera distinta y en procedimientos diversos, no ha lugar a más que a una indemnización determinada por el importe más alto fijado en la última sentencia (30.000.000 ptas.)... ”.*³⁴¹

Bien podemos afirmar que se trata de una situación *sui generis*, en donde se adelantaron dos procesos penales, con condenas por responsabilidad civil en cada uno de ellos, con diferentes consecuencias. Sin embargo la estimación respecto del monto al que asciende el daño de no haberse hecho en sede del proceso penal en el que se condenó al *encubridor* y al *autor*, quizá no sea en sede de este recurso en donde se debe ventilar.

En este caso, existen dos títulos –sentencias- diferentes para solicitar la indemnización, acorde con el daño que ha sufrido. Son los mismos hechos y es el mismo daño, pero la participación en la causación del mismo, no es igual para quien encubre que para quien es el autor, de ahí a que haya una valoración diferente en el monto al que asciende el daño causado.

Por tratarse de sentencias diferentes, es posible obtener de cada uno de los enjuiciados el monto al que se le ha condenado, pues es la conducta individual la que se ha juzgado en cada uno de los procesos y la que se tiene en cuenta al momento de fijar el monto de la indemnización.

³⁴¹Sentencia de la Audiencia Nacional, de 4 de marzo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, No. 208718.

No hay un fundamento jurídico que permita al fallador estimar el monto de un daño siguiéndose por la fijación que del mismo se haya hecho en dos sentencias diferentes y que le permita decantarse por uno de ellos o, al menos, tal fundamento no se esgrime en la sentencia. Pero además desconoce que es lógico y viable desde el punto de vista jurídico, fijar cuantías indemnizatorias de acuerdo con el grado de participación que haya tenido quien se ha sometido a juicio, que como se entenderá es diferente tratándose de encubridores, que de autores.

Pero más allá de los aspectos puntuales de las sentencias, una de las debilidades del sistema, se presenta cuando no se tiene en cuenta la valoración del daño en conjunto, pues sin tratarse de un extremo imputable a la víctima, si lo es al sistema judicial; las indemnizaciones que se impongan en desarrollo del proceso, deben atender a la cuantía específica del daño, ni más ni menos, lo que en estricto rigor corresponda, para así distribuir las cargas entre los vinculados a la ocurrencia del hecho lesivo.

Si al Estado se le condena a pagar la totalidad del daño, ¿qué le queda por resarcir al terrorista?; de hecho cualquier resarcimiento que haga será en abundancia, pues en teoría, el daño quedó satisfecho con la condena al Estado y en éste caso, si se presentaría la *sobreindemnización*, pero de ninguna manera imputable a las normas que establecen ayudas para las víctimas del terrorismo, ni al sistema mismo de reparación, solo imputable a la administración de justicia, que obvia las indemnizaciones a que se haya condenado por otros conceptos.

No es que los Tribunales de Justicia, desconozcan la existencia de la acción de un tercero en la producción del daño, sino que la obvian cuando haya una posibilidad de imputar la responsabilidad a la administración³⁴².

³⁴²BLASCO ESTEVE, A., “La Relación de Causalidad en materia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración”, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, Tomo 53, enero/marzo, 1987, Pág. 110.

Quizá sea ésta la alternativa más sencilla de proceder; el Estado siempre es solvente; no es necesario perseguirle porque no se puede ocultar; quienes contra el mismo procedan para el pago de una indemnización, no tendrán que gozar de una protección especial por las represalias que pueda tomar y; en fin, pudiéramos referirnos a un sin número de ventajas para las víctimas del terrorismo, frente a las acciones que pudieran tomar contra los terroristas y quienes se encargan de financiarlos, pero lo cierto es, que ninguna de tales justificaciones es válida tratándose de responsabilidad civil, pues si no se es el causante directo del daño o sus acciones no cuentan con entidad suficiente para la causación del mismo, no se podrá imputar el pago de indemnizaciones que en estricto rigor jurídico no le corresponde.

Por ésta vía se puede hacer responder al Estado por muchas de las situaciones que se presentan a diario en la sociedad, por los accidentes de coches, por los homicidios, por los robos, por el tráfico de estupefacientes, entre muchos otros fenómenos que se dan y que “deben” ser controlados por su parte, con un agravante, que todas esas condenas a resarcir daños ajenos, benefician en exclusiva a los delincuentes, que seguirán con sus acciones, pues, al menos de la parte económica de las mismas, no tendrán que ocuparse, pues para eso, está el Estado.

6.3.3. Criterio legal.

Ahora bien, si analizamos la situación desde la perspectiva de la legislación respecto de las víctimas del terrorismo, tenemos que partir de la existencia de dos supuestos: el contenido en el la Ley 32/1999, de octubre 8 y su respectivo Real Decreto 1912/1999, de diciembre 17 y; el contenido en el Real Decreto 288/2003, de 7 de Marzo, toda vez que el fundamento con que cuentan es, como se manifestó en su momento, diferente.

Recuérdese que hicimos referencia a que en solo uno de los regímenes -el contenido en la Ley 32/1999, de octubre 8 y el Real Decreto 1912/1999, de diciembre 17-, se establecía de manera expresa la subrogación de las acciones para obtener de manos del responsable la indemnización correspondiente, mientras que en el otro -esto es el contenido en el Decreto 288/2003-, se guardaba silencio al respecto, punto en el que se centra la diferencia de cada uno de los mismos.

De igual manera, recordemos que en ambos casos, son claras las disposiciones en afirmar que el reconocimiento de las ayudas establecidas, no supone la asunción de responsabilidad alguna por parte del Estado, si quiera subsidiaria, así como que comparten la manifestación relativa a la compatibilidad de las ayudas establecidas, con otras a que tengan derecho las víctimas o sus causahabientes³⁴³.

6.3.3.1. Según el Régimen Ordinario del Real Decreto 288/2003, de marzo 7.

Las ayudas acá planteadas, no implican la transmisión de acciones en favor del Estado, es decir, acá no se conserva la expectativa o la esperanza de recuperar en alguna ocasión, los dineros que por su parte se han tenido que asumir, de manos de los terroristas.

Lo que se pretende acá, es *“...atender económicamente una necesidad que se considera digna de protección y, además hacerlo de manera inmediata, porque la ayuda o la indemnización del seguro de daños, se otorga sin necesidad de acreditar ningún tipo de responsabilidad civil por la producción del daño. En algunos casos, esa responsabilidad existe o podría sostenerse que la hay y, la*

³⁴³Para el caso de la Ley 32/1999, de octubre 8, la referencia la encontramos en el artículo 2.4 y, para el caso del Real Decreto 288/2003, de marzo 7, en el artículo 6.

ayuda o el seguro de daños, constituyen un título indemnizatorio adicional a la propia responsabilidad civil... »³⁴⁴.

En otras palabras, el título a través del cual se obtienen las ayudas, es independiente por completo del emanado de la responsabilidad civil por la actuación que se haya observado por parte del Estado, siendo éste el principal fundamento, para determinar la viabilidad de recibir varias indemnizaciones, que tienen en común el fundamento fáctico, pero que difieren en el título que las soporta.

Como lo manifestamos, es este el criterio que sigue la Jurisprudencia que concede, conforme lo establece la ley, las indemnizaciones a que haya lugar en virtud de regímenes especiales que comportan ayudas para las víctimas de determinados eventos, junto con las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración, de manera concurrente³⁴⁵.

Dicho lo anterior, podemos colegir que para efectos de la compatibilidad de las indemnizaciones a que haya lugar en los eventos en los que nos encontramos, lo que en realidad resulta importante, es el título a través del cual se pretenden; de un lado tenemos las indemnizaciones que obedecen en exclusiva a sentimientos de solidaridad con las víctimas, con esa parte de la sociedad que se ha visto más afectada en el desarrollo de un ataque que, en principio, va dirigido a la totalidad de la misma y que le impone la obligación -

³⁴⁴HUERGO LORA, A., *El Seguro de Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002, Pág. 52.

³⁴⁵De ésta manera se estimó en el caso de la mochila-bomba de Renteria -Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de diciembre 27 de 1988-, en cuyo fundamento cuarto puede leerse, que “...los hechos reseñados demuestran la aplicabilidad en el caso de los dos títulos jurídicos invocados, pues no cabe duda que las lesiones de J. A. Se produjeron con ocasión de la actuación de bandas armadas...; y a la vez quedando patente que las Fuerzas de Seguridad del Estado... no actuaron como les era normalmente exigible...”. El mismo criterio se siguió en el caso de la carta-bomba de Sevilla -Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de marzo 27 de 1998-, en la que incluso se reconocieron las indemnizaciones provenientes de la Seguridad Social, las contempladas en la ley de ayudas para las víctimas del terrorismo y las provenientes de la responsabilidad civil de la Administración, de manera concurrente.

si a caso moral- de mitigar los efectos que éste grupo reducido ha tenido que sufrir.

De otro lado tenemos las indemnizaciones que provienen de la actuación de la Administración Pública en un caso concreto, como es que su proceder ha sido determinante para la causación de los daños y que por tanto debe proceder a repararlos y, por último, sin ser del tema pero que debe tenerse en cuenta, la indemnización que corresponda por las cotizaciones en la Seguridad Social, aspecto que tan solo dejamos enunciado.

Con todo, sea cual fuere el régimen que se aplique –solidaridad o responsabilidad de la administración-, no cabe duda del origen de los recursos con los que se asumen tales pagos, si es el mismo: el patrimonio del Estado.

Este planteamiento es válido a la luz de las disposiciones legales vigentes, pero puede no ser justo, pues no pareciera ser justificable bajo un esquema como el planteado por las disposiciones legales objeto de análisis, que haya diferencia entre las víctimas de los actos terroristas, toda vez que mientras unas reciben dos resarcimientos, uno proveniente del sistema de ayudas y otro del sistema de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, otras solo obtengan uno con cargo al sistema de ayudas.

En palabras del profesor MUGA MUÑOZ “...la solidaridad de las víctimas que todos asumimos no está justificada cuando se reciben dos indemnizaciones, no nos encontramos ante la cobertura pública de unos daños, sino ante un posible enriquecimiento injusto de aquellos que han visto satisfechos los mismos conceptos indemnizatorios en dos ocasiones y con fondos procedentes de los mismos presupuestos públicos...”³⁴⁶;

³⁴⁶MUGA MUÑOZ, “Novedades en la Responsabilidad...”, *Ob. Cit.*, Pág. 1757.

Quizá lo más lamentable de esta situación, es que si tal injusticia se presentara, el beneficiario de la misma sería el terrorista, pues serán dineros que de ninguna manera se podrán recuperar, de un lado porque no se subrogan las acciones –en uno de los casos referidos- y de otro porque la responsabilidad está en sede de la Administración Pública, lo cual impide cualquier pretensión de su parte frente al causante del daño, que incluso podrá verse avocado a un pago adicional si así se le condena y es solvente para ello.

Con todo no podemos pasar por alto lo que se apuntó en su momento respecto de las ayudas para las víctimas del terrorismo, que no son más que eso, *ayudas*, y por ende, aunque se les conceptualice como indemnizaciones, no son tal, toda vez que más allá de ser un medio resarcitorio, propenden por paliar el sufrimiento injusto que se les ha causado, es decir, no se trata de un sistema estructurado sobre la base de la responsabilidad civil, en donde son muchos otros los elementos que se analizan y se tienen en cuenta, entre otras cosas, con miras a lograr un restablecimiento de la situación en la que se encontraba la víctima antes de serlo, lo cual en nada se opone a que en adición, se declare la responsabilidad de la Administración con base en su proceder, de cuyos efectos no tiene porqué hacerse cargo la víctima.

No es, entonces, bajo este supuesto que se presenta la *sobreindemnización*, pues se trata de una forma de colaboración del Estado, de la misma manera como se hace en otras situaciones en las que, incluso, no existe la posibilidad de señalar a una persona en concreto como responsable del suceso.

Un sistema con los límites acá analizados, en cuanto a la cobertura de las ayudas y los beneficiarios de las mismas, nos lleva a considerar que su estructura no pretende enriquecer a nadie, sino brindar un apoyo para los que han sido tocados por el infortunio, cuya cuota de sacrificio es superior frente a la de los demás y que, desde luego, no se verá satisfechas sus expectativas, con las

ayudas que se le otorguen, pues de hecho, no es éste el objetivo perseguido con las mismas.

6.3.3.2. Según el Régimen Extraordinario de la Ley 32/1999, de octubre 8.

Si analizamos la situación desde la perspectiva de la Ley 32/1999, de octubre 8 y su correspondiente Real Decreto, la posibilidad de que se genere una *sobreindemnización*, es menor.

Si bien al tenor de las disposiciones, pueden presentarse dos indemnizaciones por el mismo hecho, cada una es independiente de la otra, pues una será la que le corresponde en estricto rigor al delincuente y de otro la que le corresponde a la Administración Pública por su actuación frente a los hechos.

Acá la responsabilidad se ha establecido de manera autónoma para cada caso, lo cual implica que se le condene a cada uno de los involucrados en los hechos, a la asunción de una parte de la obligación que se genera; en este evento con más claridad se ve la diferencia que existe entre los títulos que se invocan para la obtención de la indemnización, siendo uno el exigible frente al terrorista y otro, el exigible a la Administración por su actuar.

El sistema se apoya en la solidaridad del Estado con las víctimas, pero se parte de la declaratoria de responsabilidad del terrorista, se asume un porcentaje de la indemnización a la que se le haya condenado y además, se subroga en los derechos que le asisten al beneficiario de la indemnización; pensarlo de otra manera, constituiría sin lugar a dudas a una *sobreindemnización*, pues se estaría dando una doble indemnización por los mismos hechos y con fundamento en los mismos principios, dejando incólumes las acciones para que se procediera contra el terrorista solvente para que, una vez más, indemnizara el perjuicio causado.

En este caso el Estado asume la insolvencia del terrorista -con ciertos límites-, avanzando la indemnización a que la víctima tenga derecho por la responsabilidad civil originada por el delito, pero subrogándose en los derechos que tuviera contra el causante del daño³⁴⁷; el Estado se convierte así en un asegurador gratuito de los daños.³⁴⁸

7. Análisis Retrospectivo y una Propuesta.

Hasta acá hemos analizado las diferentes alternativas con las que en la actualidad se cuenta para poder establecer la obligación entre las personas que han participado en la acción conjunta que conduce a la causación de daños, así como la naturaleza jurídica de la obligación que entre las mismas surge, de cara a la víctima.

Sin embargo todas estas figuras jurídicas han venido siendo desarrolladas para otro tipo de acciones y por ende se muestran en ocasiones insuficientes en la atención de estos particulares eventos, cada vez de mayor ocurrencia en todos los extremos, en unos más que otros, pero sin lugar a dudas se trata de una amenaza común a todas las sociedades.

Tal insuficiencia se pone de manifiesto en el hecho de tener que ser el Estado el que asuma las consecuencias de tan deplorable actuar, mientras muchos de los que han participado de manera activa o pasiva con las organizaciones terroristas, siguen aún sin siquiera asumir su responsabilidad penal.

Desde la perspectiva de la *coautoría*, tal y como tuvimos oportunidad de analizarlo, es posible vincular en materia civil a todos aquellos que hubieran estado dentro de los actos preparativos o ejecutivos, aún cuando se trate de personas que a su vez, son parte de un grupo mayor. Solo quienes han tenido una participación directa en un hecho

³⁴⁷ROCA, E., “Resarcir o Enriquecer...”, *Ob. Cit.*, Pág. 902 y siguientes.

³⁴⁸HUERGO LORA A., *El Seguro...*, *Ob. Cit.*, Pág. 207.

concreto, habrán de responder por el mismo y sus consecuencias en materia civil, frente a la víctima, de manera solidaria.

Quizá más amplitud se logra a través de la *autoría mediata en las organizaciones de poder jerarquizadas*, en donde quedan vinculados todos aquellos que han tenido injerencia en la decisión, preparación y ejecución, así como aquellos que han sido meros burócratas dentro de la organización que se atribuye la realización del acto terrorista. En este caso, siendo más las personas vinculadas con la comisión de la acción delictiva, habrá mayor posibilidad de que la víctima vea satisfechas sus pretensiones de justicia, al surgir entre este nutrido grupo la *solidaridad* frente a las obligaciones que de su parte habrán de asumir. Sin embargo, se trata de una postura doctrinal de poca aceptación en el ámbito doctrinal y mucho menor en el ámbito jurisdiccional.

Recurrimos entonces, en aras de una mayor y mejor garantía para las víctimas, a las denominadas obligaciones *In Solidum*, en las que en virtud de la pluralidad de vínculos que hay con la víctima, se hace responder de la integridad del daño a todos los que hubieran tenido relación con el mismo. Ya no se trata de una obligación *solidaria* de las que surgen cuando hay *coautoría*, sino de una obligación en bloque, de la que responden todos aquellos que hayan estado vinculados a la comisión de daño. Empero en este caso, la acogida que la doctrina concede a esta “categoría especial” es poca y su aplicación es aún menor.

Todas estas alternativas, aún cuando son válidas, no permiten vincular al resarcimiento de los daños a todos aquellos que de alguna manera han tenido que ver con las acciones terroristas. Una persona jurídica que financie la actividad de estos grupos, no puede ser vinculada en la reparación de los daños que el mismo cause, aún cuando acepte tal financiación, por la imposibilidad de determinar su participación específica en la causación de los mismos; por la incapacidad de probar que con la financiación que les ha hecho, realizaron una acción específica.

Casos como el de *Chiquita Brands International* en Colombia, que pagaba a paramilitares para que actuara en contra de la comunidad, le ha causado repercusiones en materia penal a sus directivos, pero ninguna en materia civil, por el hecho de no poder demostrar que hubiera habido una orden directa de asesinar a una persona en concreto o grupo específico de ellas.

No nos referimos en este apartado a las connotaciones penales que tales acciones producen; nos referimos a las implicaciones civiles que se desprenden del mismo y que en estos casos específicos -que son muchos, como ocurre en el País Vasco con algunas *eriko tabernas*-, no llegan a producirse.

Y es que estamos frente a una situación no contemplada en los ordenamientos jurídicos; pareciera que basta hacer aportes a través de una persona jurídica o a objetivos indeterminados para evadir el pago de las indemnizaciones que por el actuar de los grupos terroristas se generan, cuando lo cierto es que la realización de todos esos actos, van en beneficio de quien los financia y que la acción de todos los vinculados de una u otra manera con estos grupos, es la que conduce a la producción de resultados específicos.

Dentro de organizaciones como estas, en donde el número de integrantes es considerable -y aún cuando no lo fuera-, es lógico que las acciones estén confiadas a determinado sector del mismo; por imposibilidad de número, pueden estar vinculados todos a la comisión de todos los actos que a través de la misma se lleven a cabo; la misma estructura de la organización implica que se haga una distribución de funciones y que mientras en Bogotá un coche bomba explota y ocasiona la muerte de 39 personas, otros se encuentren repeliendo la acción del ejército que pretende dar con los principales miembros de la organización, en medio de la selva y otros se encuentren reunidos con simpatizantes de otros países en un foro internacional; todas acciones diversas pero relacionadas entre sí, de la misma manera que operan las cosas al interior de una persona jurídica, pero al margen de la ley.

Participar de este tipo de organizaciones implica asumir que a su sombra se realizaran acciones delictivas y que el consentimiento en las mismas se da desde el momento en que se forma parte de ellas, razón por la cual todos sus miembros están involucrados en las acciones y en los resultados de las mismas, como lo están de los beneficios que como grupo logren en un proceso de negociación.

Quien forma parte de ETA, las FARC, el ELN o cualquiera otra de estas organizaciones terroristas, asume desde el primer momento que las acciones que se adelantan por las mismas son delictivas y que conducen a un objetivo común; ese mismo que los lleva a unirse y a realizar las acciones que se les confíen, sean ellas escribir en un diario en favor de la causa o destruir la sucursal de un banco; lo que debería ser suficiente para hacerles responsables de todas las acciones que como grupo adelantan, en materia civil, en donde a diferencia del derecho penal, si es posible responder por las acciones de un tercero, cuando haya un vínculo que así lo justifique, pero además, siempre que lo establezca la ley.

7.1. La Ley 1/2000, de enero 7, de Enjuiciamiento Civil.

La razón por la que nos referimos a esta disposición legal, no es otra que la similitud en cuanto al criterio utilizado, respecto a las acciones de ejecución que se adelantan frente a *Entidades sin personalidad jurídica*, de conformidad con el artículo 544, del Libro III, relativo a la ejecución forzosa y las medidas cautelares, del Título III, de disposiciones generales para los procesos de ejecución y a cuyo tenor establece:

“Artículo 544. Entidades sin personalidad jurídica.

En caso de títulos ejecutivos frente a entidades sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados, podrá despacharse ejecución frente a los socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad, siempre que se acredite

cumplidamente, a juicio del tribunal, la condición de socio, miembro o gestor y la actuación ante terceros en nombre de la entidad.

...”

Se trata de un precepto de aplicación en los casos en que varias personas deciden actuar de manera transitoria de modo organizado para el logro de un propósito común, sin constituir una persona jurídica pero actuando en el tráfico como tal colectivo o sujeto diferenciado.

En estos casos, la ejecución podrá ejercitarse contra quienes sean socios, miembros o gestores de estas *entidades* que, por carecer de personalidad jurídica, carecen también de un patrimonio común que sirva de garantía general a sus acreedores, los mismos que verían defraudadas sus pretensiones ante la aparente acefalia de la organización³⁴⁹.

El análisis de la norma transcrita debe basarse en ciertos elementos que consideramos determinantes para el planteamiento de nuestra propuesta; tales elementos son relativos a la determinación de lo que podemos entender como *Entidad sin Personalidad Jurídica*, lo que se considera *tráfico jurídico* y por último los requerimientos del precepto legal, para poder proceder a la ejecución que de su aplicación se derivan.

7.1.1. Ámbito de aplicación.

Hemos de partir del hecho de que la norma no establece ninguna diferenciación a este respecto, solo se refiere a entidades en general, sin establecer un criterio según el cual se pueda afirmar sin lugar a equívocos que se refiere a un tipo de *entidad* u otra, de hecho la sola enunciación de todas las posibilidades que cabrían en este precepto, por si sola sería bastante amplia y en

349 FLORS MATÍES, J., *El Proceso Civil -doctrina, jurisprudencia y formularios-*, Volumen VI, FERNANDO ESCRIBANO MORA (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, Págs. 4595 y ss.; BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, V.V.A.A., Civitas, Madrid, 2001, Pág. 939.

la misma habría que incluir, no solo aquellas que no cuentan con *personalidad jurídica* porque sus integrantes no han decidido constituir la como tal -el caso de las sociedades irregulares-, sino todas aquellas que por la naturaleza misma de las actividades que realizan no podrían tenerla.

Se establece entonces una categorización genérica con una única excepción, como es respecto de las asociaciones de propietarios de inmuebles en régimen de propiedad horizontal. Esto refuerza la generalidad del precepto, en tanto que si alguna de las posibles *entidades* a las que les fuera aplicable esta disposición legal se hubiera querido excluir, sin duda así se hubiera expresado.

Con todo, la ambigüedad del término, ha llevado a interpretaciones doctrinales siguiendo los criterios jurisprudenciales que se han venido aplicando y que incluyen dentro de tales entidades las comunidades de bienes, los comités, las sociedades irregulares, las uniones temporales de empresas, las agrupaciones de empresas, las herencias yacentes y las masas de bienes de las quiebras, entre otras, sin que se trate desde luego de algo más que una mera enunciación de los posibles supuestos en las que podría aplicarse lo acá establecido ³⁵⁰.

En procura de una solución a este asunto, se recurre a lo establecido en el artículo 6.1.5 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que la respuesta ofrecida en este precepto resulte satisfactoria, habida cuenta de referirse con carácter genérico a los casos en que se puede ser parte en un proceso, indicando que lo podrán ser las entidades sin personalidad jurídica que la ley reconozca capacidad para ser parte. En otras palabras son parte cuando la ley las considere como tal, lo cual poco aporta para una aproximación interpretativa del precepto.

Así las cosas, habrá de aceptarse que todo grupo de personas organizadas que actúen en conjunto, ausentes desde luego de *personalidad jurídica* y *patrimonio*

350 RAMILO RODRÍGUEZ DE ROBLES, I, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE (director), Lex Nova, Valladolid, 2000, Págs. 2627 y ss.

común, podrán ser sujetos pasivos dentro de un proceso de ejecución, a voces del artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la única excepción aludida.

El nada despreciable efecto de lo anterior, es la posibilidad de ejecutar la obligación frente a los *socios, miembros o gestores*, que hayan actuado en nombre de la entidad, siempre que a juicio del Tribunal tal calidad se encuentre demostrada. Una solución planteada en tales términos, parece justa de cara a la existencia de obligaciones *anónimas* producto del actuar de grupos identificados de personas y que implica hacer responder a alguien, de lo que, en principio, podría no hacerse responder a nadie.

En otras palabras, se trata de una garantía adicional para los acreedores, quienes pueden verse indefensos frente a tales agrupaciones de personas; garantía que se traduce en la imposición de una obligación solidaria e ilimitada de todos quienes forman parte del los grupo y hayan actuando frente a terceros como tales³⁵¹.

7.1.2. Requisitos de aplicación.

Conforme lo dicho con anterioridad respecto de la ubicación del precepto legal en comento y, el ámbito de aplicación del mismo, se trata de una herramienta procesal aplicable dentro de los procesos de ejecución.

Lo anterior nos conduce al primer requisito como es, la existencia de *título ejecutivo*, que, de conformidad con lo establecido a manera de enunciación por la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 517 y, al margen de las discusiones doctrinales -todas ellas válidas- respecto de lo que se considera tal, lo será la en lo que a nosotros interesa, la *sentencia de condena en firme*, por demás el título ejecutivo por excelencia.

351 RAMILO RODRÍGUEZ DE ROBLES, I, *Comentarios...*, Ob. Cit., Pág. 2645.

De conformidad con lo anterior, surge la duda respecto de la posibilidad de iniciar una ejecución contra alguno de los *miembros* de la *entidad*, cuando estos no han sido parte dentro del proceso cuya sentencia se pretende hacer efectiva, lo que podría ser una violación a la *tutela judicial efectiva*. Sin embargo, no podemos olvidar que en cualquier caso, aquel contra quien se pretenda la ejecución por ser miembro de la *entidad sin personalidad*, tendrá oportunidad de ser oído en juicio y ejercer su derecho de defensa, dentro del mismo proceso de ejecución, partiendo de la posibilidad de demostrar no ser parte del grupo al que se le vincula o no haber actuado en su nombre frente a terceros.

Por otro lado, requerirá para poder despachar ejecución en contra de alguno de los miembros de la organización, que haya actuado como parte de la misma y en su nombre, frente a terceros, sin necesidad de haber actuado de tal manera en el hecho concreto por el que se intenta la ejecución; la disposición legal no liga el ejercicio de la acción a la realización de un particular evento, sino que lo deja abierto, con carácter general, lo que de alguna manera confirma idea de ser esta una garantía superior para el acreedor, frente a quienes han actuado de manera concertada y organizada, ante a terceros de buena fe³⁵².

En lo que se refiere a la calidad de *socio*, *miembro* o *gestor*, se entiende que no será suficiente con aportar prueba sumaria de ello o el mero indicio de prueba, sino que deberá presentarse *plena prueba*, que determine sin lugar a equívocos que la persona contra la que se realiza la ejecución ostenta una de las calidades antes señaladas y además, que ha actuado en nombre de la *entidad*, frente a terceros de buena fe. Y se trata de un requerimiento apenas lógico, no

352 JUAN SÁNCHEZ, R., *Proceso Civil Práctico*, Tomo VII-1, VICENTE GIMENO SENDRA (director), La Ley, Madrid, 2002, Pág. 2-107; en contra RAMILO RODRÍGUEZ DE ROBLES, I, *Comentarios, Ob. Cit.*, Pág. 2637, quien estima que solo procederá la ejecución frente a quien ha actuado en nombre de la entidad, en el caso concreto sobre el que versa la ejecución, no sobre los demás miembros, así estos hubiera actuado en otros eventos fuera del conflicto, como tales. En el mismo sentido SABATER MARTÍN, A., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ – BALLESTEROS, JOSÉ MARÍA RIFÁ SOLER, JOSÉ FRANCISCO VALLS GOMBAU (coordinadores), Iurgium – Atelier, Barcelona, 2000, Pág.2615, nota al pie No. 1.

solo por la redacción del mismo texto legal -cuando se dice que ha de acreditarse *cumplidamente* a juicio del tribunal- sino por las drásticas consecuencias que se siguen de su aplicación³⁵³.

7.1.3. El tráfico jurídico.

Este es el elemento que a nuestro juicio reviste mayor complejidad en razón a la generalidad que del mismo se desprende, habida cuenta de no estar determinado o, al menos, tener elementos para determinar, el criterio que se debe seguir para establecer su alcance y la orientación que se le pretende dar.

Cuando las disposiciones legales se refieren al *tráfico jurídico*, se hace referencia a la capacidad que tienen los sujetos de estar involucrados en situaciones o relaciones de las que siguen efectos en el marco del derecho. De la realización de ciertas actividades, surgen derechos y obligaciones para quienes se encuentran involucradas en las mismas³⁵⁴.

En virtud de lo anterior, la posibilidad de realizar actividades comerciales, la celebración de toda clase de contratos, la asunción de obligaciones, entre muchos otros, son situaciones de las que surgen toda clase de efectos y que se encuentran reguladas por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que su práctica hace que se mueva el andamiaje dentro del que se lleva a cabo tal relación.

Lo anterior implica, como no puede ser de otro modo, las obligaciones que en virtud de tales relaciones se generen, provengan estas bien de contratos o bien de la realización de actividades delictivas, habida cuenta de ser todas ellas en conjunto, las que se encuentran reguladas en el sistema jurídico, compuesto

353 JUAN SÁNCHEZ, R., *Proceso Civil Práctico... Ob. Cit.*, Pág. 2-106 y RAMILO RODRÍGUEZ DE ROBLES, I, *Comentarios, Ob. Cit.*, Pág. 2639.

354 JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal Civil*, MANUEL ORTELLS RAMOS (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2007, Págs. 83 y ss.

por todas las normas, tanto civiles como administrativas o comerciales, laborales y, cómo no, las penales.

7.2. Nuestra propuesta.

Visto todo lo anterior respecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil y para quien hasta acá nos siga, podríamos plantear la aplicación de la norma analizada para el caso en que hay una organización delictiva detrás de la realización de actividades de las que se desprenden obligaciones y por las que de ordinario, como lo hemos manifestado en varias oportunidades, ha de responder el Estado.

Se trata de un grupo de personas que, de manera más o menos organizada, realizan actividades para el logro de un propósito común, sin constituir una persona jurídica, pero actuando en el tráfico como un colectivo diferenciado, como lo dejamos dicho líneas arriba.

En este caso, la personalidad jurídica no se ha constituido no por la ausencia de algún requisito en particular, sino porque la misma naturaleza de la organización no lo permite -a nadie se le ocurriría que una banda armada necesitara personalidad jurídica-; pero ocurre que ante la ley las razones por las que tal característica es ausente, no son relevantes, como si lo es el hecho de no tenerla.

Por otro lado y respecto de sus *miembros*, la existencia de una Sentencia en la que conste su vinculación con la organización sería prueba irrefutable de su pertenencia a la misma, así como la actuación frente a terceros de buena fe como parte de esta. Acá las actividades pierden la individualidad y pasan a ser parte de un conjunto de ellas en el que por demás están involucrados todos sus simpatizantes. De hecho parte de la razón de ser de las actividades que se realizan, son tendientes a la reivindicación de los motivos de su participación en tales grupos y es claro el interés que tienen en que los terceros de buena fe -estos en especial-

sepan que la acción de la que han sido objeto, proviene de un conglomerado específico.

El *tráfico jurídico* como lo pusimos de manifiesto, incluye también el ámbito penal y las obligaciones que de acá se generen frente a los terceros de buena fe. Pero además, si esto no fuera suficiente para afirmar que se trata de una *entidad* inmersa en tal tráfico, ¿acaso las negociaciones que adelantan y en virtud de las cuales se ha llegado a acuerdos con algunos Gobiernos, no se hacen como *organización*? Y; ¿acaso las obligaciones que en virtud de estos acuerdos se generen, no son exigibles?; ¿no es esto suficiente para aceptar que tales organizaciones en determinados eventos actúan como sujetos de derechos y obligaciones? Nosotros creeríamos que sí.

Pensemos en el caso de un grupo de inversionistas que movidos por uno de ellos decide recaudar fondos para el desarrollo de un proyecto de vivienda en una de las ciudades españolas, sin que para ello pasen por la creación de una persona jurídica, por cualquier motivo. Recaudado el dinero, uno de los miembros del grupo, habiéndose ofrecido a la custodia del dinero, decide prescindir de sus compañeros de inversión y desaparece con la totalidad del mismo.

Todos, de acuerdo con el artículo 544 a que nos hemos venido refiriendo, resultarían obligados con quienes hubieran confiado su dinero, al margen de que su proceder en cualquiera de los eventos constituya a su vez un delito, con las consecuencias penales y civiles que de aquel se desprendan.

Si esto es así y la conclusión a la que llegamos es correcta; ¿no cabría predicar los mismos efectos frente a todos los *miembros* de una organización que realiza ciertas actividades, constitutivas a su vez de delitos y, que generan efectos en materia civil frente a los terceros de buena fe?

La duda persiste y en realidad no habría una razón específica que nos llevara a una conclusión diferente, más cuando los acreedores de estas obligaciones son además, víctimas de las más deleznable acciones. He ahí nuestra propuesta.

CAPITULO V

REGIMEN JURIDICO COLOMBIANO

1. Estado de la cuestión en el Sistema Jurídico Colombiano.

Como no podría ser de otra forma, hemos de hacer una breve referencia al asunto que ocupa nuestro estudio, a la luz del sistema jurídico colombiano, no solo por ser el país del que procede quien estas líneas escribe, sino por el hecho de ser uno de los países en donde se ha vivido a la sombra del terrorismo durante las últimas cinco décadas, a manos de diferentes actores.

Primero fueron los *grupos guerrilleros*; luego los *carteles de la droga* que a su vez auspiciaron y financiaron la creación de *grupos paramilitares* y luego, una maza amorfa que a través de la supuesta defensa de unos ideales encontró la mejor manera de exportar droga, bajo la protección de importantes líderes políticos latinoamericanos – propios y extraños- anonadados con la ideología trasnochada de grupúsculos criminales, cuya existencia se ha basado en la imposición del terror en las regiones más apartadas de la geografía nacional, con métodos tan bárbaros como los que estremecieron la humanidad hace más de una década y a través de los cuales, se exterminó a los TUTSI e hizo famosos por su crueldad a los HUTUS, en Rwanda.

Lo anterior aunado a la tolerancia por parte de gobiernos débiles y la inexistencia de un sistema jurídico sólido que permitiera la represión de estas acciones, así como la

reparación de las víctimas, fue una constante por muchos años que ha venido siendo modificada en los últimos tiempos, mediante la combinación de acciones militares, elementos represivos y reconocimiento de derechos a las víctimas, estos últimos que aún siendo incipientes no dejan de constituir un primer paso en el fortalecimiento del Estado de Derecho y, con todas sus debilidades, una muestra real del esfuerzo que se hace por reconocer en lo posible, los derechos de las víctimas.

1.1. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en Colombia.

1.1.1. Evolución del sistema.

El sistema de responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, ha evolucionado de la misma manera que otros sistemas jurídicos con los que guarda similitud y que, partían del principio de total irresponsabilidad del Estado frente a los daños sufridos por los particulares.

Las disposiciones legales planteaban la responsabilidad civil de las personas naturales que causaran daños a terceros, pero poco se decía respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado, a las que solo se les podía vincular a través de la aplicación analógica de tales normas y en supuestos bastante restringidos. Nada se decía eso sí, respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público a las que no se les podía responsabilizar de manera alguna³⁵⁵.

Sería la Corte Suprema de Justicia la que diera inicio al rompimiento de este modelo de responsabilidad a finales del siglo XIX, cuando por primera vez condenó a la reparación de los daños causados por sus funcionarios a un ciudadano de nacionalidad italiana³⁵⁶.

³⁵⁵ ESGUERRA PORTOCARRERO, J. C., *La Responsabilidad del Estado por Falla del Servicio Público*, Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado, Bogotá D.C., 1972, Págs. 88 y ss.

³⁵⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de octubre 22 de 1898, Gaceta Judicial, Tomo XI, No. 565, Págs. 357 y ss.

Si bien en este evento particular la Corte actuó en ejercicio de las funciones especiales conferidas por una específica disposición legal que le permitía conocer de las reclamaciones hechas por ciudadanos italianos y, que solo reconoció la posibilidad de hacer responsable a la Administración por vía de subsidiaridad, fue este el primer paso hacia el establecimiento de una doctrina que permitiera la reparación de los daños.

Otros pronunciamientos posteriores fueron consolidando esta doctrina, que permitió establecer ciertos parámetros en materia de responsabilidad de la Administración Pública; así las cosas, se daba lugar al establecimiento de tal responsabilidad bajo diferentes supuestos, tales como:

- **Responsabilidad por hecho ajeno.** Fue este el primer evento bajo el que se estructuró la responsabilidad de las personas jurídicas – públicas o privadas- y se les obligó a reparar los daños causados por sus agentes o empleados, cuando estos se encontraran en ejercicio de sus funciones. Acá se partía de la aplicación de la responsabilidad por *culpa in eligiendo e in vigilando*, regulada en el ordenamiento civil y de aplicación a las personas naturales hasta entonces³⁵⁷ y, de la que se desprendía una obligación solidaria entre el causante y la persona de quien dependía.
- **Responsabilidad Directa.** De un esquema en el que se estructuraba la responsabilidad por el hecho de un tercero, se pasó a otro en el que se establecía la responsabilidad directa de la administración; la acción del agente se tomaba como la acción de la persona jurídica de la que formaba parte, habida cuenta de estar actuando en nombre de la misma y no en su nombre propio.

³⁵⁷ GÓMEZ MEJÍA, F. E., *Fundamentos de Derecho Administrativo Colombiano*, Kelly, Bogotá D.C., 1969, Págs. 188 y ss.

Se hacía diferencia en los eventos en que la responsabilidad provenía de personas jurídicas de derecho privado o de derecho público. Si se trataba de las primeras se atendía a la tesis *organicista* en virtud de la cual solo quienes tuvieran representación de la persona jurídica y actuaran en ejercicio de la misma, podían obligarle y por ende hacerle responder por los daños que como consecuencia hubieran causado.

A su tiempo, en el caso de la Administración Pública, se recurría a la tesis de la *falla del servicio*, en la que una falla anónima o la mera falla funcional de un servicio a cargo de la Administración daban lugar al establecimiento de la responsabilidad³⁵⁸.

Pero junto a la novedad de la imputación por responsabilidad directa a las personas jurídicas, se acuñaron los supuestos de exoneración – fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima- y, se continuó con el principio de *solidaridad* entre el agente y la persona jurídica, de tal suerte que esta podía pretender el pago realizado por los daños ocasionados por el primero³⁵⁹.

- **La responsabilidad presunta.** La Corte Suprema buscando un mecanismo para favorecer a las víctimas de acciones realizadas por personas jurídicas y cuyas pretensiones indemnizatorias chocaban con la insolvencia del causante directo del daño, optó en algunas ocasiones por aplicar la presunción de la responsabilidad, para determinadas actividades, como aquellas que se consideraban peligrosas³⁶⁰.

³⁵⁸ MARTÍNEZ RAVÉ, G., *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1986, Pág. 440.

³⁵⁹ ESGUERRA PORTOCARRERO, J. C., *La Responsabilidad...*, *Ob. Cit.*, Pág. 98.

³⁶⁰ GÓMEZ MEJÍA, F. E., *Fundamentos de Derecho...* *Ob. Cit.*, Pág. 189.

Esta teoría más que establecer la presunción de una responsabilidad, apunta más bien a la teoría del riesgo, a la que nos referimos en otro apartado y que apunta a la imposición de reparar los daños causados a quien se beneficia de la creación de un riesgo y que en la actualidad se acepta en determinados eventos.

La evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia giró en torno de estos tres planteamientos, sin decantarse por uno en particular, toda vez que sus fallos seguían una postura u otra, de manera vacilante, sin asumir una posición inequívoca sobre el particular.

Con todo, lo cierto es que la posición de la víctima según cada uno de los criterios hasta ese entonces seguidos, no difería de manera sustancial; en unos casos habría de probarse la negligencia del representante de la persona jurídica, mientras que en otro tendría que hacerse lo propio respecto deficiencia en la prestación del servicio.

Esta situación así como la aplicación indistinta de los criterios apuntados, conducía a las víctimas a circunstancias bastante complejas, en donde la declaratoria de responsabilidad parecía provenir más del capricho del juzgador que de la aplicación de principios jurídicos claros.

El posterior traslado de la competencia para conocer de los procesos que se adelantaran contra la Administración Pública a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –siendo su máximo órgano el Consejo de Estado- mediante el Decreto 528 de 1.964, vino a ofrecer una solución a este fenómeno en el que la víctima se encontraba desprotegida.

La especialidad que supuso el traslado de la competencia aludida, sirvió para que se desplazaran las normas de derecho civil que se aplicaban a éstos casos, dando paso a la aplicación de normas constitucionales o administrativas

específicas para los eventos en los que se encontraba comprometida la Administración Pública y su función³⁶¹.

A partir de allí se estructuró un sistema de responsabilidad objetiva, fundamentado en la existencia del daño y la presunción de *falla en el servicio* en contra del Estado, admitiendo como causales de exoneración la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima.

Tal sistema se incluyó dentro de un régimen propio para la Administración Pública -contenido en el Código de lo Contencioso Administrativo- en el que por demás se fijó su alcance y fundamento, que más que antagónico al aplicable a las entidades de derecho privado -contenido en las normas civiles- pretendió ser complementario al mismo, permitiendo recurrir a éste para suplir los vacíos legales que se llegaren a presentar, en especial en lo que se refiere a la *solidaridad* entre la administración y el causante directo del daño.

El sistema instituido no gira en torno del hecho que ha causado el daño, sino en la *falla en el servicio*, la cual puede presentarse porque habiéndose prestado, se hizo de manera deficiente, porque se prestó con retardo o, porque en definitiva el servicio no se llegó a prestar³⁶².

Desde luego, en cualquiera de éstos supuestos, no interesa en nada el análisis de la conducta de los funcionarios, si fueron negligentes o no; de lo que se trata acá es si la prestación del servicio fue satisfactoria para lo que se requería y si se pusieron todos los medios necesarios para lo propio³⁶³.

³⁶¹ ESGUERRA PORTOCARRERO, J. C., *La Responsabilidad...*, Ob. Cit., Pág. 104 y ss.

³⁶² MARTÍNEZ RAVÉ, G., *La Responsabilidad...*, Ob. Cit., Pág. 432.

³⁶³ Las obligaciones del Estado en materia de seguridad, son de las denominadas *de medio*; pensarlo de otra manera no resulta lógico, ni siquiera en las situaciones que se han vivido en Colombia en épocas específicas, en medio de las cuales la amenaza terrorista, era constante. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado, en la Sentencia de 27 de noviembre de 2002, “...no sobra advertir que las entidades encargadas de la preservación del orden público, de la seguridad y protección ciudadana, no son detentadoras de obligaciones de resultado donde la no consecución de un fin determinado provoca automáticamente la deducción de una falla en el servicio, pero si tienen a su cargo una carga obligacional que debe ser valorada en cada caso dentro de las circunstancias específicas y los instrumentos y medios a su alcance, con el fin de definir si existió

Por otra parte, ya en sede del Consejo de Estado, se desarrolló la teoría del *riesgo excepcional creado*, noción que se refiere a los casos en los cuales, se causan daños a determinados miembros de la sociedad, en ejercicio legítimo de las facultades otorgadas a los órganos de control, para proteger a la comunidad en general.

En este particular evento, la acción realizada por los representantes de la Administración implican de manera consciente el incremento del riesgo para una persona o un grupo específico de ellas y por ende el Estado tiene la obligación de nivelar las desigualdades que se hayan generado; así por ejemplo ocurriría en los eventos en que por atacar a un grupo de terroristas se destruye la casa en la que se encuentran refugiados. Se parte del sacrificio particular en beneficio la comunidad en general.

El fundamento de este planteamiento no es otro que el equilibrio patrimonial de los particulares frente al Estado y a la comunidad en general, de tal suerte que en el evento en que su patrimonio decrezca como consecuencia de la prestación de un servicio público -deficiente, inoportuno o fallido- o por la creación de un riesgo excepcional, y, en cualquiera de los dos casos, se derive en un incremento de las cargas públicas para un particular, será el Estado el que se encargue de nivelar tal desequilibrio, siempre que, por supuesto, no medie una justificación entre la prestación del servicio y el daño, que pueda exonerar al Estado de tal obligación³⁶⁴.

incumplimiento, por acción o por omisión, de dicha autoridad y si el mismo fue relevante en la causación del daño...". Igual planteamiento se había sostenido ya, en otras Providencias, entre otras, en la Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 27 de enero de 2000, expediente 8490, así como en la Sentencia del 31 de octubre de 2001, proferida por la misma Sección.

³⁶⁴ En la jurisprudencia y la doctrina española se maneja un criterio muy similar al que acá se plantea, como es la *indemnización por sacrificio* a la que nos referimos en otro apartado y que se fundamenta en el sacrificio del particular frente a los demás miembros de la sociedad en virtud del cual, se hace necesaria la indemnización en aras restablecer el equilibrio de las cargas públicas.

1.1.2. La Responsabilidad Patrimonial Civil de la Administración Pública en la Constitución Nacional de 1991.

En lo que concierne a las disposiciones constitucionales, relativas a la Responsabilidad del Estado, encontramos que la Constitución Nacional de 1991, en su artículo 90, establece lo siguiente:

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

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”.

De lo anterior, podemos colegir que:

- Para que sea procedente la indemnización a cargo del Estado, es necesario que el daño que se haya causado sea *antijurídico*; en otras palabras, no solo se requiere la causación del daño, sino que es necesario que con el mismo se haya violado un *derecho subjetivo* o un *interés protegido* por el ordenamiento jurídico. En este evento la responsabilidad será objetiva, toda vez que se requiere que el daño provenga de la acción u omisión de la Administración para que se genere la obligación frente a la víctima.
- Entre la acción u omisión de la Administración, debe haber un vínculo de imputación que justifique la asunción de las obligaciones que de la existencia del daño se desprendan.

- El segundo inciso determina la responsabilidad del funcionario frente a la Administración, a la que le permite repetir el pago realizado, cuando el daño haya sido producto de acciones dolosas o con culpa grave del agente.

En esta relación jurídica, el constituyente retorna a los criterios subjetivos de responsabilidad y pretende evitar la constante impunidad económica que de ordinario se da en este ámbito; no obstante tal previsión legal, ya se encontraba presente en otras disposiciones legales aplicables al tema concreto.

- Existe una dualidad de criterios que se concreta en la aplicación de factores objetivos respecto de la Administración Pública -falla en la prestación del servicio o riesgo excepcional creado- y, factores subjetivos respecto del funcionario que ha causado el daño en ejercicio de las potestades concedidas por la Administración, con miras al ejercicio de la acción de repetición que se conserva en poder del Estado cuando se le condena.

Con todo, lo cierto es que en muy pocas ocasiones se ejerce esta acción contra el funcionario, aún cuando su comportamiento doloso sea más que evidente; no merece la pena detenernos a indagar las razones de ésta situación, que obedece más a razones de orden político que otra cosa; baste pues con ponerla de manifiesto.

La redacción de este precepto legal sugirió en principio un viraje en la doctrina legal en la que se había fundado la responsabilidad de la Administración, que para entonces giraba en torno de la *falla del servicio* y el *riesgo excepcional creado*, acercándose a la amplísima fórmula del sistema jurídico español al que tuvimos oportunidad de referirnos y que parte del concepto de lesión y del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

Tal viraje, que en principio se pudo considerar como el establecimiento de un sistema objetivo de responsabilidad, fue matizado de manera oportuna por el Consejo de Estado, que a la par de la existencia de la lesión en los términos establecidos por el precepto legal, exigió la prestación *anormal* del servicio público, es decir, deslindó el ordenamiento jurídico del amplio rango de cobertura del sistema español y limitó la existencia de responsabilidad a aquellos casos en los que de por medio había una falla del servicio o un riesgo excepcional³⁶⁵.

Con todo, en lo que se refiere a los eventos terroristas, la postura que se asume no resulta del todo clara; si partimos de los principios establecidos por la ley -a los que nos referimos, relativos a la prestación de los servicios públicos- en principio solo habría lugar al establecimiento de la responsabilidad cuando de por medio se encuentre una falla en el cumplimiento de las obligaciones que le competen a la Administración Pública, con suficiente vocación como para causar el daño que se le imputa o, cuando es en desarrollo de las actividades propias que se genera un riesgo excepcional que el particular no tiene por qué soportar.

Sin embargo, la realidad es otra dada la amplitud de las normas que regulan la actividad del Estado; en múltiples ocasiones a través de procesos de responsabilidad se mezclan conceptos que propenden más por sistemas de solidaridad social y conducen a posturas que incrementan las obligaciones del Estado, sin más soporte que la situación de violencia que se vive y que para algunos es en sede de jurisprudencia que se deben reglamentar.

³⁶⁵ HENAO PÉREZ, J. C., “Reflexiones sobre el futuro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado”, V.V.A.A., *II Jornadas internacionales de Derecho Administrativo –Allan Randolph Brewer Carias-*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, Págs. 428 y ss. Al respecto y en este mismo sentido, puede verse la Sentencia del 22 de Octubre de 1997, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. 11.300, en la que se pone de manifiesto la importancia de la *falla en el servicio* como título de imputación, aún con lo dispuesto por la Constitución Nacional en el artículo 90 referido.

Tal argumento por si mismo se convierte en el fundamento para proferir fallos más allá de los límites establecidos en la ley, bajo el entendido de que se trata de situaciones especiales a las que habrá de dárseles tratamiento especial, haciendo legítimo cualquier proceder más allá de los supuestos contemplados por las normas, aún cuando se desconozcan los planteamientos en los que se funda el sistema de responsabilidad civil.

1.2. La responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública en las acciones terroristas.

La ausencia de normas específicas –salvo por las que veremos en este apartado– y la amplitud de los preceptos legales aunada a la también amplísima interpretación por parte de las altas cortes, ha impedido la estructuración de una doctrina inequívoca sobre este particular, pero ha sido suficiente para generar una cultura jurídica proclive al establecimiento de responsabilidades a cargo de la Administración Pública, que se fundamenta de diversas maneras, dependiendo de cada uno de los casos.

Es así como en algunas ocasiones se recurre a la *falla del servicio*, en otras al *riesgo excepcional*, al *daño especial* y en fin a la *justicia distributiva*, de manera indistinta, para hacer pechar al Estado obligaciones que, en cualquier caso, corresponden a quien las ha causado, quizá con el ánimo de solventar los sentimientos de injusticia que a todos nos embargan ante la ocurrencia de estos hechos.

1.2.1. La falla del servicio y el riesgo excepcional.

En lo que se refiere a la *falla del servicio*, podemos indicar en términos generales, que se presenta en los casos en los que en efecto nos encontramos ante un incumplimiento de las obligaciones que se han dejado en cabeza del Estado; incumplimiento que como dejamos dicho puede materializarse no solo

por la no prestación del servicio, sino por la prestación deficiente o tardía del mismo.

Este es el supuesto clásico de responsabilidad, en virtud del cual al particular que se ha visto perjudicado le bastará con demostrar los tres elementos esenciales en los que descansa la misma -la existencia de una acción u omisión, el daño concreto y el nexo causal-, para que de inmediato surja la presunción de responsabilidad en contra de la Administración Pública³⁶⁶.

Para el Consejo de Estado, habrá lugar a hablar de *falla en el servicio* en los casos de acciones terroristas, si es posible demostrar la previsibilidad de las mismas y la ausencia de medidas adoptadas frente a éstas por parte del Estado, que desembocan en su ocurrencia, aspectos con los que se pretende establecer un límite a los supuestos bajo los cuales se pretende articular una supuesta responsabilidad del Estado y cuya prueba ofrece toda suerte de dificultades, máxime cuando se trata de acciones indiscriminadas cuyo fin no es otro que generar pánico en la sociedad, mediante la ejecución de actos sorpresivos, planeados y ejecutados evitando que sean detectados por las fuerzas del orden, con lo que quedan por fuera de su control³⁶⁷.

No son pocas las ocasiones en las que se han denegado las pretensiones indemnizatorias de las víctimas de acciones terroristas, bajo el argumento de no haberse probado la previsibilidad de las mismas y por ende no haber lugar a una falla en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado; casos como el

³⁶⁶ MARTÍNEZ RAVÉ, G., *La Responsabilidad Civil...*, Ob. Cit., Pág. 433.

³⁶⁷ Sentencia del 27 de enero de 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 8490. Se trata de la Sentencia que puso fin al proceso iniciado por los hechos ocurridos en la mina de carbón denominada “La Victoria”, ubicada en el Municipio de la Jagua de Ibirico, en el Departamento del Cesar. Al respecto, también puede verse: Sentencia del Consejo de Estado de 13 de mayo de 1996, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 10627; Sentencia del Consejo de Estado de 5 de septiembre de 1996, Sala de lo Contencioso Administrativo, No. Rad. 10654; Sentencia del Consejo de Estado de 3 de abril de 1997, Sala de lo Contencioso Administrativo, No. Rad. 12378; Sentencia del Consejo de Estado de fecha 2 de mayo de 2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, No. Rad. 1995-3251-01; Sentencia del Consejo de Estado de 5 de Diciembre de 2005, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 16.149.

ocurrido el 16 de octubre de 1989 en la ciudad de Bucaramanga³⁶⁸, día en el que se destruyeron las instalaciones del diario Vanguardia Liberal y en el que se denegaron las pretensiones de las víctimas, por la inexistencia de pruebas que dieran cuenta de la solicitud de protección a las instalaciones del diario por parte de sus propietarios, son solo una muestra de la dificultad que acá referimos.

Por otra parte, está la teoría del *riesgo excepcional* que se soporta en el sacrificio que hace el Estado, en determinadas circunstancias, de los intereses particulares, en beneficio de la comunidad en general; en estos eventos en aras de principio de igualdad ante las cargas públicas, el Estado se ve en la obligación de reparar tal desequilibrio³⁶⁹. Lo propio ocurre, frente a una exposición superior al riesgo, de la que se derivan daños particulares.

De conformidad con lo anterior, se entenderá que no exista una definición específica sobre lo que se entiende por *riesgo excepcional* y que sea necesario el estudio de cada caso concreto para poder determinar cuando se pusieron en riesgo los intereses particulares o cuando se expusieron en demasía los mismos, para poder de allí colegir la existencia o no de responsabilidad. Casos como la condena al Estado por la muerte de un miembro del cuerpo de Policía adscrito al Municipio de El Calvario, como consecuencia del ataque realizado por las FARC, es una muestra de la sobre exposición al riesgo a que hacemos referencia³⁷⁰.

³⁶⁸ Sentencia del 20 de abril de 1998, Sala Plena, Consejo de Estado; también pueden verse la, en el que se deniegan las pretensiones de la demanda, con la que se pretendía hacer responsable al Estado por los daños causados por la guerrilla tras una tentado terrorista en una mina

³⁶⁹ Al respecto puede verse la Sentencia del Consejo de Estado de 5 de Diciembre de 2005, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 16.149, a la que ya nos referimos y en la que se hace una descripción de los requisitos básicos para declarar la responsabilidad del Estado en estos eventos específicos, tales como la existencia de un riesgo de naturaleza excepcional, el daño derivado de su materialización y el nexo de causalidad entre el riesgo creado por el Estado y la virtualidad del mismo para causar el daño. En el mismo sentido, Sentencia del Consejo de Estado de 19 de abril de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 12179.

³⁷⁰ Sentencia del 20 de Septiembre de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 1994-4398. El fundamento en este caso está atado a la *falla del servicio*, toda vez al hecho de la acción por parte del grupo terrorista, se sumó la precariedad del armamento de dotación y los equipos de comunicación asignados al grupo, así como la inexistencia de planes de refuerzo en caso de un ataque, aún sabiendo de manera previa la amenaza existente. Así las cosas, se consideró por esta corporación, que hubo una exposición excesiva e innecesaria al riesgo por parte de los altos mandos de la Policía.

No obstante lo anterior, un planteamiento tan general, en el que cualquier acción de parte de los cuerpos de seguridad del Estado puede ser tenida como creación de un *riesgo excepcional*, ha conducido a condenas cuyo contenido merece un análisis más detallado.

Nos referimos a la Sentencia del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 1993-09273-01 (15571), en la que se declaró la responsabilidad de la Administración Pública del fallecimiento de una persona en medio de un ataque terrorista a una estación de Policía y, a la Sentencia del mismo cuerpo colegiado de 28 de junio de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 1995-00196³⁷¹, también condenatoria, por los daños sufridos por un particular en un bien de su propiedad cercano a una estación de Policía atacada por un grupo terrorista.

La razón por la que nos referimos a estos dos casos puntuales, no es otra que el argumento con el que se condena al Estado y que se concreta en que: el haber ubicado una estación de Policía en la zona con la intención de generar seguridad a los miembros de la comunidad, lo que se hizo fue incrementar el riesgo y por ende, hay lugar a hacerle responsable imponiéndole la obligación de indemnizar los daños que con por este hecho se generaron.

En realidad, con ejemplos como estos se advierte la inseguridad jurídica que se genera con disposiciones legales tan amplias en temas tan sensibles como el que nos ocupa, así como el hecho de que sea vía jurisprudencial que se desarrollen tales preceptos. Condenas en este sentido son expresiones de un sistema de responsabilidad objetivo que no es acorde con las previsiones legales sobre el particular y que conducen a la condena del Estado que cumpla o incumpla con sus obligaciones, pues si no las cumple habrá fallado en sus

³⁷¹ Tanto en un caso como en otro, se produjeron sendos salvamentos de voto, en los que se expusieron las razones por las cuales no es viable, con razón, llevar hasta tales extremos la teoría del *riesgo excepcional*.

obligaciones y, si cumple, habrá incrementado el riesgo al que expone a la comunidad.

1.2.2. La teoría del daño especial.

Se trata de un supuesto que parte de la inexistencia de reproche alguno imputable al Estado; su actuación se ajusta a los más altos niveles de eficiencia o, de su omisión no se puede colegir la ocurrencia del daño. Sin embargo, la magnitud del mismo y cuyo resarcimiento se pretende, hace necesario el establecimiento de la denominada *responsabilidad sin falta o por daño especial*, en virtud de la cual surge la obligación de indemnizar por razones de equidad, que no de sancionar un comportamiento irregular de quien cumplió la función administrativa que ocasionó el daño.

Se recurre, para justificar tal proceder, al rompimiento del equilibrio de las cargas públicas que hace más gravosa la situación del particular lesionado, en tal magnitud, que amerita la participación del Estado en procura de la restitución del equilibrio económico en virtud de los principios en los que se funda la *justicia distributiva*³⁷². En otras palabras, se trata de la creación de un sistema de solidaridad social a cargo del Estado, por vía jurisprudencial, con el que se hace una distribución del daño entre todos los miembros de la sociedad.

³⁷²Sentencia del Consejo de Estado de julio 30 de 1992, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 6828. Se refiere a un atentado terrorista ocurrido el día 21 de septiembre de 1988, contra una de las divisiones del Ejército Nacional que se encontraba ubicada dentro de un sector residencial de la ciudad de Bucaramanga. Miembros del ELN, cargaron con explosivos un coche y, valiéndose de una pendiente, lo impulsaron sin conductor, para que impactara contra la fachada del inmueble castrense. Los militares encargados de custodiar al lugar, evitaron que llegara a su objetivo haciéndole explotar con anterioridad, pero causando considerables destrozos a las edificaciones aledañas. La actuación de los miembros del ejército, no admitía reproche alguno pero se condenó al Estado, en aras de la *justicia distributiva*, que implica indemnizar para restablecer el equilibrio que se ha roto entre las cargas públicas que le corresponden a cada uno de los miembros de la sociedad. Se articula el nexo causal, indicando que el atentado se produce, no por el actuar de la administración, sino que la causa fundamental del atentado, fue destruir la base militar, en un barrio residencial. En el mismo sentido y por los mismos hechos, Sentencia del Consejo de Estado de 29 de abril de 1994, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 7136.

En consecuencia no nos encontramos ante una figura jurídica estructurada sobre los principios de la responsabilidad civil, sino frente a un sistema de ayudas o una forma de solidaridad frente a quienes han sufrido con más drasticidad los efectos de las acciones terroristas; incluso, puede tratarse de un sistema extraordinario para atender situaciones de urgencia manifiesta –lo que es válido y digno de encomio-, pero no de otro orden. Pensarlo de otra manera, implica entender la responsabilidad civil como un *polivalente instrumento de ingeniería social* y no como la institución elemental que tiene el daño por un problema interindividual entre dañante y dañado³⁷³.

Los criterios bajo los que se elabora esta teoría jurídica no son claros; en algunos eventos se alude a la *falla del servicio* para concluir que se trata de un *daño especial*³⁷⁴, mientras que en otros la argumentación que se hace sugiere la aplicación del *riesgo excepcional*, pero la conclusión a la que se llega es diferente³⁷⁵; esto junto al hecho de tratarse de una postura *ex lege*, dificulta la determinación de los principios en los que se funda y deja la sensación de estar a la libre interpretación del fallador, quien tendrá la potestad de definir si hay rompimiento o no del equilibrio que conduzca a la reparación por parte del Estado.

No obstante lo anterior, en los eventos en que se ha acudido a esta teoría, una nota común es la importancia que se le da al objetivo contra el que se lleva a cabo la acción terrorista; así, si éste va dirigido “...*contra una alta autoridad pública, una sede castrense o un centro de comunicaciones...*”³⁷⁶, pareciera que

³⁷³ PANTALEÓN PRIETO, F., “Cómo repensar la Responsabilidad Civil Extracontractual...”, *Ob. Cit.*, Pág. 453.

³⁷⁴ Sentencia del Consejo de Estado de 9 de febrero de 1995, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 9550.

³⁷⁵ Sentencia del Consejo de Estado de 8 de febrero de 1999, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 10731.

³⁷⁶ Así se dejó dicho en el concepto del Ministerio Público –representado por la Procuraduría Sexta Delegada– en la Sentencia del Consejo de Estado de 31 de octubre de 2001, a la que hicimos referencia, en estos términos: “...*sólo en aquellos casos en los cuales el acto se dirija contra un establecimiento público, o contra un alto funcionario del Estado o de otro Estado acreditado en el nuestro, o contra un cuartel o destacamento de la fuerza pública, en fin, una institución, una persona o un elemento que represente de cualquier manera al Estado Colombiano, podrá imputarse responsabilidad y deber de responder por el detrimento de terceros...*”. Planteamiento que por demás puede ser violatorio del Derecho a la Igualdad, pues no porque el

sí surge la responsabilidad del Estado frente al particular, de conformidad con lo expuesto por el representante del Ministerio Público.

En la misma línea, el Consejo de Estado ha establecido la obligación de indemnizar a las personas que se vean perjudicadas en sus intereses particulares con ocasión de la comisión de un atentado terrorista, cuando éste tiene como objetivo el ataque a una institución del Estado, por razones de equidad, pero además, por haber sido éste quien con su proceder ha generado tales reacciones en su contra³⁷⁷.

Pareciera que la inequidad se presenta solo cuando la acción terrorista va encaminada a atentar contra representantes del Estado y no cuando se trata de acciones contra organizaciones privadas, caso en el cual quien sufra los daños habrá de asumirlos toda vez que “... como ya quedó dicho, en un estado de inseguridad colectiva corresponde a todos velar por su seguridad y correr con el grado de riesgo que a todos se impone por igual”³⁷⁸.

Así las cosas, si se trata de acciones dirigidas contra la sociedad en general, un centro comercial, un club social o una aeronave –como ha ocurrido- no hay responsabilidad del Estado en virtud del *daño especial*, por no haber sido el mismo o uno de sus representantes el objetivo principal de la acción y, por ende no hay lugar a que resarzan los daños causados. Las víctimas tendrán que ejercer sus acciones contra los delincuentes, solución que no pareciera ajustada a esos principios de *justicia distributiva* en los que se fundamenta³⁷⁹.

atentado se dirija contra un funcionario del Estado, causa más o menos daños, causa más o menos muertes o hace que éstas sean más o menos importantes.

³⁷⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, febrero 08 de 1999, No. Rad. 10.731, Bogotá D.C.

³⁷⁸Así se dejó dicho en la Sentencia del 31 de octubre de 2001, proferida por el Consejo de Estado a la que aludimos. Por nuestra parte, no podemos más que disentir de este argumento, toda vez que aducir que es el Estado responsable de las acciones que se emprenden en su contra, por ser el que con sus acciones las ha propiciado, es justificar el ejercicio de acciones violentas y asumir las cargas que esto supone, concediendo la razón a quienes creen que este es el método para defender sus ideas.

³⁷⁹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, septiembre 23 de 1994, No. Rad. 8577, Bogotá D.C. En esta providencia, el Consejo de Estado condenó al Estado a pagar determinadas sumas de dinero a las dos hijas de una mujer que murió en uno de los tantos atentados que sufriera el

Si cuando nos referimos a las posturas jurídicas españolas resaltamos que algún sector de la Doctrina afirmaba que sistemas estructurados sobre bases erróneas conllevarían a la absurda afirmación de que el Estado financia los grupos terroristas, poco nos queda por decir de una postura como la que analizamos, defendida por años en el Consejo de Estado, pues en Colombia no solo se les financiaría -haciéndose cargo de las indemnizaciones que se generen por su actuar delictivo-, sino que se les justificaría, pues el responsable es el Estado “...*quien con su actividad ha generado dicha reacción...*”.

Visto lo anterior, podemos afirmar, que el sistema de responsabilidad del Estado en Colombia, respecto de las acciones terroristas, se estructura sobre tres supuestos; la *falla del servicio* y el *riesgo excepcional*, soportados en las disposiciones legales y, el *daño excepcional*, desarrollado por la jurisprudencia, sin norma alguna que lo soporte y cuya aplicación se deja al buen criterio del fallador, sin que sus límites o los supuestos en que se funde, sean del todo claros.

En general, podemos decir, que el Estado responde frente a los particulares, cuando en desarrollo de la prestación de un servicio público ha causado daños antijurídicos, que generan un desequilibrio en las cargas públicas y, como consecuencia de ello, se hace necesario que proceda a indemnizar al perjudicado, en aras del restablecimiento de aquel.

Brigadier General (r) Miguel Alfredo Maza Márquez, ocurrido el día 30 de mayo de 1989, en la ciudad de Bogotá D.C. Se pone de relieve el planteamiento del Procurador Noveno delegado en lo Judicial, en donde desvirtúa la teoría del *Riesgo Especial*, fundamento de la condena al Estado en primera instancia. Se refiere de manera categórica a la realización de las actividades propias de la administración en medio de una situación como la que se vivía y que demandaba de la acción del Estado. Aduce en su escrito, que tal situación era producto de la sociedad misma, que no tenía porqué descargar sus responsabilidades en el Estado. Esta es una de las pocas críticas a éste sistema de responsabilidad que se ha venido estructurando de manera apresurada en la jurisprudencia del Consejo de Estado y que a falta de normas que la regulen de manera específica, se convierte en la vía para establecer condenas con base en criterios arbitrarios, no descansa en criterios de igualdad -solo aplica para los casos de atentados contra instituciones del Estado-, ni corresponde a los más elementales principios jurídicos que estructuran todo el sistema.

A éste supuesto se puede llegar por haber prestado de manera deficiente el servicio público, por haber sido insuficientes las acciones adoptadas -reiterando que las obligaciones que le competen son de las denominadas de *medio-* o cuando tal prestación no fue oportuna.

Por otra parte, no parece justo que aquel que sacrifica un interés propio para precaver la ocurrencia de un daño superior para la comunidad, tenga que soportar la carga que ello implica, mientras los demás, beneficiarios de su sacrificio, no se ven afectados de manera alguna. Esto nos conduce al segundo de los supuestos, que implica un aumento del riesgo general al que se encuentran sometidos todos los miembros de la sociedad y que resulta válido distribuir entre los mismos, de igual manera a como se distribuyen los beneficios que se desprenden de tal sacrificio.

Por último, también responde el Estado en virtud de la teoría del *daño especial*, régimen que se asimila más a un sistema de seguridad social, producto de elaboraciones jurisprudenciales y sin que haya un límite aparente a su aplicación, más allá de los pocos elementos comunes que pudimos enunciar.

Dicho esto, pasemos a referirnos a las normas específicas para las víctimas del terrorismo, cuyo fundamento encontraremos en otras latitudes.

2. Legislación aplicable a las víctimas del terrorismo.

2.1. Antecedentes Normativos.

A manera de ilustración y para situar el panorama que se presenta en Colombia, debemos indicar que allí operan en la actualidad dos grupos ilegales, cuyas acciones les han valido su inclusión en la lista de grupos terroristas de los Estados Unidos y la Unión Europea, al lado de organizaciones de la misma naturaleza como ETA y AL QAEDA.

La principal fuente de ingreso de estos grupos terroristas, es el tráfico de drogas; la realización de delitos conexos –como el secuestro o la extorsión- poco a poco se han venido dejando de lado, no solo por el costo económico que representa su manutención, sino porque los ingresos que se obtienen con el narcotráfico, suple cualquier necesidad en este sentido.

Estos grupos, que surgieron como organizaciones campesinas que decían luchar en contra de las inequidades, propendiendo por la implantación del modelo comunista, fueron desviando sus propósitos y dedicándose al negocio de la droga, primero cobrando el que denominaron en su época “impuesto revolucionario” y luego, haciéndose parte del mismo a través de sus propios cultivos, a tal punto que en la actualidad se les considera más que grupos guerrilleros, un cártel del narcotráfico³⁸⁰.

En esta prácticas han incurrido tanto las FARC como el ELN, que son los grupos terroristas más significativos que ha habido en la historia de Colombia y con los que se han adelantado fallidos procesos de paz, que han servido para el fortalecimiento de su aparato delincencial y para desvelar sus verdaderos propósitos. En la actualidad la estructura militar de estos dos grupos, se encuentra bastante debilitada y no son pocas las acciones que se han emprendido con miras a su derrota definitiva, aún cuando se entenderá que su exterminio solo será el inicio de otros grupúsculos menores que se dediquen al narcotráfico de manera exclusiva.

En adición a lo anterior, aunque en supuesto proceso de desmovilización existe un tercer grupo terrorista, que surgió como reacción a los abusos de las FARC y el ELN, con la única consigna de combatirlos y acabar con todo aquel que creyeran les pudiera ayudar en sus objetivos. Estos grupos que surgen como la idea ser una

³⁸⁰ MACKENZIE, E., *Las FARC fracaso de un terrorismo*”, Debate, Bogotá DC., 2008, Págs. 447 y ss. Da cuenta el autor, entre otras cosas, de la incautación en el año 2001 de títulos de depósito por valor de 50 millones de dólares, pertenecientes a las FARC y de las cifras aproximadas que este grupo terrorista maneja mes a mes, como resultado de tan lucrativo negocio. El enorme poderío económico podría ser una fuente de indemnización para las víctimas han dejado en su largo historial criminal.

forma de autodefensa, se convierten con posterioridad en ejércitos privados de narcotraficantes y en hordas de asesinos a sueldo, que bajo la idea de acabar con la amenaza comunista, realizaron toda suerte de barbaries³⁸¹. Nos referimos acá a las AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA –AUC-, cuyos principales líderes enfrentan en la actualidad cargos por narcotráfico en los Estados Unidos³⁸².

Estos no han sido los únicos grupos que ha habido en la cruenta historia colombiana, pero si son los que aún subsisten y que aún dicen defender los mismos ideales sociales que les inspiraron hace más de cincuenta años. Dentro de los grupos que se han desmovilizado, se encuentra el EJÉRCITO POPULAR DE LIBERACIÓN –EPL-, la CORRIENTE DE RENOVACIÓN SOCIALISTA –que se convierte en la Corporación Nuevo Arco Iris en virtud de los acuerdos de paz suscritos en 1994 con el Gobierno Nacional- y, el M-19 -al que se le recuerda por haberse tomado el Palacio de Justicia, asesinar a quienes se encontraban en su interior y destruir sus instalaciones, en alianza con el narcotráfico-.

Todos los acuerdos suscritos con estos grupos tienen un protuberante elemento común, como es la ausencia total de acciones tendientes a la reparación de los daños que causaron en ejercicio de sus acciones, salvo por declaraciones de buena voluntad que no se concretan en ninguna acción resarcitoria.

Pero dejando de un lado estos datos que solo pretenden aportar algunos elementos de juicio y situar el contexto histórico en el que se han dado las disposiciones legales a las que nos vamos a referir, hemos de situar como punto de partida para su análisis la Constitución Nacional de 1991, resultado de un movimiento estudiantil que se gestó a finales de la década de los 80 y en cuya elaboración multidisciplinaria, tuvo gran repercusión la Constitución Española de 1975.

³⁸¹ Se dice que siguen realizándolas, ya no como grupos de autodefensa sino como grupos de delincuencia organizada que se lucra del narcotráfico.

³⁸² MACKENZIE, E., *Las FARC fracaso... Ob. Cit.*, Págs. 478 y ss.

2.1.1. Decreto 2133/1992, de 30 de diciembre.

La Constitución Nacional de 1991 otorgó poderes más amplios al Ejecutivo, con miras a la toma de decisiones que condujeran a una mejora de la situación de violencia que se vivía para época. Fue así, como a través del artículo transitorio 46³⁸³ se concedieron facultades especiales, para la creación de un fondo especial que atendiera las necesidades del grupo de personas vulnerables, lo que incluía a las víctimas del terrorismo, como se evidenció más adelante con las disposiciones legales expedidas con ocasión de ésta disposición.

En ejercicio de tales facultades, se expide el Decreto 2133/1992, de diciembre 30, por medio del cual se fusionó el Fondo Especial de la Presidencia de la República con el Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, dando origen al Fondo de Solidaridad y Emergencia Social, para la atención de los sectores más vulnerables de la sociedad. Este fondo, se dotó de patrimonio autónomo, proveniente de partidas presupuestales y ayudas nacionales e internacionales.

Dada la generalidad de objetivos con los que se creó este fondo, si bien su función fue atender las necesidades de los grupos más afectados por las acciones terroristas, no fue esta la única que se le encomendó, razón por la cual sus beneficios se aplicaban a todas las víctimas de la violencia, de manera indistinta, sin referencia a un delito en particular.

Esta disposición, se limitó a dar cumplimiento a lo ordenado por la Constitución Nacional, estableciendo los parámetros generales y formalizando la creación de la entidad encargada de la canalización de las ayudas y de la atención de determinadas circunstancias en las que se viera involucrada la sociedad.

³⁸³ Artículo transitorio 46. El Gobierno Nacional pondrá en funcionamiento, por un período de cinco años, un fondo de solidaridad y emergencia social, adscrito a la Presidencia de la República. Este fondo financiará proyectos de apoyo a los sectores más vulnerables de la población colombiana. El fondo deberá buscar, además, recursos de cooperación nacional e internacional.”

Mediante el Decreto 263/1993, de febrero 5, se impuso la obligación a todas las entidades prestadoras de servicios de salud, públicas o privadas, de atender a las víctimas de atentados terroristas, estando a cargo de la Administración Pública los costos que la prestación de tales servicios representara. La razón de ser de esta disposición legal, no fue otra que evitar que tales entidades se negaran a prestar los servicios de asistencia sanitaria a las víctimas, ante la posible insolvencia de las mismas, como en reiteradas oportunidades había ocurrido.

Este Decreto se expidió en medio de la declaratoria de *Estado de Conmoción Interior*³⁸⁴, situación que por su propia naturaleza implica que las medidas que se adopten solo se encuentren vigentes por un período específico de tiempo³⁸⁵, habida cuenta de estar dirigidas a la atención de una situación específica, salvo que por una disposición posterior se les de vocación de permanencia.

Aún cuando el Decreto empezó a regir desde el día de su expedición –el 5 de febrero de 1993–, la cobertura del mismo se fijó desde el 1 de enero del mismo año, reconociendo a los particulares las sumas en las que hubieran incurrido por este concepto. Este aspecto, que podría ser controversial en la medida en que solo reconocía las erogaciones realizadas a partir de tal fecha y no las anteriores, obedeció a las circunstancias y facultades especiales bajo las que se expidió la respectiva disposición legal y, que impiden la atención de situaciones diferentes de aquellas que las motivan.

Nada se dejó dicho respecto de la responsabilidad del Estado en estos casos o de las acciones legales para el resarcimiento, así como de la posibilidad de repetir

³⁸⁴El Estado de Conmoción Interior, es una de las modalidades bajo las cuales se puede declarar el Estado de Excepción, establecido en la Constitución Nacional de 1991 -artículo 212 y siguientes-, en virtud del cual se le otorgan facultades especiales al ejecutivo, para atender una situación particular que se ha presentado. En este caso se encontraba turbado el orden público, como consecuencia de los actos terroristas que se habían perpetrado.

³⁸⁵Conforme el artículo 213 de la Constitución Nacional, la vigencia del Estado de Conmoción Interior, será de 90 días, prorrogables por dos períodos más. Con todo, para la segunda prórroga se requiere del concepto favorable del Senado de la República.

los pagos efectuados contra los directos responsables³⁸⁶; no obstante si esgrimió la solidaridad como uno de los valores de la sociedad y que pregonaba la Constitución Nacional, a tener en cuenta en estos casos.

2.1.2. Decreto 444/1993, de 8 de marzo.

Las ayudas iniciales que solo se referían a los gastos médicos en que incurrieran las entidades prestadoras de servicios de salud en los términos aludidos, fueron mejoradas con posterioridad a través de éste decreto, mediante el cual se estructuró un nuevo sistema de ayudas, con cargo al Fondo de Solidaridad y Asistencia Social al que aludimos, ratificándose la solidaridad como pilar fundamental de estas medidas, pero salvaguardando la responsabilidad del Estado frente a las acciones terroristas y sus repercusiones en la sociedad, indicando de manera expresa en la exposición de motivos, la ausencia de tal responsabilidad

No obstante lo anterior y como tuvimos oportunidad de verlo en su momento, aún cuando en la exposición de motivos de este último Decreto se hacía alusión al tema de la responsabilidad del Estado y se recurría a la solidaridad como fundamento de las medidas extraordinarias, los fallos del Consejo de Estado no reflejaban esta expresa manifestación.

Hecha la salvedad anterior, lo cierto es que a través de este Decreto se incluyeron tópicos adicionales y se creó un sistema más completo que el anterior, con el que se incluyeron rubros relativos a vivienda –art. 12-, concesión de créditos –art. 18- y ayudas de estudio para las víctimas, en adición

³⁸⁶ Para la época muchas de las acciones terroristas provenían de los narcotraficantes, cuya fortuna hubiera sido suficiente para sufragar todos los gastos que el Estado tuvo que reconocer. Sin embargo, no hay constancia de haberse intentado acción alguna en este sentido.

a lo ya referido respecto de las coberturas en materia de salud –art. 5-³⁸⁷, en los siguientes términos:

- En materia de vivienda las ayudas estaban referidas a dos supuestos: el que siendo propietario de una vivienda, la hubiera perdido por la acción terrorista, caso en el cual podría pedir el auxilio para su reconstrucción y; el que sin ser propietario, hubiera perdido la casa de habitación en la que se encontraba, caso en el cual podría acceder a uno de los subsidios de vivienda ofrecidos por el Estado, para las personas de escasos recursos. En el evento en que la ayuda no fuera suficiente -se encontraba limitada en cuantía- podría destinar el dinero recibido, al pago de la renta de un inmueble en el que pudiera permanecer, mientras solucionaba los inconvenientes sufridos en su vivienda.
- Respecto de los créditos ofrecidos, se establecieron una serie de beneficios para las entidades financieras que los concedieran a las víctimas del terrorismo y, a través de la banca pública, se ofrecieron opciones de financiamiento con plazos superiores a las corrientes del mercado y con un interés inferior, incluso, en el evento en que la persona que quisiera acceder al crédito no contara con los avales necesarios, el garante de la obligación sería el propio *Fondo de Solidaridad y Emergencia Social*, que además asumía el costo de las condiciones especiales, con las que se otorgaran los créditos. Estos créditos podían ser destinados a la reparación de la vivienda, de locales comerciales, de maquinaria o, incluso, de vehículos.

³⁸⁷Las ayudas ofrecidas por el Estado para las víctimas, se canalizaron a través de las entidades de carácter público existentes, lo que de ordinario motiva quejas de parte de los beneficiarios de las mismas, por los servicios prestados. Sin embargo no se puede perder de vista la naturaleza solidaria de estas ayudas y, por ende, la atención por parte del Estado con los medios de que dispone.

- Las ayudas en materia de enseñanza, extendió beneficios establecidos por otras disposiciones legales³⁸⁸, que exoneraban del pago de los rubros correspondientes a matrícula y pensión mensual a las víctimas de delitos políticos y sus familiares. Estas disposiciones, anteriores a la Constitución Nacional, tenían dos características específicas: de un lado, los estudios debían adelantarse en instituciones públicas y, de otro, solo se refería a la educación primaria y secundaria, no incluía la educación universitaria.
- Por último, respecto de las ayudas en materia de salud, el Decreto contempló todas las ayudas contenidas en la disposición anterior e introdujo elementos adicionales a los ya existentes, en lo que se refiere a los tratamientos que se debían realizar a las víctimas.

Se ratificó la obligación impuesta a las entidades privadas de atender a las víctimas, así como la obligación a cargo del Estado de asumir pago de las sumas que por éste hecho se generaran, con cargo al *Fondo de Solidaridad y Emergencia Social*, pero manejadas a través del Ministerio de Salud, ante el que se tramitarían, de la misma manera, las solicitudes de reembolso de las sumas que se hubieran tenido que sufragar por la víctima o por cualquier particular -salvo las compañías de seguros-, por hechos ocurridos a partir del 8 de noviembre de 1992, fecha en la que se declaró el *Estado de Excepción*-, es decir, amplió el ámbito temporal en el que resultaba aplicable la ayuda para las víctimas, pues no había razón alguna para fijar como fecha de inicio el 1 de enero de 1993, como si la había para el 8 de noviembre de 1992. Salvo por lo anterior, podemos afirmar que las variaciones establecidas por el Decreto, no fueron de otro orden.

³⁸⁸ En concreto Decretos 2231/1989, de octubre 03 y, el Decreto 48/1990, de enero 4.

Del simple análisis de la norma, podemos colegir que se trata de un sistema que dista mucho de pertenecer a la responsabilidad civil, pues con lo allí establecido no se pretende de manera alguna resarcir el daño que se ha causado a la víctima, sino facilitarle su recuperación, en materia de salud y en materia económica; todo el sistema se estructura sobre la base de la solidaridad del Estado frente al más perjudicado con las acciones terroristas, sin estar asumiendo responsabilidad alguna y sin que tales ayudas puedan entenderse como una forma de indemnización o resarcimiento para la víctima.

De esta manera se dejó establecido dentro del texto legal se indica que las ayudas contempladas en el mismo, no implican el reconocimiento de responsabilidad alguna de parte del Estado o de la entidad a través de la cual se otorgue, aún cuando no se hizo mención a la subrogación de las acciones que le corresponden a la misma, circunstancia esta que corrobora el hecho de tratarse de ayudas y no de resarcimientos en estricto rigor.

Este planteamiento se pone de relieve con más claridad en el caso de los créditos especiales, toda vez que el Estado lo único que promueve, es la obtención de dinero a menor costo del que supone en circunstancias normales, pero siendo la víctima la que asuma el pago en su integridad.

Conforme a lo anterior, nos encontramos en realidad frente a un *sistema de prioridades* dentro del esquema de ayudas con que cuenta el Estado para los miembros de la sociedad, con algunos elementos adicionales, pero que no son suficientes para que a partir de los mismos, se llegue a concluir que se trata de un sistema de atención a las víctimas del terrorismo, así se le hubiera puesto tal título.

Las ayudas acá referidas, no distan mucho de las que le corresponden al Estado como tal, al menos al tenor de lo establecido por la Constitución Nacional. Aspectos como la concesión de préstamos para la recuperación de la

vivienda o de subsidios para la adquisición de una, en el evento en que no fuera propia la que hubiera resultado destruida, eran extremos ya contemplados en otras disposiciones a las que víctimas o no, podían acudir los particulares, sin ostentar condición especial alguna.

Lo propio podemos decir de los beneficios en materia de educación que se contemplaron, así como de los servicios de salud, a cargo del Estado en ambos casos, en desarrollo de las obligaciones delegadas por los ciudadanos. La diferencia más importante no es otra que la prioridad que se les concedía a las víctimas en la obtención de los beneficios aludidos, frente a las demás personas que cumplían, sin ser víctimas desde luego, con las características para hacerse a ellos.

Un elemento que si resulta de suma importancia, fue el hecho de permitir que la víctima ejerciera acciones en contra del Estado cuando de su acción u omisión, pudiera concluirse una responsabilidad del mismo. Esto no ofrecería mayor mención si no fuera por el hecho de ser posible que se descontaran las sumas que hubiera asumido el Estado, por cualquiera de los rubros aludidos, del monto total por el que se le condenara

Con todo, ante la ausencia de un sistema jurídico claro y específico para las víctimas del terrorismo, el establecimiento de ayudas fundadas en la solidaridad y enfocadas a dar prioridad a la mismas, cuando se enfrentaran a los demás miembros de la sociedad al pretender ser beneficiarios de las ayudas estatales, constituye al menos un elemento a tener en cuenta.

2.1.3. Ley 104/1993 de 30 de noviembre.

A finales del año 1993 se empezaron a dar acercamientos entre el Gobierno Central y los grupos al margen de la ley, con miras a su desmovilización y entrega de armas; por esta razón hizo necesaria la expedición de una norma que

de alguna manera facilitara el camino en la búsqueda de soluciones y que dejara sentadas las bases de una salida concertada del conflicto, en la que se propendiera por la reparación de las víctimas.

En consecuencia, era menester establecer las vías y definir algunos aspectos básicos que hicieran viable un posible acuerdo, pero las disposiciones contenidas en el Decreto 444/1993, de marzo 8, ya no se encontraban vigentes para tal época, lo cual imponía la necesidad de adoptar una legislación permanente en éste sentido, teniendo en cuenta que se trataba de uno de los aspectos más sensibles dentro de cualquier acuerdo de paz que se quisiera alcanzar.

En este contexto, se expide la Ley 104/1993, de diciembre 30, cuyo texto no es más que la transcripción del Decreto 444/1993, de marzo 8, adoptándolo entonces como una disposición con rango de ley y con vigencia de dos años, salvo que se estimara pertinente prorrogarla por un término superior, como en efecto se hizo, por razones de diversa índole, ninguna de ellas relativa a un posible acuerdo de paz, pues este al igual que los demás, han fracasado.

Como en su momento lo pusimos de manifiesto, la naturaleza especial de las circunstancias en medio de las que se expidieron las normas precedentes, implicaba que la vigencia de las mismas estuviera circunscrita a vigencia de la declaratoria del *Estado de Conmoción Interior*; como consecuencia, al momento en que se expide la presente ley, no existía disposición legal alguna que amparara los derechos de las víctimas de los actos terroristas y, es solo a través de esta ley que se establecen con vocación de permanencia las ayudas para las víctimas de las acciones terroristas.

Esta disposición legal, aún cuando adoptó en su integridad el texto de las normas precedentes –Titulo II-, incluyó algunas novedades adicionales, dentro de las que cabe destacar el establecimiento de una pensión mínima para todas

aquellas personas que hubieran perdido el 60 por 100 de su capacidad laboral o más, como consecuencia de una acción terrorista y que careciera de una pensión, de carácter público o privado y, de algún sistema de cobertura de salud, en cualquier caso con cargo al *Fondo de Solidaridad y Emergencia Social* –art. 45-.

Pero quizá el elemento más relevante que se incluyó dentro de esta disposición jurídica, no solo por la repercusión que tiene, sino por la incompatibilidad que sugiere el haberlo encontrarse en una norma con el claro objetivo de atender las especiales circunstancias de las víctimas a causa de atentados terroristas y no ocuparse de la situación jurídica del terrorista, fue el relativo al *indulto*, por los delitos que se pudieran llegar a considerar políticos y siempre que el responsable de los mismos cumpliera una serie de requisitos, para hacerse a éste beneficio. La única razón que se tiene para haber hecho tal inclusión, no es otra que los acercamientos que se adelantaban con algunos de los grupos de la época³⁸⁹.

Al margen de las implicaciones penales de esta figura jurídica –ya de por si generosas-, lo que a nosotros corresponde e interesa, es el efecto que esto tiene frente a la responsabilidad civil, que en principio no debería ser motivo de controversia, pero que su tratamiento no resulta del todo claro de conformidad con la potestad de concederla, que a voces de la Constitución Nacional, se encuentra en cabeza de los miembros del Congreso de la República y al Gobierno Central, pero en ambos casos con efectos diferentes -sin razón aparente alguna- en lo tocante a tal responsabilidad, frene a los particulares.

Respecto de la facultad concedida al Congreso de la República, el Numeral 7° del Artículo 150, de la Constitución Nacional, establece:

³⁸⁹ Sentencia Corte Constitucional de 28 de agosto de 2002, No. C-695-02. En esta Sentencia, la alta corporación realiza un estudio respecto de los límites y las reglas que se deben observar en los eventos en los que se otorgue la amnistía o el indulto a quienes hayan cometido delitos políticos, haciendo referencia a la responsabilidad civil. Más reciente, puede consultarse la Sentencia Corte Constitucional de 6 de septiembre de 2005, No. C-928-05.

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: ...

7. Conceder por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar...

...”

El Congreso de la República, de conformidad con lo anterior, no solo tiene la facultad de conceder los indultos que considere del caso, sino que a su vez puede eximir del pago de las condenas en materia de responsabilidad civil a los beneficiarios de esta figura jurídica, haciéndose cargo de las indemnizaciones a que hubiera lugar.

Por otro lado, en lo que se refiere a la misma facultad otorgada al Gobierno Central, estas se encuentran limitadas en exclusiva a los casos de *indultos*, adoptando a su vez un criterio diferente en materia de responsabilidad civil, toda vez que el tenor del numeral 2° del Artículo 201 del mismo cuerpo legal, se dejó establecido:

“Artículo 201. Corresponde al Gobierno, en relación con la Rama Judicial.

...

2. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares...

...”

En otras palabras, el Gobierno Central le es dable conceder el indulto, pero no exonerar por responsabilidad civil al delincuente, cuyas obligaciones frente a particulares subsiste, pese a haber sido beneficiario de esta figura jurídica.

Tal facultad fue ratificada en el texto legal –art. 60-, siguiendo el mismo criterio establecido por la Constitución Nacional; sin embargo, no se hizo reglamentación alguna, ni se fijaron parámetros específicos para efectos de la responsabilidad civil del individuo beneficiario de indulto, salvo por algunas alusiones al tema de carácter procedimental, que no son del caso entrar a analizar.

Lo que nos interesa resaltar acá, es cómo aún teniendo la plena certeza de la existencia de la responsabilidad civil del delincuente, no se adoptan medidas de parte del Estado conducentes a la reparación de la víctima, ni se establece disposición alguna que propenda por la obtención de manos del delincuente la indemnización a que tiene derecho todo aquel que se ha visto perjudicado por su actuar; se limitó el texto legal a reproducir el contenido de otra disposición, en la que, como se ha manifestado, se creó un *sistema de prioridades* para las víctimas del terrorismo, pero no se crearon mecanismos con miras a su reparación, de hecho, no se hace alusión alguna al respecto³⁹⁰.

Por lo demás, ésta disposición legal no modifica en nada los parámetros establecidos con las disposiciones anteriores; mantiene el mismo sistema que se

³⁹⁰ Conforme a derecho, la titularidad de la acción de reparación se encuentra en cabeza de quien ha sufrido el daño y por ende solo a él le corresponde su ejercicio, salvo que habida cuenta de haber asumido el pago un tercero, este se haya subrogado en tales acciones. En este orden de ideas, así sea bajo la modalidad del *indulto* no siendo el Estado el titular de las acciones de reparación, no podrá este renunciar a su ejercicio, salvo que de manera previa haya asumido la reparación del perjudicado y por ende se haya subrogado en sus acciones. De otra forma, cercenar las posibilidades de obtener la indemnización de manos del directo responsable de un hecho, le convierte en responsable directo frente a la víctima y surgiría la obligación de indemnizarle, en este caso en virtud del ejercicio desmedido o por fuera de los límites que le otorga la ley.

venía siguiendo, sin que haya beneficios reales para que las personas a quienes se les vulneraron sus derechos, vean satisfechas sus expectativas de reparación.

2.1.4. Ley 241/1995, de 26 de diciembre.

Como lo avanzamos en otras líneas, los acercamientos tendientes a la celebración de un acuerdo de paz se vieron frustrados y como en otras ocasiones sirvieron para fortalecer a los actores del conflicto; no obstante, cerca de la expiración del término por el que se instauró el sistema de reparación para las víctimas y ante la posibilidad de llegar a un acuerdo con otros grupos de menor envergadura³⁹¹, se decidió prorrogar su vigencia, al tiempo que se amplían los beneficios a todos aquellos que decidieran dejar las armas, sin importar el bando en el que se encontraran.

En este contexto es que se expide la Ley 241/1995, con la que no solo se amplió la vigencia temporal del sistema instituido, sino que se hicieron una serie de adiciones, con miras a la concesión de beneficios adicionales a las víctimas del terrorismo y que las podemos agrupar de la siguiente manera:

- El porcentaje de pérdida de la capacidad laboral para ser beneficiario de la pensión por invalidez se redujo al 50 por 100, manteniéndose la limitación a la que se aludió en su momento respecto de la existencia de una pensión en el mismo sentido otorgada por entidad pública o privada y con cargo a la *Red de Solidaridad Social*³⁹².

³⁹¹Se pretendió dar la posibilidad a grupos conocidos como *milicias populares, rurales y urbanas* y a los grupos de *autodefensa*. Los primeros conformados por militantes de los grupos guerrilleros, encargados de llevar a cabo determinadas acciones terroristas en las ciudades o en el campo -atentar contra miembros de la Policía, poner artefactos explosivos en determinadas zonas, asesinar a sus competidores en el mercado de la droga, entre muchos otros-, mientras que los segundos se encontraban conformados por grupos de campesinos que se armaron para contener los ataques de los que eran objeto por parte de la guerrilla. Como ya se afirmó en otro apartado, fueron estos los que con posterioridad se convirtieron en los ejércitos privados de los grupos de narcotraficantes,

³⁹²Conviene en este punto indicar, que el *Fondo de Solidaridad y Emergencia Social*, fue reemplazado, con idénticas funciones, en el año 1994, a través del Decreto 2099/1994, de septiembre 6, por la *Red de Solidaridad Social*. Las diferencias con el régimen anterior, fueron más en el orden administrativo.

- Se creó un nuevo modelo de ayudas, para las personas que sufrieran los efectos de las acciones terroristas, bajo el esquema de *ayuda humanitaria de emergencia*, otorgada a través de la *Red de Solidaridad Social*. Sin embargo, nada se dice respecto de la cuantía de tal ayuda y tampoco de los requisitos para acceder a ella, sólo se limita a enunciarla dentro del cuerpo legal.
- En esta ocasión se continuó con la referencia a la figura del *indulto* de conformidad a los lineamientos generales que se hicieron en su momento, salvo por el hecho de que en esta oportunidad se dejó dicho que el hecho de acogerse a los beneficios determinados por la norma, no afectaba en nada el ejercicio de las acciones civiles a que hubiera lugar, que en cualquier caso quedaban vigentes y por ende podían ser ejercidas por sus titulares, en procesos civil independiente.

2.1.5. Ley 418/1997, de 26 de diciembre.

El vencimiento del régimen contenido en las disposiciones anteriores fue modificado una vez más, a través de esta norma en la que se incluyeron todos los extremos que ya se venían manejando y a su vez, se incluyeron elementos adicionales.

En lo que nos interesa, baste con decir que el sistema establecido para la atención de las víctimas del terrorismo sufrió una única modificación de fondo, como fue la imposición de un límite temporal a las reclamaciones de las mismas, quienes solo disponían de un año para acceder a los beneficios ofrecidos por el Estado, contado a partir del momento en que se hubiera producido el hecho correspondiente –art.16-.

Respecto de las ayudas fijadas por las normas precedentes, se conservaron en su integridad y las modificaciones se limitaron a reasignar su trámite a otras entidades.

Esta norma también fue prorrogada, en éste caso por tres años, a través de la Ley 548/1999, de diciembre 23, pero en este caso solo la modificación solo versó sobre el ámbito temporal sin más.

2.1.6. Ley 782/2002, de 23 de diciembre

Una vez más se modificó el ámbito temporal del régimen, ampliándolo por 4 años más y adicionando ciertos elementos más allá de lo relativo a los derechos de las víctimas y que obedecen más a otros aspectos que al estudiado por nuestra parte.

En términos generales, se condicionó el término de un año para solicitar las ayudas establecidas por la ley, contado a partir de la fecha de realización de los hechos, quizá por los problemas que supuso en muchos casos, presentar la solicitud. Téngase en cuenta que la mayoría de los casos se presentaba en zonas apartadas, en las que había una presencia constante de los victimarios, lo que implicaba que la denuncia de los hechos fuera una provocación para los mismos; en muchas ocasiones el miedo, impidió el ejercicio de las acciones. Se dijo entonces que este término solo se contaría a partir del momento en que cesaran las circunstancias que impidieran el ejercicio de los derechos de la víctima –art. 16-³⁹³.

A su vez, esta ley fue desarrollada en algunos de sus apartes por el Decreto 128/2003, de enero 22, disposición legal tan prolija en beneficios para los miembros activos de los grupos ilegales, como escasa en la determinación de algún

³⁹³Sentencia de Tutela, Corte Constitucional, de 15 de marzo de 2007, No. T-188/07. Se trata del caso de una mujer a las que se le negaron las ayudas por haber pasado más de un año desde la ocurrencia de los hechos, pero que en virtud de la Sentencia aludida, se solicita la revisión del expediente en razón de las circunstancias específicas que alega la accionante. En el mismo sentido, Sentencia de Tutela, Corte Constitucional, de 12 de diciembre de 2007, No. T-1068-07.

beneficio adicional para las víctimas. Se instituyeron aspectos como ayudas económicas, de capacitación y de empleo, para quienes de manera voluntaria depusieran las armas, mientras que las víctimas tendrían que servirse de las alternativas que les daba la ley para reparar, a su propia costa, los daños ocasionados por los que ahora volvían a la vida civil.

Este régimen en la actualidad se mantiene vigente, pese a que ha sido objeto de varias modificaciones y su prórroga en el tiempo se ha convertido casi que en una necesidad, dada la continua sucesión de acciones de naturaleza terrorista que se suceden.

El número de víctimas en Colombia aún se desconoce y muchas de ellas quedarán en el anonimato; en la actualidad y gracias a que las circunstancias de violencia se han reducido de manera sustancial, son más las personas que solicitan se les repare por daños sufridos en lugares de la geografía nacional a la que solo llegaban los grupos ilegales.

Esto ha conducido a que el régimen de ayudas que inicio en medio de circunstancias excepcionales y en virtud de facultades extraordinarias otorgadas al Ejecutivo, se haya venido ampliando y se haya convertido en un régimen permanente y que aún cuando otorga privilegios a las víctimas, más que reparaciones, al menos busca atender en algo el sufrimiento de las víctimas.

Este régimen, se encuentra vigente hasta el año 2010 –de acuerdo con la modificaciones hechas en este sentido por la Ley 1106/2006, de 22 de diciembre– en el que se prorrogará una vez más y se continuará con su ejecución, al menos hasta cuando ya no sea necesario.

3. Régimen establecido por la Ley de Justicia y Paz.

En el mes de agosto de 2003 el Gobierno Nacional empezó a tener acercamientos con los grupos ilegales de autodefensa –AUC-, con el objetivo de acordar los términos de su desmovilización. Los acuerdos alcanzados se basaron en dos elementos fundamentales: la desarticulación de la red delincencial con la que contaban y la reparación de las víctimas de sus delitos, elemento este último que se cumpliría a través de la justicia, la verdad y la reparación.

Lo anterior motivó la expedición de una ley específica con la que se estructuraron las bases de los acuerdos alcanzados y los medios para hacerlos efectivos, concediendo garantías a los victimarios y, respetando los principios jurídicos básicos -al menos respecto de las indemnizaciones a las víctimas de las acciones delincuenciales-, que imponen la obligación de reparar los daños por parte de quien hubiera realizado las acciones delincuenciales.

El Estado en este evento se constituyó como garante, sin asumir por su parte responsabilidad alguna, pero facilitando la consolidación de un patrimonio autónomo, del cual saldrían las indemnizaciones producto de las condenas a quienes se desmovilizaran en el marco de esta Ley y hubieran sido condenados con observancia de los procedimientos judiciales vigentes.

Se trató de una iniciativa interesante en la que el Estado no asumiría las obligaciones que no le corresponden; los miembros de uno de los grupos armados ilegales serían conducidos a prisión -desde luego en condiciones especiales- y condenados a reparar los daños que se han causado y; las víctimas tendrían la posibilidad de ser resarcidas y a su vez, actuando de manera activa en el proceso, podrían llegar a la verdad.

No obstante lo anterior, verdadera valía de las normas solo se puede analizar de cara a los efectos que se siguen de su aplicación y en este particular evento, los loables

resultados que se pensó se podrían obtener, no han llegado a satisfacer las expectativas que se forjaron sobre el papel. Dos años después los principales miembros de esta organización se encuentran respondiendo por sus acciones ante cortes de Estados Unidos; sus confesiones condujeron a la judicialización de gran parte de los miembros del Congreso de la República y otros funcionarios del Estado; no todos sus hombres se entregaron y muchos de ellos controlan en la actualidad el negocio del narcotráfico; los bienes que han entregado para reparar a sus víctimas no son suficientes para cubrir sus obligaciones y; la de la verdad, poco se sabe.

El futuro de esta norma es incierto y la profunda decepción de las víctimas, condujo al establecimiento de la reparación por vía administrativa –a la que nos referiremos más adelante-, así como a la elaboración de un proyecto de Ley que cursa en la actualidad y con el que se quieren establecer las indemnizaciones a cargo del Estado y a título de responsabilidad civil.

3.1. Ley 975/2005, de julio 25, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

Se trata de una norma cuyo texto se discutió en las circunstancias a las que nos referimos y, que contó con la anuencia de los principales miembros de los grupos de autodefensa que se querían acoger a la misma. No obstante lo anterior, aún cuando en sus inicios se concibió como una norma destinada solo a tales grupos, se dio la posibilidad de que todos aquellos que quisieran someterse a la misma pudieran hacerlo, con independencia del grupo al que pertenecieran.

Dada la importancia de esta disposición legal y todos los extremos que en la misma se incluyen, optamos por hacer un análisis separado de los mismos, en aras de una mejor comprensión del sistema y de las bases sobre las que se estructura.

3.1.1. Sujeto Activo.

Una de las principales dificultades en esta clase de conflictos es la determinación del causante del daño -tal y como lo pusimos de manifiesto en su momento-, máxime cuando nos encontramos frente a acciones realizadas por grupos ilegales cuyo número de integrantes es considerable y su nivel de organización implica que haya una distribución de tareas en su interior.

Por esto, el sistema establecido por esta norma, parte de la entrega voluntaria a la justicia de los miembros que componen el grupo, la confesión de las acciones en las que participó o supo que se iban a llevar a cabo, así como la entrega de sus bienes para la reparación de los daños causados.

En lo que se respecta a la responsabilidad penal, siendo está individual, la persona que se acoja a esta norma, solo será responsable de los delitos en los que hubiera participado; a cambio de su confesión y la colaboración con la justicia en el esclarecimiento de la verdad, se le concede el beneficio de la alternabilidad –art. 3-.

Este beneficio consiste en que los delitos que se confiesen serán juzgado a luz de las disposiciones legales vigentes y se les impondrá la pena correspondientes por los mismos; de manera simultánea, dentro de la misma sentencia, se impone una pena alternativa -de no menos de 5, ni más de 8 años-, junto con las obligaciones que ha de cumplir respecto de las víctimas y que se aplicará en reemplazo de la pena principal, siempre que se observen los lineamientos de la misma, lo que incluye reparación integral del daño.

Solo con posterioridad al cumplimiento de la pena alternativa, sobre la que no puede recaer ningún beneficio adicional, se concede un tiempo de *libertad a*

prueba –art. 29-³⁹⁴, durante el cual se le vigilará para efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones que se le hayan impuesto, en especial las relativas a la reparación de la víctima y la no reincidencia en los hechos delictivos, pues de incumplir, se le impondría la condena principal contenida en la sentencia respectiva y reemplazada por la *alternativa*.

Sin embargo, cosa bien distinta sucede en el caso de la responsabilidad civil, toda vez que acá el desmovilizado debe responder con la integridad de su patrimonio frente a la víctima directa de sus acciones y además, de manera solidaria por las acciones realizadas por los demás miembros del grupo al que perteneció, tal y como lo dejó dicho la Corte Constitucional, que a su vez ratificó la inexistencia a cargo del Estado de cualquier tipo de responsabilidad, lo que no constituye un obstáculo para que dispusiera de partidas presupuestales con destino al fondo de reparaciones³⁹⁵.

Se trata de una conclusión coherente con la norma, aún cuando la solidaridad que se pregona de las obligaciones, no se estableció de manera expresa en la misma; a ella se llega, a partir del hecho de formarse un patrimonio común –el fondo de reparaciones-, del que saldrán las indemnizaciones correspondientes para todas las víctimas del grupo que se ha desmovilizado³⁹⁶. Esto que pareciera suficiente, en realidad no lo es, habida cuenta del fraccionamiento al interior de

³⁹⁴ En el evento en que el condenado no haya hecho entrega de bienes para la reparación de las víctimas, no podrá gozar de la *libertad a prueba*, que consiste en un período de tiempo de máximo la mitad de la pena alternativa impuesta, durante el cual quedará en libertad, tal y como lo indica el Art. 44 de la misma disposición legal.

³⁹⁵ Comunicado Corte Constitucional de mayo 19 de 2006, sobre la Sentencia que declaró ajustada a la Constitución Nacional, la Ley 975/2005, de 25 de julio, numeral 7.

³⁹⁶ En principio, la Ley obligaba a declarar los bienes obtenidos con el desarrollo de actividades ilícitas; sin embargo, tal limitación fue declarada inexecutable por la Sentencia Corte Constitucional, de 18 de mayo de 2006, No. C-370-06, en donde se dejó dicho: “... *los bienes de procedencia ilícita no le pertenecen y, por lo tanto, la entrega no supone un traslado de propiedad sino una devolución a su verdadero propietario – mediante la restitución del bien – o al Estado. Sin embargo, su patrimonio lícito le pertenecerá hasta tanto no exista una condena judicial que le ordene la entrega. En cambio, los bienes producto de la actividad ilegal, todos ellos sin excepción, deben ser entregados como condición previa para acceder a los beneficios que establece la Ley 975/05. El legislador puede establecer ese requisito de elegibilidad, tanto para la desmovilización colectiva como para la desmovilización individual...*”. En el mismo sentido, Sentencia Corte Constitucional, de 25 de julio de 2006, No. C-575-06 y por ende en la actualidad tienen la obligación de declarar todos sus bienes, so pena de perder los beneficios otorgados por la Ley.

la organización, que ha conducido al establecimiento de la solidaridad solo respecto de las obligaciones imputables al “subgrupo” al que ha pertenecido el individuo y no frente a las obligaciones del grupo en general³⁹⁷.

De hecho, la misma ley determina que en la Sentencia en la que se defina la responsabilidad penal del individuo, se debe definir la responsabilidad en materia civil y las indemnizaciones a que haya lugar a cargo del mismo –art. 24- no podría ser de otra manera, si los beneficios de la ley se supeditan al cumplimiento de la pena alternativa, que incluye la reparación a las víctimas, es menester establecer las obligaciones individuales que le corresponden y, aunque sería lo ideal, el cumplimiento o incumplimiento de uno de los miembros no beneficia o perjudica a los demás³⁹⁸.

Esto nos sitúa en la misma posición a la que aludimos líneas atrás respecto de la imposibilidad de establecer la solidaridad de todos los miembros del grupo frente a la reparación de los daños causados por los mismos, partiendo del hecho de su actuar conjunto con unidad finalista y, al margen de las valoraciones en materia penal que requieren de la participación directa del individuo en las acciones que se le imputan.

Sin embargo, el criterio cambia cuando se trata de los *daños anónimos*, aquellos que han sido atribuidos al grupo en general y cuya imputación individual no ha sido posible. En estos casos, aún desconociéndose su autor material, la indemnización que proceda será con cargo al fondo de reparaciones, criterio que se acerca más a nuestro planteamiento y que debería extenderse a la

³⁹⁷ De esta manera se dejó dicho por la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-370-06 aludida, en los siguientes términos: “*Para la Corte es claro que si los beneficios que establece la ley son para el grupo específico, o para sus miembros en razón a la pertenencia al bloque o frente correspondiente, éste debe tener correlativas responsabilidades de orden patrimonial, incluso al margen de la determinación de responsabilidades de índole penal, siempre y cuando se establezca el daño y la relación de causalidad con la actividad del grupo específico y se haya definido judicialmente la pertenencia del desmovilizado al frente o bloque correspondiente...*”.

³⁹⁸ Esta afirmación se corrobora con el curso que han tenido los procesos que al amparo de esta ley se han adelantado. Mientras los principales miembros de la organización fueron extraditados a Estados Unidos, los demás siguen en el proceso de desarme.

integridad de las acciones realizadas, si partimos del supuesto del que parte la Corte, como es que aún sin conocer el victimario, se sabe que tales hechos provinieron del grupo al que pertenecía³⁹⁹.

Todo el sistema se encuentra estructurado sobre la base de la confesión de parte de quien se acoja a los beneficios de la ley, así como de la declaración acerca de los bienes con los que cuenta para hacer frente a las obligaciones que de tal confesión se desprendan. Estos elementos son a nuestro juicio los más importantes dentro de todo este proceso, a tal punto que su inobservancia conduce su inexorable fracaso, como en efecto ha ocurrido en múltiples casos.

Esta norma se refiere a los aspectos más importantes que hay que tener en cuenta al momento de llegar a acuerdos con grupos ilegales; aspectos que, como ya lo dijimos, en su momento se desconocieron y condujeron al fracaso de los procesos de negociación o, en los pocos en los que al menos se concluyeron - M-19, LA CORRIENTE DE RENOVACION SOCIALISTA-, siempre quedó la sensación de que algo hizo falta en el intermedio entre el que se dejaron las armas y se dictaban conferencias acerca de los delirios de la revolución.

Por esto no es exacto afirmar que se trata de una ley para las víctimas del terrorismo y es lógico que haya algunos elementos que solo se refieran de manera tangencial, como ocurre con la responsabilidad del Estado, cuya función en medio de toda la estructura que se crea, no es otra que la de ser un mediador, un garante entre los miembros del grupo terrorista y las víctimas, de un lado para que cesen sus acciones y de otro, para que se reparen los daños causados,

³⁹⁹ No hay ninguna razón para no aplicar el argumento esbozado por la Corte en el caso de los daños anónimos, cuya reparación solo la vincula al subgrupo o frente que se supone cometió los hechos, cuando lo cierto es que antes de pertenecer a un subgrupo, estas personas pertenecen al grupo que las contiene. No hay justificación alguna para que la solidaridad –no expresa- se pregone solo entre los integrantes del subgrupo al que se le atribuye la causación del daño. Dice la Corte en la misma Sentencia a la que nos venimos refiriendo: “...*Los daños anónimos, es decir aquellos respecto de los cuales no ha sido posible individualizar al sujeto activo, no pueden quedar exentos de reparación; comprobado el daño y el nexo causal con las actividades del bloque o frente armado ilegal cuyos miembros judicialmente identificados sean beneficiarios de las disposiciones de la ley, tales miembros deben responder a través de los mecanismos fijados en la ley...*” Este planteamiento se ratifica en la Sentencia Corte Constitucional de julio 25 de 2006, No. C-575-06.

siendo factible su participación económica en todo el proceso y propendiendo siempre por la protección de los derechos que asisten a estas últimas⁴⁰⁰.

Esta circunstancia a la que venimos haciendo referencia, también justifica el que los sistemas que se han diseñado para la atención de las víctimas y que vimos con anterioridad, sigan existiendo de manera paralela y se pueda recurrir a los mismos por quienes se encuentren dentro de los supuestos que en ellos se contemplan, pero bajo el entendido de que tales ayudas, por provenir de sistemas concebidos con fines diferentes, no pueden ser tomadas como parte de las reparaciones que al amparo de la ley se hagan a las víctimas⁴⁰¹.

Lo anterior no obsta para que el Estado coadyuve en la indemnización de las víctimas pero en virtud de sentimientos de solidaridad, no porque se establezca de ésta manera la obligación a su cargo; como tampoco será obstáculo para que quienes consideren que la acción u omisión del Estado estuvo involucrada en los actos de los que fue víctima, inicien las acciones correspondientes por las vías ordinarias, para obtener la indemnización a que haya lugar.

3.1.2. Determinación del daño.

Toda la dinámica establecida por la ley se inicia con la confesión de parte de quien quiere someterse a los beneficios de la misma; pero durante todo el proceso, también están vinculadas las víctimas, que tendrán que denunciar los hechos de las convirtieron en tales, poniendo de manifiesto los daños que se les causaron y aportando las pruebas de sus denuncias, dentro de las oportunidades procesales previstas por la ley.

⁴⁰⁰ Lo propio se dejó dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370-06 a la que nos hemos referido en otras oportunidades, en concreto en el apartado 6.2.4.1.12 y siguientes, en donde alude a la obligación que surgen a cargo de quienes han causado el daño.

⁴⁰¹ Sentencia Corte Constitucional, de 4 de diciembre de 2008, No. C-1199/08. En principio, la ley permitía que los servicios sociales proveídos por el Estado y de los que fueran beneficiarias las víctimas, formaran parte de la reparación –art.47-; no obstante, la Corte estimó que la fuente de estos beneficios, no era compatible con aquella de donde provienen las indemnizaciones debidas bajo el contexto de la ley, que no es otra que el daño.

La confrontación de las versiones que se den por las víctimas con las que den los desmovilizados, así como las declaraciones de los demás miembros del grupo, son las que conducen al establecimiento del nexo causal entre el hecho y el daño, así como la vía de imputación de estos últimos.

Aún cuando la buena fe en un proceso como este tiene un papel preponderante, son las víctimas las que tienen la potestad de hacer valer sus derechos y denunciar los hechos de los que fueron objeto, de tal suerte que su negación u ocultación por parte del victimario, conduce a la pérdida de los beneficios otorgados por la ley, si se demuestra su vinculación con el mismo.

Bajo este esquema lo que se pretende es la reparación de los daños causados con ocasión de las actividades delictivas de grupos específicos, es decir, de todos los daños en directa relación con sus reivindicaciones, lo que excluye aquellos que se produzcan en otros ámbitos, aún estando probados, caso en el cual su resarcimiento solo podrá intentarse por las vías ordinarias.

La fijación del monto de la indemnización que corresponde a cada una de las víctimas, se deja al criterio del Magistrado al que le corresponda el conocimiento del caso, pero, tal y como lo veremos, las reclamaciones están amparadas por el principio de reparación integral, razón por la cual la inclusión de todos los tópicos relacionados con el daño será posible tenerlas en cuenta dentro del proceso.

El único límite aplicable es la prohibición expresa de recibir dos indemnizaciones por los mismos hechos, aspecto este que no solo es contrario a la ley civil, sino que impide que personas que hayan sido indemnizadas en virtud de condenas al Estado o que sus pérdidas hubieran sido reconocidas por

una entidad de carácter privado o público, no puedan presentarse en el marco de esta legislación⁴⁰².

Así pues, una vez determinada la acción concreta, el daño y el nexo causal correspondiente, procede la reparación del mismo, de acuerdo con los planteamientos básicos de la responsabilidad civil y bajo un principio de reparación integral.

3.1.3. La Reparación.

Las víctimas, dice la ley, tienen derecho a una “...pronta e integral reparación de los daños sufridos...”-art. 37.3-, lo que en otras palabras significa que la reparación de la que sean objeto debe incluir todos los extremos del daño, sin distinción alguna - material o moral, físico o psíquico-⁴⁰³.

Respecto de los daños morales, siguiendo lo manifestado por las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰⁴, se ha sugerido por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, adoptar la presunción de su existencia en casos en los que se hayan presentado graves violaciones de derechos humanos –desaparición, tortura, delitos sexuales, desplazamiento, tratos crueles, etc.-, así como la aplicación de los principios de equidad al momento de la valoración de los daños materiales.

⁴⁰² Así se desprende del artículo 45 en donde se dejó dicho que “...nadie podrá recibir dos veces reparación por el mismo concepto...”. Como vimos en su momento, la ausencia de disposiciones específicas sobre la materia, implicó la proliferación de sentencias en contra del Estado, con fundamento en la teoría del *daño especial* aplicada por el Consejo de Estado. Así las cosas, si mediara sentencia declaratoria de responsabilidad del Estado, sobre hechos que se confiesen por quienes se acogen a la ley, no podrán acceder a las indemnizaciones que se establezcan, porque estarían siendo indemnizados dos veces por el mismo hecho.

⁴⁰³ el artículo 5 de la ley, hace una relación de todos los daños, incluyendo los “...daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales...”. Pocos son los daños que se pueden dejar fuera de cualquiera de las categorías que establece la ley.

⁴⁰⁴ Sentencia del 7 de septiembre de 2004 –Tibi- y Sentencia del 14 de noviembre de 2004 –La Cruz Flores-,

Para la indemnización de estos daños, el concepto de reparación integral que se maneja es más amplio, por cuanto no solo se restringe al reconocimiento del daño en su integridad, sino que incluye una serie de actos mediante los cuales también se indemniza a las víctimas, además de la reparación pecuniaria, tales como manifestaciones públicas reivindicando los derechos de las víctimas, colaborando con el esclarecimiento de la verdad, con la ubicación de cadáveres y fosas comunes, entre otros⁴⁰⁵.

Acorde con la participación activa durante todo el proceso, una vez se ha dado inicio al mismo y se ha aceptado la inclusión del desmovilizado en los beneficios que le otorga la ley, para que los derechos de las víctimas sean tenidos en cuenta, deben presentar dentro del proceso –de conformidad con el art. 23-, un *incidente de reparación integral*, con el fin de estudiar establecer los daños causados ordenarse la reparación que sea procedente.

Todos los bienes que entregue el desmovilizado y aquellos que el Estado haya incautado, se destinan a un fondo común para la reparación de las víctimas y cuya administración se confía a la Red de Solidaridad Social, que en cumplimiento de las órdenes que se le impartan por los jueces de conocimiento, procederán a pagar las indemnizaciones a las que hayan sido condenados los desmovilizados.

El *Fondo para la Reparación de las Víctimas* –art. 54-, se crea por la misma ley y, consiste en una cuenta especial, a la que se destinan los bienes que a

⁴⁰⁵Las diferentes alternativas se encuentran en el artículo 44, y dentro del marco establecido por la ley y los objetivos perseguidos por la misma, no es de extrañar que se hayan incluido, en los siguientes términos: “...Son actos de reparación integral los siguientes: 44.1 La entrega al Estado de los bienes para la reparación de las víctimas; 44.2 La declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas más vinculadas con ella; 44.3 El reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, la declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y la promesa de no repetir tales conductas punibles; 44.4 La colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y las localización de los cadáveres de las víctimas; 44.5 La búsqueda de los desaparecidos y de los restos de las personas muertas, y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias...”. Acciones desde luego plausibles, pero que no corresponden al concepto de reparación integral manejado por la responsabilidad civil.

cualquier título entreguen los miembros del grupo desmovilizado o de la persona que de manera individual se acoja a la ley.

Tal cuenta se nutre, no solo de estos bienes, sino de los aportes que se hagan por parte del Estado⁴⁰⁶ y, de las donaciones en dinero y en especie que se hagan por organismos nacionales o internacionales. Se trata de la conformación de un patrimonio autónomo, con los bienes que destinen los desmovilizados y que en su integridad, irá a respaldar las obligaciones que surjan con ocasión de su sometimiento a la ley, con independencia del momento en que se desmovilicen e incluso con independencia de las acciones de las que declaren ser responsables. Con todo una de las grandes preocupaciones que surge en éste aspecto, es la cuantía a que se llegue con los bienes que se entreguen y la cuantía a la que ascenderán las indemnizaciones que se establezcan, pues aún se desconoce la cifra de víctimas que podrían ampararse en esta ley.

La Corte Constitucional ha dicho, que si se logra individualizar el causante del daño, serán con su patrimonio que se sufraguen las indemnizaciones a las que se le condene –como lo habíamos dicho-. En caso de que su patrimonio no fuera suficiente para ello, en virtud de la *solidaridad*, se pagarán las obligaciones con el patrimonio de los demás desmovilizados, del grupo al que pertenecía el obligado principal –como también lo habíamos referido-.

Pero, si el patrimonio de todos los desmovilizados no fuera suficiente, el Estado tiene la obligación de asumir las reparaciones, con carácter residual y de

⁴⁰⁶Es posible que el Estado contribuya a la reparación de las mismas, mediante aportes al fondo que se crea por la ley o el desarrollo de acciones tendientes a la reparación colectiva en las regiones más afectadas, pero en cualquier caso sería un acto de mera liberalidad, en aras de la solidaridad, pero sin que exista la posibilidad de obligarle a ello. Esta situación es entendible, pues se parte del principio de la responsabilidad a cargo del causante del daño, que se pretendieron respetar al máximo con la expedición de la ley. De la misma manera se dejó establecido en el artículo 18.5 del Decreto 3391/2006, de 29 de septiembre, con el que se reglamentó la ley.

manera subsidiaria, para no poner en riesgo el derecho a una reparación integral a que tiene la víctima⁴⁰⁷.

Al respecto habrá que decir, que dados los avances que en esta materia ha tenido la ley y la poca cuantía a la que ascienden los bienes que han entregado quienes se han acogido a la misma, muchos de ellos con problemas legales anteriores y obtenidos de manera ilegal –no solo con el tráfico de drogas, sino despojando a sus propietarios de su posesión-, será el Estado quien asuma la mayor parte de tales indemnizaciones –sin que tal obligación conste en el texto legal- y con un agravante, en calidad de responsable subsidiario, con los efectos que esto conlleva y que pusimos de manifiesto en su momento.

Analizando la forma como se constituye el fondo de reparación y las obligaciones a las que habrá de hacerse frente a través del mismo, podemos colegir que al final se trata de una cuenta común con la que se asumirá el pago de todas las obligaciones que se generen por la desmovilización de un grupo específico, llámense guerrilla o paramilitares. Asimismo si aún sin poder determinar el autor de los hechos, demostrados los daños hay lugar a que con cargo a tal fondo, se haga frente a las indemnizaciones, lo que en palabras de la Corte Constitucional es posible en virtud de la solidaridad que debe haber entre los miembros del grupo.

Para nosotros, con base en lo que en acápite anterior tuvimos oportunidad de ilustrar, más que una obligación solidaria, nos encontramos ante una obligación *in Solidum*, en donde todos son deudores de su parte y a su vez del todo, en virtud de los lazos individuales y de las relaciones independientes con la víctima; lo que se viene a corroborar con la obligación de reparar el daño aún cuando no haya posibilidad de vincular de manera directa a alguno de los miembros del grupo con la acción concreta.

⁴⁰⁷ Sentencia Corte Constitucional, de 25 de julio de 2006, No. C-575-06. De la misma manera lo dejó establecido el artículo 15 del Decreto 3391/2006, de septiembre 29, por medio del cual se reglamentó parte de la ley.

Todos los desmovilizados que forman parte del mismo grupo terrorista, estarán obligados a reparar la totalidad de los daños causados por el mismo; la confesión que haga uno de sus integrantes, los vincula a todos, que a su vez constituirán un fondo común del que saldrán todas las indemnizaciones, toda vez que sus actos se encuentran respaldados por el conjunto de bienes, con independencia del mayor o menor grado de participación en los hechos. Si se diera el hipotético evento en que los bienes de uno fueran suficientes para sufragar sus obligaciones particulares y hubiera remanente, este se imputará a las obligaciones insolutas de los demás miembros, lo que en definitiva implica que todos respondan por el todo.

3.1.4. Mecanismos de reparación.

Otra de las novedades que ofrece la ley, es la multiplicidad de mecanismos para reparar a las víctimas, más allá del aspecto económico siendo posible el que se presenten de manera concurrente, en aras del principio de reparación integral al que nos referimos con anterioridad. Estos mecanismos de reparación podemos agruparlos en tres grandes grupos, la Reparación Directa, la Reparación Colectiva y la Reparación simbólica.

3.1.4.1. Reparación Directa.

La primera de las formas de reparación directa del derecho vulnerado y por demás la ideal –no siempre posible-, es la restitución y que no es otra cosa que la realización de determinadas acciones que conduzcan a la víctima a la misma situación en la que se encontraba en el momento de la realización de las acciones que la convirtieron en tal, lo que incluye, sin limitar, la puesta en libertad de las personas que se encontraban secuestradas, el retorno de las mismas a los lugares de los que fueron obligados a marcharse o la devolución de los bienes usurpados.

Esta restitución, si bien es una de las formas más expeditas de reparación, en la medida en que le devuelve a la persona el ejercicio de sus derechos y libertades, en muchas ocasiones puede no ser suficiente –y en algunos casos imposible- y por ende debe ir acompañada de la reparación de los perjuicios adicionales que se han causado y que se derivan de la acción principal.

A este respecto la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación ha hecho una serie de sugerencias para ser tenidas en cuenta en aquellos casos en que la restitución es viable, a grupos vulnerables como los indígenas o los afrodescendientes, todas ellas con base en principios internacionales⁴⁰⁸.

En los eventos en que no sea factible la restitución o incluso siéndolo pero sin ser suficiente, se plantea la indemnización como una alternativa para reparación del daño, de conformidad con la valoración que del mismo se haga en la sentencia correspondiente y siempre incluyendo tanto el lucro cesante como el daño emergente.

La indemnización puede consistir en una suma de dinero específica, en la que observando todas las normas aplicables, puede incluir las costas y gastos en los que han tenido que incurrir las víctimas para la defensa de sus derechos; asimismo puede consistir en una pensión, en especial para aquellos casos en los que se trata de asegurar un ingreso a una persona que haya perdido un familiar del que dependiera.

Más novedoso aún, pero válido en su integridad, es la posibilidad de tomar medidas de rehabilitación, dirigidas a las personas que han sufrido con más rigor los embates del conflicto y que buscan el restablecimiento de la integridad física, moral, psicológica y laboral. Casos como el de las víctimas de las minas antipersona o de violencia sexual, pueden ser beneficiarias de estas medidas de

⁴⁰⁸ COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, Recomendación de Criterios de Reparación y de Proporcionalidad Restaurativa, Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, Bogotá D.C., 2008, Págs. 80 y ss.

reparación individual y que pueden ser extensivas a su familia, en los casos en que sea necesario.

Los costos de estas medidas de rehabilitación, también se dan con cargo al Fondo para la Reparación de las Víctimas y, desde luego, se prestarán a través de las entidades del Estado, de acuerdo con la legislación general que tuvimos oportunidad de analizar y que se ha mantenido vigente.

3.1.4.2. Reparación Colectiva.

En muchos casos, los ataques de estos grupos terroristas, tuvieron como objetivo comunidades enteras⁴⁰⁹; por esta razón la ley abrió la posibilidad de que se hicieran ejercicios de reparación colectiva, en virtud de los cuales se realizaran obras en beneficio de la comunidad en general, con el objeto de restablecer el equilibrio quebrantado con sus acciones y restituir el Estado de Derecho en las zonas de mayor influencia de éstos grupos.

Con esto se pretendió no solo vincular a los desmovilizados con la comunidad, sino el Estado, a cargo del cual se encuentra la planeación y desarrollo de actividades, en determinadas zonas, con el fin de borrar, en lo que sea posible, las secuelas de las acciones terroristas⁴¹⁰.

La reparación puede surtir de la misma manera que en los eventos individuales, cuando ello sea posible, tales como la restitución de la tierra a comunidades indígenas que hubieran sido desplazadas. Sin embargo de lo que se trata es de la realización de obras en las que pueda beneficiarse toda la

⁴⁰⁹ La masacre de Mampiripan; la masacre del Aro; la masacre de los Montes de María; la masacre de Bojayá, entre muchas otras.

⁴¹⁰ Se debe tener en cuenta que muchas de las zonas en las que operan los grupos paramilitares -principal objetivo de la presente ley, pero no el único-, habían sido arrebatadas a la guerrilla, bien por tratarse de zonas estratégicas o por ser zonas de cultivos de droga; lo que se pretende con esto es que una vez desmovilizados los miembros del grupo paramilitar, no se deje el camino libre a la guerrilla para que vuelva a tomar el control de la zona, sino que a través de la presencia del Estado y sus instituciones, sea éste el que restituya el orden en tales zonas.

comunidad o que rindan homenaje a la misma, es decir, que puede servirse más de las medidas simbólicas de reparación.

3.1.4.3. Reparación Simbólica.

Uno de los objetivos que se planteó con la norma, fue el establecimiento de la verdad, como pieza fundamental dentro de todo el proceso de reparación para las víctimas y como parte del compromiso que se asume por quienes a las bondades de la norma se acogieran.

Estas medidas, que no tienen naturaleza pecuniaria y que tienden más por la compensación del detrimento de los bienes no patrimoniales, giran en torno de diversas acciones, de acuerdo con el delito del que se trate –art. 48-.

Así por ejemplo, en el caso de los relatos, permitir y coadyuvar en la elaboración de investigaciones y documentos que den cuenta de los hechos, con miras a la conservación de la memoria histórica de los mismos; en el caso de las desapariciones o secuestros, las medidas se deben enfocar a la posibilidad de recuperar la libertad de los secuestrados o, en su caso, poder recuperar los despojos mortales de quienes hubieran sido asesinados; entre otras acciones como ofrecer disculpas públicas, restablecer la dignidad de las personas a las que hubieran atacado, realizar actos conmemorativos periódicos, entre otras.

Este tipo de reparación también vincula al Estado, a cargo del cual estará la realización de ciertas actividades. Pero quizá en donde más comprometida se encuentra su participación, es en el seguimiento que se debe hacer a la garantía de no repetición, habida cuenta de ser este un compromiso que al momento de desmovilizarse asume la persona y que al Estado le corresponde la verificación de su cumplimiento, así como de los demás compromisos que asuma o el Juez le imponga, so pena de perder los beneficios que le otorgue la Ley.

En cualquier caso, si la reparación no fuera posible bajo alguna de las alternativas que se proponen o fuera insuficiente, la víctima puede optar por el ejercicio de sus acciones de manera directa, contra el victimario. De este tema nos ocuparemos más adelante, por haber sido abordado en uno de los Decretos Reglamentarios que vinieron con posterioridad.

3.1.5. Determinación de la víctima.

Dentro de la ley se incluyeron diferentes eventos bajo los que una persona puede ser víctima de los hechos realizados por los miembros de estos grupos ilegales y ser beneficiarios del sistema especial, que para efectos de nuestro estudio, podemos agruparlas de la siguiente manera:

- **Según los daños:** quien haya sufrido de manera directa lesiones transitorias, permanentes, que le hayan generado algún tipo de discapacidad física, psíquica o sensorial, sufrimiento emocional, pérdida financiera o detrimento de sus derechos, por acciones individuales o colectivas.

Como en su momento lo poníamos de manifiesto, se incluyen en esta descripción toda clase de daños, tanto patrimoniales como morales, permitiendo que todas aquellas personas que consideren violados sus derechos se hagan parte en el proceso y, si fuera del caso, obtengan la reparación del daño que se hubiera generado.

El límite en este caso, hace referencia a la imperiosa necesidad de que los daños cuya indemnización se pretenda, deben provenir de una conducta punible de acuerdo con el ordenamiento penal.

Respecto de la nacionalidad de las víctimas, como no podía ser de otra forma, la norma no excluye a ninguna persona de los beneficios

establecidos por la ley, respecto de las víctimas, siendo posible que los extranjeros también puedan hacerse parte en el proceso respectivo, incluso a través de traductores oficiales cuando no dominen el idioma.

- ***Según el vínculo con la víctima:*** solo en el evento en que se trate de desaparecidos o hubiera sido asesinada, es posible que dentro del proceso se presente el cónyuge, el compañero y el familiar en primer grado de consanguinidad o primero civil.

En estas dos categorías, se incluyeron en igualdad de condiciones y no sin oposición, los miembros de la fuerza pública que pudieran haber sufrido alguno de los daños referidos o sus familiares, cuando hubieran sido desaparecidos o asesinados, bien en medio de un combate o cuando se encontraran fuera de servicio. Esta inclusión no sorprende dada la generosidad de la ley, al tenor de la cual para ser víctima no se requiere determinar el autor del hecho punible, e incluso, es irrelevante que exista un vínculo familiar entre autor y víctima.

Sin embargo, estas inclusiones en virtud del principio de igualdad de las víctimas y que pretenden dar cabida a todos aquellos que han sufrido algún daño en medio del conflicto, generan algunas contradicciones, que puede conllevar a situaciones jurídicas poco claras.

Decir sin más que los familiares de los victimarios pueden hacerse parte en los procesos cuando tengan la categoría de víctimas, no pareciera una alternativa muy clara, máxime cuando no se dice nada respecto de la posibilidad de que quien se presente hubiera podido beneficiarse de las acciones de su familiar. El punto es que no hay matiz alguno impuesto por la ley en este supuesto.

En lo que refiere a los miembros de las fuerzas del orden, la situación es bien diferente al caso de los particulares, quienes no cuentan con el régimen especial

que los ampare de tales riesgos y que la mayoría de las veces consiste en indemnizaciones para sus familiares o el otorgamiento de pensiones a los mismos, con cargo a la seguridad social, existiendo la posibilidad de que haya una doble indemnización por el mismo daño.

Por otro lado, hay un elemento que puede ser producto de un olvido, por fortuna sin mayor trascendencia, como es el que no se hubiera incluido dentro de los familiares el primer grado civil. Tal omisión no tiene mayor importancia, por cuanto, en la actualidad el régimen civil no establece diferencia alguna respecto de los hijos y por ende, no se les podría desconocer el derecho a recibir la indemnización, si se tratara de hijos adoptivos, pues teniendo igualdad de derechos ante la ley que los consanguíneos, entrarían dentro de ésta categoría. La inclusión no se debió hacer en el primero de los supuestos, pero hecha, ha debido tenerse en cuenta para el segundo supuesto, con independencia de que tuviera efectos o no.

La norma contempla una serie de beneficios para las víctimas, poniendo siempre de manifiesto el derecho a ser reparadas, como uno de los pilares fundamentales, por cualquiera de los medios que se indicaron y, determinando para las mismas un trato preferencial en todo momento dentro del proceso.

Si bien muchas son las críticas que se han hecho al sistema establecido, en cuanto a que las garantías no son suficientes y los augurios negativos⁴¹¹ en cuanto a su reparación, lo cierto es que se trata del primer sistema en el que se establecen obligaciones a los causantes de los daños, frente a las víctimas que han dejado sus acciones y, no solo para las que lo fueron de manera accidental, sino en favor de aquellas a las que de manera deliberada se les causó el daño.

⁴¹¹Al respecto pueden verse las manifestaciones en contra de la ley, que se han hecho por parte del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, en especial el de fecha 5 de enero de 2.006, en www.hchr.org.co (última consulta en 01/06/2009).

Por último, no podemos perder de vista que el Estado puede ser uno de los *sujetos pasivos*, al tenor de lo expuesto en la ley y, lo sería con mayor razón en los eventos en que hubiera sido condenado al pago de indemnizaciones por acciones realizadas por los grupos a desmovilizarse. Aún cuando no parece muy lógico que el Estado se presentara con víctima de la acción delincencial, nada se opone a que lo haga.

3.1.6. Decreto 4670/2005 de diciembre 30, con el cual se reglamenta la Ley 975/2005 de julio 25.

Se trata de una norma reglamentaria de la ley, lo que implica que se trate de una ratificación de las facultades y los derechos establecidos para las víctimas, a la vez que hace un desarrollo de los planteamientos iniciales, así como la determinación del alcance de los mismos.

Así las cosas, se ordena a los jueces de conocimiento, que las sentencias que en el marco de la ley se profieran, deben incluir todas las obligaciones del desmovilizado, dentro de las que se encuentran la reparación a las víctimas y de cuyo cumplimiento penderá la pena alternativa que se le aplique –art. 8-.

Impone la obligación al Estado, de crear canales de difusión de los derechos que asisten a las víctimas en virtud de la ley, así como de la puesta en funcionamiento de asesorías en materia jurídica, en lo que se refiere al ejercicio de tales derechos de manera gratuita y teniendo en cuenta para ello, las recomendaciones que en la materia imparta la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación –art. 9 y 10-

Dentro del proceso, cuando se haya identificado el causante del daño directo, las víctimas cuentan con una oportunidad procesal para hacerse parte y hacer valer sus derechos, con miras a ser reparados, a través de alguno de los mecanismos establecidos para lo propio en la ley, como lo vimos con anterioridad.

Dado el caso en que la condena no satisfaga las expectativas de la víctima, que ésta no se haya presentado en la oportunidad correspondiente o que no se hubiera cubierto el monto total de la indemnizaciones, siempre queda la alternativa de ejercer la acción civil, al tenor de las disposiciones legales vigentes para lo propio; es decir, con independencia de las condiciones especiales que se establecen en la ley, tendientes a la reparación del daño, se conservan las acciones civiles para obtener de manos del causante del daño la reparación directa, caso en el cual, nada se opone a que las acciones recaigan sobre los bienes *legales* con que cuente el desmovilizado.

Esto sin lugar a dudas constituye una garantía adicional a las que ya se plantearon, pues la víctima para el ejercicio de sus derechos, no tendrá que sujetarse de manera obligatoria a las disposiciones especiales que para el efecto se han dictado, subsistiendo la acción civil, en este caso como última alternativa, facilitando su ejercicio el que medie condena en materia penal, que hace responsable al individuo o al grupo particular, de las acciones que se hubieran adelantado al margen de la ley.

En lo que se refiere a los bienes entregados por los desmovilizados, la ley es clara en afirmar, que tal entrega de bienes no es suficiente para liberarse del cumplimiento de la obligación impuesta por la sentencia, cuando estos no sean suficientes para cubrir el monto total de la misma.

Si bien no es clara en indicar el proceder que debe observar la víctima en estos casos, nada se opone a que la parte insoluta de la obligación se persiga con las acciones civiles de que se dispone, pues solo se extingue la obligación por su pago total, no por la entrega de los bienes.

Son estos los aspectos más importantes respecto de la reparación, que encontramos en el Decreto reglamentario, que viene reforzando los principios

establecidos por la ley y que propende por el cumplimiento de las obligaciones que se impongan por medio de las Sentencias respectivas, con el fin de terminar de un lado con las acciones al margen de la ley y de otro, con los daños ocasionados a la comunidad en general y en particular.

Con posterioridad a esta norma han venido muchas otras –quizá sea ese uno de las principales debilidades del sistema-, que han venido estableciendo diferentes alternativas para el cabal cumplimiento de los propósitos. Estas normas, no han tenido incidencia relevante respecto de las víctimas y por ende su estudio se torna innecesario⁴¹².

3.1.7. Fondo para la reparación de las víctimas.

Como ya lo hemos referido en otros apartados, la ley creó un fondo especial conformado por los bienes de los desmovilizados y, que están destinados a la reparación de las víctimas.

El reglamento para el funcionamiento de éste fondo, se deja sentado en el Decreto –art.17 y ss.- al que venimos refiriéndonos, en donde se indican las funciones del mismo y los lineamientos básico sobre los que se debe manejar, lo cual incluye la posibilidad de creación de *Fiducias* para su administración.

De este fondo, saldrán los pagos para todas las sentencias que obliguen a la reparación, así como el presupuesto para los proyectos que se desarrollen en el marco de los acuerdos a los que se llegue y el costo de las reparaciones simbólicas que se logren.

Habrá muchos casos en los que los bienes inmuebles sean producto de la

⁴¹² Así Decreto 690/2006, de marzo 7; Decreto 3391/2006, de septiembre 29, que en lo tocante a las víctimas, hicimos referencia en los apartados correspondientes; Decreto 2898/2006, de agosto 29; Decreto 315/2007, de febrero 7; Decreto 423/2007, de febrero 16; Decreto 0551/2007, de febrero 28; Decreto 3570/2007, de septiembre 18; Decreto 176/2008, de enero 24; Decreto 880/2008, de marzo 27 y; Decreto 1059/2008, de abril 4.

expropiación forzosa a la que se ha sometido a miles de personas, razón por la cual estos serán devueltos a sus legítimos propietarios y, desde luego, no podrán ser tenidos en cuenta para el pago de otras indemnizaciones.

Lo anterior aunado a la cifras de víctimas que se manejan, constituyen la principal debilidad de la norma y la prematura conclusión de la insuficiencia de tale recursos para el cubrimiento de las indemnizaciones a que se tenga derecho. De hecho, muchos de los bienes que se han entregado cuentan con enormes problemas jurídicos y muchos de ellos se traspasaron a manos de testaferros que alegan su propiedad de buena fe.

Por otro lado, respecto de la posibilidad de que a este fondo lleguen ayudas internacionales, estas se han destinado de manera específica al desarrollo de programas paralelos al proceso de reparación y que en ningún caso pueden ir destinados a la reparación de los daños.

Esto nos conduce a que el saldo insoluto de las obligaciones que por esta vía se generen, deberán ser cubiertas por el Estado, en virtud de los compromisos asumidos con las víctimas y aún cuando la norma no le imponga tal obligación, sin que eso implique el reconocimiento de responsabilidad alguna por su parte, pero teniendo el mismo efecto que si la tuviera, pues habrá de reconocer los montos que por sentencia se determinen, que como ya lo vimos, deben incluir todos los extremos correspondientes.

Quizá todo lo anterior, motivó la expedición del decreto que veremos a continuación y que constituye la primera norma que establece un sistema de reparación por parte del Estado, al mejor estilo de las disposiciones legales españolas, en concreto, la Ley 32/1999, cuya similitud es evidente y que constituye un régimen especial.

3.2. Decreto 1290/2008, de abril 22, por el cual se crea el programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de grupos organizados al margen de la ley.

Los avances que se han dado en el proceso de desmovilización de los grupos armados, dan cuenta de la enorme cantidad de víctimas que en los últimos años ha habido en Colombia y la necesidad de repararles, aún cuando sea con base en criterios fijos y de manera parcial.

Este planteamiento conduce a la expedición del Decreto en comento, en donde por primera vez se crea un sistema de reparación individual por vía administrativa, para las víctimas de los grupos armados ilegales, sin importar de cual de ellos se trate y con base en criterios de solidaridad; aspecto este que se pone de manifiesto desde la exposición de motivo y se reitera en varios de los apartados del texto.

Por reparación individual se entiende el pago anticipado de indemnizaciones a quienes hayan demostrado ser víctimas y sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por parte de los victimarios o del Estado, cuando este fuera condenado de manera subsidiaria.

3.2.1. Coberturas.

El Decreto solo establece coberturas para daños específicos –tales como muerte; lesiones a la integridad física; a la salud física y mental; que hayan coartado la libertad individual o; que hayan coartado la libertad sexual- y por montos específicos, que oscilan entre 40 y 27 salarios mínimos legales.

Las demás coberturas en cuanto a salud, vivienda, educación y demás, a las que nos referimos en regímenes anteriores, son compatibles con las acá establecidas, pero los montos que ya se hubieran percibido por la víctima, en

razón de los mismos hechos, con ocasión de ayudas o condenas que ya se hubieran impuesto, se tienen que descontar del monto total.

3.2.2. Límites.

En este sistema solo se incluyeron por una parte las víctimas individuales, con lo cual no hay lugar a las reparaciones colectivas que se instituyeron con la Ley 975/2006 y, por otra, solo se reconocen los daños relativos a la persona y no a los daños patrimoniales que hubiera podido tener.

El otro grupo de daños que excluyo de manera expresa, fueron los atribuibles a las acciones de los Agentes del Estado, hecho que ha suscitado enorme polémicas y que ha motivado la elaboración de un proyecto de ley en el que no se hagan tales distinciones. La razón de exclusión, a nuestro juicio válida, no es otra que la existencia de procedimientos específicos para la declaratoria de responsabilidad del Estado, cuando sus representantes se han extralimitado en sus funciones; procedimientos que de ordinario consumen amplios períodos de tiempo, pero en los que tanto los derechos de la víctima, como los de la Administración se encuentran salvaguardados.

Habida cuenta de tratarse de una indemnización de carácter solidario, previo el otorgamiento de la misma, habrá de subrogarse el Estado en las acciones que le corresponden a la víctima, para poder ejercer las acciones ante el directo responsable y evitar así la doble indemnización, aspecto al que también se hace referencia, prohibiendo de manera expresa su ocurrencia.

4. Análisis del sistema para las víctimas del terrorismo.

Dada la evolución que se evidencia en el sistema jurídico colombiano al respecto, el presente análisis lo podemos hacer desde diferentes órbitas, todas ellas enfocadas al aspecto que nos interesa.

4.1. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil del Estado.

En un principio la ausencia de normas respecto del terrorismo, marcó la tendencia de los Tribunales de Justicia ante los que se debatieron las causas, que pretendían -con éxito en muchos casos- el establecimiento de la responsabilidad del Estado, con base en la teoría del *Riesgo Especial*, en virtud del cual se establecía dicha responsabilidad, con el argumento de ser el Estado el objetivo de las acciones de los grupos al margen de la ley.

Bajo este argumento se condenaba a quien había sido víctima de las acciones terroristas, generándose una doble *victimización* en virtud de la cual se le obligaba a asumir no solo sus propios daños, sino los que se causaron a quienes estaban a su alrededor.

Esta teoría, cada vez menos frecuente, solo operaba en contra del Estado, sin motivo aparente alguno y solo cobijaba a las víctimas de atentados terroristas realizados contra el mismo, de tal suerte que las víctimas de atentados terroristas contra entes de naturaleza privada no contaban con tal beneficio.

En la actualidad, aún cuando la aplicación de teorías como estas no se descarta por completo, lo cierto es que la tendencia a condenar al Estado, guarda relación con los principios generales establecidos en la Constitución Nacional, con los matices jurisprudenciales a los que aludimos y, por lo general solo se dan en los casos en que en realidad hay una acción u omisión que ha sido fundamental en la causación del daño.

Pese a todo, la inexistente legislación en este sentido, siempre dejará la posibilidad de condenas al Estado en virtud de consideraciones subjetivas y, sobre todo, ha fortalecido la cada vez más frecuente tendencia a recurrir a la justicia impuesta por Tribunales Internacionales.

4.2. Desde el punto de vista de las disposiciones legales que amparan los derechos de las víctimas del terrorismo.

Las disposiciones legales específicas para las víctimas del terrorismo, se han expedido con el fin de brindar un apoyo con base en principios de solidaridad, de lo que con dificultad podría colegirse que el Estado asume responsabilidad alguna frente a las acciones realizadas.

Estas ayudas, que en principio fueron precarias y que constituyeron más que nada un sistema de prioridades, propenden más por una solución al problema inmediato, pero que para nada contribuye en la obtención de una solución a futuro, en el que será el perjudicado el que solucione su propio problema, a través de un crédito en condiciones especiales.

Las ayudas, no son más los derechos con que cuenta el ciudadano común de acuerdo con la Constitución Nacional, a los que se les agrega prioridad, que le puede llegar a ubicar en una situación ventajosa, pero que en definitiva no constituye una ayuda extraordinaria o un compromiso real, para con las personas que se han visto más afectadas con las acciones de otros.

Por último, encontramos las disposiciones dictadas con el objeto de terminar parte del conflicto interno, que si bien dentro de éste proceso de negociación era imprescindible el tema de las víctimas, es ésta la primera vez en la que se les dota de elementos especiales, con el fin de ser reparadas por los causantes directos del daño.

En esta legislación especial si existen principios de responsabilidad civil; acá si se encaminan los esfuerzos del Gobierno Nacional en la obtención de una indemnización real para las víctimas, que sea asumida por los miembros de los grupos armados al margen de la ley; acá si existen caminos claros a través de los

cuales se pueda llegar a la obtención de una indemnización por los perjuicios derivados de las acciones terroristas.

La gran duda que recae en el sistema adoptado, es que sea efectiva, toda vez que el número de personas lesionadas por los grupos al margen de la ley, es cada vez mayor y por ende el patrimonio del que habría que disponer para cumplir con el objetivo legal, es de tal magnitud, que pareciera que no se puede conseguir a través de los bienes que entreguen los miembros de los grupos armados al margen de la ley.

Sin embargo, es necesario dar un tiempo de espera a la aplicación de la ley, para saber si es éste el mecanismo idóneo para la reparación de las víctimas, quienes ven con escepticismo el que se satisfagan sus pretensiones. Hay que tener en cuenta que se trata de un proceso especial y novedoso, en medio del cual es necesario que haya cuotas de sacrificio por cada una de las partes, para poder llegar a cumplir con los objetivos planteados y se pueda llegar a la solución de parte del problema, de otro modo las soluciones solo pueden venir del imperio de la fuerza, en donde es cada vez más escaso el posible éxito de un lado u otro.

CONCLUSIONES

I

Los sistemas de ayudas para las víctimas del terrorismo no son, en rigor jurídico, parte del sistema general de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Los requisitos que establece la Ley para que se configure la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, no se encuentran presentes en las acciones terroristas, en donde es la conducta de un tercero la que determina la ocurrencia de los hechos y los consecuentes daños que de los mismos se desprenden. Los fundamentos, presupuestos, fines y consecuencias jurídicas del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, difieren de aquellos en los que se asientan las ayudas para las víctimas del terrorismo, incluso en un régimen de tanta amplitud como el Español en donde pareciera solo ser suficiente que mediara entre el hecho y el daño, la existencia de un servicio público, para que de allí se coligiera la responsabilidad de la Administración.

Lo anterior no implica de manera alguna, que la Administración Pública no sea responsable bajo ningún supuesto o que la imputación del hecho a un tercero elimine cualquier posibilidad indemnizatoria frente a la misma. Su responsabilidad estará comprometida cuando su acción u omisión ha contribuido en la realización del hecho que causa el daño, bajo los parámetros generales establecidos por la ley, esto es, sin que resulte relevante que se trate de una acción terrorista o no.

Así las cosas, frente a la ocurrencia de una acción terrorista, el primer llamado a responder por los daños causados es la persona o grupo de ellas que se atribuya su autoría; dado el caso en que haya habido interferencia de la Administración Pública y ésta resulte determinante para la causación del daño, habrá lugar a vincularle en su reparación. Sin embargo, presente o no su responsabilidad, habrá lugar a aplicar el régimen de ayudas establecido por la Ley, para las víctimas de estas acciones en particular.

II

Los criterios jurisprudenciales bajo los que se ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con ocasión de acciones terroristas, varían dependiendo de cada caso concreto.

A lo que acá nos referimos no es otra cosa que a la inexistencia de un criterio específico bajo el que se pueda determinar en qué eventos es posible estructurar la responsabilidad de la Administración Pública. En determinados casos se le exonera con base en la actuación de la víctima, mientras que en otros, esto resulta irrelevante para el establecimiento de una condena.

Asimismo se llevan al extremo las obligaciones de la Administración Pública para de allí colegir la responsabilidad aplicable a la misma, en nuestra opinión yendo más allá de los límites –ya de por sí bastante amplios- establecidos por las normas. Pero este fenómeno se da por la amplitud con la que cuentan los tribunales al momento de interpretar las normas y los principios en la que esta se soporta.

El enorme inconveniente que supone lo anterior, implica que un sistema pensado para la atención de los daños que se ocasionen con el proceder de la Administración Pública, se convierta en un polivalente instrumento a través del cual se imparte justicia social.

III

El sistema actual en materia de responsabilidad civil es insuficiente para la determinación del sujeto responsable en las acciones terroristas.

Las vías a través de las cuales se logra la imputación de quienes participaron en la acción terrorista, no permiten la vinculación de todos los miembros del grupo al que se le atribuye la comisión del acto terrorista.

Nos referimos acá en estricto sentido a la responsabilidad civil, cuya declaratoria solo es posible respecto de algunos de los miembros del grupo, en concreto los que han participado de manera activa en la preparación o ejecución del hecho. Esto deja por fuera a las personas que estando dentro de la organización, realizan actividades menores que no constituyen en sí mismas actos terroristas, pero que sí son un complemento de los mismos, cuando se analizan en conjunto. Tal es el caso de la persona del grupo a quien encomiendan recoger fondos para su financiación.

Por razones de número y organización, es imposible que todos participen en la planeación o ejecución de todas las acciones, en las que, desde el momento mismo en que entran a formar parte del grupo terrorista, han estado de acuerdo. Ilógico resulta pensarlo de otra manera, pues con qué motivo si no, se entra a formar parte de un grupo armado ilegal, así de telón de fondo se esgriman supuestos ideales políticos.

Lo anterior se aplica para quienes han financiado acciones terroristas y a las que de manera concreta con dificultad se les podrá vincular, pero en cuya ejecución estarán de acuerdo, también desde el mismo momento en que han decidido financiar una causa terrorista.

IV

La obligación de reparar el daño en las acciones terroristas es de las denominadas *in Solidum*.

En directa relación con lo anterior, la multiplicidad de vínculos que se generan entre los integrantes del grupo que causa el daño y éste, sin que sea posible la determinación específica de cuál ha sido el causante, implica que todos ellos respondan de la obligación en su integridad.

La ausencia de un acuerdo de voluntades específico para cada una de las acciones – en los términos expuestos- la pluralidad de sujetos involucrados en la realización de las mismas y, la consecuente pluralidad e independencia de vínculos, conducen al surgimiento de esta categoría especial y que impone la obligación de reparar el daño causado, en bloque, como una sola unidad.

Se trata de un evento donde las particulares características del acto, implican la vinculación de todos los actores por estar todas sus acciones encaminadas a la realización de una acción específica, por tener un hilo conductor común y en el que la acción concreta, solo es una parte más dentro del conjunto de acciones que habrá de llevarlos a la “victoria” -*sic*- de su lucha.

En este caso, la acción terrorista no es un fin en si mismo, sino un medio para alcanzar un fin superior, llámese independencia, justicia social, narcotráfico, etc., que es el objetivo común que les relaciona, que les impulsa a participar de la organización ilegal y en virtud del cual están obligados a reparar los daños que causan.

Los regímenes bajo los que se establecen ayudas a las víctimas tienen como soporte la Solidaridad Social.

Las ayudas establecidas para las víctimas del terrorismo no corresponden al régimen general de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, sino que tienen su origen y fundamento, en un principio de solidaridad social hacia las víctimas directas de las acciones terroristas.

Las normas que dan cuerpo a este sistema de ayudas, son claras y reiterativas a este respecto, ubicando al Estado como garante de las obligaciones insolutas a cargo de los directos responsables y subrogándose en las acciones a que hubiera lugar para obtener de los mismos las sumas que han tenido que sufragar por ellos.

Lo anterior no implica desconocer de manera alguna las obligaciones que se pudieran generar a cargo de la Administración Pública con ocasión del normal o anormal funcionamiento del servicio público, caso en el cual las indemnizaciones a que hubiera lugar, serían incluso compatibles con las ayudas otorgadas de manera previa.

Con sana lógica y acorde con los principios en los que se inspiran, estas ayudas no pretenden un resarcimiento integral de los daños sufridos, sino que pretenden ser un apoyo para aquellos que se han visto más afectados con determinadas acciones, habida cuenta de ser éstas una afrenta directa a la totalidad de la sociedad y cuyos efectos han sido sufridos con mayor drasticidad por una parte de la misma.

VI

La multiplicidad de normas y su dispersión constituyen el mayor inconveniente de los sistemas de ayudas a las víctimas.

Aún reconociendo lo valiosos que resultan estos sistemas para las víctimas de las acciones terroristas, no se encuentran exentos de críticas y su aplicación en muchas ocasiones resulta compleja, incluso para quienes las estudian.

No es extraño encontrar referencias doctrinales erróneas respecto de las disposiciones legales que establecen este sistema, lo que refleja el grado de confusión ocasionado por la pluralidad de normas que contienen. Este aspecto que pudiera no ser relevante para efectos del estudio a la que se sometan las mismas, es de suma trascendencia para la víctima a la que le toca enfrentarse a la burocracia administrativa para poder obtener las ayudas que le corresponden.

Tal circunstancia ha sido uno de los motivos que ha llevado a proponer una nueva disposición legal que recoja todas las normas dispersas sobre el particular y que haga más expeditos los trámites para acceder a las ayudas, lo que es consecuente con las recomendaciones de parte de los organismos internacionales y evita la doble victimización de quienes son beneficiarios de las mismas.

VII

Las normas que fijan las ayudas para las víctimas deben ir acompañadas de procedimientos que permitan perseguir el patrimonio de los terroristas.

A todos los obstáculos que se presentan al momento de hacer efectivas las condenas que se imponen a los terroristas, hay que agregar la ausencia de normas específicas que establezcan un procedimiento particular que permita al Estado la persecución de los capitales afectos a estas prácticas.

Las ayudas que concede el Estado si bien se fundamentan en las indemnizaciones que se fijan a favor de las víctimas, no incluyen reparaciones por daño moral cuya reparación debe ser asumida en cualquier caso por el terrorista. Sin embargo, la ausencia de control sobre su patrimonio, le permite lograr o prolongar su insolvencia, traspasando sus bienes a sus familiares, rechazando herencias, utilizando testaferros o haciendo donaciones de su exiguuo patrimonio, entre otras muchas simulaciones que solo pretenden defraudar a sus acreedores.

Quizá tal debilidad del sistema ya se advirtió y por ello se ha pretendido el establecimiento de un protocolo para el seguimiento del patrimonio de estas personas, con miras a que hagan frente a sus obligaciones no solo respecto de sus víctimas, sino del Estado que ha tenido que asumir las indemnizaciones de los daños causados por su parte.

VIII

La ausencia de directrices claras y la ineficacia de las normas en Colombia, conducen al fracaso del sistema establecido para las víctimas del terrorismo.

La falta de claridad en las normas que reglamentan la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Colombia ha dado lugar a que su desarrollo se haya dado en sede de jurisprudencia, en donde ha habido oportunidad de elaborar algunas teorías jurídicas, sin criterios claros y uniformes que permitan determinar los elementos que se requieren para declarar la responsabilidad del Estado.

Lo anterior se traduce en inseguridad jurídica para todos los posibles responsables, pero en especial respecto de las víctimas, para las que no existen parámetros específicos bajo los que se pueda determinar la vía para la defensa de sus derechos y, para las que se ha creado un sistema de protección con base en ayudas de índole social que no distan mucho de las obligaciones que se imponen por parte de la Constitución Nacional.

Por otra parte la principal debilidad del sistema que se ha elaborado alrededor de este tema y que constituye una de las principales razones de la ineficacia de las normas que

lo componen, es la enorme desconfianza que existe entre las partes involucradas; así, los miembros de los grupos terroristas no se entregan porque desconfían de los beneficios que les ofrecen; las víctimas no acuden a las audiencias o no denuncian los hechos de los que fueron objeto, porque desconfían de sus victimarios y del Estado como garante; el Estado desconfía de las versiones de las víctimas y de los victimarios y así de manera sucesiva hasta que la norma se queda en letra muerta y los principales líderes desmovilizados los envían a cárceles de Estados Unidos, sin reparar y sin decir la verdad.

Del análisis de las normas se aprecia la existencia de un sistema bien estructurado, en medio del cual hay entrega voluntaria, confesión, reparación y pago de condena, en todos sus extremos con beneficios para los que se acojan a las mismas. Sin embargo sin el compromiso de todos sus actores, los resultados de su aplicación son nulos, como en efecto ha venido siendo.

IX

Es necesario hacer un replanteamiento del sistema que ampara los derechos de las víctimas y les concede ayudas, para efectos de definir su alcance y su funcionamiento.

La ausencia de estudios acerca de las normas que establecen ayudas a las víctimas y las tangenciales alusiones que al respecto se hacen por la doctrina, no es un punto que deba pasarse por alto.

La flexibilidad de las normas y la valoración que de las mismas se hace por parte de los tribunales, implica en múltiples ocasiones el que se generen desigualdades entre las mismas víctimas o que se desconozcan las vías a través de las cuales se puede obtener una ayuda que proviene de la solidaridad de la sociedad.

El éxito de los procesos no puede depender de la sagacidad de los apoderados de las víctimas –o lo que es peor, los que se hacen pasar por tales-, sino que deben basarse en procedimientos claros y expeditos a los que pueda recurrir el que se vio perjudicado con

una acción terrorista, sin que haya de someterse a tortuosos procesos burocráticos en perjuicio de sus propios intereses.

En las disposiciones legales debe dejarse poco espacio a las valoraciones subjetivas, por cuanto sustraerse de las mismas en eventos tan infames como es el terrorismo, ha generado cargas innecesarias al Estado, que pretendiendo ser generoso con un sector más afectado de la sociedad ha sido objeto de acciones tendenciosas por parte de quienes se lucran o sacan partido del sistema, en perjuicio de quienes si son legítimos beneficiarios del mismo.

X

El sistema de ayudas que se ha estructurado para las víctimas, debe tener en cuenta los diferentes conceptos a los que tiene derecho por parte de las mismas.

Nadie se opondría a la creación de mecanismos resarcitorios para las víctimas, que propendieran por la atención de sus necesidades mínimas con cargo a los presupuestos generales del Estado, ante la insolvencia o desconocimiento de quienes ha sido sus victimarios.

No obstante lo anterior, los sistemas estructurados para tal fin, al estar fundamentados en la solidaridad, deben contar con limitaciones cuantitativas y cualitativas para efectos de generar inequidades entre las mismas víctimas y evitar beneficiar con ello a los verdaderos responsables.

La valoración que se haga del daño debe ser la medida de la indemnización en todos los aspectos que del mismo se desprendan, para efectos de evitar arbitrariedades al momento de establecer cuantías y fijar responsabilidades.

XI

Por último todo el estudio del sistema de protección de las víctimas de las acciones terroristas debe centrarse en dos elementos fundamentales; por una parte su dignificación a través un sistema claro, que propenda por el respeto de sus derechos y cuya aplicación restablezca en cuanto sea posible, su situación y; que la aplicación de las normas contribuyan a la desarticulación de los grupos terroristas con independencia de su procedencia o su consigna, atacando las actividades delictivas de las que se lucra y persiguiendo los capitales afectaos a su causa.

Negar la existencia de este fenómeno, infravalorar su enorme poder destructivo y hacer cargar al Estado con obligaciones que no le corresponden en medio de conciliábulo, solo contribuye a su fortalecimiento y cada más acelerado crecimiento.

BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO, M., “Sobre la solidaridad o mancomunidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1963.

ALBERT PÉREZ, S., *Sistema de Responsabilidad Civil Derivada de Delito cometido por Menores de Edad –Exigencia de responsabilidad civil en la jurisdicción de menores. Jurisdicción Civil y jurisdicción contenciosa-*, Comares, Granada, 2007.

ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A., *El Enriquecimiento sin Causa*, Comares, Granada, 1993.

ÁLVAREZ GÁLVEZ, J. Y DÍAZ VALCÁRCEL, R. “Acerca de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en los daños causados por el terrorismo”, *La Ley*, Tomo 3, Edilex, Madrid, 1.985.

AMBOS, K. *Dominio del Hecho por Dominio de la Voluntad –en virtud de aparatos organizados de poder-*, traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

ATIENZA NAVARRO, M. L., *La Responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Comares, Granada, 2000.

BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, V.V.A.A., Civitas, Madrid, 2001.

BELADIEZ ROJO, M. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Tecnos, Madrid, 1994.

BENITO ALONSO, F. “Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España”. *La Ley*, Distribuciones de la Ley S.A., Madrid, 1.988, Tomo 3, Págs. 885 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, V.V.A.A., Aranzadi, Navarra, 2001.

BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo –Parte Especial-*, V.V.A.A., Civitas, Madrid, 2005.

BLANQUER, D., *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 1997.

BLASCO ESTEVE, A., “La Relación de Causalidad en materia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración”, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, Tomo 53, enero/marzo, 1987, Pág. 99-116.

“La Responsabilidad de la Administración”, V.V.A.A., *Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Libros Jurídicos Carperi, Madrid, 1993.

BOLEA BARDÓN, C., *Autoría Mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BUENO ARUS, F. “Medidas Jurídicas Eficaces para Reprimir la Delincuencia organizada y las actividades Terroristas”, *La Ley*, Distribuciones de la Ley S.A., Madrid, 1990, Tomo 1, Págs. 956 y ss.

BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, Págs. 65 y ss.

BUSTO LAGO, J.M., *La Antijuridicidad del daño resarcible en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.

“La Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas”, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2.002, Pág. 478 y ss.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal - parte general-* Ariel S.A., Tercera Edición, 1989.

CALDERÓN CEREZO, A. Y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho Penal, parte general*, Bosch, Barcelona, 1999.

CAFFARENA LAPORTA, J., “La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen”, *Las Obligaciones Solidarias. Jornadas de Derecho Civil en Murcia*, JORGE CAFFARENA LAPORTA – JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CAMARA ÁLVAREZ M., DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, “Doctrina del enriquecimiento injustificado”, Civitas, Madrid, 1988.

- CARDOSO PALAU, J., “La Condena *In Solidum* de los Responsables *ex* artículo 1.519 del Código Civil”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Derecho Civil y Derecho Público*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1996, Págs. 4853 - 4863.
- CARRANZA J. A., “Una nueva causa de daño resarcible, El Terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXI, Fascículo I, enero-marzo, 1978.
- CASINO RUBIO, M., *Responsabilidad Civil de la Administración y Delito*, Marcial Pons, Madrid, 1.998.
- CAVANILLAS MÚJICA, S., “Responsabilidad Civil: relación de causalidad”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 17, Abril/Agosto, 1988, Págs. 379 y ss.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, parte general III, teoría del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. Y COLÁS TURÉGANO, A., *La Responsabilidad Penal del Menor de Edad*, Tecnos Madrid, 2002.
- COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN T. S., *Derecho Pena -parte genera-*, Tirant lo Blanch, 5ª Edición, Valencia, 1999.
- COLINA GAREA, R., “La Relación de Causalidad”, V.V.A.A. *Derecho de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Cálamo, Barcelona, 2004, Pág. 77 y ss.
- “La Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas”, V.V.A.A. *Derecho de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Cálamo, Barcelona, 2004, Pág. 355 y ss.

COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, Recomendación de Criterios de Reparación y de Proporcionalidad Restaurativa, Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA-, Bogotá D.C., 2008, Págs. 80 y ss.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L., *Derecho de Daños*, Bosch, Barcelona, 1999.

COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2008.

“Consideraciones sobre el Enriquecimiento Injusto en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, No. 84, 1977, Págs. 185 – 202.

CRISTÓBAL MONTES, A., *Mancomunidad o Solidaridad*, Bosch, Barcelona, 1985.

“Crítica a los argumentos favorables a la solidaridad en la responsabilidad plural por hecho ilícito”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, Págs. 66 – 108.

CREUS, C., *Derecho Penal –parte especial-*, Astrea, Tomo 2, tercera edición, Buenos Aires, 1991.

CUESTA GOROSTIDI, C. “Víctimas civiles del terrorismo residentes en Guipúzcoa: Situación personal y Respuesta social e institucional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVIII, Madrid, Mayo – Agosto 1995, Pág. 525 – 551.

DÁVILA GONZÁLEZ, J., “La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores”, *Estudios de Derecho de Obligaciones – homenaje al Profesor MARIANO ALONSO PÉREZ*, V.V.A.A., EUGENIO LLAMAS POMBO (coordinador), Tomo I, La Ley, Madrid, 2006.

DE AHUMADA RAMOS, F. J., *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Navarra, 2004.

DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.

“Indeterminación del causante del daño” *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1.983, Pág. 23 y ss.

“Notas sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo”, *Estudios de Deusto*, homenaje al Profesor MARICUÑA., Tomo I, julio-diciembre de 1.984, Pág. 279 y ss.

“Sobre la eventual limitación de la cuantía de las indemnizaciones en daños personales derivados de la circulación”, *Documentación Jurídica*, No. 81, 1.995, Págs. 127 y ss.

Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención en la reparación del daño), Civitas, Madrid, 1.995

Tratado de Responsabilidad Civil, V.V.A.A., IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coordinador), Bosch, Tomo I, 2008.

DE COSSIO, A., “La Causalidad en la Responsabilidad Civil: estudio del Derecho Español”, *Anuario de Derecho Civil*, 1.966, Pág. 550 y ss.

DE DIOS VIEITEZ, M. V., “Resarcimiento por el Estado de los daños que originan los delitos de terrorismo (I y II)”, *Actualidad Penal*, No. 9, Marzo 1987-1.

DE LLERA SUÁREZ – BÁRCENA, E., “La Responsabilidad Civil y el Proceso Penal: Los contenidos posibles de la acción de Responsabilidad Civil “*Ex Delito*”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2004, Pág. 49-99.

DEL CASO JIMÉNEZ, T., *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, V.V.A.A., JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR (coordinador), Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006.

DÍAZ ALABART, S., “La Responsabilidad Estatal por los Actos de las Bandas Armadas y Terroristas”, *Anuario de Derecho Civil*, 1990, Pág. 429 y ss.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de Daños*, 2a Edición, Civitas, Madrid, 2000.

Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II –las relaciones obligatorias-, Civitas, Madrid, 2008.

DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., “La Responsabilidad Patrimonial del Estado en Relación con las Acciones Terroristas”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* No. 75, Madrid, 1.990, Págs. 198 – 224.

”Responsabilidad patrimonial y acción terrorista: concurrencia del nexo causal por inactividad de la Administración”, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo* No. 90, Madrid, 1.996, Págs. 284 – 298.

DURANY PICH, S., “Las reglas de la responsabilidad civil en el nuevo derecho de menores”, *Indret*, 2000.

“Responsabilidad Civil y Derecho Penal de Menores”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor LUIS DIEZ-PICAZO*, Tomo II, Derecho Civil –Derecho de Obligaciones-, V.V.A.A., Civitas, Madrid, 2003, Págs. 1749 – 1764.

ESGUERRA PORTOCARRERO, J. C., *La Responsabilidad del Estado por Falla del Servicio Público*, Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado, Bogotá D.C., 1972.

FAIREN GUILLEN, V., “Acción, Proceso y Ayuda a las Víctimas del Delito”, *La Ley*, Madrid, 1991-3, Págs. 862 – 881.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., “La obligación de indemnizar por parte del Estado”,
Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXIII, Fascículo I, 1980, Pág. 869 y ss.

FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1929.

FLEMING G., J., *The Law of Torts*, The Law Book Company Limited, Sydney, 1977.

An introduction to The Law of Torts, Clarendon Press, second edition, Oxford,
1985.

FLORES MATÍES, J., *El Proceso Civil -doctrina, jurisprudencia y formularios-*, Volumen VI,
FERNANDO ESCRIBANO MORA (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, Págs. 4595
y ss.

FUSTER - FABRA TORRELLAS, J.M., *Responsabilidad Civil derivada de Actos Terroristas*,
Atelier, Barcelona, 2001.

GAMERO CASADO, E. Y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*,
Tecnos, Madrid, 2005.

GARCÍA ÁLVAREZ, G., *Derecho Administrativo –parte especial-*, JOSÉ BERMEJO VERA
Director, Civitas, Madrid, Quinta Edición, 2001.

“Crónica de las jornadas sobre la responsabilidad patrimonial de la administración y
los seguros celebrada en Zaragoza entre los días 30 de septiembre y 2 de octubre de
1992, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, No. 1, Diciembre de 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – FERNÁNDEZ T. R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Décima
Edición, Thompson Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Asociaciones Ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1977.

GARCÍA - RIPOLL MONTIJANO, M., “La concepción tribal de la Responsabilidad Civil en la Ley Penal del Menor”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor LUIS DIEZ-PICAZO*, Tomo II, Derecho Civil –Derecho de Obligaciones-, V.V.A.A., Civitas, Madrid, 2003, Págs. 1933 y ss.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., *Código de los Derechos de las Víctimas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

GAROFALO, R., *La criminología – estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad-*, versión española de PEDRO BORRAJO, Biblioteca Científico – Filosófica, Madrid, 1912.

GARRIDO FALLA, F., “Constitucionalización de la Responsabilidad Patrimonial del Estado”, V.V.A.A., *Estudios Sobre la Constitución Española –Homenaje al Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA-*, Civitas, 1991, Págs. 2827 y ss.

“Los límites de la Responsabilidad Patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No, 94, Abril/Junio 1.997.

GARRIDO MAYOL, V. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Euros Editores, Buenos Aires, 2006.

GIMÉNEZ SALINAS, E., *Justicia de Menores: una Justicia Mayor*, Lerko Print S.A., Madrid, 2001.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito –derecho penal parte general-*, Civitas, Madrid, 1984.

Causalidad, Imputación y Cualificación por el Resultado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

GÓMEZ CALLE, E., “Los Sujetos de la Responsabilidad Civil. La Responsabilidad por Hecho Ajeno”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., FERNANDO REGLERO CAMPOS (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2006.

“Responsabilidad de Padres y Centros Docentes”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., FERNANDO REGLERO CAMPOS (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2006.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Solidaridad y Prevención –una reflexión sobre los efectos de la solidaridad entre los responsables de un daño”, *Indret*, 2006.

Solidaridad y Derecho de Daños. Los límites de la responsabilidad colectiva, Civitas, Navarra, 2007.

GÓMEZ POMAR, F., “Responsabilidad Extracontractual y otras fuentes de Reparación de Daños: Colateral Source Rules”, en *Indret*, 1/00, www.indret.com.

GÓMEZ MEJÍA, F. E., *Fundamentos de Derecho Administrativo Colombiano*, Kelly, Bogotá D.C., 1969.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., *El Estado Social y Democrático de Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992.

GONZÁLEZ ORVIZ, M. E., *Responsabilidad Civil derivada del delito*, Bosch, Barcelona, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2006.

GRANADOS PÉREZ, C., “Daño civil derivado del delito”, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, V.V.A.A., JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007.

HENAO PÉREZ, J. C., “Reflexiones sobre el futuro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado”, V.V.A.A., *II Jornadas internacionales de Derecho Administrativo – Allan Randolph Brewer Carías-*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, Págs. 405 – 463.

HERAS HERNÁNDEZ, M., *El acogimiento convencional de menores: aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales*, Montecorvo, Madrid, 2002.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La Autoría Mediata en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996.

HERRERO DE ENGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M., “La Responsabilidad Patrimonial de las Autoridades y del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas”, *Indret*, 2004.

HODGSON, J. & LEWTHWAITE, J., *Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004

HUERGO LORA, A., *El Seguro de Responsabilidad Civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

INFANTE RUIZ, F. J., *La Responsabilidad por Daños: Nexos de Causalidad y Causas Hipotéticas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

IRIBAS SÁNCHEZ DE BOADO, J., “La nueva Ley de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 411, 28 de Octubre de 1999.

JAKOBS, G., *La Imputación Objetiva en Derecho Penal –Estudio preliminar de SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M.*, Civitas, 1996.

Derecho Penal Parte General –fundamentos y teoría de la imputación-, traducción de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS Y JOSÉ LUÍS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ – BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ A. “Responsabilidad Administrativa por culpa ‘invigilando’ o ‘in ommittendo’”, *Poder Judicial*, 2ª época No. 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1986.

JORDANO BAREA, J. B.,” Las Obligaciones Solidarias”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Derecho Civil y Derecho Público*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1996, Págs. 4895 – 4919.

JORDANO FRAGA, J., “La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre o, el inicio de la demolición del sistema de Responsabilidad Objetiva de las administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, mayo/agosto, 1999, No. 149, Pág. 321 y ss.

JOSSERAND, L., *Derecho Civil*, Tomo II., Vol. I., Traducción de CUNCHILLOS Y MATEROLA S., Boch, Buenos Aires, 1950.

JUAN SÁNCHEZ, R., *Proceso Civil Práctico*, Tomo VII-1, VICENTE GIMENO SENDRA (director), La Ley, Madrid, 2002.

La Responsabilidad Civil en el Proceso Penal (actualizado a la Ley de Juicios Rápidos), La Ley, Madrid, 2004.

Derecho Procesal Civil, MANUEL ORTELLS RAMOS (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2007.

LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

La Moderna Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Traducción de SANTOS BRIZ J., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LATORRE LATORRE V., *Acción popular/ Acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000.

LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los Menores en el Derecho Español*, V.V.A.A., Tecnos, Madrid, 2002.

LEGUINA VILLA, J., *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, Tecnos, Madrid, 1983.

LEÓN ALONSO, J. R., *La Categoría de la Obligación In Solidum*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico –aspectos tradicionales y modernos-*, Trívium, Madrid, 1988.

“Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1992, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 30, Septiembre/Diciembre, 1992, Págs. 995-1007.

“Prevención y Reparación, las dos caras del derecho de daños”, *Responsabilidad Civil y su problemática actual*, JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, Págs. 445 y ss.

LLOVERAS FERRER, M. R., “Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial”, en *Indret*, 3/2002, www.indret.com.

“Responsabilidad Civil Subsidiaria del propietario de un arma en el marco del artículo 120.3 y 5 CP”, *Indret*, 2004.

LÓPEZ-REYES Y ARROYO, M., *Compendio de criminología y política criminal*, Tecnos, Madrid, 1985.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y Participación*, Akal, Madrid, 1996.

LÓPEZ CALERA, N., *¿Es posible un mundo justo? (estudios de filosofía jurídica y política)*, Universidad de Granada, Granada, 2003.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., “El Menor, sus juguetes y la Responsabilidad Civil”, *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, V.V.A.A., JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ (coordinador), Dykinson, 2000.

La Responsabilidad Civil del Menor, Dykinson, Madrid, 2001.

MACKENZIE, E., *Las FARC fracaso de un terrorismo*”, Debate, Bogotá DC., 2008.

MAGUELONE ZODER, I., “Las consecuencias jurídicas económicas del delito”, *reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, ROSARIO DIEGO DÍAZ-SANTOS Y EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS (coordinadores), Tecnos, Madrid, 1995.

MARTÍN REBOLLO, L., “Nuevos planteamientos en materia de Responsabilidades de las Administraciones Públicas”, V.V.A.A., *Estudios Sobre la Constitución Española – Homenaje al Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA-*, Civitas, Tomo III, 1991, Págs. 2785 y ss.

“Responsabilidad de la Administración”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1995, Págs. 5931 y ss.

“Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, Número 150, septiembre/diciembre, 1999, Págs. 317 – 371.

MARTÍN- RETORNILLO BAQUER, L. “De la eficiencia y economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Número 19, Septiembre – Diciembre, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati – Guipúzcoa, España, 1.987.

MARTÍNEZ – PEREDA, J. M. “La Responsabilidad de la Administración Pública por los daños derivados de acto ilícito.”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., coordinador IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2.008.

MARTÍNEZ RAVÉ, G., *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 3a. Edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1986.

MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J.L., “La obligación estatal de indemnizar los daños causados por las bandas armadas”, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, número 48, octubre-diciembre 1985.

MAZEAUD, H. Y L., TUNC A., *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual*, Tomo I., Vol. I., Traducción de la 5a. Edición por ALCALÁ-

ZAMORA Y CASTILLO L., bajo supervisión de SETIS MELENDO S., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

MEDINA ALCOZ, L., *La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo – aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Civitas, Navarra, 2005.

MEHREN, A.V., “Methods of limiting damages”, en *International Encyclopedia of comparative law*, Oceana Publications INC., New York, Volume VII, chapter 16, 1.986.

MIR PUIGPELAT, O., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, Imputación y Causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

La responsabilidad patrimonial de la Administración -hacia un nuevo sistema, Civitas, Madrid, 2002.

“Indemnizaciones a las Víctimas del Terrorismo. Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su reglamento de desarrollo”, en Indret, 1/2000, www.indret.com.

MORENO MOLINA J. A. Y MAGAN PERALES J. M., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas y, en general, de las Corporaciones Locales. Un estudio sobre el análisis de la Jurisprudencia*. El Consultor de Ayuntamientos, 2005.

MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.

MONTÉS PENADÉS V. L., *Comentarios al Código Penal de 1995 I.*, TOMÁS S. VIVES ANTÓN (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

“Causalidad, Imputación objetiva y Culpa en la Concurrencia de Culpas”, V.V.A.A., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., *Responsabilidad de Centros Docentes y Profesorado por daños causados por sus alumnos*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

MUGA MUÑOZ, J. L., “Novedades en la Responsabilidad del Estado por Actos de Terrorismo y su relación con otros Sistemas de Responsabilidades de las Administraciones Públicas”, *Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI, Homenaje al Prof. Dr. D. RAMÓN MARTÍN MATEO*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo II, Pág. 1745.

MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada”, *Delincuencia Organizada –aspectos penales, procesales y criminológicos* JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ – ENRIQUE ANARTE BORRALLO (Eds.)-, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

MUÑOZ CONDE, F. Y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, parte general*, Tirant lo Blanch, 5ª Edición, Valencia, 2007.

MÚRTULA LAFUENTE, V., *La Responsabilidad Civil por los Daños causados por un miembro Indeterminado de un Grupo*, Dykinson, Madrid, 2005.

“la imputación del daño causado por un grupo de menores en los casos de Autoría Incierta, *La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual*, JUAN ANTONIO MORENO MARTÍNEZ (coordinador), Dykinson, Madrid, 2007, Págs. 1207 – 1222.

NAVARRO MÚNERA, A. E., “La Ampliación de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración por los Daños ocasionados por sus Funcionarios o Agentes actuando al margen del Servicio Público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 60, Octubre/Diciembre, 1988, Págs. 603 y ss.

NAVEIRA ZARRA M. M., *El Resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, 2006.

NÚÑEZ LAGOS, R., *El Enriquecimiento sin causa en el Derecho Español*, Reus, Madrid, 1934.

OCHOA GÓMEZ M. P., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y el Fenómeno Urbano*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 2, Abril/Agosto de 1983, Págs. 405 – 417.

“Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de Septiembre de 1984, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, No. 6 septiembre/diciembre 1984, Págs. 1980 y ss.

Responsabilidad Civil: conflictos de jurisdicción, Tecnos, Madrid, 1985

“Causalidad e Imputación Objetiva: criterios de imputación”, V.V.A.A., *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

“Perseverare Diabolicum (¿otra vez la responsabilidad civil en el código penal?)”, *Jueces para la Democracia*, No. 19, 1993, Págs. 6 – 10.

“Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, 237-238, enero – junio, 1.994, Pág. 239 y ss.

“Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas”, *Documentación Jurídica*, No. 81, 1.995, Págs. 171 – 204.

“Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre a jurisdicción competente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 91, julio/septiembre 1996, Págs. 403 – 413.

“De nuevo sobre la Inconstitucionalidad del Sistema para la Valoración de los Daños Personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de Vehículos de Motor, *La Ley*, Tomo I, Madrid, 1997, D-63, Págs. 2080 y ss.

“Cómo repensar la Responsabilidad Civil Extracontractual (también en las administraciones públicas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 4, La Responsabilidad en el Derecho*, Madrid, 2.001, Pág. 153 y ss.

PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública –Los postulados constitucionales de la reforma administrativa-*, Civitas, Madrid, 1983.

PÉREZ GIL J. *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998.

PLANIOL, M. Y RIPERT J., *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo VI, Traducción de DÍAZ CRUZ M., Cultural, La Habana, 1946.

PINTOS AGER, J. *Baremos, Seguros y Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000.

“Baremos”, *INDRET*, 1/00, en www.indret.com

POGGETTO, P. *La Autoría en los delitos cometidos a través de organizaciones jerarquizadas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

POLAINO NAVARRETE, M., “Victimología y criminalidad violenta en España”, *Estudios penales en memoria del profesor AGUSTÍN FERNÁNDEZ – ALBOR*, Universidad Santiago de Compostela, 1989.

QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad Organizada y la Función del Delito de Asociación Ilícita”, *Delincuencia Organizada –aspectos penales, procesales y criminológicos-*, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ – ENRIQUE ANARTE BORRALLO (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

Manual de Derecho Penal –parte general-, FERMÍN MORALES PRATS, JOSÉ MIGUEL PRATS CANUT (Colaboradores), Aranzadi, Navarra, 2002.

QUIROGA LAVIÉ, H, *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

RAMILO RODRÍGUEZ DE ROBLES, I, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE (director), Lex Nova, Valladolid, 2000, Págs. 2627 y ss.

REAL FERRER, G., “La Solidaridad en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 161, mayo/agosto, 2003, Pág. 123 y ss.

REBOLLO PUIG, M., *El Enriquecimiento Injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

REGLERO CAMPOS, F., “El Nexo Causal. Las causas de exoneración de la responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., coordinador FERNANDO REGLERO CAMPOS, Aranza, Navarra, Sexta Edición, 2006.

ROCA, E., “Resarcir o Enriquecer. La concurrencia de las indemnizaciones por un mismo daño”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVII, Fascículo III, Julio-Septiembre, 2004, Págs. 902 y ss.

Derecho de Daños. Textos y Materiales, Tirant lo Blanch, 5ª Edición, Valencia, 2007.

ROIG TORRES, M., *La Reparación del Daño causado con el Delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROXIN, C., *La Teoría del Delito en la discusión actual*, traducción de MANUEL ABANTO VÁSQUEZ, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2007.

Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Traducción de la 6a. Edición alemana por CUELLO CONTRERAS J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO J. L., Marcial Pons, Madrid, 1998.

“Problemas de Autoría y Participación en la criminalidad organizada”, *Delincuencia Organizada –aspectos penales, procesales y criminológicos-*, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ – ENRIQUE ANARTE BORRALLO (Eds.), Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

“Problemas Básicos del Derecho Penal”, Reus, Madrid, 1976.

SABATER MARTÍN, A., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ – BALLESTEROS, JOSÉ MARÍA RIFÁ SOLER, JOSÉ FRANCISCO VALLS GOMBAU (coordinadores), Iurgium – Atelier, Barcelona, 2000.

SÁINZ – CANTERO CAPARRÓS, M. B., *La Reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Comares, Granada, 1997.

SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil causada por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

SALVADOR CODERCH P., “Punitive Damages”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2000.

SALVADOR CODERCH, P. Y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y Responsabilidad”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2006.

SANCHO REBULLIDA, F., “La Mancomunidad como Regla General en las Obligaciones Civiles con Pluralidad de Sujetos”, *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Tomo III, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, Págs.565 – 578.

SANMARTÍN, J., *El Terrorista*, Ariel, Barcelona, 2005.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2004.

SANTOS BRIZ, J., “La Responsabilidad Civil por hecho de otro derivada de la infracción penal”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (coordinador), Bosch, Barcelona, 2008.

Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal, 4a. Edición, Montecorvo, Madrid, 1986.

SECCIÓN ESPAÑOLA DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS,
Criterios para la valoración de los daños personales (Sistema SEAIDA'91),
Madrid, 1991.

SEIJAS QUINTANA, J. A., “Responsabilidad Civil. Principios y fundamentos,
Responsabilidad Civil –aspectos fundamentales-, V.V.A.A, JOSÉ ANTONIO SEIJAS
QUINTANA (coordinador), Sepin, Madrid, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, J. M, *La Expansión del Derecho Penal –aspectos de la política criminal
en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.

“¿ex Delito? Aspectos de la llamada Responsabilidad Civil en el Proceso Penal”,
Indret, 03/2001.

SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires,
1976.

SOTO NIETO, F., “La Responsabilidad Civil Subsidiaria del Estado y los Entes Públicos en
general (Artículo 121 del Código Penal)”, *La Ley*, 1996 – I, Pág. 1.660.

La Responsabilidad Civil derivada del Ilícito Culposos -vinculaciones solidarias-,
Montecorvo, Madrid, 1982.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal –de la víctima – dogmática a
una dogmática de la víctima-*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

TASENDE CALVO, J. J., “Autoría y Participación en los delitos cometidos por menores de
edad”, *Justicia con Menores. Menores Infractores y Menores Víctimas*. V.V.A.A.,
MARÍA TERESA MARTÍN LÓPEZ (coordinadora), Universidad de Castilla – La
Mancha, Murcia, 2000, Págs. 169 – 193.

- TELLEZ AGUILERA, A., “Las Víctimas del delito en el Derecho Español”, *Cuadernos de Política Criminal*, No. 49, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho –comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988.
- TUNC, A., *International Encyclopedia of Comparative Law*, Torts, Volume IX, Part 2, J.C.B. Mohr, Germany, 1.986, Pág. II-I y ss.
- VAELO ESQUERDO, E., “Algunos aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Diario La Ley*, No. 5330, 14 de Junio de 2001, Págs. 3 – 8.
- VENTURA FACI, R., *Ley Orgánica 05/2000, de Responsabilidad Penal delos Menores – comentarios y jurisprudencia-*, V.V.A.A., Colex, Madrid, 2007.
- VICENTE DOMINGO, E., “El Daño”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- Los Daños Corporales: Tipología y Valoración*”, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1994.
- VON BAR, C., *The Common European Law of Torts*, Oxford University, 2000, Volumen II.
- YZQUIERDO TOLSADA M., *Aspectos Civiles del Nuevo Código Penal –Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos-*, Dykinson, Madrid, 1997.

Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Dykinson, Madrid, 2001.

“La Responsabilidad Civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate”, en *Estudios de Responsabilidad Civil*, Dykinson, Madrid, 2001.

“La Responsabilidad Civil en el Proceso Penal”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, V.V.A.A., FERNANDO REGLERO CAMPOS (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2.006, Pág. 539 y ss.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ L., *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2000.

JURISPRUDENCIA

ESPAÑA

TRIBUNAL SUPREMO.

Sala de lo Civil.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 1988, Sala de lo Civil (RJ/1961).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 diciembre de 1998, Sala de lo Civil (RJ/1998/10161).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de Junio de 2001, Sala de lo Civil (RJ/576).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de diciembre de 2002, Sala de lo Civil (RJ/1290/2002).

Sala de lo Contencioso Administrativo.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 1984, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1984\6690).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 03 de junio de 1985, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ/1985/3202).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1985, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ/1985/5587).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 08 de Mayo de 1986, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ/1986/3053).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 1987, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ/3488).

Sentencia del Tribunal Supremo, de abril 25 de 1988, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ\1988\3185).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 1988, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ/1988/3437).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5a. (RJ/9706).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, (RJ/1988/9409).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ/1991/1046).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 02 de junio de 1994, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ/1994/4778).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 02 de julio de 1994, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ/1994/6673).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ/1995/1489).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ/4220).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 1996, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª (RJ/1996/474).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ/1998/1810).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 01 de junio de 1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª (RJ/1999/5637).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 noviembre 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ/2000/1365).

Sentencia del Tribunal Supremo de 06 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª (RJ/2001/653).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª (RJ/2003/370).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ/2005/4314).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ/2006/1605).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª (RJ/2006/9498).

Sala de lo Penal.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1991 Sala de lo Penal (RJ/1991/915).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 1998, Sala de lo Penal (RJ/417/1998).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de abril de 1998, Sala de lo Penal (RJ/479/1998).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 1998, Sala de lo Penal (RJ/1384/1998).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 08 de Octubre de 1999, Sala de lo Penal (RJ/1440/1999).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2000, Sala de lo Penal (RJ/1360/2000).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de Junio de 2000, Sala de lo Penal, (RJ/954/2000).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, Sala de lo Penal (RJ/135/2001).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 03 de febrero de 2003, Sala de lo Penal (RJ/2003/839).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de Junio de 2003, Sala de lo Penal (RJ860/2003).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 2005, Sala de lo Penal (RJ/1094/2005).

Sentencia del Tribunal Supremo, de febrero 9 de 2007, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ/2007/800).

Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de Junio de 2008, Sala de lo Penal, Sección 1ª (RJ/2008/5159).

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LAS ISLAS DE GRAN CANARIA.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas, 31 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala 1a. (No.123/2008).

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de la Audiencia Nacional, de 19 de enero de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª (RJCA/2000/124).

Sentencia Audiencia Nacional, de 16 de Julio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª (RJCA/2003/384).

Sentencia Audiencia Nacional, de 31 de enero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJCA2003/187).

Sentencia Audiencia Nacional, de 4 de marzo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/208718).

Sentencia Audiencia Nacional, de 11 de Julio de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/2006/204317).

Sentencia Audiencia Nacional, de 20 de septiembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/2006/235351).

Sentencia Audiencia Nacional, de 21 de septiembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/235319).

Sentencia Audiencia Nacional, de 26 de septiembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/235315).

Sentencia Audiencia Nacional, de 04 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/257195).

Sentencia Audiencia Nacional, de 11 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (AR/257004).

Sentencia Audiencia Nacional, de 24 de octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/256668).

Sentencia Audiencia Nacional, de 25 de Octubre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/2006/256649).

Sentencia Audiencia Nacional, de 8 de noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/284782).

Sentencia Audiencia Nacional, de 08 de noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/2006/284849).

Sentencia Audiencia Nacional, de 22 de noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/292949).

Sentencia Audiencia Nacional, de 06 de junio de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR/2007/199294).

Sentencia Audiencia Nacional, de 6 de junio de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR/2007/199298)

Sentencia Audiencia Nacional, de 06 de Junio de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR/2007/192310).

Sentencia Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR/2008/3273).

Sentencia Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR/2008/3276).

Sentencia Audiencia Nacional, de 19 de diciembre de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR/2008/11672).

Sentencia Audiencia Nacional, de 16 de enero de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/125496).

Sentencia Audiencia Nacional, de 02 de abril de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR\2008\150951).

Sentencia Audiencia Nacional, de 04 de Junio de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA/2008/195048).

Sentencia Audiencia Nacional, de 01 de abril de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (JUR/2009/178142).

COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de octubre 22 de 1898, Sala Civil.

CONSEJO DE ESTADO.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Julio 30 de 1992, No. Rad. 6828.

Sentencia del Consejo de Estado de 29 de abril de 1994, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 7136

Sentencia del Consejo de Estado de 9 de febrero de 1995, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 9550.

Sentencia del Consejo de Estado de 13 de mayo de 1996, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 10627

Sentencia del Consejo de Estado de 5 de septiembre de 1996, Sala de lo Contencioso Administrativo, No. Rad. 10654

Sentencia del Consejo de Estado de 3 de abril de 1997, Sala de lo Contencioso Administrativo, No. Rad. 12378

Sentencia del Consejo de Estado de 22 de Octubre de 1997, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 11300.

Sentencia del Consejo de Estado de 8 de febrero de 1999, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 10731.

Sentencia Consejo de Estado de 27 de enero de 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 8490.

Sentencia del Consejo de Estado de 19 de abril de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 12179.

Sentencia del Consejo de Estado de 20 de Septiembre de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 1994-4398.

Sentencia del Consejo de Estado de 31 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia del Consejo de Estado de fecha 2 de mayo de 2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, No. Rad. 1995-3251-01.

Sentencia del Consejo de Estado de 5 de Diciembre de 2005, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 16149

Sentencia del Consejo de Estado de 28 de junio de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 1995-00196

Sentencia del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, No. Rad. 1993-09273-01 (15571).

CORTE CONSTITUCIONAL.

Sentencia Corte Constitucional de 28 de agosto de 2002, No. C-695-02.

Sentencia Corte Constitucional de 6 de septiembre de 2005, No. C-928-05.

Sentencia Corte Constitucional, de 25 de julio de 2006, No. C-575-06

Sentencia Corte Constitucional, de 18 de mayo de 2006, No. C-370-06

Corte Constitucional de julio 25 de 2006, No. C-575-06