

**Responsabilidad Patrimonial del Estado “Por Contexto” Ante el Cumplimiento de los  
Elementos Establecidos en el Artículo 90 de la Constitución Política**

Yennifer Alexandra Carvajal Garrido

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá D.C.

Diciembre de 2020

**Responsabilidad Patrimonial del Estado “Por Contexto” Ante el Cumplimiento de los  
Elementos Establecidos en el Artículo 90 de la Constitución Política**

Yennifer Alexandra Carvajal Garrido

Trabajo de Grado

Director de Trabajo de Grado:

Samuel Urueta Rojas

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá D.C.

Diciembre de 2020

## Contenido

Introducción.....	4
1. Fundamento Constitucional de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.....	8
1.1. Daño y su Diferencia con el Perjuicio .....	10
1.1.1. <i>Daño Antijurídico</i> .....	14
1.2. Imputación .....	16
1.2.1. <i>Imputación Fáctica</i> .....	17
1.2.2. <i>Imputación Jurídica</i> .....	20
1.2.2.1. <i>Falla del Servicio.</i> .....	21
1.2.2.2. <i>Daño Especial</i> .....	23
1.2.2.3. <i>Riesgo Excepcional.</i> .....	24
1.3. Causales Eximentes de Responsabilidad .....	25
1.3.1. <i>Fuerza Mayor y Caso Fortuito</i> .....	26
1.3.2. <i>Hecho de un Tercero</i> .....	28
1.3.3. <i>Hecho exclusivo de la Víctima</i> .....	29
2. Desarrollo Jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado por los Daños Causados por Actos Violentos de Terceros .....	31
2.1. Responsabilidad Estatal por Falla del Servicio .....	32
2.2. Responsabilidad Estatal por Riesgo Excepcional .....	43
2.3. Responsabilidad Estatal por Daño Especial.....	44
3. Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- para condenar al Estado por incumplimiento en el deber de protección y seguridad .....	48
4. Posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado Sobre la Responsabilidad del Estado “Por Contexto” .....	56
4.1. Verificación del Cumplimiento de los Límites Establecidos por el Artículo 90 de la Constitución Política en los Fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado Sobre Omisión en el Deber de Protección y Seguridad .....	81
Conclusiones .....	90
Referencias .....	95

## Introducción

El artículo 90 de la Constitución Política consagra el régimen de responsabilidad estatal contractual y extracontractual en el sentido de establecer que opera cuando haya un daño antijurídico que sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en su sentencia del 20 de julio de 2017 (Expediente 18860), ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por actos violentos de terceros en los eventos en que se prueba la participación de forma directa o indirecta de agentes estatales en la producción de los daños bajo “*ciertas condiciones*” en casos de ausencia de participación estatal.

Así mismo, se ha establecido que los daños causados por actos violentos de terceros, trátase de delincuencia organizada, subversión, o terrorismo, son imputables al Estado bajo los títulos de imputación de falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial según sea el caso.

En lo que concierne al régimen subjetivo (falla del servicio), esta alta Corporación ha indicado que opera la responsabilidad del Estado en los eventos en que la realización de esos actos violentos de terceros se materializa porque: **(i)** había complicidad por acción u omisión de agentes estatales en la causación del daño; **(ii)** no se adoptaron las medidas necesarias tendientes a evitar la generación del daño, pese a que las víctimas que sufrieron el ataque colocaron en conocimiento previo de las autoridades las amenazas que estaban recibiendo; **(iii)** si bien no se solicitaron las medidas de protección a las autoridades, en razón al contexto en que se causó el daño, era previsible y resistible para la Administración, sin embargo, éste omitió el cumplimiento de sus deberes jurídicos; y **(iv)** las autoridades públicas omitieron adoptar medidas de prevención y seguridad que evitaran o atendieran adecuadamente una situación de riesgo creada por éstos.

En ausencia de falla del servicio, el Consejo de Estado ha declarado patrimonialmente responsable al Estado por actos violentos de terceros bajo el título de imputación de riesgo excepcional en los casos que el daño ocurre como consecuencia de un actuar legítimo de la autoridad que coloca en riesgo a las personas o a sus bienes. Se ha establecido que este título de imputación opera cuando el ataque está dirigido contra instalaciones oficiales o personajes representativos del Estado sin importar si la fuerza pública reacciona o no violentamente para repeler el acto.

Adicionalmente, se ha señalado en distintos momentos de la jurisprudencia que en materia de actos terroristas procede también declarar la responsabilidad patrimonial del Estado con fundamento en el título de imputación de daño especial cuando: **(i)** existe un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas; **(ii)** por la especialidad del daño sufrido, el cual tiene como fundamento el principio de equidad y solidaridad; y **(iii)** se da una intervención legítima y lícita de la entidad estatal.

Teniendo en cuenta lo anterior, y centrándonos al objeto de la investigación, es claro que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio en aquellos eventos en los que se le causa un perjuicio a un servidor público y particular por hechos dañosos que son perpetrados por terceros ajenos al Estado que tuvieron su origen en amenazas que fueron de conocimiento previo por parte de las autoridades a través de una denuncia formal, sobre la cual no se adoptó las medidas necesarias tendientes a evitar la generación del daño.

En estos casos, es evidente que la declaratoria de responsabilidad del Estado se ajusta a los límites establecidos por el artículo 90 de la Constitución Política, toda vez que dentro del proceso de reparación directa se prueba el nexo causal entre el hecho generador y la omisión del Estado en su deber de protección. Sin embargo, esta posición no es consolidada y constante en el Consejo de Estado, dado que existen casos en los que se condena pese a que la entidad demandada demostró que no pudo interrumpir el proceso causal generador del daño porque la víctima no solicitó protección de manera expresa, lo cual generaría la configuración de la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero.

Si bien es cierto que en esos fallos se acredita la responsabilidad en aplicación de la teoría de la responsabilidad “por contexto” con fundamento en el supuesto que existía un deber especial, en cabeza del Estado, de proteger al servidor público, bien sea por la naturaleza de las funciones que desempeñaba o el grupo político al que pertenecía, y en los casos de los particulares, por el contexto social del lugar donde sucedieron los hechos dañosos, también lo es que la misma jurisprudencia ha establecido que el deber de protección del Estado no puede ser considerado como una obligación de resultado en relación con la seguridad de todos los colombianos.

Por lo anterior, podemos identificar que actualmente no existe una propuesta en el país que parta de analizar si los criterios establecidos por la jurisprudencia para endilgar

responsabilidad “por contexto” al Estado en daños que son causados a servidores públicos y particulares por terceros (grupos al margen de la ley) estarían creando una obligación de resultado a cargo del Estado que exime a la parte demandante de acreditar que una acción u omisión de las autoridades públicas fueron las causantes del daño, lo que quebrantaría los límites establecidos por el artículo 90 de la Constitución Política.

En consecuencia, la presente investigación académica busca presentar unos resultados que puedan ser relevantes a la academia y a la Rama Judicial para determinar si la tesis de imputar responsabilidad en contra del Estado por actos violentos de terceros con fundamento en un indicio contextual se ajusta a los límites establecidos por el régimen de responsabilidad extracontractual, o, si por el contrario, esta flexibilización probatoria de eximir a la parte demandante de probar el nexo causal desfigura el título de imputación de falla del servicio por omisión aplicable en estos eventos, toda vez que se consagra como una obligación de seguridad de resultado a cargo de las autoridades estatales, esto es, una falla genérica. Lo anterior nos lleva a plantear la siguiente pregunta de investigación: ¿Se encuentra probado el nexo de causalidad entre la actuación u omisión Estatal y el daño causado al servidor público y particular con la sola demostración que fue generado por grupos al margen de la ley en un contexto de alteración del orden público?

Para poder desarrollar el presente trabajo, se delimitó la investigación a las sentencias relevantes proferidas en la Sección Tercera del Consejo de Estado en los años 2014, 2019 y 2020 en los casos que se demandó al Estado ante la jurisdicción contenciosa administrativa por daños causados a servidores públicos y particulares por grupos al margen de la ley en un contexto o zona de violencia.

El periodo de tiempo seleccionado se escogió por las siguientes razones: **(i)** en el primer año mencionado, la Sección Tercera del Consejo de Estado condenó al Estado por daños causados a funcionarios públicos, entre esos, muerte de alcaldes que se dieron en un contexto de alteración del orden en los que no se generó el daño por la actuación u omisión de una autoridad estatal, pero que bajo su tesis (indicio contextual) estructuraba una responsabilidad “por contexto” estatal por el daño alegado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política; y **(ii)** el 2019 y 2020 se debe a que con la llegada de nuevos consejeros en la Sección Tercera del Consejo de Estado se profieren fallos en los que la postura contraria a la manifestada cobra relevancia, esto es, que no se ajusta a los límites establecidos por el régimen de responsabilidad

extracontractual, condenar al Estado por falla del servicio genérica en aquellos eventos en los que se les causó un daño a servidores públicos y particulares por grupos al margen de la ley en un contexto de conflicto, sin que se pruebe que el mismo es atribuible a la omisión de la Administración.

Por otra parte, es pertinente señalar que según comunicado No. 35 del 26 de agosto de 2020, la Corte Constitucional revocó la sentencia proferida el 27 de mayo de 2019 por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y concedió el amparo del derecho al debido proceso de las entidades accionantes y, en consecuencia, dejó sin efecto la sentencia del 16 de agosto de 2018 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró patrimonialmente responsable al Estado con ocasión de los daños derivados del atentado terrorista ocurrido en el Club Nogal. Sin embargo, la misma no será objeto de análisis, dado que hasta el momento no se ha notificado la referida decisión, sino que sólo obra comunicado de prensa.

## 1. Fundamento Constitucional de la Responsabilidad Patrimonial del Estado

Aunque la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado habían planteado en el campo extracontractual diversos regímenes de responsabilidad, entre esas, en la sentencia del 28 de octubre de 1976 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, actor Banco Bananera del Magdalena, radicado 1482, no fue sino hasta la Constitución Política de 1991 que en el artículo 90 se reconoció de manera expresa el principio general de la responsabilidad del Estado en el sentido de establecer que éste debería responder “por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Saavedra, 2003, citado en Arenas Mendoza, 2018, p. 74).

En cuanto a este fundamento constitucional, Gil Botero (2017) señaló que:

(...) no es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la Carta Política, circunstancia por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad, el Estado social de derecho, etc. (...). (p. 20)

Así mismo, es pertinente señalar que esta figura de la responsabilidad del Estado abarca todos los eventos en los que corresponde indemnizar por los daños antijurídicos ocasionados, bien sea extracontractualmente por hechos y omisiones o aquellos derivados “de los contratos, los actos administrativos, las sentencias y las leyes” (Bermúdez Muñoz, 2005, citado en Arenas Mendoza, 2018, p. 75).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996 estableció que el artículo 90 de la Constitución Política consagra un régimen general de responsabilidad en el que no sólo se limita a aquellos daños antijurídicos que sean imputables a una acción u omisión, sino que incluye ámbitos precontractual y contractual. Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual, sino que consagra un régimen general. (Corte Constitucional, radicado D-1111, 1996)

Cabe destacar que la primera interpretación que le dio el Consejo de Estado y los doctrinantes al artículo 90 de la Constitución Política fue que se debía pasar de una responsabilidad subjetiva a una directa y objetiva, como se planteó en la sentencia del 30 de julio de 1991 del Consejo de Estado, magistrado ponente Carlos Betancourt Jaramillo, radicado 6941. Esto debido a que se consideró, de acuerdo con la redacción del primer párrafo de esta norma constitucional, el Estado siempre debería responder patrimonialmente cuando el demandante probara la existencia de un daño antijurídico y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, sin que fuese necesario analizar la ilicitud o licitud de la actuación de la Administración.

Esta interpretación del artículo según los doctrinantes era la misma que se aplicaba en España, en la cual se prescindía de la idea de culpa y se responsabilizaba patrimonialmente a la Administración Pública española, sanitaria y no sanitaria bajo un régimen objetivo, lo cual, según Mir Puigpelat (2000), ocurría al no limitarse en la normatividad el derecho de indemnizar a los “supuestos daños causados por el funcionamiento anormal de servicios públicos y extenderlo también a los ocasionados por su funcionamiento normal” (p. 32).

La postura asumida por el Consejo de Estado sobre la responsabilidad patrimonial estatal exclusivamente objetiva cambió, según Arenas Mendoza (2018), con la sentencia del 25 de febrero de 1993, magistrado ponente Carlos Betancur Jaramillo, y del 12 de julio de ese mismo año en la que se definió que la inclusión de la antijuridicidad del daño no convertía en objetiva toda la responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que en ciertos eventos sería necesario que el demandante acreditara la culpa o falla del servicio para que dicho daño le sea imputable a la Administración.

Lo anterior fue acogido también por la Corte Constitucional en la sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996, al considerar que la responsabilidad seguía siendo subjetiva, pues el Juzgador no sólo debía constatar la antijuridicidad del daño, sino elaborar un “juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la ‘imputatio juris’ además de la imputatio facti” (Corte Constitucional, radicado D-1111, 1996).

En la citada sentencia también se indicó que la norma constitucional estableció dos requisitos para que opere la responsabilidad Estatal, esto es que: **(i)** haya un daño antijurídico y **(ii)** que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

Con fundamento en lo anterior, la posición actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido reiterada en señalar que el sistema colombiano está basado en un régimen subjetivo de falla del servicio, el cual excepcionalmente y para casos concretos permite la imputación bajo la utilización de regímenes objetivos, lo cual concuerda con la verdadera noción constitucional de daño antijurídico que engloba diferentes regímenes.

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, se hace necesario abordar el estudio de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

### **1.1. Daño y su Diferencia con el Perjuicio**

Para comprender la definición de daño antijurídico, antes que nada, hay que definir el concepto de daño. Éste es el primer elemento de la responsabilidad que hace posible su estudio; sin estar presente éste, “se torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla en el servicio” (Henaó, 1998, p. 36). Es el daño la causa para que se inicie la reparación, siendo ésta la finalidad última de la responsabilidad civil.

El daño es un requisito indispensable, pero no suficiente, para que se pueda declarar la responsabilidad, ya que pueden existir dos escenarios:

El daño existe pero no puede atribuirse al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre. (Henaó, 1998, p. 38)

Se considera que el daño es un elemento indispensable para que pueda determinarse la responsabilidad, pero que por su sola presencia no convierte a la persona que lo sufre en acreedor de una indemnización, ya que debe ser probado por ésta. De lo contrario, no se puede proceder a ella (Henaó, 1998).

La indemnización por el daño sufrido debe ser plena, esto quiere decir que “la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiera ocurrido, o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes del suceso” (Henaó, 1998, p. 45). El resarcimiento del perjuicio debe corresponder directamente con la magnitud del daño ocasionado. Esto implica que si el daño “se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la “víctima”; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa por la víctima” (Henaó, 1998, p. 45).

Hay que resaltar que el daño que se ha expuesto hasta el momento es el reparable, el resarcible, y debe entenderse en el sentido jurídico (Zapata García, 2019). Es por eso que se debe definir el concepto de daño y de perjuicio para desnaturalizar la idea de que son sinónimos.

Estos conceptos han sido utilizados indistintamente, siendo un ejemplo de ello la jurisprudencia colombiana que hace de la palabra daño sinónimo de perjuicio (Henaó, 1998). Vale la pena anotar que estos dos conceptos, dependiendo de cómo sean utilizados, “llaman la atención sobre formas diferentes de operar la responsabilidad civil, de concebir la legitimación en la causa para actuar y, por tanto, de indemnizar” (Henaó, 1998, p. 76).

Podemos distinguir el daño como un hecho que se debe constatar, mientras que el perjuicio es “una consideración de sus consecuencias en un patrimonio determinado, el de la víctima” (Zapata García, 2019, p. 176). Se puede concluir que el patrimonio individual es el que sufre el perjuicio del daño, mientras que el patrimonio sufre perjuicio causado por el daño (Henaó, 1998).

La distinción entre daño y perjuicio permite establecer la relación de causalidad entre estos dos conceptos:

se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión– y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima–, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza sólo el perjuicio que proviene del daño. (Henaó, 1998, p. 78)

Lo anterior ha hecho que Henaó (1998) señale que se debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, ya que, dependiendo de la acción, se pida la indemnización de los daños, llevando a diferentes formas de reparación. Esto implica que en los casos que se deben resolver, la reparación del daño sea establecida a partir del hábito de pedir según la acción procesal: la forma de indemnización varía según la acción escogida. Se puede establecer que el daño es uno, independientemente de la acción con la cual se busca su reparación: “sea cual fuere la acción que se deba escoger en el confuso ordenamiento procesal colombiano, la entidad del daño será la misma y no puede ni debe el juez dejar de ordenar su reparación” (Henaó, 1998, p. 83). En conclusión, el daño debe ser reparado de manera plena y en las formas que haya, teniendo presente su naturaleza y circunstancias, y no según su acción procesal (Henaó, 1998).

Teniendo presente los elementos anteriores, el Consejo de Estado define el daño de la siguiente manera:

la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de antijurídico si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado 35298, 2016)

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia lo aborda así:

la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado 11001-31-03-003-2003-00660-01, 2014)

Teniendo presente lo anterior, Henao (1998) lo define como “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (p. 84). Esta concepción del daño permite identificar el perjuicio invocado por la víctima como consecuencia del daño:

el carácter directo del daño supone el nexo de causalidad que ha de existir entre el daño definido como alteración material exterior y el perjuicio entendido como las consecuencias de dicha alteración sobre un patrimonio. No se trata entonces de entender que el perjuicio debe guardar una relación de causalidad con el comportamiento del aparente responsable, que es un problema de imputación, sino de establecer que el perjuicio, entendido como la secuela del daño, sólo se repara si proviene de éste. (Henao, 1998, p. 87)

Así mismo, se debe destacar que los perjuicios pueden ser clasificados en materiales o inmateriales según el tipo de interés en el que recaigan. En cuanto a los primeros se refiere a los que impactan bienes que pueden ser apreciables económicamente como el daño emergente y lucro cesante, mientras que el segundo corresponde al daño moral (afectación, congoja o dolor que puede sentir una persona por el daño que le causaron), el daño a la salud (antes, daño a la vida de relación) y la afectación grave a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos conforme a lo establecido en la sentencia de unificación de la Sección Tercera del

Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, radicado 05001-23-25-000-1999-01063-01 (32988), magistrado ponente Ramiro Pazos Guerrero. Al igual, tanto los daños como los perjuicios pueden ser catalogados según el momento en el que se concretan, esto es, pueden ser pasados, presentes o futuros.

En cuanto a las condiciones de existencia del perjuicio, hay que indicar que el carácter personal del perjuicio se presenta de forma pura: solamente hay que establecer que el daño causó un perjuicio a la persona que está solicitando la indemnización. Esto implica que para poder demandar la reparación, el único requisito que se debe cumplir es que el demandante haya sufrido un perjuicio (Henaó, 1998). El carácter personal del daño identifica que toda persona lo puede sufrir, por lo que no “puede impedírsele la posibilidad de demandar y de obtener indemnización por el sólo hecho de que el juez considere que su situación es reprochable” (Henaó, 1998, p. 101).

Teniendo lo anterior presente, el carácter personal del perjuicio estará presente solamente cuando el demandante logre relacionar el daño padecido con los derechos que posee sobre el bien que sufrió menoscabo, “debiendo establecer una titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto del bien menoscabado” (Henaó, 1998, p. 103).

La segunda característica, o elemento, es el de cierto. La indemnización solamente se puede dar cuando se tiene certeza del perjuicio, dejando de lado el perjuicio eventual. Esto implica que existen dos terminologías: la eventual y la certeza. El perjuicio es calificado de eventual cuando es hipotético o está fundado en suposiciones o conjeturas, lo que lleva a que no sea indemnizado. Por otra parte, el perjuicio cierto es aquel en el que no existe duda alguna sobre su ocurrencia, su certeza, lo que da pie a que se pueda reparar: “probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo” (Henaó, 1998, p. 131).

Vale la pena resaltar que estas condiciones que posee el perjuicio hoy en día han sido reconsideradas. Un ejemplo de ello es el carácter ilusorio de la certeza del perjuicio. Solamente se puede considerar un perjuicio cierto cuando es definido como perjuicio consolidado (“el que existe de hecho en el momento en el que el juez se pronuncia sobre él” (Zapata García, 2019, p. 182), de resto, todos los perjuicios son probables, verosímiles: “es quimérico asegurar la certeza de un daño que al momento de pronunciarse sobre su resarcimiento aún no se ha producido” (Zapata García, 2019, p. 182).

### ***1.1.1. Daño Antijurídico***

Si bien no existe una definición constitucional y legal expresa de lo que es daño antijurídico, esto no obsta para que no lo podamos entender a través de lo conceptuado por la doctrina española, que fue la que se tuvo en cuenta para la consagración del artículo 90 de la Constitución Política.

Al respecto, la doctrina española ha señalado que no se trata sólo de los daños ilegítimos producidos por una actividad culpable de la Administración, sino también de aquellos que son consecuencia de una actividad lícita o un funcionamiento normal y que tienen en común que se deben reparar por cuanto la víctima no estaba en el deber jurídico de soportarlo (Arenas Mendoza, 2018).

Esta concepción de daño antijurídico ha sido compartida por el Consejo de Estado, en el sentido de aceptar que el mismo puede provenir de una causa ilícita o lícita, y, por lo tanto, se debe entender como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual, “se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo” (Corte Constitucional, radicado D-1111,1996).

Así mismo, se ha considerado que dicha definición guarda relación con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, tales como la solidaridad (artículo 1 de la Constitución Política) y la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política), entre otros, que le imponen al Estado el deber de garantizar y proteger los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración, la cual puede ocasionar daños.

Se debe tener en cuenta que para alegar la existencia de un daño y que surja la obligación de indemnizar, es necesario que cumpla con una serie de requisitos, como lo son el de ser directo, personal y cierto (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado 35298, 2016).

El carácter directo del daño, según algunos autores, se refiere a que éste debe ser producto de la actuación del demandado (Le Tourneau, 2004, citado en Plata Prince, 2019,), o a la conexión que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona (Henao, 1998), lo cual ha sido objeto de crítica, dado que se trataría más de un aspecto de la causalidad que del mismo menoscabo.

Los requisitos de que sea personal consisten en que el detrimento se le produzca a quien alega su reparación y cierto en que el daño se pueda apreciar material y jurídicamente, esto es

“que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas” (Henaó, 1998, p. 130).

Ahora bien, aunque el daño antijurídico se configura en el elemento principal de la obligación de reparar, se advierte que dicha indemnización sólo surge cuando se analizan todos los elementos de la responsabilidad, toda vez que: “existen daños antijurídicos, catalogados como tales desde el análisis del daño como primer elemento de la responsabilidad, que al final, al sumar el estudio del resto de requisitos, serán desvirtuados porque, por ejemplo, no ocurre la falla del servicio” (Zapata García, 2019, p. 185).

También, como ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, puede generarse un daño como consecuencia de una actuación de la Administración; sin embargo, no es indemnizable por parte del patrimonio estatal porque ésta tenía el deber de soportarlo. Entre esos casos se encuentra según Arenas Mendoza (2018) los que causa la Administración por: **a)** razones de interés general; **b)** obligaciones derivadas de la Constitución; **c)** cargas impuestas por la ley, por un acto o un contrato legal; **d)** las consecuencias que en ocasiones se generan por el funcionamiento de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de un riesgo elevado o violación del principio de igualdad ante las cargas públicas; **e)** actitud inadecuada de la víctima o propia culpa, entre otros.

Así mismo, lo ha sostenido García de Enterría (2015, citado en Arenas Mendoza, 2018): hay lesión y, por lo tanto, responsabilidad de la administración siempre que no existan causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, esto es, siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable efectivamente querido, o al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado. (p.144)

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia contenciosa ha sido enfática en señalar que el Estado no está obligado a responder por todos los daños que son causados a la sociedad, sino por aquellos daños antijurídicos que tienen la característica de ser grave y particular. Al respecto, se dijo:

En ese sentido, de conformidad con el artículo 90 Superior, sólo pueden calificarse como antijurídicos aquellos daños que sean particulares y especialmente graves, lo que implica que el Estado no debe responder por aquellos daños que no reúnan tales características (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 36677, 2019).

Así las cosas, es claro que en los términos del artículo 90 de la Constitución Política si se encuentra probado que el daño es antijurídico e imputable a una actuación u omisión de la Administración sin importar que provenga de una conducta ajustada a la ley o ilegal, surge el deber de indemnizar a la víctima según el caso bajo un título de imputación de responsabilidad objetiva o subjetiva.

## 1.2. Imputación

De acuerdo con García de Enterría y Fernández Rodríguez la imputación es “un fenómeno jurídico consistente en la atribución de un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste”(García de Enterría & Fernández Rodríguez, 1998, citado en Mir Puigpelat, 2000, pp. 51–52).

Partiendo de este concepto de la doctrina administrativa española, podemos señalar que la imputación es el segundo elemento para que se estructure la responsabilidad en cabeza del Estado según el artículo 90 de la Constitución Política, toda vez que no es suficiente con se le produzca un menoscabo a la víctima, sino que el mismo pueda ser imputado a aquél para que se dé la obligación de reparar patrimonialmente.

La imputabilidad requiere, según la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que se realice un análisis de dos niveles: uno fáctico (*imputatio facti*) y otro jurídico (*imputatio iure*). Al respecto, se ha indicado:

En materia del llamado nexo causal, debe precisarse que una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño; otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti u objetiva*), a partir de la cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como una causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

No obstante, lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure o siubjetiva*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de

responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución. (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 17994, 2009)

En este sentido, es claro que la jurisprudencia dejó de referirse al nexo causal como uno de los elementos de la responsabilidad, reduciéndolo a un concepto estrictamente naturalístico, toda vez que se consideró que “deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados” (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 14215, 2002) y, por lo tanto, estableció que se debía abrir paso a estudiar el juicio de imputación desde dos esferas: **(i)** si existió una acción u omisión (atribución fáctica) y **(ii)** desde el fundamento del deber de reparar (falla del servicio, riesgo excepcional o el daño especial).

### **1.2.1. Imputación Fáctica**

El estudio de la *imputatio facti* permite determinar cuál es el origen de un hecho o resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión– de la Administración, lo cual podría interpretarse como causalidad material.

En cuanto a la causalidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha realizado una diferencia conceptual entre causalidad por acción y la causalidad por omisión:

En los fenómenos de responsabilidad estatal por acción brota de manera clara el nexo de causalidad entre un hecho dañino y el daño, situación que permite imputar el resultado dañoso al sujeto causante. En los juicios de responsabilidad estatal por omisión o por actos violentos causados por terceros no es indispensable para el instituto de daños establecer las causas lesivas, sino definir por qué un determinado resultado dañoso, como el que se presenta en este caso, debe ser atribuido a una persona distinta de la que lo ha padecido o causado, lo cual se determina con arreglo a criterios jurídicos y no naturales, esto es, un juicio propio de imputación y no de causalidad. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 26161, 2014)

Con fundamento en lo anterior, puede inferirse que se ha considerado que es más fácil configurar la imputación fáctica en aquellos eventos en los que el hecho dañino se produce por una acción de la autoridad pública.

Cuestión distinta a aquellos eventos en que el hecho dañino se configura por una omisión o hechos violentos causados por terceros, en los que la jurisprudencia ha considerado que no es necesario estudiar dicha causalidad, toda vez que la entidad demandada no participó en la producción del daño (Patiño Domínguez, 2015), sino que se deberá acudir a criterios diferentes

al momento de estudiar el juicio de responsabilidad. Sin embargo, también se ha aclarado que esta postura no aplica para aquellos casos en los que se prueba que la entidad pública se abstuvo de manera voluntaria de ejercer sus “competencias frente a un deber funcional de evitar o prevenir el resultado dañoso (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 26161, 2014), pues en este evento sí es posible realizar un juicio de imputación fáctica.

Es a partir de aquellos eventos de omisión y de actos violentos cometidos por terceros que la jurisprudencia contenciosa considera emplear la posición de garante como elemento normativo para la configuración de la imputación fáctica. Al respecto, se dijo:

En consecuencia, la imputación fáctica puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado; en efecto, es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes de tipo normativo para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta endilgable o reprochable la generación del daño. De lo contrario, la responsabilidad derivada de la omisión no tendría asidero, comoquiera que a partir de la inactividad no se deriva nada, es decir, no se modifica el entorno físico; en ese orden de ideas, el derecho de daños ha evolucionado en la construcción de instrumentos normativos y jurídicos que permiten solucionar las insuficiencias del denominado nexo causal importado de las ciencias naturales, para brindar elementos que permitan establecer cuándo un determinado daño es atribuible a la acción u omisión de un determinado sujeto.

En ese orden de ideas, el hecho de analizar un resultado bajo la perspectiva de ingredientes normativos (v.gr. como la posición de garante), fijados por la ley y la jurisprudencia es lo que permite, con mayor facilidad, establecer la imputación fáctica (atribución material), esto es, se itera, la asignación de un determinado daño en cabeza de un específico sujeto. (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 18274, 2010)

Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, estableció otros criterios de imputación objetiva para analizar la imputación fáctica en aquellos eventos en el que el daño es causado por hechos violentos de terceros, entre los que se encuentra que:

- 1) con fundamento en el ordenamiento jurídico se tenía el deber de impedir la materialización del daño (posición de garante); 2) con su actividad se incrementó el

riesgo permitido (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado); o 3) se estaba dentro del ámbito de protección de una norma de cuidado. (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 18274, 2010)

Así las cosas, en lo que tiene que ver con este primer aspecto, es pertinente señalar que la jurisprudencia contenciosa ha señalado que en los eventos de daños ocasionados por una acción de la Administración se debe acudir a la comprobación del nexo de causalidad, mientras que los que son generados por una omisión o por hechos violentos cometidos por terceros se debe acudir a valoraciones jurídico-normativas, dentro de las cuales se encuentra las herramientas propias de la imputación objetiva.

Sobre lo expuesto, conviene destacar lo que Mir Puigpelat (2000) considera sobre la responsabilidad extracontractual por omisión:

¿qué virtualidad causal tiene la omisión? ¿puede una omisión, un no hacer, generar un resultado positivo? A pesar de que existan voces discrepantes, es hoy dominante la opinión de que la omisión no puede ser nunca causa (en el sentido naturalístico por el que nos decantamos) de un resultado. En palabras de MIR PUIG, “resulta imposible sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un puro no hacer (*ex nihilo fit*)”. O, en las de JESCHECK, “la causalidad, como categoría del ser, requiere una fuente real de energía que sea capaz de conllevar un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (“*ex nihilo nihil fit*”).

Ello no significa naturalmente, que una omisión (en nuestro caso, una omisión administrativa) no pueda generar responsabilidad extracontractual del omitente. Pero ello se tratará de una cuestión de imputación, no de causalidad. Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el *deber jurídico de evitar el resultado lesivo*, poseyendo la acción –debida– omitida *capacidad para evitarlo*. (pp. 241–242)

Además, advierte que el estudio de responsabilidad del Estado no se da en la relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción no realizada referente a la capacidad que tenía la autoridad de evitar el daño y el resultado, lo cual considera, a diferencia de la omisión, si tiene eficacia causal. Sin embargo, aclara que se trataría de una “acción imaginada que no ha llegado producirse” (Mir Puigpelat, 2000, p. 243) y un resultado que si sucedió, lo cual se determinaría bajo valoraciones normativas sobre la posición de garante que tiene la Administración frente a la víctima.

Por lo anterior, es claro que en los eventos en que se le quiera atribuir responsabilidad al Estado por *omisión* no es suficiente con demostrar el simple hecho que la Administración no actuó, sino que es necesario probar que tenía el deber jurídico de conducirse de determinada manera y no lo hizo.

### ***1.2.2. Imputación Jurídica***

Para que esa concreción de la imputación fáctica pueda producir el deber jurídico de indemnizar, se requiere un estudio del segundo nivel de imputación, en el cual se establece si teniendo en cuenta las características exigidas por el ordenamiento jurídico, el demandado debe o no resarcir los perjuicios, bien sea porque se acredite una culpa (falla del servicio), o por la materialización de un riesgo excepcional al cual se hubiere sometido al administrado, o de un daño especial cuando el mismo se produce como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas publicas

La Sección Tercera del Consejo de Estado se refirió al estudio de la imputación jurídica en los siguientes términos:

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que una vez demostrado el daño antijurídico, se analice la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. La atribución jurídica debe hacerse en un solo título de imputación; en primer lugar, debe examinarse en cada caso si el elemento fáctico constituye una falla del servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

En segundo lugar, si no es posible atribuir la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, debe examinarse a continuación si los elementos fácticos del caso concreto permiten la imputación objetiva, a título de daño especial o riesgo excepcional.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado 26800, 2013)

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede deducir que lo primero que se tiene que realizar es comprobar la relación de causalidad entre un hecho y un menoscabo, para luego, dentro de la imputación jurídica, llevar a cabo un estudio de los títulos jurídicos de atribución de la responsabilidad patrimonial, los cuales el juez aplicará dependiendo las circunstancias de cada caso concreto. Esto debido a que el modelo de responsabilidad estatal adoptado por la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular y el uso de estos títulos de imputación por parte del juez debe “hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento” (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 21515, 2012).

**1.2.2.1. Falla del Servicio.** En cuanto al régimen subjetivo de responsabilidad de falla del servicio, el cual es una creación del derecho francés incorporado a nuestra jurisprudencia, se ha establecido que el demandante debe probar la culpa de la administración por “extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado” (Ruiz Orejuela, 2013, p. 1).

En este mismo sentido, se ha considerado que la falla del servicio es un incumplimiento del servicio, esto es, un funcionamiento anormal que comprende “también, y sobre todo, el funcionamiento ilegal, irregular o anómalo, o si se prefiere, el funcionamiento objetivamente culpable del servicio público, aquel que se sitúa por debajo de los niveles legales o socialmente exigibles” (Villa Leguina, 2007, citado en Arenas Mendoza, 2018, p. 226).

Dado que no es fácil determinar si existió o no un funcionamiento anormal por la falta de claridad en su ocurrencia, se han implementado modelos de comportamiento o estándares en los que se compara el comportamiento de la entidad administrativa con un modelo objetivo de conducta como el del buen padre de familia. Señalándose así que la culpa institucional se comprueba cuando el daño es ocasionado por una falta de funcionamiento o defectuoso funcionamiento del servicio público (Arenas Mendoza, 2018), el cual debe ser entendido como el organismo complejo que está compuesto de “autoridades, agentes, reglas y prácticas administrativas, empleadas en la realización de una cierta función” (Hauriou, 2002, citado en Zapata García, 2019, p. 203).

Así las cosas, es claro que en este título jurídico de imputación se analiza el comportamiento de la Administración, es decir, cómo actuó, si fue o no diligente, teniendo en cuenta cuál era el contenido obligacional que le correspondía. A lo que se le debe sumar que en

los casos de omisión de la Administración, el análisis de la falla del servicio se debe hacer partiendo de que deben darse dos requisitos: “que al agente le fue posible impedir el evento dañoso y que tuviese la obligación legal de hacerlo” (Bermejo Vera, 2005, citado en Arenas Mendoza, 2018, p. 228).

Es pertinente señalar que para que se configure la responsabilidad de la Administración por falla del servicio probada, se requiere la concurrencia de estos tres elementos, que deben ser probados por el demandante: **(i)** la falla consistente en un deficiente funcionamiento de la administración; **(ii)** un daño antijurídico y **(iii)** la comprobación de que el daño fue consecuencia directa de la falla.

Lo anterior cambia cuando se está ante un régimen de falla presunta, toda vez que el demandante no está obligado a probar la falla del servicio, sino la conducta estatal, cuya ilicitud se presume, dándose así la inversión de la carga de la prueba, en el sentido que es al demandado a quién le corresponde demostrar en el proceso la licitud de su conducta.

En este punto, cabe destacar que la jurisprudencia contenciosa ha sido clara en señalar que la falla del servicio es el título de imputación por excelencia, en el sentido que aun cuando el asunto *sub judice* corresponda a aquellos que usualmente se deciden con base en el régimen objetivo (daño especial o riesgo excepcional), si se llega a acreditar una falla del servicio, éste será el título de imputación de responsabilidad con base en el cual se deberá resolver el caso.

Esta consideración de que siempre que se encuentre configurada la violación del contenido obligacional se debe aplicar el régimen subjetivo, respecto de los otros, obedece a que: **(i)** la forma en que más se infieren daños a terceros, “se da precisamente por el incumplimiento de los deberes y obligaciones que recaen sobre las autoridades estatales y la violación o desconocimiento de la normatividad legal y los reglamentos que establecen el marco de sus actuaciones” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado 18380, 2010); **(ii)** el que se advierta la configuración de una falla del servicio en un caso concreto, sirve como diagnóstico acerca de lo que fue la actuación de la Administración; **(iii)** el título de imputación de falla del servicio constituye una advertencia a la Administración para que a futuro se eviten actuaciones que sean objeto de condena por parte de autoridades judiciales; **(iv)** al juzgar la actuación de un funcionario demandado en ejercicio de la acción de repetición, la falla del servicio “constituye el título de imputación que mayor claridad brinda” (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 18105, 2010).

**1.2.2.2. Daño Especial.** El Consejo de Estado, acogió por primera vez, la teoría del daño especial en la sentencia del 29 de julio de 1947, en la cual se demandó al Estado por los daños ocasionados al periódico El Siglo S.A. con ocasión del acordonamiento militar que se realizó en las instalaciones de este periódico en 1944 por parte de la Policía y la suspensión de servicios que habían sido objeto esas instalaciones desde el 11 de julio de 1944 hasta el 6 de agosto de ese mismo año, como consecuencia de una medida adoptada por el Gobierno para controlar el orden público alterado por el intento de golpe de estado al Presidente Alfonso López Pumarejo (10 de julio de 1944) en Pasto.

El Consejo de Estado consideró en ese caso que, si bien la administración actuó de manera lícita y adecuadamente, pues las medidas adoptadas tenían como fin proteger las instalaciones del periódico, lo cierto era que la suspensión a El Siglo S.A. de los servicios de energía y teléfono, el no nombramiento a tiempo de un censor como sí sucedió con los demás órganos de prensa y el haber impedido la entrada y salida de las personas a las instalaciones, constituyó un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos están en el deber de soportar. Esto se fundamentó, según Arenas Mendoza (2017), en las teorías españolas en materia de responsabilidad objetiva que se refieren a que el sacrificio especial o:

principio de igualdad ante las cargas públicas actúa como cláusula de cierre del sistema. Se trata de actividades correctas de la administración, pero que provocan consecuencias especialmente graves a determinados sujetos, haciendo recaer sobre ellos la forma desproporcionada el coste del avance social y de la mejora de servicios.

El sacrificio que reporta para ciertos asociados hace que el Estado esté en la obligación de contrarrestar tal discriminación y tenga que utilizar fondos para que los afectados vuelvan a la situación que se encontraban antes de sufrir el perjuicio. Sin embargo, este sacrificio debe ser de tal magnitud que justifique la intervención del Estado. (p. 147)

Teniendo en cuenta este antecedente primigenio, podemos identificar que cuando se aplica esta teoría del daño especial se está condenando al Estado con base en una responsabilidad objetiva, en la que no se requiere de la culpa para que se genere, sino que opera cuando el demandante demuestra que una actividad legítima del Estado, aunque se realice en pro del interés general, le causó a él un desequilibrio frente a las cargas públicas en relación con la situación que se encuentran los demás ciudadanos.

Según Zapata García (2019) este tipo de daño que sufre el administrado tiene dos características de: **(i)** especialidad cuando no afecta sino a determinados miembros de la colectividad, el cual tiene como fundamento el principio de equidad y solidaridad y **(ii)** anormalidad en el sentido que “se produce en la medida en que se cumpla un grado determinado de importancia, que supere los inconvenientes ordinarios que los ciudadanos deben soportar en la vida en sociedad” (p. 212), que son las que conllevan a un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Adicionalmente, ha señalado el Consejo de Estado en la sentencia del 13 de septiembre de 1991, radicado 6453 que el daño especial es un factor de atribución de la responsabilidad objetiva del Estado que opera cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la Administración;
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial; en cuanto recae solo sobre alguno o algunos de los administrados;
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y
- f) El caso en concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la Administración (Patiño Domínguez, 2015, pp. 186–187).

**1.2.2.3. Riesgo Excepcional.** Los daños causados como consecuencia de la realización de una actividad estatal peligrosa serán gobernados con fundamento en el régimen de responsabilidad objetiva, bajo el título de imputación del riesgo excepcional.

Este título de imputación se fundamenta en que la actuación de la administración genera ciertos riesgos que pueden ocasionar graves daños, aun en los casos que se toman todas las medidas para evitarlos, los cuales deben ser reparados por el Estado con la sola demostración de la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración

Dado que quien desarrolla la actividad estatal peligrosa genera un riesgo para los bienes jurídicos ajenos y obtiene con ello un beneficio, deberá soportar un régimen de responsabilidad más exigente, en el que sólo podrá exonerarse de responsabilidad si prueba la existencia de una

causa extraña. En consecuencia, en este título de imputación de nada sirve que el demandado acredite la ausencia de falla.

Inicialmente la teoría de riesgo excepcional desarrollada por el Consejo de Estado fue aplicable a los daños causados por la conducción de energía eléctrica, toda vez que constituyen una actividad de suyo peligrosa, que crea riesgos a terceros, cuando invade jurídicamente bienes y espacios públicos o privados. En este sentido, su realización sería la causa jurídica que compromete la responsabilidad de la Administración.

Al respecto, se ha dicho:

En efecto, la conducción de energía eléctrica, mediante cables de alta tensión, ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa, y fue precisamente, en casos referidos a la existencia de daños causados como consecuencia de su realización que se dio aplicación a la teoría del riesgo excepcional, por primera vez, por parte del Consejo de Estado. No se trata de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad jurídica entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa.

(Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 12955, 2003)

Sin embargo, la jurisprudencia fue evolucionando y ampliando la aplicación de este título jurídico de imputación a los eventos en los que se causa el daño con armas de dotación oficial, conducción de vehículos automotores, obra pública, actos violentos perpetrados por terceros cuando va dirigido contra instalaciones oficiales, servidores públicos o cualquier actividad estatal peligrosa o utilización de cosas peligrosas que en sí mismas generen un riesgo para los demás.

Conforme a lo manifestado, es claro que al igual que el título de imputación de daño especial, el riesgo excepcional parte del supuesto de que se trata de la realización de actividades lícitas que tienen implícito un riesgo imprevisible e irresistible para su guardián y que como consecuencia de que se benefician de éstas, nace la obligación de reparar cuando alguno de tales riesgos se materializa.

### **1.3. Causales Eximentes de Responsabilidad**

Si bien en el régimen subjetivo el demandado puede exonerarse de responsabilidad probando ausencia de falla, también lo puede hacer como en el régimen objetivo: probando una causa extraña consistente en una fuerza mayor, el hecho de un tercero o culpa exclusiva de la

víctima, toda vez que éstas interrumpen ese vínculo causal o que concurren para el origen del daño.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad –fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima constituyen un conjunto de eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o a la entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado (...). (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 18886, 2010)

Así las cosas, se debe entender que las causales exonerativas de responsabilidad referidas impiden imputar responsabilidad al Estado a pesar de la existencia del daño y como consecuencia lo exonera de indemnizar. Esto bajo el fundamento que entre la conducta de la Administración y el menoscabo no habría causalidad alguna, puesto que el mismo se causó en realidad por una circunstancia extraña, que tiene la característica de ser imprevisible, irresistible y exterior a la actuación del demandado.

### ***1.3.1. Fuerza Mayor y Caso Fortuito***

En Colombia esta figura se encuentra definida legalmente en el artículo 1 de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil, en el cual también se le denomina caso fortuito, y es entendida como la fuerza o el evento de la naturaleza que no es posible resistir, es imprevisible y ajeno al demandado.

De igual forma, la doctrina administrativista española ha considerado que la fuerza mayor se caracteriza por elementos, “su inevitabilidad y su exterioridad al servicio administrativo. La fuerza mayor engloba supuestos extraordinarios, acontecimientos verdaderamente insólitos, como, p. ej., terremotos, inundaciones excepcionales, etc. Por ello, sólo en un muy pocas ocasiones servirá para excluir la responsabilidad administrativa” (Mir Puigpelat, 2000, pp. 310–311).

Aunque la Corte Suprema de Justicia ha considerado la fuerza mayor o caso fortuito como sinónimos y, por lo tanto, no hace distinción alguna como causas exclusivas del daño, siempre que se cumplan los requisitos de irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, radicado 05001-3103-011-2006-00123-02, 2016), el Consejo de Estado sí las ha diferenciado así:

La fuerza mayor es causa extraña al hecho del demandado, se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido, permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño (...). (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 11670, 2000)

En este sentido, es preciso señalar que si bien el caso fortuito comparte dos de las características de la fuerza mayor, que son la imprevisibilidad y la irresistibilidad, lo cierto es que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que su diferencia está fundamentada en el origen de la causa. Esto debido a que el caso fortuito es un suceso interno que se desarrolla dentro del campo de la actividad causante del daño, la cual puede ser desconocida y permanecer oculta, mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo a esa actividad desplegada por la entidad demandada.

Por lo anterior, la jurisprudencia ha considerado que el caso fortuito no exonera de responsabilidad al Estado en los casos de responsabilidad objetiva, sino en los de subjetiva, lo cual no sucede con la fuerza mayor, que tiene la potencialidad de impedir la responsabilidad en estos dos regímenes (Arenas Mendoza, 2018).

Esta postura, que es compartida por Ramiro Saavedra Becerra, fue expuesta por Arenas Mendoza (2018) en los siguientes términos: “(...) el derecho administrativo por el contrario, establece la diferencia y le atribuye una consecuencia importante: al contrario de la fuerza mayor, el caso fortuito no juega un papel exonerativo sino en los regímenes de responsabilidad por culpa” (p. 308).

Finalmente, es claro que la fuerza mayor sólo puede configurarse como causal eximente de responsabilidad cuando contiene los tres elementos indicadores, esto es, ser un hecho: **(i)** externo, es decir ajeno a la actividad dentro de la cual se causó el daño; **(ii)** imprevisible, lo cual consiste en que aun en condiciones normales no había sido posible para el demandado

contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia y **(iii)** irresistible que se refiere a la imposibilidad objetiva para la entidad demandada de evitar sus consecuencias.

### ***1.3.2. Hecho de un Tercero***

En cuanto a esta causal eximente de responsabilidad, la jurisprudencia contenciosa ha señalado que para su estructuración deben concurrir los siguientes elementos: **(i)** que la acción u omisión sea ajena al Estado, esto es, su actuación no está vinculada de ninguna manera al servicio a cargo de la entidad demandada; **(ii)** ese hecho es la causa exclusiva y determinante del daño; y **(iii)** debe ser un hecho producido por circunstancia imprevisibles e irresistibles para quien lo alega, lo que significa que la entidad demandada no tenía la posibilidad de evitarlo mediante el ejercicio de sus facultades y deberes.

En los siguientes términos se ha referido la jurisprudencia contenciosa sobre esta causal de exoneración del hecho de un tercero:

Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía de ser, en el sub - júdece, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de proveerlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo, y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado 9276, 1994)

Así mismo, se ha establecido que cuando se demuestra que el hecho del tercero era previsible y resistible para la entidad demandada, el mismo le deberá ser imputado conforme al principio según el cual “no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo” (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 5693, 1989).

Para Arenas Mendoza (2018) la doctrina y la jurisprudencia han establecido que la intervención del tercero tiene distintas implicaciones respecto a la responsabilidad del Estado según la participación que este ajeno haya tenido en la producción del daño. Esto debido a que existen varias hipótesis como las siguientes **(i)** La conducta del tercero sea la única causa del daño: cuando la conducta del tercero por acción u omisión es la causa exclusiva, única y determinante del daño, éste será el único responsable y, por lo tanto, se exonera de responsabilidad al Estado. Esto debido a que si esta causa extraña reúne los requisitos de

exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad permite romper la relación de causalidad; **(ii)** La intervención del tercero modificó el desarrollo natural de los eventos: existen casos donde el hecho de un tercero no tiene la virtud de romper el nexo de causalidad y excluir de responsabilidad al Estado, sino que tan sólo disminuye el deber de la Administración que contribuyó a producir el perjuicio, **(iii)** el comportamiento de la víctima es imputable al ofensor: Este evento se configura cuando el comportamiento inadecuado de la víctima fue provocado, propiciado o impulsado por el Estado, es decir, no le es ajeno y, en consecuencia, no configura causal de exoneración de responsabilidad; **(iv)** responsabilidad por actuaciones de grupos al margen de la ley: la jurisprudencia ha señalado que esta causal eximente opera cuando se demuestra que el hecho que originó el daño por el cual se reclama fue causado por un grupo al margen de la ley que era imprevisible e irresistible para la Administración. Por lo tanto, en los casos que se demuestre una omisión en el deber de protección a la población civil, que el ataque estaba dirigido contra individuos o instituciones representativas del Estado, o que el hecho del tercero se configuró por la intervención positiva, legítima y lícita de una entidad estatal no se exonerará de responsabilidad a la entidad demandada.

### ***1.3.3. Hecho exclusivo de la Víctima***

Se configura como causal eximente de responsabilidad del Estado cuando se demuestra que el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino a que la víctima actuó de forma dolosa o culposa, esto es, con incumplimiento de los deberes de conducta que le eran exigibles.

En efecto, su estudio se centra en establecer si la conducta de la víctima fue la causa eficiente del daño y tiene la connotación de ser dolosa o gravemente culposa desde la perspectiva civil. Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado:

(...) Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño (...).

Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto,

puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 13744, 2002)

Ahora bien, tanto la jurisprudencia contenciosa colombiana y la doctrina han establecido que al momento de estudiar esta causal eximente de responsabilidad se debe tener en cuenta si la conducta de la víctima fue la causa eficiente del daño o sólo contribuyó parcialmente en la producción de éste, pues en estos eventos, la responsabilidad debe ser conjunta.

Según García de Enterría y Fernández (2015, citado en Arenas Mendoza, 2018):

Esa misma doctrina afirma también con toda seguridad y apenas sin problema en los casos, en que, aun existiendo en el origen una actuación culposa, o, incluso, delictiva de la propia víctima, la actuación de la Administración en corrección o represión de la misma resulta claramente desproporcionada. (pp. 304-305)

## **2. Desarrollo Jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado por los Daños Causados por Actos Violentos de Terceros**

Aunque la regla general es que el Estado sólo responde patrimonialmente por aquellos daños que alguno de sus agentes ocasiona de manera directa mediante una acción u omisión, también se le ha condenado a reparar los daños causados por terceros, en particular, los perpetrados por grupos ilegales contra la población civil, funcionarios o instituciones cuando se demuestra que participó en la concreción del daño como fuente mediadora o concurrente, o como consecuencia de la represión del acto violento, o aún en ausencia de participación bajo la concurrencia de ciertas condiciones fácticas.

Si bien el Consejo de Estado no tiene unificada su posición en materia de responsabilidad estatal por los actos violentos perpetrados por terceros, se advierte que la Sala Plena de la Sección Tercera, en la sentencia del 20 de junio de 2017, expediente 18860, realizó el balance jurisprudencial sobre la aplicación de los títulos de imputación de falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial en los eventos en que se reclaman este tipo de daños.

En esta providencia, luego de un análisis por cada uno de los títulos de imputación mencionados, se concluyó que el Estado no era responsable por la onda explosiva que afectó el 30 de enero de 1993 a varias personas que concurrían en el sector y a algunos establecimientos, toda vez que las entidades demandadas no tenían conocimiento previo de una situación de riesgo para alguna persona o grupo que residía en el lugar del atentado y, por tanto, no estaban en la posibilidad de evitar que el riesgo se concretara en esa zona, ni de adoptar medidas reales y efectivas para impedirlo. Además, se señaló que, si bien el orden público en general en el país se encontraba alterado, entre algunas razones por las políticas penales en contra de los narcotraficantes, no se demostró que el hecho era previsible y resistible para las autoridades competentes.

Es pertinente señalar que la jurisdicción contenciosa ha justificado la aplicación de estos distintos títulos de imputación en estos eventos de daño de terceros con fundamento en que el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, lo que le permite al juez resolver la situación en consonancia con la realidad probatoria que se le allegue.

Sin perjuicio de lo anterior, también se ha señalado que la falla del servicio constituye el título por excelencia al momento de atribuir responsabilidad al Estado por los daños causados

por actos violentos cometidos por agentes no estatales; sin embargo, ante la ausencia de ésta, el Consejo de Estado se ha apoyado en los criterios de imputación de riesgo excepcional y daño especial para condenar.

Así mismo, se ha considerado que en este tipo de controversias el Estado se puede exonerar de responsabilidad patrimonial cuando se demuestra la configuración de un eximente que puede ser fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero bajo ciertas condiciones, como sucedió en la sentencia del 20 de junio de 2017, expediente 18860, dictada por la Sala Plena de la Sección Tercera, en la que se consideró que el ataque objeto de estudio fue imprevisible y, por lo tanto, se configuraba la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero.

### **2.1. Responsabilidad Estatal por Falla del Servicio**

El Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad del Estado por falla del servicio cuando el daño se produce como consecuencia de un acto violento perpetrado por agentes no estatales en el que: (i) incidió de modo relevante la intervención estatal, o (ii) teniendo la competencia y la capacidad real para evitarlo o mitigar sus efectos, omitió ejercer oportunamente sus deberes jurídicos.

En cuanto al primer escenario se ha establecido que el Estado incurre en una falla del servicio por acción cuando se demuestra que, por ejemplo, desplegó un operativo de resistencia y recuperación de rehenes por miembros de grupos al margen de la ley sin tener en cuenta las garantías mínimas que debe brindarle a los civiles, como sucedió en el caso de la toma armada del Palacio de Justicia por parte del movimiento insurgente M-19 ocurrida el 6 y 7 de noviembre de 1985 y que fue uno de los argumentos para condenar al Estado por falla del servicio. Al respecto se dijo:

El conocimiento pleno y anticipado que de las amenazas tenían las autoridades, la dignidad e investidura de quienes directamente eran los más amenazados, hacen más ostensible y, por supuesto, de mayor entidad la falla del servicio, por omisión.

Pero no sólo se trata de la falla antes anotada. También obró equivocadamente la fuerza pública al intentar la recuperación del Palacio de Justicia, operativo que se caracterizó por la desorganización, la improvisación, el desorden y anarquía de las Fuerzas Armadas que intervinieron, la ausencia de voluntad para rescatar sanos y salvos a los rehenes, todo esto con el desconocimiento absoluto de los más elementales Derechos Humanos y principios

básicos del Derecho de Gentes. (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 9276, 1994)

También el Consejo de Estado ha declarado responsable y condenado patrimonialmente al Estado por falla del servicio por acción cuando se demuestra que agentes estatales prestaron colaboración en la comisión del acto violento o contribuyeron activamente en el hecho junto con el agente no estatal, como en el siguiente caso, que fue uno de los argumentos:

La responsabilidad patrimonial de la administración en el caso sub - examine no tiene discusión; los elementos probatorios aducidos al proceso muestran claramente que unidades adscritas al Ejército Nacional con sede en Campo Capote al mando del teniente Luis Enrique Andrade colaboraron y apoyaron a la organización criminal que atacó a la señora Mariela Morales Caro quien se desempeñaba para entonces como juez 4ª de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de San Gil.

(...)

Así las cosas, como se advierte entre la conducta activa del oficial y el daño ocasionado a los damnificados existe una relación de causalidad la administración deberá responder patrimonialmente para indemnizar los perjuicios ocasionados a los demandantes.

La Corporación en otras oportunidades sobre los mismos hechos que ocupan la atención de la Sala responsabilizó a los ministerios de defensa y justicia por cuanto estableció que ambos concurrieron por acción del primero y por omisión el segundo a la determinación del hecho dañoso. (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 10140, 1997)

Respecto al segundo evento en que se declara la responsabilidad del Estado por falla del servicio, el Consejo de Estado ha señalado que la Administración incurre en omisión cuando el daño se produce como consecuencia del acto violento cometido por un tercero (agentes no estatales) que le era previsible y resistible, pero no adoptó las medidas necesarias e idóneas para evitarlo o mitigar su resultado dañoso cuando contaba con la competencia, medios, instrumentos y recursos para hacerlo.

En sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 9 de abril de 2008, radicado 18769, magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez, se declaró la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada en aplicación de este título de imputación por los hechos ocurridos el 19 de julio de 1994 como consecuencia de la toma guerrillera contra el Municipio de “La Calera”, en la que 50 guerrilleros de los frentes 53 y 54 se tomaron violentamente el

municipio atacando el puesto de Policía y arremetieron contra las instalaciones de algunas entidades bancarias. Se consideró que los daños le eran imputables al Estado por falla del servicio por omisión porque: **(i)** las autoridades militares y de policía no adoptaron las medidas para proteger a la población a pesar de tener conocimiento de la posible ocurrencia de estos atentados terroristas y **(ii)** las fuerzas militares tardaron más de dos horas en llegar al lugar de los hechos, pese a que fueron informados de la toma de la guerrilla y este municipio se encuentra ubicado a tan sólo 30 minutos de Bogotá, por vía terrestre.

Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que cuando se prueba el incumplimiento del deber de protección y seguridad por parte del Estado, el título de imputación aplicable en todos los casos es el de falla del servicio.

Lo anterior tiene como fundamento en que se demuestra una actuación irregular por parte de la Administración, toda vez que teniendo conocimiento previo y específico sobre lo que podía suceder, bien sea porque la víctima solicitó protección o por las circunstancias fácticas que se vivían en el momento, no utilizó todos los elementos que tenía a su alcance para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero.

En este sentido, la jurisprudencia contenciosa ha previsto dos supuestos en los que se condena por omisión en el cumplimiento del deber de protección, como lo son: **(i)** que las víctimas dieron avisos de las amenazas que recibieron y que colocaban en peligro sus vidas y el Estado no adoptó medida alguna para protegerlos y **(ii)** que siendo la situación de peligro de público conocimiento, la Administración no intervino para proteger a las víctimas, o sus medidas fueron insuficientes.

En cuanto al primer supuesto, tenemos la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección B, del **29 de mayo de 2014**, radicado **30108**, magistrado ponente Ramiro Pazos Guerrero, en la que se declara la responsabilidad patrimonial del Departamento Administrativo de Seguridad -D.A.S.- por la muerte de una diputada del Departamento de Caldas, que fue asesinada el 27 de octubre de 1998 por dos sujetos que se movilizaban en una moto y que le propinaron varios impactos de proyectil de arma de fuego cuando se dirigía a la vivienda de su madre a recoger a su hijo, bajo el fundamento que la demandada violó sus deberes funcionales, los cuales surgieron cuando fue informada oportunamente y directamente por parte de la víctima de las amenazas concretas que había recibido contra su vida e integridad personal

en razón a su investidura y no realizaron actuación alguna para protegerla o evitar que el hecho dañoso se causara. Al respecto se dijo:

15.27. En este orden de ideas, la Sala encuentra que pese a que no está probada una relación de causalidad que vincule el hecho dañoso con la actividad de la administración, y como quiera que el daño fue producto de un acto violento de un tercero, desde el punto de vista de la imputación objetiva, el daño antijurídico le es atribuible a la entidad demandada por cuanto con su omisión en el cumplimiento de los deberes funcionales incurrió en que se infringiera la prohibición de dañar; en efecto, los funcionarios de inteligencia en virtud de los deberes que les adscribe el ordenamiento jurídico tenían una competencia o un mandato de hacer, y con los efectos de su omisión crearon implícitamente un riesgo que se concretó en un daño antijurídico, máxime, como está probado, el daño era previsible para los organismos de inteligencia, pues tuvieron conocimiento directo de la inminencia de las notas amenazantes que se cernían sobre la diputada. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 30108, 2014)

Así mismo, en esta decisión se consideró que procede declarar la responsabilidad del Estado por hechos de terceros por incumplimiento del deber funcional de garantía del derecho fundamental a la seguridad personal de ciudadanos que deban ser protegidos frente a amenazas serias, aún en los casos que no se eleven peticiones de protección formales, como a juicio de la Sala ocurrió en los casos del doctor Enrique Low Murtra, o el dirigente político de la Unión Patriótica Jaime Pardo Leal, en los que se declaró responsable patrimonialmente al Estado. También en los casos en los que se reúnen los dos elementos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, esto es: “i) que el Estado incumpla con los deberes de diligencia que le son exigibles en la evitación de graves violaciones a los derechos humanos, y ii) que se trate de riesgos inminentes y cognoscibles” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 30108, 2014).

De igual manera, con ponencia del mismo magistrado, en la sentencia del **29 de mayo de 2014**, radicado interno **28178**, la Sala de la Subsección B declaró la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación por omisión en el deber de garantizar la vida del auxiliar judicial de dicha entidad al concluir que, si bien no existió participación alguna de un funcionario estatal en los hechos y los mismos fueron causados por terceros, se encontraba probado que la entidad demandada tenía pleno conocimiento de la situación de riesgo que presentaba uno de sus

funcionarios, pues la víctima informó de las amenazas recibidas, ante lo cual sólo recibió la recomendación que debía hablar con los agresores, sin que se realizara medida alguna para proteger su vida. En este sentido se dijo:

35.1. En primer lugar, resulta evidente el error de diagnóstico en el que incurrió la entidad demandada. Ante la gravedad de las amenazas y la inminencia de la muerte del funcionario, el Director Seccional se limitó a recomendarle que hablara con las personas que lo amenazaron. Es evidente que un diagnóstico adecuado, es decir, ajustado al deber de “recolectar y estudiar la veracidad, el posible origen y la gravedad de las amenazas”, le habría permitido a la entidad demandada evidenciar que la situación no admitía una investigación ulterior, sino que requería de una reacción inmediata. Además, el riesgo que afrontaba el señor Ordóñez Muñoz fue agravado al sugerírsele –de manera irresponsable y atrevida– que se pusiera en contacto con los agresores, es decir, que expusiera su vida para averiguar el origen de la amenaza. Finalmente, esta osada recomendación no obedeció a un estudio previo y riguroso de la seguridad que requería el funcionario (...)

35.2. En segundo lugar, la respuesta adecuada en estos casos es la de informar inmediatamente a la Policía Nacional y a los organismos de seguridad del Estado la situación de riesgo real e inminente para una persona, de manera que estas autoridades adopten medidas idóneas y efectivas para garantizar la vida e integridad de dicha persona. En esto consiste precisamente la función de “tomar las medidas necesarias para que los organismos de seguridad del Estado brinden la protección y seguridad en aquellos casos en que se requiera”. En este asunto, por el contrario, la Fiscalía omitió su deber legal y constitucional de poner en conocimiento de las autoridades pertinentes las serias amenazas que se cernían sobre el señor Henry Ordóñez Muñoz, para que estas, a su vez, evaluaran el nivel de riesgo enfrentado por el funcionario y adoptaran medidas necesarias para mitigarlo.

35.3. En tercer lugar, la necesidad de que la entidad demandada hiciera un diagnóstico adecuado de la situación riesgosa y le informara con prontitud a los organismos de seguridad, cobra mayor relevancia en la medida en que el auxiliar judicial desempeñaba sus funciones en una región agobiada por la violencia del conflicto armado, al punto que la unidad en que trabajaba había sido recientemente trasladada por seguridad de los funcionarios. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 28178, 2014)

En la misma decisión se sostuvo que la teoría de la relatividad de la falla del servicio alegada por la parte demandada y que consiste “en la imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiera que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado 16894, 2007) no resultaba aplicable a este caso de ninguna manera, toda vez que se encontraba probado que la Fiscalía tenía pleno conocimiento de la situación de riesgo que afrontaba su funcionario y estando en la capacidad de adoptar las medidas tendientes a desactivar, contrarrestar dicho peligro, o al menos informarlo a las autoridades correspondientes, no lo hizo.

Esta tesis de declarar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de la obligación de brindar protección y seguridad cuando la víctima ha informado de las amenazas recibidas contra su vida y solicitado protección se mantiene bajo el título de imputación de falla del servicio, tanto así que la Subsección A del Consejo de Estado, en la sentencia del **31 de enero de 2019**, dictada en el proceso con radicado interno **47990**, magistrada ponente Marta Nubia Velásquez Rico, declaró la responsabilidad patrimonial de la Policía Nacional por la muerte del señor Luis Emilio Gallego Muñoz ocurrida el 15 de julio de 2004, fecha en la que ocupaba el cargo de gerente de la empresa San Vicente los Embalses de Transportadores Ltda. y que en razón de sus funciones recibió amenazas contra su integridad personal y vida, las cuales puso en conocimiento de las autoridades, sin que fueran atendidas.

Debido a que la parte demandada alegó que el daño fue producido por miembros de un grupo al margen de la ley y, por tanto, se configuraba la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, la Sala advirtió que no era de recibo tal argumento, en el sentido que las actuaciones de los delincuentes no fueron exclusivas, sino que fueron facilitadas por la conducta omisiva de la entidad demandada al no brindar la protección necesaria a la víctima. Al respecto, se expuso claramente:

En efecto, la Policía Nacional conocía de la situación de riesgo en la que se encontraba el señor Luis Emilio Gallego Muñoz, porque fue informada directamente por la víctima y, por ende, la obligación de protección que le correspondía no era solo aquella general que surge del inciso segundo del artículo 2 de la Constitución Política, sino que implicaba un deber especial o cualificado que, al no ser cumplido, facilitó la acción de los delincuentes que perpetraron los hechos que hoy se lamentan.

En definitiva, como la Policía Nacional no demostró "... que el hecho del tercero fue de tal entidad que desbordó el proceder adecuado, diligente y oportuno de la administración", no es dable considerar que se presentó la causal de eximente de responsabilidad alegada por dicha entidad. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado 47990, 2019)

En cuanto al segundo supuesto, que consiste en que la situación de peligro es de público conocimiento y la Administración no interviene para proteger a la víctima, es pertinente reiterar que el mismo incluye dos situaciones: **(i)** si bien se adoptaron medidas de protección, éstas fueron precarias e insuficientes frente a la situación de peligro de la víctima y **(ii)** la víctima no presentó solicitud de protección especial, pero la entidad incurre en una omisión en el cumplimiento de su deber de protección, dado que la situación de peligro era de conocimiento público.

Frente a la primera situación del segundo supuesto de declarar la responsabilidad del Estado por incumplimiento en el deber de protección, y que consiste en que las medidas adoptadas a favor de las víctimas no fueron suficientes para protegerla y evitar el resultado dañoso, se advierte que, en la sentencia del **31 de julio de 2014** dictada por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, magistrado ponente Danilo Rojas Betancourth, dentro del proceso con radicado interno **29599**, se condenó patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional al encontrar que el asesinato del alcalde del municipio de Villagarzón, Putumayo, que ocurrió el 3 de octubre de 1997, fue consecuencia de las medidas insuficientes que se adoptaron para evitarlo. Esto debido a que se probó en el proceso que la causa eficiente del daño fue la omisión atribuible a la entidad demandada al colocarle un escolta al funcionario público que no era diligente en el acompañamiento y seguridad que le debía brindar, al punto que el día que sufrió el atentado se escondió y no salió en su defensa para protegerlo del accionar de esos terceros que le quitaron la vida. Además, su esquema de seguridad sólo cubría cierto tramo que correspondía desde el lugar de trabajo a su casa y viceversa, dejándolo expuesto y vulnerable en otro espacio distinto a éste. En este sentido se dijo:

15.6. De lo anterior se establece que la prestación del servicio de protección personal en favor del señor Carlos Octavio Correa Posada se hizo por debajo del nivel medio esperado. Así, en la medida en que el escolta no era diligente en el acompañamiento que

debía hacer al alcalde, que terceros debían avisarle cuando el burgomaestre se disponía a salir de la alcaldía o de su lugar de habitación, que el día de los hechos estas mismas quejas sobre la desidia del agente se materializaron ya que fue alertado por una mesera de que el alcalde ya había salido del restaurante, y que al momento de los disparos no protegió la vida del funcionario, sino que buscó resguardarse del peligro como cualquier otro ciudadano, la Sala considera que la protección ofrecida al funcionario municipal fue inadecuada y precaria, máxime si se tiene en cuenta que la entidad demandada conocía de las amenazas hechas en su contra. Aunando a lo anterior, el esquema de seguridad era insuficiente, ya que la protección que debía darle el escolta sólo cubría los recorridos que hiciera el alcalde municipal desde su lugar de habitación a la sede de la alcaldía y en sentido contrario (párr. 15.1.4.). (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 31039, 2014)

Así mismo, la Subsección A del Consejo de Estado, magistrado ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, en cumplimiento del fallo de tutela del 11 de octubre de 2019 que amparó los derechos fundamentales invocados por los actores por no haberse valorado un testimonio que tenía incidencia en la decisión y dejó sin efectos la sentencia del 19 de julio de 2017, que negó las pretensiones de la demanda, profirió el **28 de marzo de 2019** sentencia de reemplazo en el proceso con radicado interno **52914 A**, en la que consideró que el daño consistente en el homicidio del señor Pascual Antonio Jiménez Sánchez cometido por terceros le era imputable a la Policía Nacional a título de falla del servicio por omisión, toda vez que se encontraba en posición de garante institucional en relación con la protección a la vida e integridad personal de la víctima, pues conocía previamente el alto riesgo en el que se encontraba, toda vez que no sólo fueron informados por el occiso directamente de las amenazas que había recibido, sino por la Fiscalía que solicitó protección policial a favor de éste, y pese a ello, sólo se limitaron a darles unas recomendaciones de seguridad personal que fueron consignadas en el acta 162 del 3 de marzo de 2008 y a realizar unas visitas esporádicas a su residencia, lo cual, a juicio de la Sala, no compadecía con la situación delicada de seguridad por la que atravesaba. Al respecto, se dijo:

Bajo esta perspectiva, es evidente que el homicidio del señor Pascual Antonio Jiménez Sánchez no era un hecho imprevisible para la Policía Nacional, pues la víctima, a raíz de las amenazas de muerte que recibió, denunció estos hechos ante la Fiscalía General de la Nación y ésta libró oficio a la policía para que adoptara las respectivas medidas de

protección y, sin embargo, dicha institución no le prestó la debida protección y el señor Pascual Antonio Jiménez Sánchez terminó siendo asesinado.

La circunstancia de que la Policía Nacional hubiera conocido la situación de riesgo en que estaba el señor Pascual Antonio Jiménez Sánchez, no solo porque así se lo advirtió la Fiscalía, sino porque los hechos delictivos ocurridos en su contra un tiempo antes y las amenazas de muerte que recibió así lo demostraban e imponían a esta institución el deber de darle seguridad y protección, por lo cual se encontraba compelida a brindarle cuanto antes la seguridad que requería, cosa que no hizo de manera eficiente, pues, las únicas medidas de protección que le brindó a la víctima fueron darle unas recomendaciones de seguridad personal (consignadas en el acta 162 de 3 de marzo de 2008) y hacerle unas visitas esporádicas a su residencia, cosa que no se compadecía con la situación delicada de seguridad por la que atravesaba dicho señor. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado 52914A, 2019)

Aunque se encontró probada que la entidad demandada incurrió en una falla del servicio por no prestarle la debida protección al señor Jiménez Sánchez, también se probó que éste actuó de manera imprudente y negligente al desatender las medidas de seguridad que se le indicaron debía seguir antes de desplazarse a otros municipios, y que consistía en informar oportunamente al comandante de la estación de policía para que coordinara con otras unidades policías las acciones necesarias para brindarle seguridad, lo cual no sucedió, pues sólo avisó pocas horas antes de realizar el desplazamiento al municipio de Pueblo Nuevo.

Con fundamento en esta tesis de declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio por no haberse adoptado las medidas suficientes para proteger a una persona en situación de riesgo, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, magistrado ponente Marta Nubia Velásquez Rico, en sentencia del 22 de mayo de 2020, en el proceso con radicado 58012, declaró y condenó patrimonialmente responsable a la Policía Nacional con ocasión de la muerte del señor Fabio Ramón Cucunubá Bernal ocurrida el 8 de octubre de 2005 en la ciudad de Cúcuta como consecuencia de las amenazas recibidas por las denuncias que realizaba en su calidad de presidente de la Junta de Acción Comunal del barrio Camilo Daza de esa ciudad.

Esta decisión se sustentó en que se encontraba probado que la víctima interpuso tres denuncias y solicitó medidas de protección ante las autoridades por las amenazas que recibía y

los atentados que había sufrido, ante lo cual sólo obtuvo como respuesta la entrega de unos manuales de seguridad bajo la justificación que al realizarle un estudio de riesgo había arrojado medio-bajo, lo cual, a juicio de la Sala, no correspondía a la realidad que vivía el líder comunal y conllevó a que al no haber desplegado las acciones pertinentes facilitó la acción de los delincuentes que acabaron con su vida.

En cuanto a la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo y determinante de un tercero, se consideró que la misma no se configuró, toda vez que el hecho dañoso era previsible y evitable para la entidad demandada, y si bien fue perpetrados por miembros al margen de la ley, era claro que la conducta omisiva de los agentes del Estado fue determinante en el resultado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado 58012, 2020).

Respecto a la segunda situación en la que no es necesario que medie denuncia previa por parte de la víctima para imputar responsabilidad al Estado, sino que las circunstancias de peligro o amenazas recibidas por la víctima sean de conocimiento público, el Consejo de Estado declaró responsable al Estado por omisión en el cumplimiento de sus funciones en el caso del asesinato del doctor Enrique Low Murtra por parte de las mafias del narcotráfico cuando regresó al país después de ejercer un cargo diplomático. En esta providencia se señaló que no era necesario que mediara una petición especial de protección por parte de la víctima o sus familiares ante alguna autoridad estatal, dado que conocían la situación de peligro en la que se encontraba el ex ministro por investigaciones desarrolladas por el Estado contra el cartel de Medellín:

Para el cabal cumplimiento de sus funciones a los organismos de seguridad les correspondía realizar una labor de inteligencia con miras a determinar la protección que ameritaba el Dr. Low, dado que conocían a ciencia cierta que era objeto de serias amenazas.

No es explicación suficiente para que se constituya en eximente de responsabilidad aquella según la cual para enero de 1991 cuando el doctor Enrique Low regresó al país, habían cambiado las circunstancias existentes cuando éste ocupó el cargo de ministro de justicia. No se demostró que en efecto se hubiera presentado un cambio que permitiera entender con buen fundamento que las amenazas en contra del Dr. Low, habían perdido vigencia. Tal conclusión solo podía tomarse previo un estudio a fondo y analítico de la situación, por parte de un comité de inteligencia de los organismos de seguridad. Esa

precaución no fue tomada, simplemente se hizo caso omiso de su regreso al país, y tal omisión culminó con su muerte a manos de sicarios.

Quien a nombre del estado, en cumplimiento de los deberes que un cargo público le impone, enfrenta una lucha en contra del crimen, la cual genera amenazas en contra de su vida e integridad personal, debe ser protegido por los organismos de seguridad del estado, de por vida si ello es necesario, y sin que sea menester que medie una solicitud de protección; porque esa es precisamente la función de los organismos de seguridad, porque si se arriesga la vida para enfrentar una lucha que corresponde al Estado, tal acto debe ser compensado al menos, con la protección de la vida. Quienes al ocupar un cargo público, por servir a la comunidad exponen su vida frente a la lucha que el Estado libra contra las mafias del crimen organizado, tienen derecho como mínimo a que se les garantice la protección de su vida, sin que tengan que hacer solicitudes concretas al respecto.

(Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 11875, 1997)

Es pertinente señalar que, si bien el régimen actual de los supuestos mencionados es el de falla del servicio, a efectos de la imputación se aplicó la posición de garante, la cual ha sido considerada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.

Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.”

(Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 15567, 2007)

Así como se ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado por hechos violentos cometidos por terceros en aplicación del título de imputación de falla del servicio, también la Sección Tercera del Consejo de Estado ha negado las pretensiones al encontrar configurada la causal eximente de responsabilidad estatal del hecho exclusivo y determinante de un tercero, por

cuanto se demostró la imposibilidad del obligado de llevar a cabo el comportamiento legal esperado y que no podía contemplar por anticipado el suceso que causó los daños que se reclaman, pues sucedieron de manera súbita y repentina (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 46020, 2019).

En cuanto a condenar al Estado con fundamento en el contexto en aquellos eventos en los que no se prueba que el daño fue causado por una acción u omisión de la autoridad pública sobre el cumplimiento de su deber de protección y seguridad, se analizará en el apartado 4 con más detalle la posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado que la apoya y la que considera que se está ante una responsabilidad sin causalidad que no es procedente a la luz del artículo 90 constitucional.

## **2.2. Responsabilidad Estatal por Riesgo Excepcional**

En ausencia de falla y ante un actuar legítimo de las autoridades que coloca en riesgo a la comunidad o a sus bienes por ataques propiciados por terceros se compromete la responsabilidad del Estado con fundamento en el riesgo excepcional.

El Consejo de Estado ha señalado que hay lugar a aplicar este título objetivo para imputar responsabilidad estatal por actos violentos perpetrados por agentes no estatales cuando están presente los siguientes elementos: **(i)** se trata de una conducta legítima del Estado, **(ii)** esta actividad origina un riesgo de naturaleza anormal, **(iii)** el acto violento es dirigido contra altos funcionarios, bienes o elementos representativos del Estado y **(iv)** rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En cuanto al tercer elemento, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del 11 de diciembre de 2003, expedientes acumulados 12916 y 13627, estableció que no hay lugar a limitar la responsabilidad estatal con fundamento en este título de imputación sólo a aquellos casos en los que el ataque terrorista se dirige contra un objetivo militar o policivo, sino que debe extenderse a aquellos eventos en los que “el blanco sea un objeto claramente identificable como Estado, ya que la justificación para establecer el vínculo causal es el mismo riesgo particular que se crea con una actividad que ha sido elegida por los terroristas como objetivo” (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 12916, 2003).

Así mismo, la jurisprudencia contenciosa ha sido reiterativa en señalar que no es posible declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el riesgo excepcional cuando el acto violento causado materialmente por terceros es de carácter indiscriminado y tenía como objetivo

provocar pánico, temor o zozobra en la población civil, es decir, no estaba dirigido contra blancos selectivos que representan al Estado.

Finalmente, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido constante en señalar que al ser un régimen objetivo, el Estado no podrá exonerarse de responsabilidad bajo el argumento del cumplimiento a su deber de diligencia, sino que sólo podrá hacerlo cuando demuestre que medio una causa extraña imprevisible e irresistible como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima. En este sentido, en la sentencia del 27 de septiembre de 2013, radicado 28711, magistrado ponente Ramiro Pazos Guerrero, se dijo lo siguiente:

Así las cosas, el riesgo que se genera por la presencia de un establecimiento representativo del Estado en medio de un conflicto armado, y su concreción en la causación de un daño a una persona ajena a los grupos enfrentados, independientemente de quien haya ocasionado el daño, es la razón de la responsabilidad estatal.

(...)

A la administración le es posible exonerarse de responsabilidad sólo si se acredita que la causa del daño fue de manera exclusiva y determinante el hecho de la víctima, el hecho de un tercero o la constitución de una fuerza mayor. Las causales que exoneran de responsabilidad deben tener las características de ser irresistibles e imprevisibles. Ser irresistible es la imposibilidad del obligado de llevar a cabo el comportamiento esperado y la imprevisibilidad ocurre cuando no es posible contemplar por anticipado su ocurrencia, esto es, que el acontecimiento sucedió de manera súbita y repentina. (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 28711, 2013)

### **2.3. Responsabilidad Estatal por Daño Especial**

Debido a que la jurisprudencia del Consejo de Estado no era uniforme o clara en establecer cuando se configuraba responsabilidad del Estado por riesgo excepcional o daño especial por daños ocasionados por actos violentos de terceros, sino que comenzó a utilizar indistintamente estos títulos objetivos para imputar responsabilidad al Estado, esta Corporación, mediante sentencia del 10 de agosto de 2007, radicado 11585, se replanteó su postura en relación al juicio de imputación que se le debía hacer al Estado en estos casos y concluyó que su estudio se debía realizar sobre el fundamento de la falla del servicio o el riesgo excepcional. Al respecto, se dijo:

En efecto, con base en el análisis de los casos antes citados, se concluye que el Estado sólo fue condenado en aquellos en que no se pudo establecer la existencia del hecho de un tercero, como causal de exoneración de responsabilidad dado que el mismo no resultaba ajeno a la acción u omisión del Estado. Y para ello, la Sala debió precisar, en cada caso, cuál era el alcance de su deber de vigilancia y protección. Es ésta la razón por la cual se acudió, en algunos eventos, al concepto de relatividad de la falla del servicio, que más precisamente alude a la relatividad de las obligaciones del Estado y, por lo tanto, permite determinar, en cada situación particular, si el daño causado resulta o no imputable a la acción u omisión de sus agentes. En otros eventos, como se vio, la imputabilidad surge de la creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí, entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado. (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 11585, 2000)

Sumado a lo anterior, el Consejo de Estado dejó claro que no era aplicable la teoría del daño especial para imputar responsabilidad del Estado por actos violentos de terceros, por cuanto era el riesgo creado por el Estado lo que hacía que el daño le fuera imputable y no un desequilibrio frente a las cargas públicas de la víctima (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 14211, 2003).

Aunque se creía que frente al punto no existía discusión y que se había abandonado la aplicación del título de imputación de daño especial en estos casos de actos violentos de terceros, el Consejo de Estado, en sentencia del 3 de mayo de 2007, volvió adoptarla al condenar a la Nación a título de daño especial por los perjuicios sufridos por un menor de edad como consecuencia de las lesiones que padeció por la explosión de una granada que fue lanzada a su vivienda en la ciudad de Medellín, en momentos en que miembros de un grupo al margen de la ley se enfrentaban en el exterior con miembros de la fuerza pública. Esta imputación se dio con fundamento en los siguientes argumentos:

En el presente caso la imputación de responsabilidad se realiza con fundamento en el daño especial, que, como se extrae de lo antes expuesto, asienta su validez en valores y principios constitucionales que han sido aplicados en reiteradas y variadas ocasiones por la jurisprudencia de esta corporación.

El resarcimiento de los perjuicios, en aplicación de los principios de igualdad y solidaridad, debe correr a cargo del Estado, pues fue como producto de su actividad legal y legítima que Angélica M. Osorio sufrió el daño. Daño que se entiende desproporcionado en relación con las cargas que normalmente deben asumir otros ciudadanos que se encuentran en su situación y que, por consiguiente, arroja como resultado la necesidad de reequilibrar las cargas públicas. (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 16696, 2007)

Aunque este fue un buen precedente sobre la aplicación de la teoría del daño especial, no fue sino hasta el año 2008 que la Sección Tercera del Consejo de Estado retomó definitivamente la aplicación de este título de imputación al estudiar la responsabilidad del Estado por los daños causados como consecuencia del ataque guerrillero realizado el 15 y 17 de abril de 2002 contra la Estación de Policía de La Cruz, Nariño y definir la postura en los siguientes términos:

Las explicaciones que se dieron en el capítulo anterior sobre el daño especial como título de imputación por ataques terroristas, permiten deducir la responsabilidad del Estado a partir del resultado dañoso, superior al que ordinariamente deben soportar y diferente del que asumen los demás pobladores, y proveniente del enfrentamiento armado entre las fuerzas del orden y el grupo subversivo de quien provino el ataque terrorista. Si bien como consecuencia de dicho enfrentamiento se causaron daños a los inmuebles contiguos al sitio de ubicación de la estación de policía, objeto central del atentado, la actuación de la fuerza pública fue legítima, en cuanto se desarrolló en cumplimiento de su obligación constitucional de defender la vida y los bienes de los administrados, no acreditándose que excediera al marco de lo que le era debido, y no procede calificar tal actuación como generadora de un riesgo excepcional para aquéllos, pues no cabe predicar tal calificativo de una conducta legítima que aunque implique el uso de las armas, de por sí peligroso, se dirige o encamina precisamente, a conjurar y a repeler el riesgo que para la vida y los bienes de los administrados implican los ataques y atentados provenientes de grupos armados al margen de la ley. (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 18769, 2008)

Si bien la Sección Tercera del Consejo de Estado sigue declarando responsable al Estado en aplicación de la teoría del daño especial, también ha sido clara en señalar que éste no es el título preferente para juzgar este tipo de casos de daños por actos violentos provenientes de terceros y, por tanto, le corresponde al juez su configuración, de conformidad con la realidad probatoria que se ponga de presente en cada evento.

En cuanto a la declaración de responsabilidad con base en el régimen objetivo de daño especial frente a actos violentos perpetrados por terceros, M'Causland Sánchez (2013) considera que no es procedente, toda vez que el planteamiento teórico de esta título de imputación es que el perjuicio debe ser causado directamente por el Estado:

Así las cosas, se comprende que la declaración de responsabilidad con base en el régimen de daño especial sólo resulta procedente en los eventos en que el Estado ha causado directamente el daño del cual se derivan los perjuicios reclamados. Dicho de otro modo, sólo cuando la conducta del Estado realizada en cumplimiento de sus funciones, en beneficio de la generalidad, causa igualmente un daño grave a un ciudadano o a un grupo de ellos, puede apreciarse la desigualdad que se genera entre aquélla y éstos en virtud de tal conducta y, por lo tanto, puede apreciarse también la especialidad del daño y justificarse su imputación.

En ese sentido, la aplicación del daño especial como fundamento de la responsabilidad en eventos en los que el perjuicio no has sido causado directamente por el Estado, sino por un tercero, resulta incoherente con el planteamiento teórico de esta teoría. (pp. 549-550)

Aunque históricamente se atribuyó responsabilidad al Estado con fundamento en distintos títulos de imputación, lo cierto es que a partir de la sentencia del 20 de julio de 2017 dictada en el proceso con radicado 18860 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, magistrado ponente Ramiro Pazos Guerrero existe una tendencia a condenar sólo si hay falla del servicio, lo cual ha presentado discusión en relación a como se debe probar esa relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión de la administración, dado que el estudio de contexto juega un papel relevante al respecto.

### **3. Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH- para condenar al Estado por incumplimiento en el deber de protección y seguridad**

El marco normativo que protege los derechos humanos está concebido para la protección del individuo de los poderes públicos, dejando de lado la responsabilidad de protección de otros individuos a la jurisdicción penal o civil de cada Estado (Medina Ardila, 2009). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sido enfática en resaltar que no es un tribunal para analizar la responsabilidad penal de los individuos, sino para “amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones” (Corte IDH, 2006, citado en Medina Ardila, 2009, p. 90).

Teniendo presente lo anterior, vale la pena resaltar que un Estado no se le puede atribuir la responsabilidad de violación de derechos humanos por los actos violentos que hayan sido cometidos por particulares dentro de su territorio, “razón por la cual el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de estos frente a cualquier acto o hecho de particulares” (Medina Ardila, 2009, p. 90).

La jurisprudencia de la CIDH ha establecido que la responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos surge en el mismo momento en el que el hecho ilícito se ha cometido y se le pueda atribuir al Estado por la “violación de sus obligaciones adquiridas en virtud de un tratado de derechos humanos” (Medina Ardila, 2009, p. 92).

A partir de la Convención Americana, la responsabilidad internacional del Estado surge en el mismo momento en el que se violan las obligaciones generales, que son de carácter *erga omnes*, de respetar y garantizar la protección establecida y consagrada en los artículos 1.1. y 2 de la citada Convención: “las obligaciones contenidas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma” (CIDH, 2005, citado en Medina Ardila, 2009, p. 94).

Partiendo del análisis del artículo 1.1. de la Convención Americana, el Estado tiene dos obligaciones que debe respetar y propiciar. La primera de ellas es la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana. Esto implica que la función pública posee unos límites que se derivan de la máxima de que los derechos humanos son superiores al poder del Estado y atributos inherentes de la dignidad humana, por lo que no pueden ser violados por el ejercicio del poder público. Esto quiere decir que existen esferas

individuales que el Estado no puede vulnerar ni violar, pero que puede penetrar de manera limitada (Medina Ardila, 2009).

La segunda obligación que posee el Estado es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos que fueron reconocidos en la Convención Americana a todas las personas sujetas a su jurisdicción. Esto implica que los Estados deben disponer todo su aparato gubernamental, como sus estructuras, en las que manifiesta el ejercicio del poder público, para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, tomando todas las medidas necesarias para prevenir, investigar, juzgar y sancionar “toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como procurando el restablecimiento del derecho vulnerado (de ser posible) y reparando los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (Medina Ardila, 2009, p. 95).

Se puede establecer que cualquier menoscabo de los derechos humanos, que son reconocidos en la Convención Americana u otros instrumentos internacionales, que sea atribuido al Estado, o cualquier autoridad pública de ella, por acción u omisión, independientemente de su jerarquía, “constituye un hecho imputable a este, que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención Americana y según el Derecho Internacional Público” (Medina Ardila, 2009, p. 95).

Siendo así las cosas, la CIDH ha determinado que los Estados no pueden dejar de cumplir sus obligaciones adquiridas, por lo que la responsabilidad internacional puede configurarse en los casos de ausencia de intencionalidad y de que sean o no consecuencia de una política estatal deliberada (Medina Ardila, 2009).

Por otra parte, el artículo 2 de la Convención Americana establece que las obligaciones internacionales del Estado implican la adopción de medidas en dos ámbitos: la supresión de las normas y prácticas de cualquier índole que violen las garantías previstas en la Convención Americana y la expedición de normas y prácticas efectivas de observancia de dichas garantías (Medina Ardila, 2009).

A la luz de la Convención Americana, se puede establecer que el Estado tiene la obligación de garantizar y proteger los derechos humanos, de carácter *erga omnes*, y no otros sujetos, estableciéndose la dimensión vertical y horizontal:

Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad

internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y, en el ámbito del derecho Internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones interindividuales) (...) en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos *erga omnes*, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares. (CIDH, 2003, citado en Medina Ardila, 2009, p. 97)

A partir del efecto vertical de las obligaciones internacionales del Estado, que son de carácter *erga omnes*, la configuración de responsabilidad del Estado se puede dar, no sólo por acciones u omisiones que resulten en la vulneración de derechos humanos por parte de agentes del Estado (responsabilidad directa), sino por los actos cometidos por particulares (Medina Ardila, 2009).

La responsabilidad internacional por parte del Estado por actos de particulares, o terceros, en un principio, no puede ser atribuida al Estado, ya que fueron perpetradas por agentes no estatales o en esferas privadas de la sociedad. Sin embargo, el carácter de *erga omnes* “de dichas obligaciones de garantía y protección de los derechos humanos proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y los particulares, extendiéndola a las relaciones entre particulares” (Medina Ardila, 2009, p. 98). A este tipo de responsabilidad se le conoce como responsabilidad indirecta.

La CIDH ha dispuesto que el Estado no puede ser responsable de todas las violaciones de derechos humanos que ocurren en su territorio, ya que el carácter *erga omnes* “de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de éstos frente a cualquier acto de particularidades” (Medina Ardila, 2009, p. 100).

Es por eso que se han configurado dos elementos para atribuirle la responsabilidad internacional al Estado por actos de violaciones a los derechos humanos cometidos por particulares o terceros: **(i)** cuando el Estado tolera o es cómplice con los particulares que atacan

contra los derechos humanos y (ii) cuando el Estado, por falta de diligencia, evita prevenir un acto de un particular que viole los derechos humanos contenidos en la Convención Americana u otros instrumentos de su aplicabilidad (Medina Ardila, 2009).

Frente al primer elemento, la CIDH ha establecido que un Estado es responsable internacionalmente cuando tolera, es cómplice o aquiescencia, “por parte de agentes estatales, a particulares que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias y violatorias de derechos humanos” (Medina Ardila, 2009, p. 101).

Un ejemplo de ello fue la sentencia de los 19 comerciantes contra Colombia, en el que este alto tribunal declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano a partir de dos argumentos:

a) obligaciones de garantía y protección de los derechos humanos proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y los particulares, extendiéndola a las relaciones entre particulares. de “autodefensas”, que posteriormente derivaron en grupos delincuenciales o paramilitares; y b) que se demostró que hubo aquiescencia y apoyo de miembros de la fuerza pública con el grupo paramilitar responsable de los hechos objetos del caso. (Robles, 2007, citado en Medina Ardila, 2009, pp. 102–103)

Otro caso en el que la CIDH le atribuye responsabilidad internacional al Estado colombiano es el de la Masacre de Mapiripán, en donde se estableció que si bien los hechos ocurridos entre el 15 y el 20 de julio de 1997 en Mapiripán fueron cometidos por miembros de grupos paramilitares, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, inclusive de altos funcionarios de éstas de las zonas. Ciertamente no existen pruebas documentales ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese una relación de dependencia entre el Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, al analizar los hechos reconocidos por el Estado, surge claramente que tanto las conductas de sus propios agentes como las de los miembros de grupos paramilitares son atribuibles a Colombia en la medida en que éstos actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado.

(...) La colaboración de miembros de las fuerzas armadas con los paramilitares se manifestó en un conjunto de graves acciones y omisiones destinadas a permitir la realización de la masacre y a encubrir los hechos para procurar la impunidad de los responsables. En otras palabras, las autoridades estatales que conocieron las intenciones del grupo paramilitar de realizar una masacre para infundir temor en la población, no sólo colaboraron en la preparación para que dicho grupo pudiera llevar a cabo estos actos delictuosos, sino también hicieron parecer ante la opinión pública que la masacre fue perpetrada por el grupo paramilitar sin su conocimiento, participación y tolerancia, situaciones que están en contradicción con lo ya acreditado en los hechos probados y reconocidos por el Estado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, 2005, pp. 98-99)

El fallo de la CIDH dictaminó que el Estado colombiano tuvo responsabilidad internacional al haber realizado acciones y omisiones por parte de los agentes estatales y de particulares llevadas a cabo de manera coordinada, paralela o concatenada para cometer la respectiva masacre.

Este mismo punto también es resaltado por la CIDH en la masacre de la Rochela: el Estado permitió la colaboración y participación de particulares en la realización de ciertas funciones (tales como patrullaje militar de zonas de orden público, utilizando armas de uso privativo de las fuerzas armadas o en desarrollo de actividades de inteligencia militar), que por lo general son de competencia exclusiva del Estado y donde éste adquiere una especial función de garante. En consecuencia, el Estado es directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones, más aún si se tiene en cuenta que los particulares no están sometidos al escrutinio estricto que pesa sobre un funcionario público respecto al ejercicio de sus funciones. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, 2007, p. 33)

Estos tres casos configuran la responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares, ya que toleran o son cómplices de éstos: “en la medida en que los actos cometidos por los particulares no pueden ser caracterizados como meros hechos dentro de su esfera privada por estar vinculados con conductas activas y omisivas de agentes estatales, comprometen la responsabilidad internacional del Estado” (Medina Ardila, 2009, p. 105).

Se puede concluir que la responsabilidad internacional del Estado por actos de terceros que violan los derechos humanos se configura por omisión o acción siempre y cuando sea evidente “el incumplimiento de sus obligaciones convencionales *erga omnes* de asegurar, como garante, la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones interindividuales” (Medina Ardila, 2009, p. 105).

El segundo elemento para que se le atribuya responsabilidad internacional al Estado por actos de terceros cuando éste, el Estado, por falta de diligencia, no previene un acto de un particular que viole los derechos humanos establecidos en la Convención Americana u otros instrumentos aplicables (Medina Ardila, 2009). Para que se le pueda atribuir al Estado este tipo de responsabilidad, se debe generar en uno de los siguientes contextos:

- i) cuando la violación de derechos humanos perpetrada por un particular no fue prevenida por el Estado a pesar del conocimiento previo de la existencia de un riesgo cierto, inmediato y determinado, y, ii) cuando es perpetrada por entidades privadas a las que el Estado ha delegado la prestación de servicios públicos. (Medina Ardila, 2009, p. 106)

Respecto al primer escenario, la responsabilidad se configura por la falta de medidas positivas para la protección y prevención de los actos cometidos por particulares que violen los derechos humanos. Esto quiere decir que las acciones del Estado, para evitar estos actos, “se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo” (Medina Ardila, 2009, p. 106).

La CIDH se ha pronunciado acerca de este punto de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, la impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Por consiguiente, no todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de

terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo. (CIDH, 2005, citado en Medina Ardila, 2009, p. 107)

La posición que manifiesta la CIDH en la cita anterior explica que para que un hecho ilícito contenga la carga de responsabilidad internacional del Estado se debe configurar la vulneración de los derechos humanos como una consecuencia de la falta de diligencia para prevenirlo o impedirlo, siempre y cuando exista el conocimiento previo para prevenir ese riesgo (Medina Ardila, 2009).

El caso de los 19 comerciantes contra Colombia ilustra a la perfección lo anterior: se condena al Estado colombiano “por no haber tomado las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las actividades delincuenciales de los grupos denominados de autodefensas, a pesar de la notoriedad de tales actividades” (Medina Ardila, 2009, p. 108).

Un caso similar en la que se le atribuye este tipo de responsabilidad al Estado colombiano es el de la masacre de Pueblo Bello. En ella, la CIDH señala lo siguiente:

(...) si bien la masacre de Pueblo Bello ocurrida en enero de 1990 fue organizada y perpetrada por miembros de grupos paramilitares, aquélla no habría podido ejecutarse si hubiere existido protección efectiva de la población civil en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado. Ciertamente no existen pruebas ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese un nexo entre miembros del Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, la responsabilidad por los actos de los miembros del grupo paramilitar en este caso en particular es atribuible al Estado en la medida en que éste no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil en función de las circunstancias descritas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, 2006, p. 107)

A partir de los casos señalados anteriormente, el Estado es responsable internacionalmente por omisión siempre que, pese a tener conocimiento de un riesgo cierto y determinable, falte a su deber de respeto, prevención y protección de los derechos humanos y, así mismo, del deber de organizar el poder público para “garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Medina Ardila, 2009, p. 108).

Respecto a los dos elementos que deben existir para que se le puede atribuir responsabilidad internacional al Estado, el demandante, para el primer caso (cuando el Estado tolera o es cómplice con los particulares que atentan contra los derechos humanos), debe probar los siguientes puntos:

a) existió una delegación de funciones de los agentes estatales a los particulares; b) se desarrollaron actividades conjuntas entre unos y otros, o que existieron relaciones de dependencia o de mando a través de órdenes de unos a otros; c) el Estado ha suspendido sus acciones para garantizar el orden interno y la protección de los derechos humanos de los individuos en todo el territorio nacional y, en especial, en las zonas (regiones) que cuentan con presencia de agentes estatales; d) el Estado ha actuado con aquiescencia o apoyo en relación con los particulares, y e) el Estado no ha realizado acciones tendientes a identificar, juzgar y condenar a los particulares responsables de los actos violatorios de derechos humanos, es decir, en otras palabras, que sus acciones no han estado encaminadas a encubrir los hechos para procurar la impunidad de los responsables.

(Medina Ardila, 2009, p. 116)

Respecto al segundo elemento (cuando el Estado, por falta de diligencia, evita prevenir un acto de un particular que viole los derechos humanos contenidos en la Convención Americana u otros instrumentos de su aplicabilidad), el demandante debe demostrar que el Estado no realizó las siguientes acciones:

a) cumplió en todo momento su obligación *erga omnes* de garantía y protección de los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción, incluso frente a actos de particulares, mediante la vigilancia y fiscalización de las actividades de éstos, y b) le fue imposible tener el conocimiento previo de la existencia de un riesgo cierto, inmediato y determinable, razón por la cual no tuvo la oportunidad de actuar para evitar su ocurrencia. Es decir, en otras palabras, que los actos de los particulares violatorios de los derechos humanos fueron totalmente imprevistos, pues generaron un riesgo que no ofrecía al Estado posibilidades razonables de evitarlo por la imposibilidad de haberlo conocido con antelación. (Medina Ardila, 2009, pp. 116–117)

#### **4. Posición de la Sección Tercera del Consejo de Estado Sobre la Responsabilidad del Estado “Por Contexto”**

El carácter *ius fundamental* del derecho a la seguridad personal tiene su fundamento en la Constitución Política al disponer en el artículo 2 que las autoridades colombianas están instituidas para brindar protección a las personas, protegiendo sus vidas, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, como en los artículos 11 y 12 que consagran los derechos a la vida y a la integridad personal.

Así mismo, en virtud del bloque de constitucionalidad (artículo 93 y 94 de la Constitución Política) se debe reconocer, proteger y cumplir lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 16 de 1972, que establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales” (Organización de los Estados Americanos, 1969, p. 4), lo cual también está previsto en el mismo sentido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968. Al igual que lo establecido en el artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (Organización de los Estados Americanos, 1969, p. 2) .

En cuanto a la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida, la Corte Constitucional ha señalado que:

la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones. La primacía e inviolabilidad de la vida le otorga a ésta una especial protección constitucional; su desarrollo en la Carta de 1991, como principio, como valor y como derecho, refleja la importancia que se le atribuye dentro del ordenamiento jurídico. (Corte Constitucional, T-1026, 2002)

De igual manera, en la jurisprudencia constitucional se ha señalado que el Estado debe responder “a las demandas de atención de manera cierta y efectiva” (Corte Constitucional, T-981, 2001) cuando tenga conocimiento de amenazas “sobre la existencia y tranquilidad de individuos o grupos que habitan zonas de confrontación o que desarrollan actividades de riesgo en los términos del conflicto” (Corte Constitucional, T-981, 2001).

La Corte Constitucional ha adoptado, entre otras, en la sentencia T-339 de 2010, como definición del derecho fundamental a la seguridad personal, “aquel que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades públicas, en aquellos casos en los cuales están expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de soportar” (Corte Constitucional, T-339, 2010).

Así mismo, se estableció en la mencionada sentencia de tutela que, si bien se le impuso a las autoridades la obligación de brindar medidas de protección eficaces a los ciudadanos y a sus bienes, este deber debe ser analizado bajo los siguientes parámetros: **(i)** aunque el derecho a la seguridad personal está unido a la existencia de riesgos, para que se encuentre necesario brindar dichas medidas, se debe estar ante una amenaza, toda vez que ésta es concreta dado que consiste en manifestaciones directas que avisan que algo malo está por suceder, esto es, denotan la inminencia de la agravación del daño, mientras que el riesgo es “abstracto”, lo que supone que “cualquier amenaza constituye un riesgo, pero no cualquier riesgo es una amenaza” (Corte Constitucional, T-339, 2010); **(ii)** como el derecho a la seguridad personal no es absoluto, su protección especial surge cuando se está ante una amenaza de manera “extraordinaria” y “relevante”, es decir, no podrá ser exigido cuando no exista riesgo alguno o un riesgo menor, ni cuando se trate de alguna de las cargas públicas que está obligado el individuo a soportar; y **(iii)** al momento de solicitar la protección a este derecho, la víctima, sus familiares o cualquier interesado, deberá probar al menos sumariamente los hechos que demuestren que la persona se encuentra expuesta a esa amenaza (Corte Constitucional, T-339, 2010).

En este mismo sentido, en la sentencia T-234 de 2012, la Corte Constitucional estableció la escala de riesgos y amenazas que deben ser aplicadas a los casos en los que se solicitaba protección especial por parte del Estado. En cuanto al nivel de riesgo se ha señalado que hace referencia a una posibilidad abstracta y aleatoria de que el daño a la vida o a la integridad personal se produzca, el cual puede ser un riesgo mínimo que consiste en que el individuo sólo se ve amenazado por la muerte y enfermedades naturales o un riesgo ordinario que proviene tanto de factores internos y externos a la persona y que se derivan de la convivencia en sociedad, es decir, son las cargas que se deben soportar. En consecuencia, se advierte que al estar en estos niveles de riesgo no se está facultado para exigir medidas de protección especiales al Estado.

Frente a la amenaza, también establecen que existen dos niveles: ordinaria y extrema. Sobre la ordinaria se ha considerado que para determinarla, el funcionario deberá hacer una

valoración de la situación concreta y determinar si están presentes las siguientes características: **(i)** la existencia de un peligro específico e individualizable; **(ii)** existencia de un peligro cierto, es decir, no debe tratarse de un peligro remoto o eventual; **(iii)** tiene que ser importante, es decir, amenaza contra bienes o interés jurídicos valiosos; **(iv)** tiene que ser excepcional, es decir, no debe ser de los que toleran los demás; y **(v)** desproporcionado frente a los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se ocasiona el riesgo. Una vez concurren estas características, el sujeto queda habilitado para invocar con fundamento en su derecho a la seguridad personal, la protección que requiere y la cual le deben ofrecer las autoridades, toda vez que en este nivel se presenta un perjuicio cierto que podría o no agravarse.

Se califica amenaza extrema cuando la persona se encuentra sometida a una situación que cumple todas las características anteriores y, además, el derecho que está en peligro es el de la vida o la integridad personal. En este evento, la persona puede exigir de manera directa a las autoridades la protección de estos dos derechos y no tendrá que presentar la solicitud con fundamento en el derecho a la seguridad personal, pues éste no es el único que se está vulnerando. Además, deberá recibir protección especializada, dada la inminencia de la amenaza que advierte que el daño se puede consumir en cualquier momento.

Estos parámetros establecidos por la Corte Constitucional han sido tenidos en cuenta por la Sección Tercera del Consejo de Estado al momento de declarar o no responsable al Estado por falla del servicio por omisión en el cumplimiento del deber de protección. En la sentencia del 26 de junio de 2014, radicado interno 26029, magistrado ponente Danilo Rojas Betancourth, en la que se condenó a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional por la muerte de Josué Giraldo Cardona ocurrida el 13 de octubre de 1996, y que para la época era dirigente del partido político Unión Patriótica y presidente del Comité Cívico por la Defensa de los Derechos Humanos del Meta, siendo éste asesinado cuando se encontraba en su casa con sus hijas y esposa y en ausencia del escolta que le había sido asignado por el DAS, se concluyó luego de un estudio de estos criterios que se incurrió en una omisión de protección sobre la vida e integridad de la víctima, pese a que se conocía el nivel de riesgo extraordinario que le rodeaba, los cuales estaban determinados por sus antecedentes y el contexto de la época, así como por sus reiteradas denuncias de amenazas contra su vida e integridad, las cuales no fueron atendidas aunque tenían respaldo en las medidas cautelares que en forma insistente pedía la Comisión y Corte

Interamericana de Derechos Humanos para proteger a los integrantes del Comité Cívico de Derechos Humanos del Meta.

Así mismo, esta alta Corporación ha señalado que el juicio de imputabilidad en la omisión se realiza verificando que en la producción del daño se presentó un incumplimiento de los estándares funcionales a cargo de la entidad para vincularla jurídicamente con el resultado dañoso, toda vez que la misma no se determina por la causación personal del daño, ni por la conducta reprochable del agente.

La jurisprudencia del Consejo de Estado nos permite evidenciar varios escenarios en los que se solicita declarar responsable patrimonialmente al Estado por falla del servicio por omisión en el cumplimiento del deber de protección y seguridad por parte del Estado, los cuales, bajo un estudio fundado en el acervo probatorio, el contexto que rodearon los hechos y el deber jurídico, que le correspondía a la entidad demandada de evitar el resultado lesivo a juicio del juez, arroja decisiones distintas en las que algunas se procede a condenar al Estado y en otras a declarar probada la causal eximente del hecho de un tercero, grupo al margen de la ley.

Particularmente en lo que concierne a esta investigación, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha abordado la responsabilidad estatal por incumplimiento en el deber de protección y seguridad con fundamento en el contexto en el que se causó el daño que se alega. Al respecto, se ha establecido que, si bien los agentes no causaron el daño de forma directa, deben responder por infringir estándares normativos de orden legal, constitucional y convencional que contribuyeron a la producción del daño antijurídico, lo cual aplica aún en los casos en que la víctima no solicitó expresamente que se le protegiera, pero la situación de peligro que afrontaba ella era notoria y de público conocimiento, bien sea por las circunstancias políticas y sociales del momento que hacía imperativa la intervención estatal para protegerla.

Bajo esta responsabilidad estatal “por contexto”, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, magistrado ponente Hernán Andrade Rincón, mediante sentencia de grado jurisdiccional de consulta del **23 de julio de 2014**, proceso con radicado **33546**, declaró patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Armada-Ejército Nacional por la muerte violenta del señor Henry Antonio Perea Torres, ocurrida el 18 de enero de 2001 por miembros del Frente 57 de las FARC que entraron hasta su despacho de alcalde y teniéndolo a las afueras de la Alcaldía del Municipio de Juradó, Chocó, le propinaron dos disparos, uno en la espalda y otro en el cráneo.

En esta decisión se explicó que la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión del deber de vigilancia y cuidado que debe brindar de manera prevalente sobre algunas personas deberá entenderse según la doctrina, teniendo en cuenta:

la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, se precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado 33546, 2014)

En este sentido, también se citó en la aludida sentencia una decisión de la Corte Constitucional en la que se estableció que en la teoría de la imputación objetiva estructurada sobre la posición del Estado garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión no es relevante determinar si el comportamiento fue realizado “mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora” (Corte Constitucional, SU-1184, 2001), esto es, la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí las autoridades han cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante que implica entre otras cosas, proteger a los asociados en sus derechos.

Con fundamento en lo anterior, se estableció que en estos eventos el daño antijurídico es imputable al Estado en virtud de su posición de garante, de evitar el resultado que por las circunstancias de violencia o de alteración del orden público eran previsibles para las autoridades. La responsabilidad patrimonial de la Administración surge porque se configura una omisión que fue determinante en la producción del daño, al desconocer su deber de seguridad y protección, “lo cual no es otra cosa que una clara falla del servicio” (Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 20325, 2011).

Bajo el título de imputación de falla del servicio, se consideró que, si bien no se demostró que en la producción del daño interviniera activamente agentes estatales, ni que el alcalde haya solicitado medidas de protección previamente al suceso, lo cierto es que de las pruebas allegadas al proceso se podía evidenciar que el Municipio de Juradó tenía graves problemas de orden público como consecuencia de la nula presencia de las fuerzas públicas desde el ataque acaecido en el mes de diciembre de 1999, donde quedaron destruidas las instalaciones militares y murieron 24 miembros de la Armada Nacional y fueron secuestrados 3 más hasta la muerte de

este funcionario, lo cual se concluyó a partir del informe realizado por la misión humanitaria que se conformó entre el 10 y 13 de enero de 2001.

Aunque se dejó claro que la jurisprudencia ha considerado que no todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros le son imputables al Estado, dado que sus obligaciones son relativas, esto es, se encuentran limitadas por las capacidades que en cada concreto se establezcan, también se aclaró que dicha relatividad no es excusa para su incumplimiento, por lo que se debe estudiar si en efecto le era imposible cumplir aquel deber que al realizarse hubiese evitado el resultado dañoso.

En este sentido, y teniendo como referente la sentencia del 11 de agosto de 2011, radicado interno 20325, magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez, que condenó al Estado por la muerte del alcalde del Municipio de Jambaló en circunstancias similares a las estudiadas, se consideró que el daño les resultaba imputables a las demandadas por omisión, toda vez que se encontraban en posición de garantes en relación con la vida del alcalde del Municipio de Juradó dado el riesgo en el que se encontraba éste y la población en general por la presencia subversiva en ese municipio. Al respecto se dijo:

En el caso concreto, como ya se señaló, se considera que la muerte del Alcalde del Municipio de Juradó, señor Henry Antonio Perea Torres, es imputable al Estado porque, a pesar de ser conocedor de la delicada situación de orden público que se vivía en dicho Municipio, omitió cumplir con su posición de garante para prestar el servicio de vigilancia y seguridad por el que clamaba la comunidad, tal como se demostró en el expediente, de manera que, ante un cuadro de anarquía como el que revelan las pruebas relacionadas en precedencia, en especial el aludido informe de la misión humanitaria, era previsible que las acciones de los violentos pudieran dirigirse en contra del mandatario municipal, en su carácter de figura política, quien, al igual que el resto de la población, se encontraba a merced de los grupos armados al margen de la ley que tenían el control del territorio, esto debido a la total ausencia de las fuerzas del orden, aspecto que aparece señalado por los mismos comandantes de la Policía y la Armada Nacional.

(...)

Adicionalmente a lo anterior, debe decirse que, aunque la presencia de las fuerzas armadas en el municipio no garantizaba en términos absolutos que el hecho dañoso se hubiera podido impedir, lo cierto es que la falta del pie de fuerza facilitó el accionar de

los delincuentes, pues el alcalde constituía un blanco fácil de la delincuencia organizada y de los grupos al margen de la ley. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado 33546, 2014)

Bajo esta misma tesis, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del **13 de noviembre de 2014**, radicado interno **33269**, magistrado ponente Ramiro Pazos Guerrero, declaró patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y Ejército Nacional por la muerte de Humberto de Jesús Giraldo Muñoz, ocurrida el 27 de marzo de 1999, un día después de que había culminado su encargo de alcalde del municipio de San Francisco, Antioquia, y se dirigía a la ciudad de Medellín en la cual estaba domiciliado.

Al estudiar la imputación, se estableció que, pese a que se encontraba probado que no solicitó previamente medidas especiales de protección, le era atribuible el hecho dañoso a las demandadas, dado que las circunstancias en que la víctima asumió el cargo del despacho de alcalde del municipio de San Francisco, esto es, en un contexto de alteración del orden público en el que anteriormente se había segado la vida de varios alcaldes del municipio y la región, le correspondía prestarle medidas de seguridad ante el riesgo cierto que corría su vida, aun en el evento como sucedió que él no las solicitó, aunque conocía de las amenazas serias que contra su vida se presentaban según los relatado por los testigos. En estos términos, se concluyó que:

14. En ese orden, si bien es cierto que se encuentra acreditado en el plenario que el señor Giraldo Muñoz no solicitó previamente medidas especiales de protección, también lo es que las circunstancias en las que el mismo asumió el encargo del despacho de la Alcaldía Municipal de San Francisco, esto es, dentro de un contexto de alteración del orden público que había cobrado la vida de varios alcaldes del municipio y de la región, permiten afirmar a esta Sala, conforme al criterio jurisprudencial antes reseñado, que la vida del señor Humberto de Jesús Giraldo Muñoz debió ser especialmente protegida por el Estado, por intermedio de las entidades aquí accionadas, ello, pese a que la propia víctima no lo haya manifestado. Luego, al estar acreditada la renuncia voluntaria de estándares funcionales, que se traduce en un incumplimiento obligacional de protección a quien por su posición o cargo fue objeto de amenazas en su integridad personal y su propia vida, es evidente la responsabilidad estatal por el daño alegado en la demanda, en

los términos del artículo 90 superior. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 33269, 2014)

Otro ejemplo de esta responsabilidad “por contexto” la suministra la sentencia del **14 de noviembre de 2014**, dictada por esta misma Sala, Subsección B, en el proceso con radicado interno 32425, en la cual se declaró la responsabilidad patrimonial de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional por la omisión en el deber de garantizar la vida del señor Jorge Eduardo Arias, quien fue elegido por voto popular como alcalde del municipio de Santo Domingo, Antioquia, para el periodo comprendido entre 1998 y 2000, tomando posesión el 1 de enero de 1998.

En la sentencia se deja claro que estando en cumplimiento de gestiones propias de su cargo fue víctima de un atentado el 16 de junio de 1999 perpetrado por terceros anónimos, en el que perdió su vida, sin que se conozcan mayores detalles sobre las circunstancias específicas que rodearon su muerte, pues nunca informó de posibles amenazas contra su integridad personal, ni solicitó medidas de protección ante las autoridades competentes, ni dispuso de un cuerpo uniformado para que le brindara la seguridad que requería, pese a que era la primera autoridad de policía del municipio según el artículo 315.2 de la Carta Política.

Pese a lo anterior, se consideró que el daño antijurídico alegado por los demandantes (muerte del alcalde) era imputable al Estado con fundamento en que en ciertas circunstancias es innecesario que la persona haya comunicado a las autoridades las amenazas que en su contra cernían para que surja la obligación a cargo del Estado de brindar protección. Esto debido a que existe un deber especial de protección en cabeza del Estado frente a personas que, como el alcalde, “por la naturaleza de sus funciones, el grupo político al que pertenecen o el contexto social en que operan, deben ser resguardadas de cualquier ataque en su contra, aún si no han solicitado formalmente protección a las autoridades” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 32425, 2014).

Bajo estos términos, concluyó que como el riesgo al que estaba expuesto el alcalde era evidente y palmario, no era necesario que hubiese tenido que solicitar expresamente la protección para que se configurara una falla del servicio por omisión, sino que ante el incumplimiento de su deber de garante procede la reparación. Sobre que los hechos ocurrieron en un contexto de alteración del orden público se dijo:

34. El municipio de Santo Domingo, como se vio, fue especialmente golpeado por el conflicto, por tratarse de un corredor estratégico entre las grandes regiones del oriente y el nordeste antioqueño, que ofrecía importantes ventajas militares a los actores armados. Los funcionarios locales, expuestos a las exigencias de los grupos violentos, quedaron a merced de estos y perecieron en su intento de llevar las riendas del municipio. A su vez, la población civil sufría una situación de zozobra permanente, como se observa en las declaraciones rendidas en este proceso. Y es en este contexto que Jorge Eduardo Arias debía cumplir su función como alcalde. Si en la administración anterior habían dado muerte al mandatario local, si en el periodo anterior a este habían asesinado a un candidato a la alcaldía y si el mismo señor Arias había sido secuestrado meses antes, resulta inaudito que las autoridades no tomaran la iniciativa para rodearlo y proteger su vida.

(...)

37. La Sala recuerda que, por orden constitucional, las autoridades están constituidas para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en el país, y a la fuerza pública le corresponde defender la integridad territorial y la vigencia del orden constitucional, así como mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 32425, 2014)

Un ejemplo más reciente del análisis de responsabilidad del Estado “por contexto” sin causalidad es la sentencia del **8 de mayo de 2019**, con radicado interno 40103, Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, magistrado ponente Ramiro Pazos Guerrero, en la que se estudió si la muerte del personero del municipio de Nariño, Antioquia, a manos de un grupo armado organizado al margen de la ley, FARC, en hechos ocurridos el 24 de julio de 2000, era imputable al municipio de Nariño, Antioquia, a título de falla del servicio por omisión.

Al iniciar el estudio de la responsabilidad de la entidad demandada se dejó claro que, dado que la muerte del personero fue perpetrada por la acción de un tercero y se trataba de una conducta omisiva por parte de la entidad demandada, resultaba insuficiente el estudio de la causalidad, pues la entidad demandada materialmente no participó en la producción del daño (desde lo material), lo que a juicio de la Sala hacía necesario que el caso fuera resuelto no mediante el juicio de causalidad fáctico, sino de imputación, el cual sólo era posible si se

probaba que la entidad estatal “se abstuvo de manera relevante y determinante de ejecutar una obligación de hacer, en el ejercicio oportuno de sus competencias frente a un deber funcional de evitar o prevenir el resultado dañoso” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 40103, 2019).

Así mismo, se señaló en esta decisión que la doctrina interna con apoyo en la jurisprudencia interamericana y la postura de los organismos internacionales han establecido que desde el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al momento de imputar responsabilidad al Estado por actos violentos de terceros se debe constatar si se cumplen cuatro elementos que son:

i) el conocimiento cierto de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado o determinable; ii) las posibilidades reales o razonables de prevenir o evitar ese riesgo; iii) los instrumentos de prevención utilizados; y iv) la calidad estatal de la respuesta. Estos aspectos, se determinan usualmente a través del estándar de diligencia debida. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 40103, 2019).

En este sentido, se dejó claro que el Estado también responde patrimonialmente cuando se demuestra una falta de la debida diligencia para prevenir el daño, esto es, viola una obligación de hacer.

Además, se consideró que los factores determinantes en el juicio de imputación de responsabilidad que se deben tener en cuenta en los eventos de muerte violenta y/o afectación del derecho a la vida y a la seguridad personal son: “las calidades personales de la víctima y el contexto en el cual sucedan los hechos, el conocimiento previo de las autoridades, y la determinación si la persona o un grupo poblacional se encuentra bajo riesgo o amenaza” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 40103, 2019), ya que determinan la apreciación que debe tener el juez frente al estándar obligacional que para la ocurrencia de los hechos le era exigible a las autoridades y si éste le es imputable a una acción u omisión de la entidad demandada.

Lo anterior con fundamento en que es posible exigirle al Estado un estándar de diligencia debida mayor cuando: **i)** se informa o denuncia a las autoridades un riesgo contra la vida e integridad personal; **ii)** una persona se encuentra expuesta a un riesgo por las funciones que desempeña o el oficio que desarrolla; **iii)** en contextos de grave alteración del orden público en

donde sea notorio el inminente peligro que corre un ciudadano o funcionario; o **iv**) en situaciones de conflicto armado interno en la que la violación a los derechos humanos o infracciones al DIH han sido sucesivas o sistemáticas (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 40103, 2019).

Así mismo, se aclaró que la declaratoria de responsabilidad del Estado por falla del servicio en estos eventos se produce cuando el acto violento cometido por agentes no estatales era previsible y resistible para las autoridades públicas, pues de lo contrario operaría la causal excluyente de responsabilidad del hecho de un tercero.

Para esta línea jurisprudencial, el contexto es un instrumento para determinar el grado de previsibilidad del daño ocasionado por el tercero. Esto debido a que, si bien la víctima no puso en conocimiento de las autoridades las amenazas recibidas, ni solicitó anticipadamente medidas de protección y tampoco ejercía funciones que generaran alguna evidencia de riesgo inminente, lo cierto es que si el daño se causó en una zona de conflicto armado donde es evidente, persistente y escalada el aseo por grupos al margen de la ley a la población civil, se configuraría un falla del servicio por omisión en los deberes de protección especial y, en consecuencia, hay lugar a condenar al Estado. Al respecto, se citó una sentencia de esta misma Subsección en este punto:

De esta forma, si bien es cierto que el contexto no define la responsabilidad, sí es un instrumento para medir el grado de vulnerabilidad, y esta a su vez, de la previsibilidad de los hechos a partir de la cual se realiza la evaluación de la posible inadvertencia, descuido, negligencia u omisión en la implementación y realización de los deberes de protección. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 46567, 2017)

Bajo esta tesis, en el caso concreto se estableció que, si bien el personero no solicitó medidas de protección ante la Policía, la entidad demandada era responsable, toda vez que se probó que el alcalde de Nariño, Antioquia, como primera autoridad administrativa y policiva del municipio, toleró y omitió gestiones pertinentes dirigidas a garantizar el orden público a través de la presencia de la fuerza pública en un municipio con un contexto de conflicto armado, dado que desde julio de 1999 hasta julio de 2002 estuvo suspendido el servicio de seguridad en el municipio a causa de una toma subversiva.

Así mismo, la Sala advierte que este incumplimiento a los estándares funcionales se evidencia en que era el alcalde de dicho municipio a quien le correspondía informar a las

entidades de nivel nacional, sector central, de la grave situación de orden público que estaban viviendo y desplegar acciones concretas que tuvieran como objeto proteger o garantizar la vida de sus funcionarios y habitantes, dado que era un hecho notorio el contexto de violencia que se vivía. Sumado al hecho que era claro que el personero corría un riesgo contextual por la **(i)** naturaleza de sus funciones, **(ii)** el municipio no tenía presencia de la fuerza pública, **(iii)** era notorio el conflicto armado interno que se vivía, **(iv)** había presencia del frente 47 de las FARC en el municipio y **(v)** era un objetivo por ser colaborador de la fuerza pública.

Con fundamento en lo anterior, y en que la zona es un factor a la hora de determinar el grado de vulnerabilidad y previsibilidad del hecho dañoso, la Sala consideró que el daño antijurídico le era imputable al municipio demandado ante el notorio contexto asociado a graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en el marco del conflicto armado, lo cual exigía mecanismos tendientes a su restablecimiento, o a la protección de la víctima en el presente caso. Sobre este riesgo contextual se dijo:

89. Ahora bien, el contexto no es per se un elemento definitorio de la responsabilidad del Estado, el cual en cada caso particular debe ser valorado por el juez administrativo de cara a establecer la conexidad con los móviles, la proximidad geográfica y patrones generalizados de violencia que permitan establecer un juicio relacional con los hechos objeto de la litis, a partir del cual se pueda determinar la previsibilidad y el estándar de debida diligencia exigible a la administración de cara a la protección de los derechos fundamentales.

90. Si se examina el presente caso a la luz de la debida diligencia respecto a la obligación de prevenir violaciones al derecho a la vida e integridad personal, resulta claro que hay una evidente defraudación a ese parámetro, ya que: i) el municipio de Nariño, Antioquia tenía el conocimiento previo y cierto de una situación de riesgo real e inmediato por razones del conflicto armado interno, el cual podría afectar a miembros de la población civil y, de manera especial, a las autoridades civiles, porque generalmente las FARC atentaban contra los agentes del orden constitucional y legal; ii) el alcalde en el marco de sus competencias constitucionales y legales tenía posibilidades reales y razonables de prevenir o evitar ese riesgo, en tanto que como primera autoridad administrativa y de policía podía iniciar gestiones de cara al restablecimiento del orden público o a la protección de los servidores públicos que por el ejercicio de su cargo corrían riesgo, el

cual era palmario en ese contexto; iii) los instrumentos de prevención utilizados fueron exigüos, si se tiene en cuenta que no existe prueba en el proceso de alguna gestión encaminada a la protección de la población civil ni de los funcionarios públicos municipales; y iv) la calidad estatal de la respuesta fue nula y existe una clara omisión si se tiene en cuenta que el municipio estuvo tres años sin la presencia de la fuerza pública. Estos aspectos, determinan que no se cumplió el estándar de diligencia debida, de cara a la protección a la vida e integridad personal del personero que fue asesinado. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 40103, 2019)

Esta decisión tuvo un salvamento de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz al no estar de acuerdo con que se condene a título de falla del servicio al municipio de Nariño, Antioquia, por el asesinato de quien se desempeñaba como personero del mismo, cuando está probado que su muerte fue causada por miembros de un grupo guerrillero en medio del conflicto armado que vive el país, al igual, no compartió que se ordenara a las autoridades municipales a pedir disculpas por ese hecho.

En primer lugar, indica que a la luz de los términos del artículo 90 de la Constitución Política no es posible imputarle responsabilidad a la entidad demandada por la muerte del personero, toda vez que es necesario probar que el daño fue causado por la acción u omisión de un agente estatal obrando con ocasión de sus funciones, lo cual, como se advirtió, no sucedió en el presente caso. Esto debido a que no se acreditó que el personero le hubiese informado al alcalde del municipio de Nariño, Antioquia, que estaba en una situación de riesgo, o solicitado medidas de protección por amenazas recibidas y que éste no las haya atendido.

Tampoco consideró razonable concluir que, si el alcalde hubiese realizado las gestiones pertinentes ante las autoridades nacionales para el restablecimiento de la fuerza pública en el municipio, se habría logrado asegurar la vida y la integridad personal de los funcionarios y los ciudadanos.

Por lo anterior, consideró que al estar probado que quien ocasionó la muerte de la víctima fue un miembro de un grupo al margen de la ley, se debió confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones al encontrar configurado la causal eximente del hecho exclusivo y determinante de un tercero. Sumado a que se probó que, para la época de los hechos, la entidad estatal no estaba en la capacidad de brindar protección efectiva a todas las autoridades y habitantes del municipio por las circunstancias en que se encontraba.

Así mismo, enfatizó que la responsabilidad del Estado por daños causados por terceros involucrados en el conflicto armado, o por terceros involucrados en actividades terroristas, procede siempre y cuando se demuestre la existencia de acciones u omisiones de los agentes del Estado que contribuyan en la causación del daño, lo cual, a su juicio, es distinto a la jurisprudencia que se acoge en este fallo de “responsabilidad por contexto” y que se ha venido construyendo por la Sección Tercera para condenar al Estado, pues tan sólo:

(i) se constata que el daño ocurrió en el marco del conflicto armado y se resalta la obligación estatal de proteger la vida e integridad de los habitantes y, particularmente, de las autoridades públicas; (ii) se condena al Estado a indemnizar así esté probado que la víctima no solicitó protección; (iii) dicha condena se realiza de modo automático sin establecer si en el caso concreto nos encontrábamos ante un evento previsible que las autoridades estaban en capacidad de evitar; (iv) se establece como título de imputación una falta de servicio genérica, como si la obligación de protección fuera una obligación de resultado; (v) no obstante todo lo anterior, se formulan reproches contra las autoridades a las cuales se les impone la obligación de pedir disculpas públicas. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, salvamento de voto, 40103, 2019)

A juicio del magistrado Martín Bermúdez Muñoz se estaría consolidando una línea jurisprudencial a partir de la cual se condenaría al Estado con base en *estándares funcionales* y no bajo un juicio probatorio riguroso que frente a cada caso concreto permita revisar la actuación de los agentes estatales en el hecho dañoso, lo que conlleva a que la obligación del Estado frente a las muertes de funcionarios públicos ocurridas en el conflicto armado y perpetradas por terceros sea de resultado. Esto lo fundamenta en que para endilgar responsabilidad “por contexto” sólo basta acreditar que la víctima desempeñaba un cargo público y la muerte ocurrió en una zona de conflicto armado, dejándose de un lado la necesidad de probar, por parte de los demandantes, que existían amenazas concretas contra el funcionario asesinado y que era obligación de las autoridades brindarle protección porque así lo solicitó.

Se consideró que esta obligación de reparación *sin causalidad* por acción u omisión de las autoridades no se ajusta a lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, ni a las normas convencionales que se citaron en el fallo, toda vez que ninguna consagra una obligación de seguridad de resultado a cargo del Estado, sino que establecen que dicha responsabilidad procede siempre y cuando se demuestre la posibilidad de prever y prevenir el daño.

Además, según su criterio, esta imputación normativa o jurídica de los daños ocurridos en desarrollo del conflicto armado no es procedente cuando existe una ley que establece la obligación que tiene el Estado de reparar a las víctimas del conflicto (artículo 18 del Acto Legislativo 01 de 2017), la cual, para su configuración, no exige que los solicitantes demuestren que el daño perpetrado por un tercero fue ocasionado por una acción u omisión de un agente estatal, como sí establece el artículo 90 de la Constitución Política para que se condene al Estado por responsabilidad extracontractual.

Bajo la línea jurisprudencial de condenar al Estado teniendo en cuenta el contexto como instrumento para imputar responsabilidad, en la sentencia del **3 de agosto de 2020**, proferida en el proceso con radicado **51009**, magistrado ponente Ramiro Pazos Guerrero, se declaró responsable patrimonialmente a la Policía Nacional y a la Fiscalía General de la Nación por la muerte de la señora Ingrid Vanessa Benites, quien trabajaba a las afueras del Edificio de Rentas en la venta de minutos de celular al momento en que se detonó un artefacto explosivo el 24 de marzo de 2010 cerca a la URI de la Fiscalía de Buenaventura y que le costó la vida.

En esta sentencia se aclaró que, si bien el contexto no constituye un fundamento directo de imputación, cumple una función en el ámbito de la responsabilidad estatal. Desde la perspectiva fáctica se señaló que sirve para “i) develar la inactividad del Estado en el ámbito de la falla del servicio; o para medir ii) el nivel del riesgo, lícito y conscientemente creado por el Estado” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 51009, 2020).

Desde la perspectiva funcional se estableció que el contexto es un factor para la identificación de las condiciones de imputación, toda vez que cumple una doble funcionalidad: **i)** sirve para determinar el grado de previsibilidad de los hechos dañinos respecto de los cuales se alega el incumplimiento de un deber del Estado y se funda la falla en la prestación del servicio y, **ii)** sirve para medir el riesgo en relación “a actividades que, no obstante ser lícitas, engendran un riesgo excepcional para los asociados” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 51009, 2020).

Sobre el contexto como “instrumento de medición del grado de previsibilidad de la administración y como parámetro de control del juez de la reparación en el ámbito del régimen subjetivo de responsabilidad estatal” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 51009, 2020), se dijo que constituye una herramienta hermenéutica que permite a partir de los hechos y el entorno donde suceden identificar y prever qué acciones las autoridades deben

emprender para evitar o detener el daño que agentes no estatales puedan llegar a cometer. Por lo tanto, en zonas de alteración del orden público, este análisis arroja información sobre los sucesos previos que eran debidamente conocidos por las autoridades públicas y que permitían evidenciar el riesgo que corría la comunidad o la víctima en particular, los cuales, al no adoptarse medida alguna, permitieron la producción del daño y, en consecuencia, configurarían una falla del servicio por omisión en los deberes especiales de protección.

En cuanto al contexto como instrumento para determinar y evaluar el nivel de riesgo que se desprende de una actividad lícita creada por el Estado, primero se debe indicar que esta actividad no es riesgosa por sí misma frente a las acciones violentas emprendidas por terceros, sino que gracias a una serie de sucesos previamente conocidos y comprobados, se puede determinar el escalonamiento del riesgo de la dicha actividad, siendo el contexto el elemento que permite identificar el nivel exponencial del riesgo en ella.

Se estableció que para medir el grado de previsibilidad (falla) o el nivel del riesgo, se debe analizar el contexto desde dos dimensiones: proximal y situacional.

El contexto proximal es definido como “aquél que toma en cuenta las presiones o variables —geográficas, políticas, sociales etc.— que suscitan o alteran una situación dada” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 51009, 2020), esto es, que si bien el conflicto interno colombiano es general en todo el territorio, existen zonas o regiones donde el peligro se intensifica y el grado de exposición a estas variables derivadas del conflicto es mayor, lo que hace que para las autoridades sea más previsible el daño y el nivel de riesgo que sufre la comunidad. Sin embargo, la información que suministra este contexto proximal no es suficiente por sí sólo para determinar el grado de previsibilidad que tenían las autoridades sobre un caso determinado.

En lo que se refiere al contexto situacional se indicó que ésta toma en cuenta las presiones o variables que se originan a partir del contexto proximal y las analiza, de manera particular al caso concreto, esto es, en relación a la naturaleza del bien atacado o la víctima. Al respecto se dijo:

implica que a partir de datos objetivos y verificables se pueda establecer el grado de sensibilidad o propensión al surgimiento de daños o a la exacerbación de los riesgos existentes; por consiguiente, este tipo de contexto es el que funcionalmente, por lo general, resulta mayormente contributivo para la fundamentación del título de

imputación, por cuanto implica que el nivel de previsibilidad es alto, como alta es la demanda de medidas especiales de protección, y alto el nivel del riesgo que se suele presentar en contextos de esta naturaleza. A modo de ejemplo, se diría que, no obstante existen zonas del país donde las situaciones de violencia adquieren mayor agudeza, ciertas circunstancias propician que tanto las personas como los bienes se vean mayormente expuestos y, por tanto, el daño de alguna manera pueda advertirse previsible y el riesgo se focalice hasta tornarse excepcional. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 51009, 2020)

Así mismo, se señaló que la legislación nacional e internacional ha considerado que el grado de previsibilidad de un ataque o el nivel de riesgo creado depende de la naturaleza del bien atacado. Esto debido a que el Protocolo I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 se estableció una cláusula de protección del Derecho Internacional Humanitario para personas y bienes que no pueden ser considerados en ninguna circunstancia objetivos militares ni por el Estado, ni por grupos subversivos, entre esos, bienes de carácter civil.

Según el numeral 2 del artículo 52 del Protocolo son considerados objetivos militares, los bienes que por su “naturaleza, ubicación, finalidad o utilización, “denotan para una de las partes en conflicto una ventaja militar en relación a su adversario” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 51009, 2020), ejemplo: las instituciones de carácter militar, policial o aquellas que tengan una relación directa con la fuerza pública.

Sin embargo, a juicio de las Sala este concepto de objetivo militar es más amplió para la jurisprudencia en materia contenciosa al momento de imputar responsabilidad al Estado en los términos previstos en el artículo 90 constitucional, dado que también se adiciona a esta categoría los denominados “blancos selectivos” que son todas las instituciones o establecimientos representativos del Estado y los centros de comunicaciones.

En este sentido, concluyó que, si los daños se causan a un bien o persona de los denominados objetivos militares o blancos selectivos, mayor es el grado de previsibilidad para las autoridades, al contrario, si se originan a un bien o personas en relación con la que no se obtenía una ventaja militar.

Con fundamento en lo anterior expuesto, la Sala consideró que el daño causado a los demandantes era imputable al Estado a través de las entidades demandadas por falla del servicio, dado que a su juicio faltó a los deberes de vigilancia y seguridad al permitir que se parqueara un

vehículo al lado de sus instalaciones, así fuera momentáneamente, pues fue el tiempo necesario que requirió el conductor para accionar el mecanismo. Teniendo en cuenta el contexto de orden público de la región, se consideró que el atentado terrorista era previsible para las entidades demandadas bajo los siguientes argumentos:

22.2.7. De las anteriores pruebas se obtienen datos relativos al contexto proximal de la situación de violencia que, por entonces, afrontaba el municipio portuario de Buenaventura y que lo perfilaba como una zona de influencia de los grupos alzados en armas, sumado a que, en general, las autoridades preveían el recrudecimiento de los ataques en todo el país por la cercanía de las elecciones presidenciales.

(...)

22.2.8. En cuanto al contexto situacional, las pruebas indican que los ataques previos perpetrados en Buenaventura se habían dirigido, por sobre todo, hacia bienes considerados como objetivos militares propiamente dichos; es decir, aquellos que manifiestamente le representaban a los grupos subversivos algún tipo de ventaja en el conflicto —puestos de control policial, paso de patrulla policial y Brigada del Ejército—, en definitiva, bienes representativos de la fuerza pública del Estado.

22.2.9. Una lectura de ese contexto situacional, indica que se debían extremar todas las medidas necesarias para la protección de los bienes que venían siendo blanco de ataque, esto es, bienes considerados como de objetivo militar.

22.2.10. Aun cuando la Fiscalía General de la Nación, por sí misma, no constituye un objetivo militar, ni en el caso concreto había recibido amenazas, ni atentados previos en su contra, lo cierto es que en sus instalaciones laboraba personal de la Policía adscrito a la Unidad de Investigación de Criminalística, hecho que le impelía a asumir todas las cautelas de seguridad posibles, pues de esa circunstancia se desprendía cierta previsibilidad, en tanto los fraguadores y perpetradores del ataque se podían figurar a dicho personal en su condición de integrantes de la fuerza pública y, en función de ello, haber encontrado razones para elegir sus instalaciones como blanco del atentado terrorista.

22.2.11. Más aun, era apenas esperado que, en el contexto de orden público develado, las labores legítimamente desarrolladas por la Fiscalía representaban un obstáculo para cualquier grupo que se contrapusiera armada y políticamente al Estado o que se dedicara

a la realización de actividades ilícitas. Por tanto, una labor que por su naturaleza no acarrea riesgos, dadas las condiciones de orden público y de conflicto, podía verse expuesta al influjo violento de los grupos armados irregulares y, de paso, exponer a su radio circundante, como sucedió ese 24 de marzo de 2010 en Buenaventura.

22.2.12. Una moción de claridad conlleva a señalar, perentoriamente, que la actividad de administrar justicia no es riesgosa y no puede concebirse como tal. Sin embargo, el riesgo —en clave de conflicto— puede aparecer por situaciones como la que se vivía en el municipio de Buenaventura o, inclusive, por las actividades que el Estado desarrolla a través de dicha entidad para contener la criminalidad y asegurar el orden en zonas convulsionadas, lo que la obligaba a extremar las medidas de seguridad en el perímetro de sus edificaciones. Dicho de otro modo, tomando en cuenta los atentados previos, la Fiscalía no podía descuidar las medidas de seguridad y, antes bien, tenía que fortalecerlas.

22.2.13. En torno al caso, las pruebas reseñan que el carro bomba fue puesto en la parte trasera de las instalaciones de la Fiscalía, lo que conlleva a la Sala a concluir que la Fiscalía faltó a sus deberes de vigilancia al no haber inspeccionado el vehículo que se estacionó en la parte trasera de la edificación donde dicha entidad funcionaba, deberes que, inclusive, debe llevar a cabo la entidad en contextos de normalidad, pues se trata de unas previsiones mínimas que atañen a toda entidad pública.

(...)

22.2.15. Si bien, las pruebas dan cuenta que el vehículo se estacionó y luego fue detonado con un sistema de ignición a control remoto —celular— y, aun cuando todo indica que entre el aparcamiento del vehículo y la detonación no transcurrió mucho tiempo, no hay duda de que fue la falta de vigilancia y seguridad de la Fiscalía la que permitió, así fuera momentáneamente. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 51009, 2020)

En esta sentencia del 3 de agosto de 2020 salvó voto el magistrado Martín Bermúdez Muñoz por cuanto consideró que la demostración del contexto relativo a las alteraciones del orden público en Buenaventura para la fecha en que ocurrió el daño no es suficiente para imputar responsabilidad al Estado patrimonial con ocasión de un acto terrorista perpetrado por un agente no estatal.

No comparte la afirmación de la sentencia que el daño causado a los demandantes era previsible para las autoridades por el contexto de orden público que vivía la región, pues a su juicio no es cierto que la responsabilidad del Estado en un caso concreto se pueda deducir de un contexto generalizado de violencia propio del conflicto.

Señaló que, si bien la responsabilidad estatal procede por daños causados por terceros involucrados en el conflicto armado o en actividades terroristas, lo cierto es que a la luz del artículo 90 constitucional sólo se impone la obligación de reparar integralmente los perjuicios probados cuando se acredite que una acción u omisión de los agentes estatales contribuyó a causar dicho daño.

En este caso considera que no se probó una omisión por parte del Estado en el deber de protección y de seguridad, sino que por las solas circunstancias generales que atravesaba el país en el momento en que ocurrieron los hechos se imputó responsabilidad a las entidades demandadas, lo cual a su juicio impone una obligación de resultado a cargo del Estado en su deber obligacional de proteger y brindar seguridad, lo cual implicaría que debería responder por todas las muertes ocurridas en el marco del conflicto armado. Siendo esto contrario a lo que la jurisprudencia contenciosa ha señalado sobre las obligaciones del Estado, esto es, que son relativas y se deben analizar teniendo en cuenta los recursos humanos y físicos con los que contaban las autoridades al momento de la ocurrencia de los hechos.

Así mismo, señaló que la doctrina coincide en “que el daño y la causalidad son elementos constantes de la responsabilidad patrimonial como fuente de la obligación de indemnizar; es posible hablar de responsabilidad sin culpa, pero no es posible hablar de responsabilidad sin causalidad” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, salvamento de voto, 51009, 2020).

En cuanto a la “responsabilidad sin hecho” se indicó que según la doctrina ésta se configura cuando la Administración indemniza a la víctima por daños que no le son imputables, pero que el Estado asume la obligación de hacerlo como sucede con la indemnización administrativa contemplada en el artículo 18 del acto legislativo 01 de 2017 para las víctimas del conflicto armado. Al respecto se citó:

La aplicación de ciertos regímenes de responsabilidad sin hecho supone que el hecho generador se haya realizado o haya ocurrido en el contexto definido por el régimen. Generalmente se agrega una definición del mismo hecho generador. En ese caso, la

víctima debe aportar la prueba de que su daño fue causado por un cierto tipo de hecho generador y la prueba de que ese hecho se produjo en las circunstancias que entran en el campo de la aplicación del régimen. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, salvamento de voto, 51009, 2020)

En concordancia con lo anterior, señaló que si bien las víctimas de este conflicto interno tienen derecho a ser reparadas por la vía administrativa y en los términos y condiciones previstos por esa ley, esto es, sin que se demuestre un hecho generador imputable al Estado, lo cierto es que no se puede confundir amparar este derecho con condenar al Estado por el mecanismo de responsabilidad extracontractual previsto en el artículo 90 constitucional cuando no se prueba una causalidad entre la acción u omisión del agente estatal y el daño que sufrieron. Esto significaría desconocer los términos de la ley de víctimas, los mandatos dirigidos a las autoridades judiciales que ella tiene y no tener en cuenta la “la noción de reparación de las víctimas del conflicto en el artículo 18 del acto legislativo 01 de 2017” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, salvamento de voto, 51009, 2020).

Teniendo en cuenta la postura asumida en los salvamentos de voto 40103 y 51009, como la tesis de la falla relativa del servicio, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha exonerado de responsabilidad al Estado al concluir que su deber de protección y seguridad no es una obligación absoluta o de resultado frente a la vida, honra y bienes de cada individuo que integra el conglomerado social.

Al respecto, en la sentencia del **27 de marzo de 2014**, con radicado **30071**, que estudió la presunta responsabilidad del Estado por la pérdida patrimonial sufrida por el demandante con ocasión del hurto de su vehículo automotor por parte de miembros del E.L.N. ante la falta de medidas de protección, se consideró que no era imputable omisión alguna a la Policía Nacional, toda vez que no era dable exigir a las autoridades que a cada vehículo de transporte se le asigne un escolta especial y no se probó que los damnificados solicitaran especial protección para sus bienes al realizar la ruta Arauca-Caño Limón. Sumado al hecho que al tratarse de un acto terrorista es de ejecución intempestiva y al no contar las autoridades con un conocimiento previo o amenaza que avisara que podría suceder, le era imposible detener su causación.

A su turno, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha coincidido en darle un tratamiento semejante a los casos en los que se demanda la responsabilidad del Estado por la muerte violenta de funcionarios públicos cuando no encuentra probado que

previamente solicitaron medidas de protección o no se evidencia que la víctima se hubiera hallado inmersa en una situación de amenaza contra su vida e integridad personal. Esto debido a que la alteración del orden público no es prueba suficiente para imputar responsabilidad al Estado frente al caso en concreto.

En la sentencia del **25 de octubre de 2019**, proceso con radicado **43674**, magistrada ponente Marta Nubia Velásquez Rico, se consideró que no le era imputable a la Policía Nacional la muerte de la señora Nubia Inés Sánchez Romero, quien para ese momento fungía como diputada de la Asamblea del Meta, toda vez que, si bien en cumplimiento de su labor denunció varios actos de corrupción con nombre propio de los funcionarios públicos implicados, nunca manifestó encontrarse amenazada o en situación de peligro que ameritara solicitar medidas de protección. Además, no se probó que el contexto en el que se desempeñaba fuera de tal riesgo que, aun sin solicitar protección, el Estado tuviera el deber de protegerla, pues las pruebas allegadas sólo evidencian que hacía oposición y control a las políticas implementadas por el gobernador de este departamento.

Se probó que la muerte de la diputada se dio en el marco de las acciones adelantadas por el Bloque Centauros de las AUC para detentar el poder político del departamento del Meta y por solicitud del Edilberto Castro Rincón, quien era para la época de los hechos gobernador del Meta, ante el requerimiento que le hicieron de desistir de las acciones que había emprendido contra éste, y que al negarse la víctima, concertaron una cita para que llegara sin seguridad y acabar con su vida.

Sobre el proceder del gobernador del Meta se consideró que esta solicitud que presentó ante este grupo al margen de la ley fue bajo su esfera privada y no de funcionario público, pues no hace parte de las competencias o funciones públicas que tenía a cargo según el artículo 305 de la Constitución Política, ni tenía el deber de proteger a la víctima, dado que no hace parte de los órganos de seguridad del Estado, razones por las cuales no existe una conexión entre la muerte de la familiar de los demandantes y las funciones públicas a cargo del funcionario. Puntualmente se dijo:

En gracia de discusión, de lo narrado en el referido fallo se advierte que todo sucedió en el marco de las acciones adelantadas por el Bloque Centauros de las AUC con el fin de detentar el poder político en el departamento del Meta, para lo cual en el 2003 apoyó la candidatura a la gobernación de Euser Rondón Vargas, quien, al no resultar electo, en

compañía de la diputada Nubia Inés Sánchez Romero, adelantó varias acciones de control político sobre la administración de Edilberto Castro Rincón.

Frente a lo anterior, el jefe del Bloque, por solicitud del gobernador del Meta, requirió a los señores Rondón Vargas y Sánchez Romero para que desistieran de las acciones que habían emprendido y, al no obedecer tales órdenes, las AUC idearon un plan para matarlos, en virtud del cual concertaron una cita a la que ellos comparecieron sin seguridad alguna y en la que, finalmente, fueron asesinados.

En las condiciones analizadas, la muerte de la señora Sánchez Romero se dio en el ámbito de la dinámica política de los grupos paramilitares, en la que ella participó sin pedir protección del Estado, al punto de que asistió a una reunión en la que fue asesinada, sin que hubiese adelantado alguna acción que le permitiera salvaguardar su vida (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado 43674, 2019)

Esta posición fue reiterada por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del **4 de diciembre de 2019**, radicado interno **35892**, magistrado ponente Martín Bermúdez Muñoz, en un asunto en el que se estudió la responsabilidad del Estado por la presunta omisión en la vigilancia y protección de semovientes que los demandantes tenían como depositarios por el Fondo Ganadero del Huila y que fueron robados por miembros de las FARC entre los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2003.

Esta decisión revocó la sentencia de primera instancia que había accedido a las pretensiones formuladas y, en su lugar, negó las mismas con fundamento en que no se probó que previo a la ocurrencia del abigeato, las autoridades conocieran de amenazas o se les hubiera solicitado protección, lo cual se concluyó luego de un estudio cuidadoso y detallado de las pruebas. Se advirtió que los documentos allegados, si bien eran cartas dirigidas a organismos encargados de suministrar vigilancia y protección, las mismas no tenían sello de recibo que acreditara que fueron radicadas ante las autoridades, y el oficio del 5 de noviembre de 2003 del Ministerio Agricultura y Desarrollo Rural tampoco era una prueba fehaciente que permitiera deducir que está entidad estatal informó a la entidad demandada, Ejército Nacional, la existencia de las amenazas que habían sobre los bienes de propiedad del Fondo Ganadero del Huila S.A.

Además, encontró que no era cierto lo afirmado por el *a quo* que el daño causado fue producto del retiro de la fuerza pública a causa de la zona de distensión establecida por el Gobierno Nacional entre el 1 de noviembre de 1998 al 20 de febrero de 2002, pues se allegaron

documentos en los que se acredita que se realizaron operaciones militares en el municipio de San Vicente del Caguán entre el 20 de octubre y 20 de noviembre de 2003. Sobre este punto se dijo:

17.- No se puede deducir responsabilidad de la entidad demandada con fundamento en que la situación de inseguridad en la zona era de conocimiento general, pues como bien lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, el Estado no tiene una obligación de resultado en relación con la seguridad de todos los residentes en el país, sino que, teniendo en cuenta el caso concreto, esta se compromete cuando se acredita que - contando con los medios para hacerlo- no desarrolló las actividades dirigidas a proteger la vida o los bienes de una persona y –que si las hubiese realizado, no se habría producido el hecho dañoso. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 35892, 2019)

Así mismo, esta Subsección de la Sección Tercera, en sentencia del **11 de marzo de 2020**, con radicado interno **51790**, magistrado ponente Martín Bermúdez Muñoz, consideró que en los términos del artículo 90 de la Constitución Política no era posible imputarle responsabilidad a la Nación-Ministerio del Interior y Fiscalía General de la Nación por la muerte violenta del señor Saúl David Alvarado Chanchi, ocurrida el 1 de noviembre de 2004, a manos de miembros de un grupo paramilitar que operaba en la zona donde se desempeñaba como alcalde mayor electo del Cabildo Kofán, Resguardo Ukumari Kankhe ad honorem, y era integrante de la asociación de cañeros de la vereda El Empalme, esto debido a que de las pruebas allegadas no se probó que existieran amenazas contra la víctima, ni que éste hubiera elevado una solicitud de protección ante las autoridades y mucho menos que por las actividades que desarrollaba, era deber del Estado proteger su vida e integridad personal.

Aunque uno de los testigos afirmó que luego de asesinado, su familia manifestó que sí había recibido amenazas por parte de grupos al margen de la ley, la Sala determinó que según el material probatorio que reposa en el expediente no se demostró que las autoridades tuvieran previo conocimiento de éstas y, por tanto, no debía responder por el daño alegado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala consideró que el daño, cuya indemnización se reclama, no es imputable a las entidades demandadas, dado que no fue causado por la acción u omisión de un agente suyo, sino por el hecho exclusivo y determinante de un tercero, el cual era irresistible para las autoridades públicas, porque para la época de los hechos no estaban en la

capacidad de brindar protección efectiva a cada una de las autoridades y habitantes de la zona en donde se desarrolló el conflicto armado. En este punto se dijo:

28.- Esta obligación de reparación sin causalidad por acción u omisión de las autoridades públicas no puede establecerse a la luz del artículo 90 de la C.P. No hay duda de que a la luz de dicha norma, el Estado debe responder por los daños antijurídicos causados a los particulares; pero, para que surja tal obligación, es menester acreditar que una acción o una omisión de las autoridades públicas fue la causante del daño. El límite de la responsabilidad del Estado regulada en el artículo 90 de la C.P. es la causalidad y los jueces administrativos carecen de competencia para condenar al Estado a reparar daños cuando no se demuestre este presupuesto. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 51790, 2020)

A juicio de la Sala, esta imputación normativa o jurídica de los daños ocurridos en desarrollo del conflicto armado no debería hacerse, teniendo en cuenta que, como se planteó en el salvamento de voto del proceso con radicado interno 40103, en los casos de víctimas de conflicto armado ante la falta de prueba de una acción u omisión de un agente estatal en la determinación del daño, lo que procede es que en tal calidad los demandantes soliciten la reparación por la vía administrativa conforme a la ley (artículo 18 del acto legislativo 01 de 2017), pues de no suceder así, se estaría desconociendo los términos de la ley de víctimas y los mandatos dirigidos a las autoridades judiciales.

En este punto, también se indicó que, si bien el Estado ha asumido la obligación legal y a cargo del presupuesto público de reparar los daños de las víctimas del conflicto armado que no le son imputables por una acción u omisión de sus agentes bajo la ley de víctimas, esto no significa que se pueda condenar al Estado por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales alegados en estos casos cuando el demandante no probó la causalidad contemplada en el artículo 90 de la Constitución Política.

En este sentido, concluyó que la noción de “responsabilidad sin hecho” contemplada por el derecho francés y en la que se exonera a la víctima de probar que el hecho generador del daño le es imputable a la entidad demandada no es aplicable en estos eventos, donde sí se requiere que la parte demandante acredite que el daño fue causado por la acción u omisión de las autoridades públicas para que se proceda a indemnizar.

#### **4.1. Verificación del Cumplimiento de los Límites Establecidos por el Artículo 90 de la Constitución Política en los Fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado Sobre Omisión en el Deber de Protección y Seguridad**

Frente al artículo 11 de la Constitución Política de 1991 que establece el derecho fundamental a la vida, el cual es inherente a la persona y constituye la base sobre la cual descansan los otros derechos, entre esos, el de la seguridad personal, el Estado tiene una obligación de doble naturaleza: negativa en relación a su deber de no privar arbitrariamente de la vida a ninguna persona y positiva en cuanto a su deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y adoptar las medidas apropiadas para proteger este derecho.

En cuanto a la obligación positiva respecto del derecho a la vida, denominada deber de garantía, se ha establecido que es un deber jurídico del Estado prevenir y proteger a los individuos de los actos violentos cometidos por terceros, teniendo en cuenta las necesidades particulares de cada caso, así como de investigar e identificar a los responsables de violaciones de los derechos humanos, como brindar una adecuada reparación. Esto encuentra fundamento constitucional en el artículo 2 que dispone que las autoridades públicas colombianas están instituidas para brindar protección a las personas, resguardando su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Bajo esta dimensión constitucional de garantizar el derecho a la vida, la integridad personal y brindar seguridad, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que los daños causados a los particulares por la conducta directa y material de un tercero son imputables al Estado cuando se demuestra que con una acción contribuyó a la producción del daño, o porque pudiendo evitarlo, se abstuvo de adoptar medida alguna o las que se implementaron fueron insuficientes.

Lo anterior, con fundamento en que el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, dispone que para que proceda la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado es necesario que el daño antijurídico, por cuya reparación se reclama, sea imputable a la entidad demandada por una acción u omisión de las autoridades públicas.

Teniendo en cuenta los límites establecidos por este fundamento constitucional, esto es, que para que pueda estructurarse la responsabilidad del Estado es necesario que se acredite la existencia de una acción u omisión causante del daño. La Sección Tercera del Consejo de Estado ha asumido una posición pacífica en cuanto a imputar responsabilidad al Estado cuando se

demuestra que las autoridades: **(i)** fueron cómplices por acción u omisión en la determinación del daño; **(ii)** no adoptaron medidas de protección concretas para evitar el daño, pese a que la víctima de manera previa a la ocurrencia del hecho dañoso informó de las amenazas que contra su vida o sus bienes recaía; y **(iii)** si bien adoptaron medidas de protección, las mismas no fueron suficientes frente a la gravedad de las amenazas que la víctima recibía y, por tanto, se concretó el menoscabo.

En este sentido, la jurisprudencia contenciosa ha sido clara en señalar que la solicitud de protección constituye un elemento eficiente para imputar responsabilidad patrimonial al Estado, el cual no necesariamente debe ser requerido formalmente por la víctima, sino que puede presentarse por solicitud de los familiares, terceros o por algún medio en el que se le informó a las autoridades la situación de riesgo inminente que está sufriendo la persona y, por la cual, necesita que se le brinde seguridad.

Por lo anterior, se ha considerado que si se prueba que las autoridades conocían previamente de las amenazas contra la víctima y no actuaron en función de protegerla, deberá el Estado responder patrimonialmente bajo el título de falla del servicio por omisión en el cumplimiento del deber de brindar seguridad y protección a las personas. Esto debido a que ese conocimiento previo al hecho dañoso es el que posibilita y hace exigible que el Estado actúe protegiendo a la víctima.

Si bien la parte demandada en estos supuestos propone como causal exonerativa de responsabilidad el hecho exclusivo y determinante de un tercero, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha determinado que el mismo no es de recibo, por cuanto, si bien es cierto que el daño fue perpetrado por un agente no estatal, trátase de delincuencia organizada, subversión o terrorismo, también lo es que las actuaciones de esos delincuentes no fueron exclusivas, sino que fueron facilitadas por la conducta omisiva de las autoridades al no cumplir con la obligación de protección que le correspondía y que estaba en capacidad de atender, toda vez que era un hecho previsible y resistible. En conclusión, se niega esta causal exonerativa bajo el fundamento que la entidad demandada no demostró “que el hecho del tercero fue de tal entidad que desbordó el proceder adecuado, diligente y oportuno de la administración” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado 27644, 2014).

Si bien frente a estos supuestos, la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene una posición consolidada en que procede la responsabilidad del Estado en los términos del artículo

90 de la Constitución Política, como se evidencia en las sentencias analizadas del año 2014, 2019 y 2020, lo cierto es que no sucede lo mismo cuando se trata de estudiar la responsabilidad del Estado por daños cometidos por terceros cuando la víctima no informó a las autoridades de amenazas recibidas, ni solicitó medida de protección alguna, pero el hecho dañoso se dio en un contexto de alteración del orden público (zona de conflicto armado).

Sobre este punto hasta el presente año se mantienen las siguientes dos posturas: **(i)** la de condenar al Estado con fundamento en una imputación normativa o jurídica consistente en un incumplimiento del deber funcional, toda vez que si bien las autoridades públicas no conocían con antelación de las amenazas contra la vida o bienes de la víctima, ni por las funciones que desempeñaba era previsible el riesgo que cernía, tenían el deber jurídico de protegerla en razón al contexto de especial violencia en que se causó el daño y **(ii)** la de exonerar de responsabilidad al Estado porque no se demostró la relación causal entre la omisión de las autoridades y el daño antijurídico, sino que se configuró la causal eximente del hecho exclusivo y determinante de un tercero.

En cuanto a la primera postura se establece que si bien se determina que de la valoración conjunta de las pruebas la entidad demandada no tuvo conocimiento previo del peligro específico que rodeaba a la víctima, ni las funciones que desempeñaba generaban un alto nivel de riesgo que ameritara una protección especial aún sin pedirla, debe responder patrimonialmente porque el daño ocurrió en el marco del conflicto armado, lo que hacía que el riesgo sufrido por la víctima fuera evidente y palmario, y, en consecuencia, las autoridades debían coordinar e implementar el esquema de seguridad adecuado para proteger su vida, integridad o bienes según sea el caso.

En esta línea jurisprudencial, se ha planteado que el contexto visto desde una perspectiva funcional es un instrumento probatorio auxiliar de “naturaleza primordialmente fáctica, pero también hermenéutica, al servicio de la imputación” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 51009, 2020) al que puede acudir el juez cuando el caso así lo permita o se requiera.

En este sentido, se consideró que el contexto sirve para establecer si el hecho dañoso era previsible para las autoridades y si, en consecuencia, demandaba un nivel especial de atención que, al encontrarse incumplido, procede la reparación. Además, permite medir y evaluar el nivel de riesgo que se desprenden de ciertas actividades que son creadas por la Administración.

Bajo estos criterios, se establece que el contexto tiene dos dimensiones, esto es, proximal, que permite determinar la situación de violencia que para la fecha de los hechos afrontaba la región donde sucedieron, y situacional, cuando esas variables geográficas, políticas y sociales generales se analizan de manera particular al bien afectado o a la víctima, lo cual sirve para saber si se debían o no tomar medidas necesarias y especiales para proteger a la víctima o los bienes que estaban siendo vulnerados.

Así mismo, este juicio de imputación se realiza con base en estándares funcionales (nacionales o internacionales), esto es, dada la obligación legal que tiene el Estado de proteger y brindar seguridad a los ciudadanos, hace que para la fuerza pública, o ciertas instituciones, dependiendo del caso, haya nacido una posición de garante absoluta frente a la víctima, así ésta no hubiese colocado en conocimiento las amenazas que recibía, pero que al causarse el daño en una zona de conflicto armado se considera el riesgo era más elevado y previsible a las autoridades. Y aunque se menciona que la jurisprudencia contenciosa ha sido clara en que las obligaciones del Estado son relativas, lo cierto es que no se examina si en efecto las entidades demandadas estaban en la capacidad de cumplir, sino sólo si el daño se causó en una zona con alteración del orden público.

La segunda postura asumida por la Sección Tercera del Consejo de Estado es la de no declarar la responsabilidad extracontractual del Estado en este evento en atención a que no se probó un nexo causal que permitiera endilgarle a título de falla del servicio a la entidad demandada el daño sufrido por el demandante.

Bajo esta tesis se ha dejado claro que si bien los artículos 2, 217 y 218 de la Constitución Política establecen que las autoridades públicas, en especial la fuerza pública, está constituida para defender y mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de los habitantes de Colombia, esto no implica que todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros le sean imputables al Estado, toda vez que sus obligaciones son relativas en cuanto están limitadas por las capacidades o recursos con que contaba la administración para prestar seguridad a la víctima en cada caso concreto.

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que la responsabilidad del Estado no resulta automática cada vez que una persona es afectada en tales derechos, pues el daño sólo podrá ser imputable si se prueba que el hecho dañoso era previsible y resistible para las autoridades públicas, pero no por un contexto general de la zona, sino por el

caso particular, comoquiera que conocían de las amenazas recibidas por la víctima o las funciones que desempeñaba la víctima demostraban un riesgo inminente y, además, podían adoptar medidas pertinentes para evitar su producción.

Basados en la teoría de la relatividad del servicio, se ha establecido que el hecho que al Estado se le obligue a realizar todo lo que esté a su alcance, significa que no se puede pedir más de lo posible, ni volverse un Estado asegurador general que quede obligado a reparar todo daño en toda circunstancia.

Por lo anterior, bajo esta línea jurisprudencial, se ha considerado que para acceder a las pretensiones de la demanda por incumplimiento en el deber de protección es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: **(i)** la existencia de una obligación legal o reglamentaria que le imponga a la entidad demandada realizar una acción que hubiese evitado los perjuicios; **(ii)** la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se disponían para el cumplimiento de ese deber legal, según las circunstancias de cada caso; **(iii)** un daño antijurídico; y **(iv)** la relación causal entre la omisión y el daño (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicado 43332, 2019).

Además, se ha indicado que en esos eventos de omisión es importante examinar si de haber realizado la autoridad pública una actuación encaminada a proteger a la víctima se habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción del menoscabo.

Todo esto se plantea con fundamento en que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (artículo 167 del Código General del Proceso) impone la carga a la parte demandante de probar que la víctima directa estuvo sometida a condiciones de riesgos especiales que fueron conocidas y, por tanto, activaron el deber especial de garante del Estado, el cual no fue cumplido. Si esto no ocurre, no es procedente imputar responsabilidad extrapatrimonial al Estado, toda vez que se concluye que el hecho dañoso es atribuible de manera exclusiva a terceros y era irresistible para las autoridades.

Con fundamento en todo lo anterior, se puede establecer que la primera postura definida por la Sección Tercera se basa en una responsabilidad “por contexto” que no se ajusta a los términos del artículo 90 de la Constitución Política. Si bien esta normativa constitucional no limita al juez a estudiar un caso bajo cierto título de imputación, sí es claro que la obligación de reparación a cargo del Estado sólo procede cuando se acredita la causación del daño por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Este límite consistente en probar la causalidad no es reemplazable y mucho menos en estos eventos donde el daño es producido por la acción de un tercero y no directamente por un agente estatal, lo que exige que para estructurar la existencia de una falla del servicio por omisión se acredite que el hecho dañoso era previsible y resistible para la entidad demandada, porque la víctima si bien no solicitó medida de protección alguna, al desempeñar un oficio, funciones o tener cierta calidad se exponía a un riesgo que era visible para la comunidad y para las autoridades públicas.

A la luz del artículo 90 de la Constitución Política que prevé el régimen de responsabilidad estatal extracontractual, no es procedente condenar al Estado por daños causados por terceros sólo bajo el fundamento que el hecho dañoso ocurrió en el marco del conflicto armado (responsabilidad por contexto) y que por esa razón eran previsibles y resistibles para las autoridades. Además, ese análisis hermenéutico del contexto no debe ser utilizado como un instrumento probatorio auxiliar cuando el mismo no está ligado al hecho dañoso como tal, sino a generalidades que, si bien evidencian que la zona tenía alteración del orden público, no prueba que el Estado conocía previamente que sobre esa persona o bien se causaría un daño perpetrado por un tercero.

En este sentido, se advierte que pese a que en esta línea jurisprudencial (responsabilidad “por contexto”) se aclara que no constituye un fundamento directo de imputación, lo cierto es que el contexto es utilizado como una “prueba auxiliar” que si bien no acredita las circunstancias en las que ocurrió el daño y la causalidad con la omisión de la Administración, es determinante para atribuir responsabilidad al Estado por falla del servicio bajo una obligación de resultado.

Las funciones que le dan al contexto para determinar la previsibilidad de las autoridades sobre el daño causado por un tercero y medir el riesgo en el que se encontraba, no se estudian realmente desde una dimensión situacional, esto es, al caso concreto (advertencia de la omisión, obligación de protección y capacidad real de brindarla), sino que se sustentan en las variables geográficas, políticas y sociales de la región en términos generales (dimensión proximal), pero no de la víctima, lo que no permite establecer si realmente existía un deber en cabeza del Estado de resguardarla de cualquier ataque que en su contra se cometiera.

Se comparte la postura del magistrado Martín Bermúdez Muñoz en el sentido que a la luz del límite causal establecido por el artículo 90 constitucional no es procedente condenar al Estado de manera automática sin establecer si realmente las autoridades podían tener

conocimiento del daño, y en caso de conocerlo, estaban en capacidad de evitarlo. Sumado al hecho que como lo afirma en sus salvamentos y sentencias en que es ponente, las víctimas del conflicto armado tienen derecho a ser reparadas por la vía administrativa sin que en ese trámite deban demostrar que algún agente estatal fue responsable del daño, pues se hace bajo una obligación de concurrencia subsidiaria del Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, radicado 40103, 2019).

Así mismo, M<sup>c</sup>Causland Sánchez (2013) señaló que en los eventos en que el Estado no se considera responsable de los daños sufridos por las víctimas con ocasión de un atentado terrorista, ha adoptado medidas de apoyo que se inspiran expresamente en razones de solidaridad y asistencia social, las cuales no impiden, en caso que la víctima pruebe que el daño es imputable a una acción u omisión de un agente estatal que el Estado deba responder a la luz del artículo 90 constitucional:

Y dado que el Estado no se considera responsable de los daños, es necesario acudir a la consagración legal de compensaciones indemnizatorias que remedien la desprotección de las víctimas. Precisa, al respecto que “la existencia de estas obligaciones indemnizatorias por ministerio de la ley (...) no impiden que la Administración deba responder por vía de responsabilidad cuando la causación del daño le sea efectivamente imputable con el fundamento o causal que corresponda”. (p. 562)

En estos términos, se concuerda con la segunda posición expuesta de la Sección Tercera del Consejo de Estado en que el deber de brindar protección y seguridad a todos los habitantes de Colombia no es de resultado, sino que es una obligación que, si bien no excusa el incumplimiento de algunos deberes, sí permite que el Estado, al defenderse, demuestre que la amenaza contra la vida, integridad y bienes de la víctima no eran de su conocimiento, y pese a que utilizó los medios que tenía a su alcance para cumplir con ese deber constitucional de seguridad, pero que dadas las limitaciones presupuestales, de organización y miembros de las fuerzas públicas, no puede asignar a cada funcionario público o particular un policía para que lo proteja de algún ataque que no es previsible.

Además, en las sentencias analizadas del año 2014, 2019 y 2020 en las que se condenó al Estado por responsabilidad “por contexto” sin causalidad y con fundamento en una posición de garante absoluto del Estado frente a la vida, las libertades y los bienes de las personas, se

advierte que se omite realizar un estudio juicioso de las causales eximentes de responsabilidad del hecho exclusivo y determinante de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima.

Es cierto que la jurisprudencia contenciosa ha establecido que procede la responsabilidad del Estado por daños antijurídicos causados por terceros; sin embargo, el estudio de esta causal confrontaría al juez a examinar si esa actuación es ajena o no al Estado, si los perjuicios que se alegan fueron causados por un hecho exclusivo y determinante del particular y si realmente era imprevisible e irresistible para la entidad demandada. Aunque es entendible este proceder, el cual no se comparte, en el sentido que esta imputación normativa o jurídica de los daños ocurridos en desarrollo del conflicto armado nunca permitiría la configuración de la mencionada causal, por cuanto se estructura en una obligación de resultado en relación con la seguridad de todos los colombianos.

En algunas de las sentencias analizadas se advirtió que en el caso de muerte de alcaldes por parte de terceros, sin que haya requerido protección alguna, era cuestionable que al ser la primera autoridad de policía del municipio, según el artículo 315.2 de la Constitución Política, no dispusiera de un cuerpo uniformado para que le brindara la seguridad que requería, cuando podía hacerlo en caso de recibir amenazas o sentir que estaba en riesgo su vida, integridad personal o bienes con ocasión del ejercicio de sus funciones como mandatario. Argumentos que si bien podrían ameritar un estudio de la causal eximente de hecho de la víctima o una posible concurrencia de culpas, no se le da la importancia en esta responsabilidad estatal “por contexto” al considerar que existe un deber especial de protección en cabeza del Estado frente a este tipo de funcionarios públicos, aun cuando no era previsible que contra éste incurriera amenaza alguna que la ameritara.

También es pertinente señalar que los argumentos expuestos en los fallos analizados sobre una obligación de reparación sin causalidad por acción u omisión de agentes estatales con fundamento en normas convencionales y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se condena al Estado Colombiano por daños causados por terceros, tampoco es acorde a lo que se prevé o a los criterios que se señalan. Esto debido a que no es cierto que se establezca en esta normatividad o decisiones una obligación de seguridad a cargo del Estado por la simple demostración que los hechos ocurrieron en una zona de alteración del orden público, pues para que se le pueda imputar responsabilidad internacional al Estado se tiene que probar que éste tenía la posibilidad de prever y prevenir el daño.

Como se expuso en el apartado 3, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no considera que los Estados deben ser responsables de manera ilimitada de todos los daños causados por terceros, por lo que corresponde a la parte que alega demostrar que concurrieron dos elementos para imputarle responsabilidad internacional al Estado, esto es, que el Estado toleró, apoyó o fue cómplice de los particulares que atentaron contra los derechos humanos y que por falta de diligencia no previno el acto particular que atentó contra los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, aun cuando contaba con los recursos para evitarlo.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, es claro que la responsabilidad “por contexto” en la que se le imputa responsabilidad al Estado por incumplimiento en el deber de protección de particulares o funcionarios públicos por daños perpetrados por terceros no se ajusta al límite establecido por el artículo 90 de la Constitución Política consistente en que se debe probar el nexo de causalidad entre la actuación u omisión Estatal y el daño antijurídico causado. Además, esta línea jurisprudencial establece una falla del servicio genérica que impone al Estado una obligación de protección de resultado frente a la vida, integridad y bienes de todos los colombianos.

## Conclusiones

En el artículo 90 de la Constitución Política se eleva a rango constitucional la obligación del Estado de responder por un hecho dañoso que le es imputable al haber sido causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Bajo este fundamento constitucional de responsabilidad extracontractual, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros, en los que, si bien los agentes estatales no causaron el daño de forma directa con su acción u omisión, propiciaron o permitieron que se causara.

Al respecto, se precisa que estas situaciones se presentan cuando el hecho se produce con la complicidad de los miembros activos del Estado, cuando la persona contra quien iba dirigido el acto violento había solicitado protección a las autoridades y éstas no adoptaron medida alguna o suficientes de seguridad para evitarlo, o, pese a que no comunicó la situación de riesgo a las autoridades por las circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y requería de la intervención estatal para proteger ese derecho, lo cual no se realizó.

Esta responsabilidad del Estado por omisión de prestar el servicio de seguridad a las personas tiene su sustento en lo contemplado en los artículos 2, 217, 218 de la Constitución Política que dispone la defensa de todas las personas residentes en el país y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

No obstante, cabe señalar que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que esta obligación de brindar protección a los habitantes de Colombia es relativa, lo que implica que al momento de estudiar la responsabilidad del Estado en estos eventos se debe establecer si para la ocurrencia de los hechos, las autoridades conocían previamente de la amenaza y contaban con los elementos materiales y humanos para cumplir con este deber.

Dado que se ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no debe servir como una justificación de su incumplimiento, se le impone al juez indagar en cada caso si en efecto le era imposible a las autoridades cumplir con este deber de protección a favor de la vida, integridad personal o bienes de las personas. En este sentido, se debe examinar si el hecho dañoso era previsible para la Administración y, pese a eso, no se adoptó medida alguna o suficiente para evitarlo.

Esto concuerda con lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que opere la responsabilidad internacional del Estado frente a hecho de particulares, en el sentido que es clara que no se trata de una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho, sino que para que se configure un incumplimiento del deber de las autoridades de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se debe demostrar que existía **(i)** un conocimiento cierto de la situación de riesgo real e inmediata que recaía sobre una persona o un grupo de individuo determinado y **(ii)** que las autoridades tenían posibilidades reales o razonables de prevenir o evitar ese riesgo en su calidad de garante principal.

En cuanto al incumplimiento del deber de protección y seguridad por parte del Estado, el Consejo de Estado ha determinado que el título aplicable en todos los casos es el de falla del servicio y aplica cuando: **(a)** se solicita protección especial, con justificación en las condiciones de riesgo en que se encuentra, o por amenazas recibidas contra su vida, integridad personal o bienes, y **(b)** no habiéndose solicitado expresamente dicha protección, era evidente para las autoridades que la persona la necesitaba, dado que era de público conocimiento que en razón a las funciones y el contexto que desempeñaba estaba expuesta a sufrir graves riesgos contra su vida o sus bienes.

Del análisis realizado en las sentencias dictadas en los años 2014, 2019 y 2020 se pudo establecer que la Sección Tercera del Consejo de Estado encuentra configurada la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio por omisión en los eventos que se prueba que la víctima solicitó medidas de protección ante las autoridades competentes y teniendo el deber de adoptar medidas de seguridad para salvaguardar su vida no lo hizo, o las medidas de protección que se implementaron no fueron suficientes para contrarrestar la gravedad del riesgo al que estaba sometido y, por tanto, se causó el daño.

Dado que la imputación de responsabilidad al Estado en estos eventos se configura porque se acredita la causación del daño por la omisión de los agentes estatales en el cumplimiento del deber de protección, bien sea porque no adoptaron medida alguna, o porque no fueron adecuadas las mismas, se encuentra que esta imputación se determina en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

Situación distinta ocurre en el juicio de imputación que se realiza en el segundo evento cuando la parte demandante no demuestra que elevó solicitud de protección a las autoridades y

tampoco acredita que, por las actividades que desarrollaba o el contexto especial en el que ocurrieron los hechos, las autoridades debían asignarle una protección particular.

Respecto a este análisis de responsabilidad estatal en este supuesto, se expuso que el mismo se ha abordado de dos distintas maneras por la Sección Tercera del Consejo de Estado: **(i)** la primera postura expuesta es condenar al Estado bajo una imputación normativa o jurídica en que los daños causados por terceros al ocurrir en el desarrollo del conflicto armado son previsibles para las autoridades y, por tanto, tenían el deber legal o convencional de proteger a la víctima, aunque ésta no lo haya requerido, ni las actividades que desarrollaba así lo evidenciaban, y **(ii)** la segunda postura es que se debe exonerar de responsabilidad al Estado porque la responsabilidad patrimonial estatal en los términos del artículo 90 de la Constitución Política sólo puede declararse cuando se prueba que el daño fue causado por una acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual no se configura dado que el hecho dañoso en estos eventos era imprevisible e irresistible para las autoridades públicas por cuanto no era evidente por el sólo contexto que tal protección debía otorgársele.

En cuanto a la primera postura en la que el Estado responde con base en estándares funcionales, se estableció que el contexto sería utilizado para: **i)** descubrir la inejecución del Estado en el ámbito de la falla del servicio, o **ii)** determinar el nivel de riesgo, lícito creado por el Estado, esto es, el grado de previsibilidad que tenían las entidades demandadas sobre el daño.

Para determinar el grado de previsibilidad o el nivel de riesgo, esta tesis jurisprudencial establece que el contexto debe ser analizado desde una dimensión proximal en la que se tiene en cuenta las presiones o variables desde el ámbito político, social, geográfico, entre otras, y una dimensión situacional, que parte de esos datos generales a un análisis a la luz del bien o derecho afectado.

Si bien esto se ha establecido teóricamente, en la práctica, en las sentencias en que se condenó al Estado por responsabilidad “por contexto”, es claro que el mismo no se refiere a las circunstancias concretas en las que ocurrió el daño, sino a circunstancias generales de alteración del orden público que se vivían en ese momento, tanto en la región como en el país, y que a juicio del juez le imponían una obligación al Estado de proteger a la víctima aun cuando nunca informó ni solicitó medida de protección, y tampoco era evidente que corría un riesgo en razón de las funciones u oficio que desempeñara.

Teniendo en cuenta el límite establecido por el artículo 90 de la Constitución Política para que se declare la responsabilidad del Estado, esto es, que se pruebe el nexo causal en estos eventos entre el daño antijurídico y la omisión en el cumplimiento del deber de protección y seguridad del Estado, no como una obligación de resultado, sino como una obligación relativa, se concluye que en la primera postura el Estado responde patrimonialmente “por contexto” sin causalidad bajo la sola demostración que el hecho dañoso fue generado por un tercero no agente estatal en un contexto de alteración del orden público, lo cual no es procedente en los términos de dicha norma constitucional.

Además, esta línea jurisprudencial releva a la parte demandante de la carga de probar el nexo causal e impone al Estado una obligación de resultado frente a la seguridad de todos los colombianos sin examinar realmente si las autoridades contaban con los medios para desarrollar una actividad que salvaguardara la vida de una persona o sus bienes, y que al hacerse hubiese evitado la producción del hecho dañoso.

En esta responsabilidad “por contexto” sin causalidad no se realiza un estudio juicioso de las circunstancias concretas en las que ocurrió el daño, sino que sólo se constata que fue en el marco del conflicto armado, y que debido a la obligación constitucional que tiene el Estado de proteger la vida, integridad personal o bienes de los habitantes del país, y particularmente de las autoridades públicas, debió evitar que se produjera. En este sentido, se condena al Estado de manera automática, sin establecer si en ese caso concreto las autoridades podían conocer realmente lo que iba a suceder y si estaban en la capacidad (recursos) para evitarlo. Se le atribuye responsabilidad al Estado bajo un título de imputación de falla del servicio genérica en el que la obligación de cumplimiento del deber de protección es de resultado y no relativa como la jurisprudencia lo ha establecido.

Por lo anterior, se concuerda con la postura de negar las pretensiones de la demanda en los eventos que se demuestra que el daño era imprevisible e irresistible para las autoridades públicas por cuanto no conocían de las amenazas que recaían sobre la víctima, nunca se solicitaron medidas de protección y no era de público conocimiento que estuviera ante un riesgo inminente, toda vez que el solo contexto de alteración del orden público o zona de conflicto armado no es suficiente para atribuir responsabilidad al Estado con fundamento en lo establecido en el artículo 90 constitucional.

En estos casos, lo que procede como lo ha señalado la segunda postura, es declarar configurada la causal exonerativa de hecho exclusivo y determinante de un tercero, toda vez que para que proceda la responsabilidad del Estado por incumplimiento en el deber de protección es necesario que se encuentre acreditado que efectivamente existía una obligación legal o reglamentaria que le imponía a las autoridades desplegar una actividad para proteger a la víctima porque conocía de las amenazas que recaían sobre ésta y estaba en la capacidad de evitar el daño, ya que el cumplimiento de este deber del Estado se debe analizar no como una obligación absoluta o de resultado, sino como una obligación relativa en la que se tiene que determinar si al momento de los hechos se contaba con los recursos materiales y humanos para repeler ese acto de violencia, y de ser así, si su omisión contribuyó a la producción del daño antijurídico que se causó.

Si en el caso objeto de estudio no se prueba que el daño fue causado por una omisión de las autoridades en su deber de brindar medidas de protección, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, normas convencionales y lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es posible imputarle responsabilidad al Estado por daños a particulares que fueron cometidos por un tercero.

En este sentido, se concluye que el Estado sólo deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos causados a los particulares cuando se acredite que una omisión de las autoridades públicas, así no sea directa, fue causante del daño, esto con fundamento en que el límite de la responsabilidad del Estado, regulado en el artículo 90 constitucional, es la causalidad y con el solo daño no surge la obligación de indemnizar.

### Referencias

- Arenas Mendoza, H. A. (2017). *El régimen de responsabilidad objetiva*. LEGIS.
- Arenas Mendoza, H. A. (2018). *El régimen de responsabilidad subjetiva*. LEGIS.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (24 de agosto de 1989). Radicado 5693. [M.P: de Greiff Restrepo, G].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (19 de agosto de 1994). Radicado 9276. [M.P: Suárez Hernández, D].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (22 de julio de 1996). Radicado 11934. [M.P: Suárez Hernández, D].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (19 de junio de 1997). Radicado 11875. [M.P: Suárez Hernández, D].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (4 de septiembre de 1997). Radicado 10140. [M.P: Carrillo Ballesteros, J].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (30 de octubre de 1997). Radicado 10958. [M.P: Hoyos Duque, R].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (16 de marzo de 2000). Radicado 11670. [M.P: Hernández Enríquez, A].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (10 de agosto de 2000). Radicado 11585. [M.P: Hernández Enríquez, A].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (25 de julio de 2002). Radicado 13744. [M.P: Giraldo, M].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (23 de enero de 2003). Radicado 12955. [M.P: Hernández Enríquez, A].
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (23 de octubre de 2003). Radicado 14211. [M.P: Saavedra Becerra, R].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (3 de mayo de 2007). Radicado 16696. [M.P: Gil Botero, E].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (4 de octubre de 2007). Radicado 15567. Gil Botero, E].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (4 de diciembre de 2007). Radicado 16894. [M.P: Gil Botero, E].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (9 de abril de 2008). Radicado 18769. [M.P: Fajardo

Gómez, M].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de marzo de 2009). Radicado 17994. [M.P: Gil Botero, E].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (18 de febrero de 2010). Radicado 18274. [M.P: Gil Botero, E].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de mayo de 2010). Radicado 18380. [M.P: Fajardo Gómez, M].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de mayo de 2010). Radicado 18105. [M.P: Fajardo Gómez, M].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (11 de agosto de 2010). Radicado 18886. [M.P: Fajardo Gómez, M].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (11 de agosto de 2011). Radicado 20325. [M.P: Fajardo Gómez, M].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (19 de abril de 2012). Radicado 21515. [M.P: Andrade Rincón, H].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (13 de junio de 2013). Radicado 26800. [M.P: Santofimio Gamboa, J].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (27 de septiembre de 2013). Radicado 28711. [M.P: Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (22 de enero de 2014). Radicado 27644. [M.P: Santofimio Gamboa, J].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (27 de marzo de 2014). Radicado 30071. [M.P: Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (26 de junio de 2014). Radicado 26161. [M.P: Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (23 de julio de 2014). Radicado 33546. [M.P: Andrade Rincón, H].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (31 de julio de 2014). Radicado 31039. [M.P: Rojas Betancourth, D].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (28 de agosto de 2014). Radicado 32988. [M.P: Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (13 de noviembre de 2014). Radicado 33269.  
[M.P: Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (14 de noviembre de 2014). Radicado 32425.  
[M.P: Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (29 de mayo de 2014). Radicado 30108.  
[M.P: Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (29 de mayo de 2014). Radicado 28178.  
[M.P: Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. (29 de febrero de 2016). Radicado 35298.  
[M.P: Santofimio Gamboa, J].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (20 de julio de 2017). Radicado 18860. [M.P:  
Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (30 de noviembre de 2017). Radicado 46567.  
[M.P: Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. (15 de agosto de 2018). Radicado 46947. [M.P:  
Zambrano Barrera, C].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (31 de enero de 2019). Radicado 47990.  
[M.P: Velásquez Rico, M].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (28 de marzo de 2019). Radicado 52914A.  
[M.P: Zambrano Barrera, C].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (8 de mayo de 2019). Radicado 40103. [M.P:  
Pazos Guerrero, R].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (25 de octubre de 2019). Radicado 43674.  
[M.P: Velásquez Rico, M].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (28 de octubre de 2019). Radicado 36677.  
[M.P: Bermúdez Muñoz, M].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (4 de diciembre de 2019). Radicado 35892.  
[M.P: Bermúdez Muñoz, M].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (12 de diciembre de 2019). Radicado 46020.  
[M.P: Marín, A].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (11 de marzo de 2020). Radicado 51790.

- [M.P: Bermúdez Muñoz, M].  
Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. (22 de mayo de 2020). Radicado 58012.  
[M.P: Velásquez Rico, M].  
Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. (3 de agosto de 2020). Radicado 51009.  
[M.P: Pazos Guerrero, R].  
Corte Constitucional. (1 de agosto de 1996). Sentencia C-333. [M.P: Martínez Caballero, A].  
Corte Constitucional. (13 de septiembre de 2001). Sentencia T-981. [M.P: Cepeda Espinosa, M].  
Corte Constitucional. (13 de noviembre de 2001). Sentencia SU-1184. [M.P: Montealegre Lynett, E].  
Corte Constitucional. (27 de noviembre de 2002). Sentencia T-1026. [M.P: Escobar Gil, R].  
Corte Constitucional. (21 de marzo de 2012). Sentencia T-234. [M.P: Mendoza Martelo, G].  
Corte Interamericana de Derechos Humanos. (5 de julio de 2004). Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia.  
Corte Interamericana de Derechos Humanos. (15 de septiembre de 2005). Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs Colombia.  
Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de enero de 2006). Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs Colombia.  
Corte Interamericana de Derechos Humanos. (11 de mayo de 2007). Caso de La Rochela Vs Colombia.  
Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de enero de 2006). Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs Colombia.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de agosto de 2014). Radicado 11001-31-03-003-2003-00660-01. [M.P: Salazar Ramírez, A].  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (7 de diciembre de 2016). Radicado 05001-3103-011-2006-00123-02. [M.P: Rico Puerta, L].  
Gil Botero, E. (2017). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Editorial Temis S.A.  
Henao, J. C. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia.  
M’Causland Sánchez, M. C. (2013). Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. In C. Bernal Pulido & J. Fabra Zamora (Eds.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la*

*responsabilidad civil extracontractual* (pp. 513–588).

Medina Ardila, F. (2009). La responsabilidad internacional del Estado por actos de Particulares análisis jurisprudencial interamericano. *Revista Debate Interamericano*, 83–122.

Mir Puigpelat, O. (2000). *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización y causalidad*. Civitas Ediciones.

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Patiño Domínguez, H. E. (2015). El trípede o el bípede: la estructura de la responsabilidad. In J. C. Henao & A. F. Ospina Garzón (Eds.), *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?* (pp. 165–180). Universidad Externado de Colombia.

Plata Prince, L. C. (2019). *La pérdida de oportunidad en el derecho de daños*. Grupo Editorial Ibáñez.

Ruiz Orejuela, W. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. ECOE Ediciones.

Zapata García, P. (2019). *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual*. Universidad Externado de Colombia.