

MARIA FERNANDA PEZZOTTI TOLOZA

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN DEL DEBER DE
PROTECCIÓN**

**Maestría en Derecho con énfasis en responsabilidad contractual y
extracontractual, civil y del Estado**

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL, CIVIL Y DEL ESTADO

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestroza Rey**

Director del Departamento de Derecho Civil: **Dr. Felipe Navia Arroyo**

Director de tesis: **Dr. Julián Andrés Pimiento E.**

Presidente de tesis: **Dr. Felipe Navia Arroyo**

Examinadores: **Dr. Héctor Patiño Domínguez**
Dr. Roberto Molina Palacios

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	4
1. La falla del servicio como violación de un contenido obligatorio del Estado y su relación respecto a la omisión en el deber de protección	6
1.1. Breve referencia al contenido de la falla del servicio y su relatividad.....	6
1.2. Contenido obligatorio del Estado en materia de protección de ciudadanos: una referencia normativa.....	11
1.2.1. Desarrollo normativo de la obligación de protección del Estado, como presupuesto para determinar el contenido obligatorio.....	12
1.2.2. Contenido del derecho a la seguridad personal.....	18
1.3. Un acercamiento desde la legitimación en la causa: Entidades competentes para garantizar el cumplimiento de la obligación de protección.....	25
2. La falla del servicio como título de imputación privilegiado en la responsabilidad del Estado por omisión del deber de protección	27
2.1. La utilización generalizada de la falla del servicio en casos de Responsabilidad Extracontractual del Estado por omisión del deber de protección en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	27
2.2. Una respuesta inusual: la aplicación de la teoría de la imputación objetiva y de la posición de garante en casos de responsabilidad extracontractual del Estado por omisión del deber de protección.....	35
3. Condiciones para la declaración de Responsabilidad Extracontractual del Estado por omisión al deber de protección	51
3.1. Requisitos procesales.....	51
3.1.1. Legitimación en la causa por activa y pasiva.....	51
3.1.2. Caducidad.....	53
3.1.3. Causales eximentes de responsabilidad.....	55
3.1.4. Reparación de perjuicios.....	59
3.2. Requisitos sustanciales.....	61
3.2.1. La existencia de un riesgo.....	61
3.2.2. El requerimiento previo y su flexibilización.....	65
3.2.3. La posibilidad razonable de impedir la ocurrencia del daño.....	66
CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	73

INTRODUCCIÓN

Colombia ha vivido una violación sistemática de derechos en el marco del conflicto armado que ha azotado nuestro país por más de 50 años. Actualmente se ha acentuado una crisis respecto a los líderes sociales como defensores de derechos humanos, por lo cual, es necesario una reacción inmediata por parte del Estado. Esta situación ha venido empeorando desde el comienzo de las negociaciones de paz entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP), en este proceso los más afectados son aquellos que han realizado un activismo por la paz y liderazgo político. (ABColumbia, 2016)

Esta violencia generalizada ha tenido un impacto importante en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado. La Sección Tercera de esa Corporación ha dedicado buena parte de sus esfuerzos en declarar la responsabilidad del Estado en casos en los cuales un tercero, llámese grupos al margen de la ley o delincuencia común, es el autor material del hecho dañino.

El fundamento de esa declaratoria, como es evidente, es el artículo 90 de la Constitución Política, a cuyo tenor: *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades.*

La pregunta que surge, entonces, consiste en determinar en qué casos debe el Estado responder patrimonialmente por los actos violentos perpetrados por terceros, en particular por la omisión en el deber de protección de las personas. Lo determinante de la cuestión radica en establecer, el contenido obligacional constitucional y legalmente establecido del deber de protección. Desde esta perspectiva, se impone, además determinar, si ese hecho puede comprometer la responsabilidad del Estado, cuál ha sido la evolución jurisprudencial relevante, los títulos de imputación utilizados y las condiciones para que ello proceda.

El punto de partida de este trabajo es la consideración de que al tratarse de un evento de responsabilidad por omisión, el título de imputación aplicable por excelencia es la

falla en el servicio, para lo cual se torna indispensable revisar el contenido obligacional del Estado (Capítulo 1), aspecto que será comprobado a través del análisis de los títulos de imputación utilizados por el Consejo de Estado (Capítulo 2) y de las condiciones para la configuración de la responsabilidad patrimonial en estos casos (Capítulo 3).

1. La falla del servicio como violación de un contenido obligacional del Estado y su relación respecto a la omisión en el deber de protección.

La obligación de protección nace de los derechos constitucionalmente reconocidos por el Estado Social de Derecho, y ha sido desarrollado ampliamente por la legislación. Sin embargo, es la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional en su función de protección de los derechos fundamentales, la que le ha otorgado un contenido y ha desarrollado el conjunto de características particulares de acuerdo con los casos concretos analizados.

No obstante, para el desarrollo del presente trabajo de grado, se tomará especialmente la seguridad personal como un derecho de carácter individual que se encuentra en cabeza de cada ciudadano.

El contenido de la obligación de protección determina la aplicación de la falla del servicio, de acuerdo con la facultad de evitar la ocurrencia del daño. Este contenido obligacional cuenta con un desarrollo normativo y jurisprudencial; llegando a establecer sus características específicas y las competencias de las entidades encargadas del cumplimiento de dicha obligación.

1.1. Breve referencia al contenido de la falla del servicio y su relatividad.

Desde la mirada internacional francesa, para Duez (1938), citado por Henao (Henao, La noción de falla del servicio como violación del contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés, 2003), la falla del servicio se presenta “*cuando el servicio funcionó mal, cuando no funcionó, o cuando funcionó tardíamente*”, planteamiento adoptado por la jurisprudencia del Estado colombiano, al reconocer que “*la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo*

se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo”¹.

El título de imputación de falla del servicio se puede presentar por una acción u omisión del Estado; en este último caso, específicamente en los que se evidencia la intervención de un tercero para la concreción del daño²:

“así como por la reiterada posición de esta Sección, según la cual en tratándose de los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros, los mismos son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o cuando la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a su protección”. (subrayado fuera de texto) (Consejo de Estado, 2017)

El profesor Henao plantea que *“la falla del servicio es la violación de un contenido obligacional a cargo del Estado”* (Henao, 2003), se considera *“contenido obligacional”* la prestación que este debe cumplir.

De lo anterior se concluye, que para determinar la falla del servicio es necesario establecer cual es el contenido o la prestación que se encuentra en cabeza del Estado, este mismo autor afirma:

“El problema solo se plantea entonces respecto a la manera de abordar el análisis de la jurisprudencia para buscar la definición del concepto, a partir de criterios que permitan entender lo que significa la obligación a cargo del Estado. Con esta metodología para abordar el concepto, desplazamos el problema: ya no interesará tanto la ejemplificación

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 7 de abril 2011. Radicado: 20.750

² Consejo de Estado. Sección Tercera. 14 de febrero de 2002. Radicado: 13253. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.: *“cuando el Estado emplea la fuerza legítimamente, aunque en principio no sabría tenerse como responsable, lo será si el daño que causa es antijurídico. De otro lado, si el Estado omite el empleo de la fuerza –hombres y armas- con carácter disuasivo o para proteger o para reaccionar, también será responsable en la medida en que el juzgador encuentre falencia en sus deberes, cuenta tenida de la relatividad del servicio y de las circunstancias propias del evento sub judice”.*

de las hipótesis por las cuales se puede decir que se ha violado una obligación, sino el concepto de ésta. Por ello, “el problema crucial consiste en saber cómo el juez define las obligaciones administrativas”. (Henaó, 2003)

Esta posición doctrinal ha sido igualmente adoptada por el Consejo de Estado³, el cual en reiterada jurisprudencia ha afirmado que el título de imputación de falla del servicio debe ser analizado, realizando una adecuación o comparación entre el contenido de la obligación de la administración con su grado de cumplimiento:

“La falla se presenta cuando hay una violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado (...), ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado.”⁴

Esta misma corporación ha afirmado⁵:

“es necesario contrastar el contenido obligacional que rige la función de la autoridad pública demandada con el grado de cumplimiento de la misma, para en caso de encontrar una actitud omisiva, proceder a declarar la responsabilidad del Estado. En palabras de Oriol Mir Puigpelat, “Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la administración en posición de garante de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de la valoración normativa, para imputar el resultado”⁶.

Lo expuesto hasta ahora evidencia que para analizar la falla del servicio, es necesario establecer en primer lugar cual es el contenido de la obligación que se alega, una vez

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. 8 de marzo de 2.007. radicado: 27434. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gomez: *“la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro”.* (Henaó, 2003)

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. 30 de marzo de 1990. Radicado: 3510. Magistrado Ponente: Antonio Jose De Irisarri.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. 20 de noviembre 2017. Radicado: 37356

⁶ PUIGPELAT, Oriol Mir. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Ed. Civitas. pag. 243 y 244.

identificada esta, se debe establecer la actuación de la administración. Y finalmente, determinar la capacidad que tiene la entidad en cabeza de quién se encuentra la obligación para evitar la ocurrencia del daño.

Las obligaciones del Estado se encuentran directamente relacionadas con su capacidad, por lo cual es necesario hablar de la “*relatividad de la obligación general de las autoridades*”. (M’Causland, 2013, pág. 520), es así como en la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ y de la Corte Constitucional⁸ se menciona el postulado del derecho que “*nadie está obligado a lo imposible*”.

El Estado no debe ser un actor pasivo en el cumplimiento de sus obligaciones. La relatividad de las obligaciones no puede ser utilizada como una causal eximente de responsabilidad, por el contrario, debe ser analizada desde diferentes ópticas en cada caso en concreto.

Teniendo en cuenta el contexto colombiano, el Estado debe desplegar todas las acciones que se encuentre a su alcance, sin esperar que sea un asegurador universal, omnipresente y perfecto, esto sería, como lo denomina, el Consejo de Estado una utopía.

El profesor Henao, establece los elementos que se deben tener en consideración para analizar los medios del servicio necesarios para su prestación. El primero de ellos son los poderes jurídicos, en otras palabras, si la administración dispuso o no de las facultades jurídicas de que goza, para cumplir con su misión.

En segundo lugar, se encuentran los recursos financieros. El juez debe realizar “*un análisis más concreto, por ejemplo, estudiando si el servicio público disponía o no de*

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. 10 de agosto de 2000. Radicado: 11585, CP Alier E. Hernández Enríquez; Consejo de Estado, Sección Tercera. 27 de abril de 2011. Radicado: 20368, C.P: Ruth Stella Correa Palacio; Consejo de Estado, Sección Tercera. 27 de abril de 2011. Radicado: 20374. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio; Consejo de Estado, Sección Tercera. 25 de agosto de 2011. Radicado 19162. C.P: Heman Andrade Rincon; Consejo de Estado, Sección Tercera. 10 de septiembre de 2014. Radicado: 33.422 C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; Consejo de Estado, Sección Tercera. 10 de agosto de 2000. Radicado: 11585, CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2011; Corte Constitucional. Sentencia T-719 de 2003.

personal para hacer frente a las obligaciones administrativas". Pero este elemento no solo se mide por la capacidad de personal, también por la capacidad de recursos materiales, entre otros. Sin embargo, *"a mayor importancia del derecho en juego menor posibilidad de exoneración por falta de recursos financieros"*. (Henaó, La noción de falla del servicio como violación del contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés, 2003)

Finalmente, El tercer elemento son las posibilidades técnicas, en este caso solo la imposibilidad técnica es causal de exoneración de falla del servicio.

A estos elementos se pueden incluir algunos que han sido analizados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como el contexto social, la situación de orden público del territorio y el comportamiento de la víctima, entre otros. Estos siempre deben ser analizados bajo la luz de la obligación que se encuentra en cabeza del Estado.

"También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2 inciso 2, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades "debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera", así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el

contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.⁹ (subrayado fuera de texto)

En otras palabras, el Estado debe utilizar todos los medios que encuentre a su alcance para dar cumplimiento a la obligación. Sin embargo, cada caso debe ser analizado en concreto, para así poder determinar los medios disponibles por parte del Estado, la previsibilidad del daño y finalmente, establecer razonablemente si el Estado se encontraba en la capacidad de evitar el daño.

Por lo anterior, es claro que la falla del servicio debe ser analizada desde el contenido obligacional del Estado y su relatividad, entendida esta última como el poder de evitar el daño.

1.2. Contenido obligacional del Estado en materia de protección de ciudadanos: una referencia normativa.

La obligación de protección del Estado se encuentra establecida desde el preámbulo de la Constitución Política de 1991, sin embargo, ha sido necesario la intervención del juez constitucional para otorgarle un alcance concreto. En este sentido, su desarrollo ha sido una reacción a las situaciones políticas y sociales de nuestro país, por lo que es el ordenamiento jurídico, el que se ha encargado de determinar en los casos concretos los derechos de los ciudadanos, las obligaciones del Estado y las autoridades competentes para garantizar su respeto.

Se ha dicho que la falla del servicio procede al identificar la violación de un contenido obligacional. Para determinar si es posible que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado en virtud de este título de imputación, es necesario analizar el contenido obligacional del Estado en materia de protección de personas. Esta

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 14 de septiembre de 2011. Radicado: 22745

evolución normativa permitirá identificar los aspectos legales y reglamentarios que corresponden a la evolución de la línea jurisprudencial que se reseñará en el siguiente capítulo.

1.2.1. Desarrollo normativo de la obligación de protección del Estado, como presupuesto para determinar el contenido obligacional.

El preámbulo de la Constitución colombiana establece el deber general del Estado de “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”.

El cual es reiterado en el artículo 2 del mismo cuerpo normativo:

“ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (subrayado fuera de texto)

Esta norma creó el marco normativo general y abstracto de la obligación del Estado, pues impuso no solo el deber de respetar los derechos de los particulares; sino también, la obligación de protegerlos, en otras palabras, hacer que terceras personas los respeten. Así mismo, el segundo párrafo de esta norma obliga a todas las autoridades de la República a proteger a los residentes en Colombia y sus derechos.

La Constitución también estableció los derechos a la vida e integridad personal (artículo 11 y 12). Adicionalmente, prohibió la realización de ciertas actividades, entre ellas: la prohibición de ser sometido a la tortura, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12), la prohibición de la esclavitud, servidumbre o trato (artículo 17), de ser molestadas por sus convicciones o creencias (art. 18, C.P.), de ser molestados directamente en su persona o en su familia (art. 28, C.P.), de ser perseguido en forma tal que deba buscar asilo (art. 34, C.P.), la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia (art. 42), los múltiples riesgos a los que están expuestos los niños, entre ellos la prohibición de *“toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”* (art. 44, C.P.), o los innegables peligros a los que están sometidos quienes desarrollan actividades periodísticas en nuestro país (art. 73). (Corte Constitucional, 2008).

Bajo esta misma óptica, los artículos 93 y 94 de la Constitución Política, definen el bloque de constitucionalidad, que se integra, entre otras, por las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado en materia de protección de personas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 3, establece: *“todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. Posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Ley 74 de 1968, dispuso en su artículo 9: *“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales...”*. en este punto, como se puede ver, se hace referencia de forma concreta a la seguridad personal.

Esta última fórmula fue retomada por la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada mediante la Ley 16 de 1972, la cual establece en su artículo 7: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales...”*

Así mismo, por medio de la Resolución sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1998, exhortó a los Estados a que aseguren, en particular, que ninguna persona dentro

de su jurisdicción sea privada de los derechos a la vida, libertad o seguridad por motivo de su religión o sus creencias; y la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece, en su artículo 5, que los Estados partes deben eliminar todo tipo de discriminación con base en la raza para garantizar, entre otras, el derecho a la seguridad personal y a la protección por el Estado contra la violencia o el daño corporal, sea que éstos provengan de las autoridades o de otros individuos, grupos o instituciones.

En conclusión, la obligación de protección del Estado es de rango convencional¹⁰ y constitucional, por la calidad que le otorgó el constituyente y por las normas internacionales ratificadas por el Estado colombiano; adicionalmente, se encuentra en diferentes cuerpos normativos, los cuales se han desarrollado de acuerdo a las diferentes situaciones que ha vivido nuestro país.

El Estado Colombiano ha sido marcado desde sus inicios por actividades bélicas, es así como a lo largo de la historia se pueden observar diferentes masacres, conflictos, secuestros e intentos de culminación del conflicto armado interno. En otras palabras:

“Una de las verdades conocidas por los habitantes de Colombia, es que el país se ha desarrollado enfrentando escenarios contruados por el fenómeno de la violencia, y una de sus realidades es el conflicto armado; cuyo momento justo de origen, no es tarea fácil de determinar, pero sin lugar a duda, ha afectado lo que se conoce como identidad nacional lo que a su vez ha traído consigo la desintegración del tejido social, con desestabilización del sistema político, que desencadena el desconocimiento de la protección de sus derechos fundamentales, del principio de solidaridad en una situación de extrema vulnerabilidad dando así como resultado una población con una extrema vulnerabilidad, que son las víctimas de la violencia”. (Meza, Rodriguez, & Rojas, 2015)

Solo para reseñar algunos de los casos: en 1996, se perpetró una masacre en la vereda

¹⁰ El Estado Colombiano se ha obligado de acuerdo a las facultades otorgadas por la Constitución Política a proteger a sus ciudadanos, es así como en diferentes acuerdos de rango internacional, se han establecido obligaciones para el Estado de proteger la vida y la seguridad de las personas. Por lo cual, todas las ramas del poder público tienen la obligación de respetar estas obligaciones y velar por su cabal cumplimiento, ya que estas se encuentran establecidas dentro del bloque de constitucionalidad y por lo tanto son de obligatorio cumplimiento.

La Esperanza del municipio de El Carmen de Viboral, donde asesinaron y desaparecieron un número importante de personas. Posteriormente en el año 1997, se perpetró la masacre del Aro y la masacre de Mapiripán.

La grave situación del país, motivó al gobierno nacional a promover la expedición de la que sería la Ley 418 de 1997, mediante la cual, se creó el programa de protección a personas que se encuentren en situación de riesgo. En el artículo 81 de dicha disposición normativa se estableció:

“ARTÍCULO 81. El Gobierno Nacional pondrá en funcionamiento un programa de protección a personas, que se encuentren en situación de riesgo inminente contra su vida, integridad, seguridad o libertad, por causas relacionadas con la violencia política o ideológica, o con el conflicto armado interno, y que pertenezcan a las siguientes categorías:

- *Dirigentes o activistas de grupos políticos y especialmente de grupos de oposición.*
- *Dirigentes o activistas de organizaciones sociales, cívicas y comunales, gremiales, sindicales, campesinas y de grupos étnicos.*
- *Dirigentes o activistas de las organizaciones de derechos humanos y los miembros de la Misión Médica.*
- *Testigos de casos de violación a los derechos humanos y de infracción al derecho internacional humanitario, independientemente de que no se hayan iniciado los respectivos procesos disciplinarios, penales y administrativos, en concordancia con la normatividad vigente.*

En este punto, las personas más afectadas por la ola de violencia que estaba viviendo el país, se centraba en los dirigentes y activistas políticos, sociales y defensores de Derechos Humanos. Sin embargo, estos nefastos acontecimientos no pararon allí, las masacres, los exterminios, la violación a los derechos humanos fue una constante dentro del conflicto interno en Colombia. En el 2001, se cometió la masacre de Chengue y la masacre que Bojayá.

Desde el año 1997 hasta el 2010, fueron asesinados 152 periodistas, lo que había convertido esta profesión en un riesgo, violando la libre expresión, el derecho a informar

y a ser informado. (Las Dos Orillas, 2016). En 1999, fue asesinado Jaime Garzón, abogado, humorista y periodista. Como reacción a esta situación se creó el Programa de Protección para Periodistas y Comunicadores Sociales, en situación de riesgo por causas relacionadas con la violencia política o ideológica o con el conflicto armado, por medio del Decreto 1592 de 2000.

En este mismo año, como reacción al exterminio ocurrido durante aproximadamente 10 años contra los integrantes de la Unión Patriótica, se creó el Programa Especial de Protección Integral para dirigentes, miembros y sobrevivientes de la Unión Patriótica y del Partido Comunista Colombiano, por medio del Decreto 978 de 2000, el cual fue modificado por medio del Decreto 2958 de 2010 y del Decreto 2096 de 2012.

De esta misma forma, teniendo en cuenta los diferentes homicidios en donde los servidores públicos fueron víctimas de violación a los derechos humanos, como el secuestro de los diputados del Valle del Cauca, se incluyó dentro del Programa de Protección, por medio del Decreto 2742 de 2002, que venía dirigiendo el Ministerio del Interior a alcaldes, diputados, concejales y personeros, que por razón del ejercicio de sus cargos se encuentren en situación de riesgo contra su vida, integridad, seguridad o libertad.

Debido a la proliferación normativa que existía en el marco de protección, fue necesario realizar una armonización de estas, en consecuencia, por medio del Decreto 2816 de 2006, se diseñó y reglamentó el programa de protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia, que incluyó el procedimiento de Evaluación de Riesgo (amenaza, riesgo y vulnerabilidades) y la adopción de medidas de protección.

Poco tiempo después, ante la grave situación de orden público, la Corte Constitucional declaró la existencia del estado de cosas inconstitucional de las personas desplazadas y víctimas, por medio del Auto 200 de 2007. Como consecuencia de ello, se extendió y especificó la carga de protección, respecto de los dirigentes de organizaciones en situación de desplazamientos; funcionarios del diseño, coordinación o ejecución de la

política de Derechos Humanos o de Paz pertenecientes al Gobierno Nacional y exfuncionarios públicos.

En esa providencia, la Corte Constitucional creó la “presunción de riesgo”, la cual fue reglamentada posteriormente por el Decreto 1740 del 2010, en el cual sin realizar un estudio de nivel de riesgo previo, se afirmó que la población desplazada tenía derecho a la implementación de medidas de protección en razón de su condición. Adicionalmente, se ampliaron las poblaciones objeto de protección para incluir a los grupos étnicos y afrocolombianos, raciales y palenqueros. Sin embargo, la implementación de esos programas no tuvo mucho éxito.

Por otra parte, en el proceso de negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, se generaron unas mesas de trabajo con las centrales obreras, quienes manifestaron al gobierno de Estados Unidos que los estudios de riesgo se tardaban de 5 a 6 meses, por lo cual el gobierno de Estados Unidos condiciona como plan de acción para firmar el TLC, la expedición de un decreto donde se reformara el programa de protección y se creara un programa especial de evaluación de riesgo. Como consecuencia de lo anterior se expidió el Decreto 3375 de 2011, mediante el cual se creó el Grupo de Valoración Preliminar a fin de analizar las evaluaciones de riesgo, ponderar un riesgo y recomendar medidas, con la información recopilada por el Cuerpo Técnico y Recopilación y Análisis de Información – CTRAI.

Adicionalmente se creó la Unidad Nacional de Protección por medio del Decreto 4065 de 2011, con el objetivo de *“Articular, coordinar y ejecutar la prestación del servicio y garantizar la oportunidad, eficacia e idoneidad de las medidas de protección, se hace necesaria la creación de una entidad especializada que asuma las funciones que desarrollaba el Ministerio del Interior y de Justicia y el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS en la materia.”* (Ministerio del Interior, 2011).

Como se puede observar, cada obligación creada en cabeza del Estado, es una reacción a la situación social que atravesaba el país, lo que llevó a una proliferación normativa,

creando conflictos de competencias. Por lo cual, fue necesario establecer las obligaciones específicas dentro de cada una de las instituciones para la protección de las personas que se encuentren en un nivel de riesgo superior al resto de la sociedad.

Con el objetivo de solucionar estos inconvenientes, se realizaron varios intentos de unificación y actualmente por medio del Decreto 1066 de 2016, se unieron todos los programas de prevención y protección que se encuentran en cabeza de la Unidad Nacional de Protección. Esta no ha sido una tarea fácil, como se puede evidenciar el país tuvo que sufrir un sinnúmero de asesinatos, masacres, secuestros, para que el Estado reaccionara y creara los mecanismos de protección, sin embargo, estos dependen directamente del contenido del derecho a la seguridad personal.

Ahora bien, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, la proliferación normativa generó una ampliación del contenido obligatorio del Estado, pero también se puede afirmar que ha generado dificultades prácticas en torno a la identificación de la legitimación en la causa en este tipo de procesos. Se pasará a analizar los aspectos sustanciales del derecho a la seguridad personal, tal y como ha sido diseñado normativa y jurisprudencialmente.

1.2.2. Contenido del derecho a la seguridad personal.

El derecho a la seguridad personal contó con una transformación desde la revolución industrial, donde ya la idea no estaba ligada a una seguridad individual, sino a una seguridad pública, como un elemento de orden público. (Corte Constitucional, T-719, 2003)

La Corte Constitucional ha establecido el contenido del derecho fundamental a la seguridad personal en tres dimensiones: primera, como un valor y una finalidad del Estado que permea la totalidad del texto constitucional; segunda como un derecho colectivo; y, finalmente, como un derecho individual, derivado -entre otras- de las múltiples garantías previstas en la Carta Política contra los riesgos extraordinarios a los

que se pueden ver sujetas las personas. Teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los pronunciamientos de la Corte Constitucional¹¹, especialmente en sede de tutela, se tomará como referente la Sentencia T-719 de 2003, en la que se estudió la solicitud de protección de la esposa de un reinsertado, el cual fue asesinado sin que el Estado diera una respuesta positiva a su solicitud de protección:

“La seguridad como valor y fin del Estado:

En esa medida, la seguridad constituye una de las metas que movió al Constituyente a expedir nuestro texto fundamental: el Preámbulo de la Carta dispone que fue voluntad del pueblo soberano asegurar a los integrantes de la nación la vida, la convivencia y la paz, entre otros. Asimismo, la salvaguardia de la seguridad general constituye una de las razones que justifica la existencia misma del Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 superior, según el cual las autoridades estatales “están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades...”.

La seguridad como derecho colectivo:

En segundo lugar, la seguridad aparece en nuestra Constitución bajo la forma de un derecho colectivo, es decir, un derecho que asiste en forma general a todos los miembros de la sociedad, quienes se pueden ver afectados por circunstancias que pongan en riesgo bienes jurídicos colectivos tan importantes para el conglomerado social como el patrimonio público, el espacio público, la seguridad y salubridad públicas, la moral administrativa, el medio ambiente o la libre competencia económica (art. 88, C.P.).

La seguridad como derecho individual¹²:

¹¹ En el presente trabajo se tomará como fundamento los pronunciamientos de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado ha reiterado la jurisprudencia constitucional.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-190 de 2014, Sentencia T-339 de 2010, Sentencia T-224 de 2014 y Sentencia T-460 de 2014.

El derecho a la seguridad personal, en ese contexto, es aquel que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad¹³; en esa medida, el derecho a la seguridad constituye una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades más básicas asignadas a las autoridades por el Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables, discriminados y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad.”

Como se puede observar, el contenido otorgado por la Corte Constitucional al derecho a la seguridad personal, es tripartita: en primer lugar, como un valor, reflejado en el preámbulo y artículo 2 de la Constitución Política, creando así una obligación general del Estado; por otro lado como un derecho colectivo, ya que todos los miembros de la sociedad son titulares; por último, y más importante para el desarrollo del presente trabajo, como un derecho individual¹⁴. En este último caso, la persona debe encontrarse expuesta a un riesgo excepcional, entendido este como aquel riesgo que las demás personas no están padeciendo¹⁵ y que el afectado no tiene el deber jurídico de soportar.

Se perfila, entonces, desde el punto de vista constitucional el contenido de las obligaciones que el Estado debe cumplir y los espacios en los que su incumplimiento puede comprometer su responsabilidad.

1.2.2.1. La seguridad personal como derecho individual.

¹³ Definición adoptada también por el Consejo de Estado. Sección Tercera. 18 de mayo de 2017. Radicado: 36386. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-078/13: *La seguridad debe ser entendida como valor constitucional, derecho colectivo y fundamental, precisándose respecto de este último, que se constituye en una garantía que debe ser preservada por el Estado, no circunscribiéndose su ámbito de protección a las personas privadas de la libertad, sino que también se extiende a los demás bienes jurídicos que en un momento determinado requieren la adopción de medidas de protección, a fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales a la vida e integridad personal.*

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-339/10: *los riesgos, que se derivan de la existencia humana y de la vida en sociedad, deben ser soportados por todas las personas.*

La obligación de protección que se encuentra en cabeza del Estado colombiano nace de las obligaciones contraídas en la Constitución Política, específicamente en el preámbulo y en el artículo 2, en donde se obliga al Estado de forma positiva y negativa. En primer lugar, el Estado debe abstenerse de realizar actividades que dañen a la persona y, en segundo lugar, debe velar que terceros no vulneren el derecho a la vida de todos los miembros de la sociedad.

Sin embargo, esta obligación no puede ser tomada como una obligación genérica o en abstracto, por el contrario, las leyes y la jurisprudencia han creado procedimientos y han facultado a diferentes entidades del orden nacional y territorial para asegurar el cumplimiento del derecho de protección, en palabras de la Corte Constitucional:

“Dicho deber no constituye una simple manifestación retórica de tipo formal, sino por el contrario, una declaración categórica e imperativa para el Estado, por virtud de la cual se le asigna una obligación positiva consistente en actuar con eficiencia y celeridad en su labor de defensa y cuidado de este derecho fundamental. Así las cosas, esta Corporación ha sostenido que: “el Estado debe responder a las demandas de atención de manera cierta y efectiva, pues ante la amenaza que se tiende 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, es inexcusable que el Estado pretenda cumplir con sus deberes limitándose a señalar su imposibilidad para prestar la ayuda requerida”. (Corte Constitucional, C-089, 1994)

Y en la sentencia T-224 de 2014, se concluyó:

“En esta medida, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la función primordial de la labor protectora de las autoridades es la de provisionar efectivamente las condiciones mínimas de seguridad que posibilitan la existencia de las personas en sociedad, sin estar expuestos a riesgos extraordinarios de recibir daños en su contra.”

Teniendo en cuenta las obligaciones del Estado, es claro para la Corte Constitucional que el derecho a la seguridad personal es un derecho fundamental, que tiene como objetivo *“prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su*

vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar” (Corte Constitucional, T-719, 2003); aun cuando no se encuentre plenamente identificada en el catálogo de los mismos, se busca salvaguardar el derecho a la vida, el derecho a la libertad personal, los principios rectores del Estado Social de Derecho y las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia mediante la suscripción de diferentes convenios, posición que también ha sido adoptada por el Consejo de Estado¹⁶.

Ahora, si bien es cierto que el derecho a la protección personal no puede ser tomado como un deber meramente formal, no lo es menos que esta obligación no debe confundirse con el deber general de protección que se encuentra en cabeza de la Policía Nacional, como desarrollo de la política de seguridad ciudadana¹⁷. Es decir, el derecho a la seguridad personal trasciende la obligación general de cuidado de la cual son titulares todos los ciudadanos, pues se convierte en algo más específico y concreto. En consecuencia, las autoridades administrativas competentes o en su defecto judiciales, deben realizar una valoración sobre la tensión existente entre el riesgo, el principio de solidaridad, las medidas de protección necesarias y la capacidad institucional para adoptarlas.

En cada caso concreto, es pertinente realizar un análisis para determinar el nivel de riesgo en que se encuentra la persona y las medidas de protección a adoptar, y verificar la evolución del mismo temporalmente, asumiendo que cada caso debe ser analizado desde sus particularidades, teniendo en cuenta circunstancias como: la condición de las personas, el cargo que desempeñan, lugar geográfico donde se encuentran ubicados,

¹⁶ Consejo De Estado, Sección Tercera. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 18 de mayo de 2017. Radicado: 36386. Consejo De Estado. Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. 31 de agosto de 2017. Radicado: 41187.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-634 de 2005: *“Este deber estatal - que no se debe confundir en ningún caso con el deber general de las autoridades de proveer las condiciones de seguridad pública requeridas en el país- consiste en la obligación de identificar el nivel de riesgo que gravita sobre las personas, y adoptar las medidas preventivas y protectivas individuales que sean necesarias y suficientes en cada situación particular, para evitar que el riesgo extraordinario al que la persona está sometida se materialice.”*

inclinación política, situación de vulnerabilidad o indefensión, entre otras. En conclusión, se debe tener en cuenta el contexto social, económico y político.¹⁸

Estas obligaciones, como se reseñó, se encuentran reglamentadas en el Decreto 1066 de 2015 -programa de prevención y protección-, el cual será estudiado más adelante, sin embargo, en este momento es importante tener claro que existen obligaciones para la entidad competente de prestar medidas de protección con el objetivo de preservar los derechos de la persona afectada, no obstante, este derecho no es absoluto e ilimitado.

1.2.2.2. Derecho a la seguridad personal individual: ¿Obligación de medio o de resultado?

La clasificación de las obligaciones de medio y de resultado proviene del derecho privado, específicamente de las obligaciones en el campo contractual, sin embargo, esta se ha extendido a las obligaciones del Estado.

Esta clasificación se apoya en el contenido de la prestación (Fernandez, 2014). Las obligaciones de medio, son aquellas donde el deudor debe tomar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación, independientemente de si el resultado se obtiene o no. Por el contrario, las obligaciones de resultado son aquellas donde el deudor debe cumplir con el objetivo esperado, en palabras de Rozo Sordini:

“Las obligaciones de medio son las obligaciones en las cuales el deudor está obligado a cumplir una actividad, prescindiendo de la realización de una determinada finalidad; viceversa, son de resultado las obligaciones en las cuales el deudor se obliga a realizar una cierta finalidad prescindiendo de una específica actividad instrumental”. (Sordini, 1999)

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-078 de 2013: “Esto conlleva por parte de las autoridades competentes, a identificar el tipo de amenaza que se cierne sobre la persona y definir de manera oportuna las medidas y medios de protección específicos, adecuados y suficientes para evitar la consumación de un daño, especialmente cuando se trata de personas que por su actividad misma están expuestas a un nivel de amenaza mayor, como sería el caso de los defensores de derechos humanos, altos funcionarios, periodistas, líderes sindicales, docentes en zona de conflicto, minorías políticas o sociales, reinsertados, personas en condiciones de indigencia, desplazados por el conflicto armado, personas privadas de la libertad, soldados que prestan servicio militar obligatorio, niños y niñas y sujetos de un especial grado de protección por su notoria situación de indefensión”.

Esta clasificación tiene incidencia en ciertas circunstancias, como en la carga de la prueba. En los casos de aquellas obligaciones de medio, es el acreedor el que debe probar la culpa del deudor, o sea, es este quién debe probar que el deudor no utilizó todos los medios necesarios para el cumplimiento de la obligación y aquel podrá exonerarse probando diligencia y cuidado. Por el contrario, en el caso de las obligaciones de resultado, la no consecución del mismo indica la culpa del deudor, por lo cual, es este quién debe probar la ocurrencia de una causa extraña para liberarse de responsabilidad.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha utilizado esta clasificación para categorizar las obligaciones en materia de protección de personas. Por ejemplo, en sentencia T-224 de 2014, el Alto Tribunal Constitucional estableció que la obligación de garantizar la preservación del derecho a la vida y la integridad física, expresada en el derecho fundamental a la seguridad personal, es una obligación de medio y no de resultado, por lo cual es claro que las autoridades administrativas deben velar por su protección, siempre acudiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

De igual manera, el Consejo de Estado¹⁹, ha reiterado en su jurisprudencia que ante aquellas personas que se encuentran en una situación de riesgo extraordinaria el Estado tiene una obligación de medio, debiendo realizar todas las actividades necesarias y que se encuentran a su alcance para su protección. Sin embargo, recuerda que nadie está obligado a lo imposible, por lo cual esta obligación se debe cumplir de acuerdo con su misión, las circunstancias del caso concreto y los recursos que se dispongan para su consecución.

En palabras del Consejo de Estado:

“Por virtud de lo expuesto en la Constitución Política, es claro que la obligación positiva que asume el Estado de asegurar a todas las personas residentes en Colombia la

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. 6 de marzo de 2008. Radicado: 14443, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de mayo de 2014. Radicado: 28178, C.P. Ramiro Pazos Guerrero; Consejo de Estado, Sección Tercera. 7 de septiembre de 2015. Radicado: 34158, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de mayo de 2017. Radicado: 36386, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

preservación de sus derechos a la vida y a la integridad física, como manifestación expresa del derecho fundamental a la seguridad personal, no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones como una obligación de resultado sino de medio, por virtud de la cual son llamadas las distintas autoridades públicas a establecer las medidas de salvaguarda que dentro de los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad resulten pertinentes, a fin de evitar la lesión o amenaza de los citados derechos fundamentales.” (Consejo de Estado, 2017)

Teniendo en cuenta, el análisis realizado tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional es claro que la obligación de salvaguarda es de medio y no de resultado. En este sentido, la Administración, debe brindar la protección necesaria a aquellas personas que se encuentran en un riesgo extraordinario o extremo, sin que esto quiera decir, que una vez se produzca un daño, se pueda afirmar automáticamente que el Estado haya incumplido con su obligación de protección.

1.3. Un acercamiento desde la legitimación en la causa: Entidades competentes para garantizar el cumplimiento de la obligación de protección.

Como se indicó precedentemente, la proliferación de instrumentos normativos ha creado alguna dificultad para identificar la entidad encargada de cumplir el deber de protección, en otras palabras, para determinar la legitimación en la causa por pasiva en los casos en que se cuestiona la responsabilidad del Estado por omisión en el deber de protección.

El Ministerio de Defensa tiene la competencia general de protección, su objetivo es alcanzar las condiciones de seguridad y garantizar la democracia y la seguridad nacional. Sin embargo, existen entidades del Estado encargadas de prestar protección aquellas personas que se encuentren en un nivel de riesgo extraordinario o extremo.

Por un lado, se encuentra la Unidad Nacional de Protección, quien tiene como objetivo organizar el programa de prevención y protección de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de personas, grupos y comunidades que se encuentran en situación de riesgo extraordinario o extremo como consecuencia directa del ejercicio de

sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales o humanitarias, o en razón del ejercicio de su cargo. (Artículo 2.4.1.2.1 decreto 1066 de 2015).

Por otro lado, se asignaron algunas atribuciones a otras entidades como la Policía Nacional (Artículo 2.4.1.2.29 decreto 1066 de 2015), la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (Artículo 2.4.1.2.30 decreto 1066 de 2015), las Gobernaciones (Artículo 2.4.1.2.31 decreto 1066 de 2015), las Alcaldías (Artículo 2.4.1.2.32 decreto 1066 de 2015), entre otros. Y se crearon algunos programas especiales como el de la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación.

En conclusión, la competencia de cumplimiento de la obligación de protección se centra en la Unidad Nacional de Protección con la ayuda del Ministerio de Defensa, especialmente la Policía Nacional. No obstante, existen otras entidades que apoyan el Programa de Prevención y Protección, y otros programas especiales de protección. Por lo tanto es indispensable conocer la competencia de cada una de las entidades públicas y los deberes que han sido asignadas por la Ley.

En el capítulo posterior se analizará el título de imputación utilizado por la jurisprudencia del Consejo de Estado para determinar la responsabilidad del Estado, cuando se ocasiona un daño o violación al derecho a la seguridad personal en concordancia con el derecho a la vida e integridad personal y este es causada por un tercero (omisión del deber de protección), diferente al Estado.

2. La falla del servicio como título de imputación privilegiado en la responsabilidad del Estado por omisión del deber de protección.

En este acápite, se pasará a analizar el fundamento de la responsabilidad, se realizará un recorrido jurisprudencial de las decisiones del H. Consejo de Estado, donde se podrá evidenciar que este, en algunas ocasiones sin sustento normativo, utiliza títulos de imputación diferentes a los establecidos por la jurisprudencia, y en otras, los mezcla hasta llegar a un punto en el cual no existe una línea jurisprudencial clara en un tema tan trascendental como es la responsabilidad del Estado por omisión al deber de protección, creando una ausencia en la distinción de los fundamentos de la responsabilidad.

Es necesario tener en cuenta los argumentos planteados para analizar la responsabilidad del Estado en estos casos. En primer lugar, la falla del servicio por violación al deber de protección (omisión), en segundo lugar, la falla del servicio junto con la teoría de posición de garante, y finalmente, la posición de garante de forma autónoma. En todos los casos se han establecido diferentes criterios o requisitos que se analizarán a continuación.

2.1. La utilización generalizada de la falla del servicio en casos de Responsabilidad Extracontractual del Estado por omisión del deber de protección en la jurisprudencia del Consejo de Estado

El título de imputación de falla del servicio por omisión se presenta cuando la administración teniendo la obligación legal de ejecutar una prestación, no lo hace²⁰. En este caso, sobre la responsabilidad del Estado por omisión del deber de protección, se evidencia cuando una persona se encuentra en un nivel de riesgo extraordinario o extremo y el Estado conociendo esta situación o debiendo conocerla no realiza todo lo

²⁰ Consejo de Estado; Sección Tercera. 30 de noviembre de 2006. Radicado: 14880, reiterado en sentencia Consejo de Estado. Sección Tercera. 7 de abril de 2011. Radicado: 20750: “Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía”

que este a su alcance para evitar que un tercero ocasione un daño, por lo cual, omite su deber constitucional y legal de protección. El Consejo de Estado lo plantea, así:

*“Ahora bien, en cuanto al señalamiento de que el daño fue ocasionado por un tercero, la Sala resalta que la responsabilidad en este caso no es por una acción del Estado, sino por la omisión por parte de las autoridades, al no agotar todos los medios que tenía a su alcance para repeler, evitar o atenuar el hecho del tercero, máxime cuando ya el afectado había puesto en su conocimiento el riesgo específico ante el que se encontraba expuesto. Finalmente, se advierte que con lo anterior no se pretende imponer al Estado una responsabilidad absoluta frente a cualquier actuación desplegada por un tercero, pues esta se circunscribe al conocimiento de una situación especial de riesgo que exija la intervención inmediata del Estado para evitar que este se materialice, tal como no se verificó en el presente asunto”.*²¹ (subrayado fuera de texto)

Es claro que, en el caso de la responsabilidad por omisión, el hecho dañino fue ocasionado por una persona extraña al Estado, sin embargo, la imputación del daño se realiza a consecuencia de su omisión. Esta omisión puede ser de forma absoluta o puede prestar un servicio defectuoso, en cualquiera de los dos casos se habla de una omisión al deber de protección.²²

Lo que ha ocurrido en torno a la omisión se puede ver en los fallos del Consejo de Estado donde se ha condenado en diferentes oportunidades al Estado con fundamento en la falla del servicio y en otras pocas lo ha absuelto.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 22 de junio de 2017. Radicado: 47-001-23-31-000-2000-00421-01

²² Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de enero de 2012. Radicado: 21196: “se atiende por vía indiciaria a las circunstancias especiales que indicaban que la víctima corría riesgo, que se enfrentaba ante un ámbito de una amenaza irreversible e irremediable, ante la que las entidades demandadas debía desplegar, en el marco de la obligación de seguridad, una mínima actividad de protección, que no se agotaba en la designación material de un agente o de un escolta, sino que habría podido precaverse la ocurrencia del daño advirtiendo de la información con la que se contaba de las organizaciones al margen de la ley (lo que implicaba, para la época de los hechos, el conocimiento de los factores de riesgo que rodeaban a la persona), de estudio del riesgo que se debía ofrecer al político Mustafá Barbosa, o siquiera de por lo menos haber enfrentado con mayor eficacia ese tipo de organizaciones”.

En las siguientes líneas, se realizará un recorrido jurisprudencial, en el cual quedará en evidencia la posición del Alto Tribunal Administrativo, respecto a la responsabilidad del Estado por omisión al deber de protección, con relación al título de imputación de falla del servicio.

El Consejo de Estado se ha pronunciado desde sus inicios sobre casos de responsabilidad del Estado por hechos de terceros, sin embargo, con el objetivo de ajustar el análisis del presente trabajo, se limitará al desarrollo jurisprudencial de los últimos 20 años, y así presentar una mirada de la situación actual.

Iniciemos con la jurisprudencia del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2009²³, en donde se condenó al Estado por omisión al deber de protección en el caso de un miembro del INPEC, quien había recibido amenazas en el ejercicio de sus funciones. El fundamento de responsabilidad utilizado por el Consejo de Estado fue la falla del servicio, ya que la Policía Nacional conociendo la situación de riesgo no prestó las medidas de protección pertinentes.

Posteriormente, el 28 de enero de 2011²⁴, reitera que la falla del servicio es el título jurídico de imputación por excelencia²⁵, en este caso se condenó al Estado por la muerte del candidato a la alcaldía del municipio de Arauca, se estableció que se debía aplicar la falla del servicio probada, de manera que la carga de la prueba la tendrá el demandante.

No obstante a lo anterior, el Estado debe tener en cuenta que en ciertas situaciones, como era el caso de las elecciones locales, donde se expidieron una serie de normas para contrarrestar la situación de seguridad, su obligación de protección era reforzada. Esta última característica -protección reforzada- fue reiterada por la jurisprudencia en

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. 25 de febrero de 2009. Radicado 18.106.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. 28 de enero de 2011. Radicado 18.617.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. 26 de febrero de 2015. Radicado 34.776.

sentencia del 18 de mayo del 2017²⁶, donde el Consejo de Estado condena a la nación y argumenta que el deber de protección es calificado.

En el campo de la responsabilidad por falla del servicio, es necesario realizar un análisis de las obligaciones del Estado y su posible incumplimiento por omisión de la conducta debida, en palabras del Consejo de Estado:

“así en estos casos, la sala considera que la responsabilidad del Estado surge por el incumplimiento del deber constitucional y legal de proteger la vida y la seguridad de la víctima, es decir, de la omisión respecto a la conducta debida, la misma que de haberse generado no había evitado el resultado.”²⁷

Esta posición del Consejo de Estado es reiterada en el caso de la muerte del alcalde del municipio de Unguía (Chocó)²⁸, en donde afirmó:

“el análisis del caso debe hacerse bajo el régimen de la falla ser servicio toda vez que según la jurisprudencia de esta corporación en los casos en que se analiza la responsabilidad como consecuencia de la producción de daños, por omisión de las autoridades en el cumplimiento de funciones, es necesario confrontar el deber funcional con el grado de cumplimiento y observancia del mismo de la misma por parte de la autoridad demandada.”

En esta misma línea, se condenó al Estado en sentencia del 29 de mayo de 2014²⁹, el Consejo de Estado realizó las siguientes afirmaciones: *“existió una recomendación irresponsable al aconsejar a la víctima contactar a los victimarios”, “no se informó a las autoridades competentes sobre la situación de riesgo, ni se tomaron las medidas de protección pertinentes”, “la entidad debió realizar un diagnóstico real de la situación de riesgo de la víctima”.*

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. 18 de mayo de 2017. Radicado 48.407

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de agosto de 2012. Radicado: 24.444

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. 26 de febrero de 2015. Radicado. 30.579.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de mayo de 2014. Radicado 28.178

Así las cosas, los anteriores fallos señalan que el Estado debió actuar de una forma: realizando el estudio de nivel de riesgo, informando a las autoridades competentes, entre otros, pero no actuó y omitió su deber de protección. Sin embargo, es claro que el Estado no se encuentra obligado a lo imposible³⁰, por lo cual las obligaciones se encuentran limitadas por la capacidad institucional en cada caso concreto. Es decir, nos adentramos al tema de la relatividad de la falla del servicio al analizar la responsabilidad del Estado; pero, esta no puede ser una herramienta para justificar la indefensión de la administración al deber de protección³¹, como ya se mencionó en el capítulo 1.

En el caso de nuestro país, donde el conflicto armado interno ha influido de forma contundente en la responsabilidad extracontractual del Estado, es relevante tener presente que el Consejo de Estado³² ha admitido que existe una situación difícil de orden público. Sin embargo, no es posible basarse en ella para justificar la relatividad de las obligaciones y la desprotección de los ciudadanos.

En algunos casos generados por el conflicto, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado por omisión, es claro que se conocía o debía conocer la situación de riesgo en la cual se encontraba la víctima, en este punto es importante establecer un criterio de conocimiento previo por parte de la entidad competente de brindar la protección.

En algunas oportunidades la víctima tiene la posibilidad de comunicarle al Estado por medio de todos sus funcionarios sobre la posible situación de riesgo en que se encuentra, es el caso por ejemplo de los miembros de la Unión Patriótica, donde el Alto Tribunal Administrativo determinó que el Estado era jurídicamente responsable en los casos de miembros de la UP, por *haber omitido el deber jurídico de adoptar medidas*

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. 20 de noviembre 2008. radicado 20.511

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. 25 de febrero de 2009. Radicado: 18.106.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera. 30 de noviembre de 2017. Radicado: 46.567

*efectivas para proteger la vida e integridad de las personas, pese a que conocía que aquellas se encontraban en una situación especial de riesgo.*³³

El planteamiento anterior es reiterado por el Consejo de Estado³⁴. En el caso de un concejal del municipio de Convención (Norte de Santander), esta corporación afirmó que existía el deber de reparar cuando se solicita o requiere protección y la administración la retarda, omite o la presta de forma ineficiente o cuando no remite el caso a la entidad encargada de prestar el servicio, y fundamenta esto último de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece el principio de coordinación armónica entre entidades públicas.

En sentencia más reciente del 9 de abril de 2018³⁵, el Consejo de Estado se pronuncia y absuelve a la entidad demandada, argumentando que no existe prueba dentro del proceso sobre la omisión del deber de protección de la vida, honra y bienes de los particulares, ya que no se elevó ningún tipo de petición ante las autoridades, por lo cual la entidad no tenía conocimiento de la posible situación de riesgo.

El Consejo de Estado reitera³⁶ la necesidad de que el Estado tenga conocimiento de la situación de riesgo:

“Según la jurisprudencia transcrita, para que el Estado responda por el incumplimiento de la obligación de protección y seguridad, es necesario establecer que las autoridades tenían conocimiento de la situación de riesgo o peligro en que se encontraba la víctima, pues “tal conocimiento es el que posibilita y hace exigible la actuación y protección de las autoridades”.

No obstante, existen situaciones que aún cuando la víctima no lo haya informado, el Estado debía conocer la situación de riesgo. El Consejo de Estado, mediante sentencia

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera. 26 de junio de 2014. Radicado 26.029

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de mayo 2017. Radicado 41.702

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. 9 de abril de 2018. Radicado 35.979

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. 19 de julio 2018. Radicado 43.387; Consejo de Estado, Sección Tercera. 19 de julio de 2018. Radicado: 43.387.

del 30 de noviembre de 2017³⁷, establece la responsabilidad del Estado en cuanto a la protección especial para aquellas personas que hacen parte de las misiones médicas, entendiendo que estas son necesarias para garantizar las zonas de confrontación en el conflicto armado, y de acuerdo al desarrollo de sus funciones y el contexto de violencia del país es previsible el riesgo.

En estos casos, si el Estado no conoció o no debió conocer el riesgo, entonces no es jurídicamente responsable, sin embargo, este criterio cognitivo se encuentra entrelazado con el elemento de la previsibilidad.

El Consejo de Estado³⁸ absuelve a la entidad demandada al contrarrestar el contenido obligacional con el grado de cumplimiento en el caso concreto. Se concluyó que no existía responsabilidad por la muerte de un ex alcalde, ya que el riesgo de la víctima no era previsible, por lo cual el Estado no tenía la obligación de conocer la situación de riesgo.

Corresponde a lo anterior señalar, que en sentencia del 1 de junio de 2017³⁹, el Consejo de Estado determina que el Estado tienen dos deberes, el primero es de abstención y el segundo de intervención, en este último se deben adoptar las medidas pertinentes y su omisión genera responsabilidad. Sin embargo, estas no son obligaciones de resultado, ya que no es omnímoda ni automática, y los hechos generadores del daño deben ser previsibles y evitables.

En suma, podemos retomar las palabras de M´Causland:

“... puede concluirse que la responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros se configura claramente cuando se demuestra la existencia de una violación de una obligación constitucional o legal a la cual le sean imputables esos

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. 30 de noviembre de 2017. Radicado 46.567

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. 28 de febrero de 2018. Radicado 47.834

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. 1 de junio de 2017. Radicado 45.416

daños. En estos casos, el fundamento de la obligación de indemnizar será la falla del servicio.” (M´Causland, 2015)

En otras palabras, la falla del servicio es el título de imputación por excelencia en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado por omisión al deber de protección. Así lo ha establecido el Consejo de Estado⁴⁰, no obstante, es claro que el análisis de la violación del contenido de la obligación debe ser estudiado en cada caso concreto:

“La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a cargo del Estado, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. (...) Por lo expuesto, las obligaciones que están a cargo del Estado – y por tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su desidia en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria”.

Finalmente, el Consejo de Estado⁴¹ estudia la responsabilidad del Estado por la omisión del deber de protección de una personas que había informado a la policia nacional sobre posibles amenazas, este tribunal declara la responsabilidad de esta entidad. Así mismo, afirma que existe concausa teniendo en cuenta la irresponsabilidad de la víctima a exponerse a un riesgo mayor al salir en en horas madrugada. En este caso, el Consejo de Estado, hace referencia de forma superflua a la posición de garante, pero finalmente utiliza como título de imputación único la falla del servicio:

40 Consejo de Estado. 26 de abril del 2018. Radicado 44826.

41 Consejo de Estado. 20 de marzo de 2018. Radicado 42791^a.

“Por consiguiente, conviene precisar que a todas las autoridades integrantes del Estado les corresponde la protección y garantía de los múltiples derechos de las personas en Colombia, obligación que irradia todo el ordenamiento jurídico a partir de lo contemplado en los artículos 2 de la Constitución Política y 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, carga obligacional que al ser desconocida aparejaría la configuración de una falla del servicio que como se mencionó, se configuraría cuando el Estado interviene activamente como cómplice de la producción del daño, o por omisión, cuando el hecho dañoso le es previsible y no hace nada para evitarlo.”

Como se puede apreciar, el recorrido jurisprudencial planteado anteriormente, demuestra que el Consejo de Estado hace uso del título de imputación de falla del servicio, así como la relatividad de las obligaciones y las características de previsibilidad y resistibilidad de los hechos, para establecer la responsabilidad del Estado por omisión del deber de protección, los cuales deben ser analizados en el caso concreto.

Sin embargo, este no es el único argumento utilizado por el Consejo de Estado, a continuación se hará referencia a la teoría de imputación objetiva, especialmente la posición de garante.

2.2. Una respuesta inusual: la aplicación de la teoría de la imputación objetiva y de la posición de garante en casos de responsabilidad extracontractual del Estado por omisión del deber de protección

El Consejo de Estado mezcla los conceptos de falla del servicio y posición de garante y en algunos casos trata de utilizar esta última como fundamento autónomo de la responsabilidad.

En sus pronunciamientos ha adoptado tres posiciones diferentes: la posición de garante como una especie del título de imputación de falla del servicio, la posición de garante como fundamento autónomo de la responsabilidad y finalmente la posición de

garante institucional. Esto con el fin de superar los inconvenientes que ha traído la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada.

Es así, como el Consejo de Estado en su jurisprudencia más reciente ha dejado de lado el análisis de la casualidad, entendiendo que esta es una constatación netamente naturalística, y por lo tanto no podía afectar el mundo jurídico.

Entonces, según el Consejo de Estado los elementos de la responsabilidad son el daño y la imputación. Según la jurisprudencia, este último se divide en dos niveles: uno fáctico y otro jurídico. El primero de ellos es una atribución material del hecho, en otras palabras determinar quién es el autor del daño y el segundo se focaliza en realizar un análisis jurídico-normativo, con el objetivo de determinar si existe una obligación de reparar.

En este orden de ideas, en los casos de responsabilidad por omisión, el Consejo de Estado, ha utilizado la figura de imputación objetiva, con el fin de superar el problema de causalidad, en palabras de Patiño:

“Así, entonces, para los eventos en los que el hecho dañino se configura por una omisión o en un hecho violento causado por un tercero diferente de la entidad pública, la jurisprudencia decide abandonar el estudio de la causalidad, dado que en esos casos el estudio de esta se desenvuelve en el plano meramente hipotético y naturalístico, inaplicable por ineficaz, por lo cual el estudio de la imputación fáctica se deberá hacer a partir de análisis jurídico-normativos”. (Patiño, 2015)

No obstante, lo anteriormente planteado por la jurisprudencia, Patiño afirma que realmente no se prescinde del estudio de la causalidad, teniendo en cuenta que en el primer nivel de la imputación se realiza un análisis fáctico:

“Como se puede observar, dentro del juicio de imputación, como lo aborda la jurisprudencia, se analiza no solo el aspecto fáctico por acción o por omisión, sino que además se realiza el estudio del fundamento del deber de reparar (falla del servicio, riesgo excepcional o el daño especial), por lo que forzoso es concluir que es una construcción metodológica diferente de analizar los elementos de la responsabilidad,

pero en esencia no se prescinde de ninguno de los que por tradición se han necesitado para estructurar el deber de reparar". (Patiño, 2015)

Una vez superado el estudio de los elementos de la responsabilidad, es necesario entrar a examinar el análisis realizado por el Consejo de Estado en los casos de omisión al deber de protección, evento en el cual ha incluido la teoría de imputación objetiva y especialmente la posición de garante.

Como lo afirma Molina, la imputación objetiva busca determinar las conductas relevantes para realizar un análisis normativo, con el fin de atribuir la omisión y determinar, si existe o no, un deber jurídico de indemnizar el daño:

"Con la imputación objetiva se busca determinar cuáles son las conductas relevantes o susceptibles de un enjuiciamiento jurídico. Al atribuir una conducta se está realizando un juicio de prescripción y no de descripción, se establece una diferencia entre el mundo del deber ser y el ser. Se verifica si el autor, con su acción, ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. Por eso, es importante, para efectos de la imputación, establecer si el autor ha cumplido o no con su rol social, lo que lleva a determinar si el sujeto tiene un deber de protección frente a los bienes afectados por ese riesgo, ya sea porque lo ha creado o porque no siendo su autor tiene el deber de intervenir frente a él, es decir, se encuentra en posición de garante." (Molina, 2013)

El Consejo de Estado utiliza como fundamento de la imputación objetiva, las teorías del riesgo permitido, la confianza legítima y la posición de garante. Esta última será relevante para el desarrollo del presente escrito.

La teoría de posición de garante, en materia penal, se analiza en el juicio de tipicidad, el cual es el proceso de imputación que determina si el hecho puede ser atribuido o no, de acuerdo con el tipo penal. Situación que genera un inconveniente al aplicar la teoría de la posición de garante en materia de responsabilidad, en la cual no se hace referencia al estudio de la tipicidad, ya que impera la atipicidad.

García define la posición de garante como:

“La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa”. (García, 1994)

De acuerdo con la definición anteriormente expuesta, el Estado tiene la obligación de eludir el resultado, o sea, este debe evitar la violación al derecho a la seguridad personal (ligado con el derecho a la vida) por parte de terceras personas. Si este resultado se hace efectivo, el Estado es automáticamente responsable por ello, de acuerdo con la posición de garante que “asumió”.

Por otro lado, es claro que, de la interpretación textual de la definición dada por el doctrinante García, la teoría de posición de garante genera una responsabilidad automática del Estado.

A continuación, se presentará el análisis jurisprudencial, empezando con la combinación realizada por el Consejo de Estado entre la posición de garante y la falla del servicio, para posteriormente verificar su uso de forma autónoma. Se evidencia en la jurisprudencia de esta alta coporación que la imputación objetiva y especialmente la teoría de posición de garante acaparó la responsabilidad del Estado.

En primer lugar, el Consejo de Estado ha reiterado en diferentes oportunidades la responsabilidad del Estado basada en el título de imputación de falla del servicio con fundamento de la posición de garante por omisión al deber de protección⁴².

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de enero de 2012. Radicado: 19.959; Consejo de Estado, Sección Tercera. 9 de abril de 2014. Radicado 29.312; Consejo de Estado, Sección Tercera. 3 de agosto de 2017. Radicado 44.302.

Esta Corporación⁴³ realizó un recorrido sobre el análisis de la imputación, tanto fáctica como jurídica, llegando a la conclusión que esta última encuentra su fuente en la posición de garante, el incremento del riesgo permitido o en una norma de cuidado.

En cuanto a la posición de garante, el Consejo de Estado determinó que el Estado tiene la obligación de evitar un resultado⁴⁴. Esta teoría se base en la situación que coloca el ordenamiento jurídico a determinado sujeto de derecho⁴⁵ y que las fuerzas militares tienen una posición de garante frente a los derechos fundamentales de los colombianos⁴⁶.

El Alto Tribunal Administrativo⁴⁷ absolvió al Estado de la responsabilidad por la muerte de un juez de instrucción penal militar. En este caso, se utiliza la teoría de posición de garante con el fin de superar las teorías de la causalidad adecuada y la equivalencia de las condiciones. Bajo esta dimensión, el análisis se debe realizar desde dos perspectivas: primero, el principio de proporcionalidad: ¿cabían las medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico? y segundo, la previsibilidad del resultado: magnitud del daño y su carácter permitible.

En esta sentencia el Consejo de Estado, hace referencia a la responsabilidad objetiva e imputación objetiva. A mi punto de vista, es simplemente un error del juego de palabras. Realmente siempre se quiso hacer referencia a la imputación objetiva, ya que no es posible dentro del análisis realizado por esa Corporación incluir alguno de los títulos de responsabilidad objetiva, más aún cuando de habla de niveles de diligencia.⁴⁸

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de abril de 2011. Radicado 18.072

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. 26 de noviembre de 2014. Radicado: 33.912; Consejo de Estado, Sección Tercera. 26 de febrero de 2015. Radicado: 37.569. Consejo de Estado, Sección Tercera. 28 de abril de 2010. Radicado: 18.072

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. 4 de octubre de 2007. Radicado 15567.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia de Unificación. SU-1184 de 2001.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. 22 de junio de 2011. Radicado: 19.980.

⁴⁸ “es menester precisar que, de acuerdo con una formulación amplia de la posición de garante, se requiere, adicionalmente i) que quien es obligado no impida el resultado lesivo, siempre que ii) esté en posibilidad de hacerlo. En ese orden de ideas, es admisible la postura según la cual un sistema de responsabilidad objetiva puede traer para el presunto responsable la obligación de adoptar medidas de prevención en razón a la carga social que asume al desarrollar sus actividades, esto implica exigir un despliegue de medidas de cuidado más allá de la diligencia debida, como tradicionalmente ha sido concebida.”

Así mismo, El Consejo de Estado⁴⁹ reiteró su posición en el caso de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a una persona desmovilizada de las FARC:

“Como se aprecia, la postura imperante respecto del régimen de responsabilidad y el título de imputación que ha servido como orientación para la resolución de casos análogos al que ocupa la atención de la Sala ha privilegiado la aplicación del régimen subjetivo bajo el título de falla del servicio por omisión en la posición de garante del Estado, cristalizada en el incumplimiento del deber de protección y cuidado sobre personas que requieren la adopción de medidas especiales de seguridad, en consideración a la situación de peligro al que se exponen en condición de desmovilizados de grupos subversivos o paramilitares que abandonan las actividades ilegales ejecutadas al interior de estos grupos y se entregan voluntariamente ante las autoridades oficiales.” (subrayado fuera de texto)

Se evidencia entonces, que el título de imputación de falla del servicio es el género y la teoría de posición de garante del Estado es la especie.

En sentencia del 18 mayo de 2017⁵⁰, se estableció como título de imputación la falla del servicio, teniendo en cuenta que en el caso concreto miembros del ejercito pusieron en una posición de riesgo a un civil al solicitarle su servicio de transporte sin las medidas de seguridad necesarias, por lo cual se omitió el deber de protección. En este punto el Consejo de Estado pareciera extralimitarse con sus argumentos, tratando de justificar el uso de la imputación objetiva.

Con relación al deber de protección, el Consejo de Estado establece que su fundamento se encuentra en la posición de garante que debió asumir el Estado frente a la víctima, sin embargo, adiciona otros fundamentos como la solidaridad y la equidad frente a la población afectada por el conflicto armado interno.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. 4 de marzo 2018. Radicado: 44.177

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de mayo de 2017. radicado 37.037

Es claro que el Consejo de Estado condenó con fundamentos que desbordan la materia de responsabilidad, incluyendo los principios de solidaridad⁵¹⁵² y la equidad, pues es claro que estos dos últimos elementos no pueden constituir el criterio para determinar la responsabilidad del Estado⁵³.

El Estado no puede ser responsable basado en la solidaridad o en la equidad, teniendo en cuenta, que no se esta en el marco del incumplimiento de las obligaciones del Estado (omisión del deber de protección y seguridad). Por el contrario, se encuentra en un escenario de justicia distributiva. En estos casos, el juez esta tratando de otorgarle funciones diferentes a la responsabilidad.

Como se puede observar, es claro que dentro de los fundamentos jurídicos usados por la jurisprudencia -falla del servicio y posición de garante- es inconcebible pensar que puedan ser acompañados del principio de solidaridad y equidad, con el objetivo de imputar la responsabilidad al Estado por sus actos u omisiones.

⁵¹ M'Causland, María Cecilia. La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿que? ¿por qué? ¿hasta donde? Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. Universidad Externado de Colombia. 2015. *"Puede decirse, entonces, que mientras la responsabilidad consiste en la obligación del Estado de indemnizar un daño que le es imputable, la solidaridad, como deber de aquél, surge en situaciones no que no necesariamente suponen la existencia de un daño. Dado que pueden constituir el resultado de circunstancias que no han surgido de la alteración de una situación anterior, y aún cuando el daño existe, surge para el Estado al margen de que a él no le sea atribuible."*

⁵² Vaquer Caballería, Marcos. Las relaciones entre la protección social y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Revista documentación administrativa. Página 271. *"En este segundo plano, el corrector concurre a su vez de clases de criterios generales de atribución de responsabilidad: el de causalidad (por el que se imputa la situación generada a su autoría causante) y el de la solidaridad (que atribuye la carga generada por dicha situación a sujetos diversos de su causante). El primero es el criterio que rige en instituciones tales como la responsabilidad extracontractual del Código civil y en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: el segundo imputa en instituciones tales como la seguridad social y la acción social." (subrayado fuera de texto).*

⁵³ Pimiento, Julian. Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Revista de Derecho Público. 2016 *"La responsabilidad del Estado ha sido secuestrada por el conflicto armado. No existe un ámbito de la materia que no haya visto su influjo al determinar las evoluciones recientes en esta área del derecho. ¿Cómo no justificar, desde el punto de vista de la responsabilidad, que el Estado es la causa y origen de todos los daños que por ello se produzcan? ¿Cómo no considerar que sea una tremenda injusticia que unos más que otros deban sufrir las incontables falencias de nuestro "Estado social de derecho"? Justicia, solidaridad, responsabilidad, todas se entrelazan y se mezclan cuando el drama de la sociedad entra en el escenario procesal. ¿Cómo no justificar que detrás de todo juez se encuentre un justiciero llamado a resolver, un caso a la vez, todos los problemas que nos aquejan y redistribuir, por esa vía, los avatares del infortunio? Al fin y al cabo, el juez, como todo ser humano, está llamado a ser solidario con aquellos menos afortunados, utilizando la única herramienta de la que dispone: la creación del derecho mediante su jurisprudencia." (subrayado fuera del texto)*

De forma más reciente, el Consejo de Estado en sentencia del 1 de abril de 2019⁵⁴, toma la clasificación realizada entre imputación fáctica y jurídica. En el primer nivel realiza un estudio concerniente a la imputación objetiva, en este caso concreto la posición de garante y en el segundo nivel, realiza un estudio de los títulos de imputación como lo son la falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial.

Y, “la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”. (Subrayado fuera del texto)

Este mismo día al igual que la jurisprudencia anterior, el Consejo de Estado determinó que se debe analizar la posición de garante frente a la víctima, no obstante nutre de ciertos elementos su estudio: una situación de riesgo previsible y la posibilidad de evitar el resultado. En este caso se absolvió al Estado ya que no probó el elemento de la previsibilidad:

“Ahora bien, cabe recordar, tal y como se planteó con anterioridad, que para endilgarle responsabilidad patrimonial al Estado por la omisión del deber de seguridad y protección respecto de los daños ocasionados por terceros, es imperante que se acredite la posición de garante del Estado frente a la víctima, es decir, que se encuentre plenamente probada la situación de riesgo que esta enfrentaba, y el conocimiento que

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de abril de 2019. Radicado 44992. En esta oportunidad el Consejo de Estado condenó al Estado por falla del servicio teniendo en cuenta la omisión al deber de protección y la actuación activa de miembros de la fuerza pública que secuestraron a dos ciudadanos.

las autoridades estatales pudieron tener del mismo, para luego establecer, si a ello hay lugar, si tales autoridades adoptaron medidas para evitar que la situación de riesgo se concretara [...]”

Posteriormente, en esta misma jurisprudencia se afirma que el título de imputación a analizar es la falla del servicio.

“Cabe resaltar que el estudio de responsabilidad que procede a elaborar esta judicatura estará sujeto al régimen de imputación de falla en el servicio, toda vez que las circunstancias particulares del caso así lo ameritan”.

En conclusión, el uso de un criterio subjetivo entrelazado con la posición de garante ha sido la línea más utilizada por el Consejo de Estado en los casos donde se establece una relación entre la imputación objetiva y la falla del servicio. Sin embargo, se hará igualmente a reglón seguido, referencia a la posición de garante como título de imputación de forma autónoma y la teoría de posición de garante institucional.

En esta ocasión el uso de la teoría de posición de garante se encuentra orientada a superar la aplicación del título de imputación de falla del servicio:

*“El alcance de la obligación de seguridad y su relación con la posición de garante. El reciente precedente de la Sala se plantea que la omisión del Estado como fundamento de la responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante, con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio”.*⁵⁵

Esta posición fue adoptada posteriormente por el Consejo de Estado⁵⁶, no obstante es contradictoria. Por un lado hace referencia a la necesidad de superar la falla del servicio por medio del uso de la posición de garante, y por otro hace referencia a la falla del servicio como fundamento de la responsabilidad de Estado:

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. 31 de enero de 2011. Radicado 17.842

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. 1 de febrero de 2016. Radicado 48.842

“En la misma sentencia citada de la Subsección C se precisó que el “alcance de la obligación de seguridad y su relación con la posición de garante en el precedente de la Sala lleva a plantear que la omisión del Estado como fundamento de la responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante, con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio, en la medida en “que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber. Establecidos los presupuestos para encuadrar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio de protección””. (subrayado fuera de texto)

En conclusión, cuando el Consejo de Estado ha tratado de utilizar la teoría de posición de garante como título de imputación, termina de igual forma haciendo referencia a la falla del servicio.

Por otro lado, El Consejo de Estado adopta otro fundamento denominado posición de garante institucional, efectivamente hace referencia a la teoría general de posición de garante, no obstante, en este caso particular se ciñe a la posición del Estado como institución frente a los administrados.

Ahora bien, la Corporación realizó un análisis de la responsabilidad del Estado por el atentado y exilio de un dirigente sindical⁵⁷, en este caso, se basó en el título de imputación de falla del servicio, como la omisión al deber de protección en concordancia con la teoría de posición de garante (imputación objetiva). Sin embargo, retomó un concepto que ya había sido utilizado por la jurisprudencia, posición de garante institucional.

Se entiende esta última como, la obligación del Estado de proteger los derechos de las personas sobre todo de aquellos grupos vulnerables que se encuentran en un riesgo permanente.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. 31 de enero de 2011. Radicado 17.842

La jurisprudencia del Consejo de Estado⁵⁸ consideró relevante el uso de la posición de garante institucional *“cuando a la administración pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual, de llegarse a concretar el daño, este resultará imputable a la administración por su cumplimiento”*.

Además, el Consejo de Estado⁵⁹ ha tomado elementos de la jurisprudencia internacional como argumentos de la posición de garante institucional: los instrumentos de prevención utilizados, la calidad de la respuesta y reacción del Estado ante la conducta, este último como un estándar de diligencia exigible al Estado, todo con el objetivo de otorgarle mayor validez a sus fundamentos.

En otro caso, el Consejo de Estado al analizar la responsabilidad del Estado, en la muerte de un abogado defensor utilizó la imputación objetiva, específicamente la teoría de posición de garante institucional:

“Se trata de afirmar la responsabilidad del Estado pese a que los hechos son causados por terceros, en la medida en que a la administración pública le es imputable al tener una “posición de garante institucional”, del que derivan los deberes jurídicos de protección consistentes en la precaución y prevención de los riesgos en los que se vean comprometidos los derechos humanos de los ciudadanos que se encuentran bajo su cuidado, tal como se consagra en el artículo 2 de la Carta Política. Luego, sustancial para endilgar la responsabilidad es que se deduzca a quién competía el deber de evitar las amenazas y riesgos para los derechos humanos de las personas afectadas”.
(subrayado fuera de texto)

Parece contradictorio que el Consejo de Estado haya hecho referencia por un lado a la posición de garante institucional, como se transcribió en el párrafo anterior y también a

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de junio de 2015. Radicado 50.104

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. 21 de febrero 2011. Radicado: 31.093

su vez hace referencia a la posición de garante como fundamento autónomo de la responsabilidad:

“La Sala de Sub-sección C debe reiterar que el alcance de la obligación de seguridad y su relación con la posición de garante en el precedente de la Sala lleva a plantear que la omisión del Estado como fundamento de la responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante, con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio, en la medida en “que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber”. (subrayado fuera de texto)

Y finalmente considera que el título de imputación es la falla del servicio:

“En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos (...)”

Analizando la posición del Consejo de Estado, es relevante tener en cuenta que el Alto Tribunal Administrativo no tiene claro el uso de la imputación objetiva, ni su relación con la falla del servicio, situación que ha llevado a confusiones y a utilizar argumentos jurídicos contradictorios. Es así, como en sentencia del 25 de febrero de 2016⁶⁰, en el caso de homicidio del alcalde de Orito (Putumayo), se declaró la responsabilidad del Estado con el fundamento de la falla del servicio y la posición de garante. Sin embargo, en el salvamento de voto de esta se presenta el siguiente interrogante: *¿Es necesario incluir una figura de derecho penal en el derecho de la responsabilidad del Estado?*⁶¹.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. 25 de febrero de 2016. Radicado: 33.494.

⁶¹ En cualquier caso, no es viable el uso de una figura como la posición de garante, desarrollada en gran parte para superar las necesidades del sistema penal, en materia de responsabilidad del Estado por omisión al deber de protección. Ya que genera un tipo de responsabilidad que podría considerarse como automática.

Es posible que en algún punto la jurisprudencia al tratar de “superar” la falla del servicio por medio de la aplicación de la posición de garante, termine otorgándole un tinte objetivo a la responsabilidad del Estado en estos casos.

La posición de garante es una figura que encuentra su fundamento en la imputación objetiva. Por lo que, en un juego de palabras, se puede afirmar que la posición de garante busca imputar objetivamente el resultado a la persona que tenía la obligación jurídica de proteger el bien. En el caso que nos ocupa, bajo esta lógica, el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la vida y a la seguridad personal, y si este no evita efectivamente el resultado (realizado por un tercero), estaría desobedeciendo su deber, por lo cual se deberá imputar el daño, sin mediar ningún tipo de análisis adicional, considerándose así un asegurador universal o una responsabilidad automática.

Esta posición adoptada por el Consejo de Estado ha llevado a una situación bastante peligrosa, en la cual el Estado repara a las víctimas sin importar, si es o no responsable.

Existe un deber de protección genérico y otro concreto. Este último es el único que puede generar una responsabilidad del Estado. Sin embargo, el Consejo de Estado basándose en un deber genérico de protección del cual fundamenta una posición de garante, ha ampliado el campo de aplicación de la responsabilidad, al respecto Pimiento afirma:

“En este sentido, la atribución de la responsabilidad del Estado se desarrolla en un ámbito estrictamente argumentativo a partir de la interpretación de las normas que de una u otra manera, concretamente o no, le hayan atribuido algún deber genérico de protección. En este análisis normativo el juez echa mano de todo el ordenamiento para determinar si, desde el punto de vista jurídico, independientemente del agente productor del daño, el Estado debe resarcir el perjuicio sufrido por la víctima.” (Pimiento, 2016)

Como se puede observar, el juez administrativo en el afán en algunas ocasiones de no desamparar aquellas personas afectadas por la realidad social que vive nuestro país, ha aplicado teorías de forma incorrecta, ha realizado análisis extensos de las normas y le ha otorgado cierto significado a obligaciones del Estado que llegaría a pensarse que en algunos casos nos encontramos frente un Estado como garante universal. Sin embargo,

no se tiene en cuenta el impacto de sus decisiones, tanto económicas, políticas y jurídicas. En palabras de Tamayo Jaramillo:

“Si no encontramos soluciones razonables tornamos al Estado responsable objetivamente de los daños derivados de la guerra, llegará un día en que las sentencias contra el Estado serán letra muerta por la ausencia de recursos del erario y para entonces será tarde, y lo que comenzó como un sueño de justicia colectiva terminará convertido en una pesadilla en perjuicio de las víctimas de los verdaderos e infames atropellos del poder.” (Tamayo Jaramillo, 2004)

Y fundamenta su posición bajo los siguientes argumentos:

“1). Todos los ciudadanos estamos obligados a defender la soberanía interna o externa de la nación; 2). Los actos terroristas son impuestos al Estado quien no obtiene ningún beneficio de los mismos y 3). Los costes económicos”. (Jaramillo, 2004)

Cuando un juez de la república asume una posición de garante universal propio de un país ideal, entra en el ámbito de asistencias humanitarias, por medio de ayudas económicas, basadas en el principio de solidaridad y equidad y sale del ámbito de la responsabilidad o del deber jurídico de reparar. En palabras de M' Causland:

“Puede decirse, entonces, que mientras la responsabilidad consiste en la obligación del Estado de indemnizar un daño que es imputable, la solidaridad como deber de aquel, surge en situaciones que no necesariamente suponen la existencia de un daño, dado que pueden constituir el resultado de circunstancias que no han surgido de la alteración de una situación anterior, y aún cuando el daño existe, surge para el Estado al margen de que a él no le sea atribuible.

El principio de solidaridad puede ser aplicado en la responsabilidad extracontractual del estado solo en la medida que todos los ciudadanos tenemos la obligación de contribuir al gasto público y es con ese dinero que se pagan las condenas. Por lo cual no solo se aplica en el daño especial sino también en los demás títulos de imputación, en segundo lugar, es importante aclarar que el Estado tiene la obligación de ayuda a aquellas personas que se encuentran en desigualdad, pero no es competencia del juez

administrativo ponerse la capa de justiciero y declaran la responsabilidad del Estado, por el contrario es competencia del legislativo por medio de la expedición de leyes o del juez de tutela.

Por otra parte, supone aceptar la intervención del juez contencioso administrativo, sin competencia, para ordenar reparaciones integrales con apoyo en el principio de solidaridad, que de esa manera adquiere un carácter absoluto que no le corresponde.”
(M´Causland, 2015)

En conclusión el juez administrativo está asumiendo un rol de “*justiciero*”⁶², extendiendo así la responsabilidad del Estado a un ámbito que sale totalmente de los presupuestos legales de la misma y ha llegado hasta un punto en el cual por el afán de buscar más y más argumentos para indemnizar las víctimas del conflicto armado, ha llegado a utilizar normas de carácter general como una obligación general de protección o principios como la solidaridad y la equidad, despojando de todo fundamento a la responsabilidad, cuando en aquellos casos donde no se cumplen con los elementos de la responsabilidad deberían adoptar otras soluciones de tipo legislativo, como ayudas asistenciales, las cuales no comprometen la responsabilidad del Estado⁶³:

“Tanto en Colombia como en Francia y España existen los regímenes legislativos especiales de indemnización y asistencia pública. No obstante, el régimen establecido en materia legislativa no significa que el Estado asuma la responsabilidad del hecho dañoso; lo que hace es darle desarrollo a los principios y valores en los que se funda el Estado social de Derecho como son la igualdad, la equidad, la solidaridad, la dignidad humana, para con ello cumplir con su labor de asistencia pública-social”. (Orejuela, 2008)

El uso de la posición de garante no ha sido útil, ha traído inconvenientes en su aplicación; como por ejemplo el mal uso de los conceptos, el uso de valores como la

⁶² PIMIENTO. Julian Andrés. Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del estado. Revista de derecho público No. 36. Universidad de los Andes.

solidaridad, entre otros. Por ello se pretende abandonar estas doctrinas para llegar nuevamente a un concepto de omisión y de falla del servicio.

3. Condiciones para la declaración de Responsabilidad Extracontractual del Estado por omisión al deber de protección.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado en sus diferentes pronunciamientos, las condiciones necesarias para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado por omisión al deber de protección.

Estos requisitos se puede dividir en dos, el primero de ellos denominados procesales, los cuales son requisitos formales establecidos por la Ley y la jurisprudencia para construir un proceso. En un segundo escenario, se encuentran los requisitos sustanciales, considerados como aquellos directamente relacionados con el derecho que se encuentra en juego.

3.1. Requisitos procesales

Estos requisitos procesales se entienden como aquellos que son necesarios para dar curso al proceso. Es por ello que son indispensables en el momento de realizar el análisis de responsabilidad.

3.1.1. Legitimación en la causa por activa y pasiva.

La legitimación en la causa es la posibilidad de reclamar un derecho judicialmente (legitimación por activa) a otra persona, ya sea natural o jurídica (legitimación por pasiva). En otras palabras, es la calidad del sujeto reconocida por el interés que se debate en el proceso. El Consejo de Estado igualmente la ha definido como:

“De esta manera, la parte demandante tiene la posibilidad de reclamar el derecho invocado en la demanda (legitimación por activa) frente a quien fue demandado (legitimación por pasiva). Por ello, se entiende que la primera (por activa) es la identidad que tiene el demandante con el titular del derecho subjetivo, quien, por lo mismo, posee la vocación jurídica para reclamarlo. Y la segunda (por pasiva) es la identidad que tiene

la parte accionada con quien tiene el deber de satisfacer el derecho reclamado". (Ambito Jurídico, 2019)

En el caso concreto donde se esta analizando la responsabilidad del Estado por omisión al deber de protección, la legitimación por activa se encuentra demarcada por el concepto de víctima. La jurisprudencia y la doctrina han distinguido dos clases: la primera de ellas es la víctima directa, o sea, quién ha recibido el daño directamente y la segunda es la víctima indirecta, aquella que encuentra afectados sus derechos por el daño sufrido por la víctima directa:

"En el derecho común se entiende por víctima a toda persona que haya sufrido daño individual o colectivo en un bien, interés o derecho jurídicamente protegido, que representa un carácter directo en el padecimiento del daño. No obstante, se ha ampliado este calificativo a toda persona que indirectamente sea afectada por la realización de un daño o perjuicio, bien a raíz de un parentesco con la víctima directa o una relación afectiva o amistosa. Una persona se considera víctima cuando ha sufrido un daño cierto, aun sin que el autor de éste haya sido identificado". (Guerra Moreno, 2015)

Por otro lado, la legitimación en la causa por pasiva se encuentra limitada de acuerdo a los obligaciones del Estado. Esto quiere decir que es jurídicamente relevante en el caso concreto determinar la entidad competente, de acuerdo a la Constitución y la Ley, de adelantar las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento del deber de protección.

En este punto es esencial aclarar que cada entidad cuenta con sus obligaciones legalmente establecidas. En el caso del deber de protección, de forma general es competente la Policía Nacional y el Ejército Nacional. De forma específica, de acuerdo a la fuente del riesgo se establece la entidad competente. Por ejemplo, la procuraduría General de la Nación cuenta con su propio programa de protección, lo que quiere decir que sus funcionarios deben solicitar las medidas de protección directamente a dicha entidad cuando la fuente del riesgo provenga del ejercicio de sus funciones.

En conclusión, es indispensable aclarar en cabeza de que entidad se encuentra la obligación de protección, ya que no siempre estará en cabeza del ministerio de defensa.

3.1.2. Caducidad

La caducidad “es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado”⁶⁴. En otras palabras, es la extinción del medio de control por el transcurso del tiempo.

Así mismo, este fenómeno procesal que opera de pleno derecho, lo cual no admite renuncia de ninguna de las partes procesales y el juez tiene la obligación de declararlo de oficio.

A lo cual la Corte Constitucional a señalado:

*“El legislador puede establecer previamente un término para el ejercicio de la acción judicial, vencido el cual, se extingue dicha facultad para el demandante, razón por la cual se ha entendido que la caducidad debe ser objeto de pronunciamiento judicial de oficio y “en el evento que se deje transcurrir los plazos fijados por la ley el derecho termina sin que pueda alegarse excusa para revivirlos. Dichos plazos constituyen soporte fundamental y garantía esencial para la seguridad jurídica y el interés general”.*⁶⁵

El objetivo principal de esta figura es no permitir la perpetuidad de las situaciones en el tiempo y proteger la seguridad jurídica.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. 23 de septiembre de 2010. Radicado: 1201-08

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-075 de 2014.

De acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la oportunidad para presentar la demanda en los casos de reparación directa es de 2 años.

“ARTÍCULO 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

i. Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.”

De acuerdo al parágrafo 2, en los casos de desaparición forzada la caducidad empieza desde: *el día de aparición de la víctima, a partir de la firmeza, por ejecutoria, del fallo penal que declare la desaparición forzosa o a partir del momento de ocurrencia de los hechos.*

En los casos que se encuentran relacionados con delitos de lesa humanidad, el Consejo de Estado⁶⁶ dio un giro jurisprudencial al determinar que estos son imprescriptibles. En el mes de marzo de 2007 fue desaparecido, de su casa en Villavicencio, un joven de 28 años, quien desde su niñez fue diagnosticado con retardo mental moderado y epilepsia y sus familiares solo supieron de él hasta septiembre de 2008, momento en el que fueron informados que este había fallecido pocos días después de su desaparición; al parecer

⁶⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. 7 de septiembre de 2015. Radicado: 47671, C.P. Jaime Orlando Santofimio.

en un enfrentamiento ejecutado por el batallón de infantería con sede en Tauramena, por presuntos vínculos con narcotraficantes:

“En ese sentido, la providencia señaló que “las hipótesis de daño antijurídico acaecidos con ocasión de actos de lesa humanidad no tienen caducidad de ninguna clase y su tratamiento procesal no puede hacerse con sujeción a las reglas limitativas de la caducidad propias del ordenamiento jurídico interno de los países en cuanto entrañan situaciones de interés para la humanidad, en relación con los cuales los argumentos de seguridad jurídica deben ceder en aras de una adecuada ponderación a favor de esos intereses superiores que los delitos en mención involucran””.

De acuerdo con la armonización que debe existir entre el derecho interno y el derecho internacional, es claro que en los casos relacionados con la ocurrencia de delitos de lesa humanidad que produzcan un daño, el medio de control de reparación directa será imprescriptible.

En conclusión, en caso de omisión al deber de protección por parte del Estado es claro que por regla general la caducidad (2 años) debe empezar a contarse desde el momento de su omisión que se releja en la consolidación del daño, sin embargo, cada caso concreto debe ser analizado de forma independiente, teniendo en cuenta que puede existir la violación de delitos de lesa humanidad o desaparición forzada, o alguna circunstancia que afecte el computo de la caducidad.

3.1.3. Causales eximentes de responsabilidad

Teniendo en cuenta que cuando se estudia la responsabilidad del Estado por omisión al deber de protección el título de imputación por excelencia es la falla del servicio, las causales eximentes de responsabilidad son las siguientes:

“si nos encontramos dentro de un régimen subjetivo de responsabilidad, el demandado tiene la posibilidad de exonerarse probando ausencia de falla, la inexistencia del nexo causal, o probando causa extraña”. (Patiño H. , 2011)

En cuanto a la causa extraña, se puede clasificar en: caso fortuito, fuerza mayor y hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero.

En el caso del hecho de un tercero, este debe cumplir con ciertas características:

“La jurisprudencia contenciosa ha considerado que para que se presente la figura del hecho del tercero como causal de exoneración de responsabilidad, es necesario que confluayan los siguientes elementos:

a. Debe ser un hecho único exclusivo y determinante del daño producido

b. Debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega”. (Patiño H. , 2011)

Esta es la causal eximente de responsabilidad por excelencia, teniendo en cuenta que en los casos de omisión del deber de protección, materialmente el hecho es cometido por una persona externa al Estado. No obstante, para que el hecho de un tercero sea un eximente de responsabilidad debe ser, por un lado, exclusivo y determinante; y por otro lado debe probarse que era imprevisible e irresistible. Es por ellos que el Estado debe probar que no tenía conocimiento del riesgo o no debía tenerlo y adicionalmente, aun cuando se adelantara todas las medidas que se encontraban a su alcance no era posible evitar el resultado.

En segundo lugar, encontramos el hecho exclusivo y determinante de la víctima. La Constitución Política en su artículo 49 consagra el deber de autoprotección: *toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad*, adicionalmente en el artículo 95, crea en cabeza de todas las personas la obligación de *“obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”*.

Teniendo en cuenta la normatividad anteriormente mencionada, es claro que existe en cabeza de cada persona la obligación de autoprotección, la cual se encuentra en dos direcciones. Por un lado, en un sentido positivo, en la capacidad de auto asegurarse, y

por otro, en sentido negativo, en no ponerse en un riesgo superior al que se encuentra, procurar guardar las medidas idóneas para salvaguardar su vida y no exponerse a riesgos innecesarios.

Incluso la Corte Constitucional en sentencia T-719 de 2003, contempló la posibilidad que la misma víctima puede ser quien se exponga a un riesgo:

“El derecho a la seguridad personal tampoco comprende vivir libre de temores, ni tampoco la supresión de toda suerte de riesgos, así éstos sean en algunos casos claros. Por eso, no se puede invocar este derecho para obligar a las autoridades a impedir que una persona libremente asuma un riesgo en desarrollo de actividades peligrosas no prohibidas por las leyes, como ciertos deportes, si bien éstos han de realizarse dentro de las reglas básicas establecidas para reducir los riesgos consustanciales a la actividad en cuestión. Tampoco se puede exigir a las autoridades que suplan la propia imprudencia, negligencia o temeridad de la persona expuesta a un riesgo, sin que ello exonere a tales autoridades del deber de informarle a tal persona sobre el riesgo que autónomamente está corriendo. Igualmente, el derecho a la seguridad personal no comprende el poder jurídico de exigirle a las autoridades que anticipen cualquier riesgo, así éste sea grave, si es imprevisible aún con los medios más sofisticados de inteligencia y prevención. Las autoridades no tienen el deber de desarrollar una misión objetiva y general de resultado para superar las contingencias de la convivencia social.”
(subrayado fuera del texto)

Ahora bien, es claro que en los casos que las personas quieran exponerse alguna situación que amenace su vida o integridad, la entidad competente deberá poner en conocimiento su situación y advertir sobre las posibles consecuencias. Sin lugar a dudas existe una obligación del Estado, pero esta se encuentra ligada con la obligación de todas las personas a no ser imprudentes, salvaguardar su vida y la de los demás, y no exponerse a situaciones que puedan generar una amenaza o aumentar la misma.

En estos casos, que la víctima no cumpla con su deber de autoprotección y sea imprudente en su actuar aumentando su riesgo, el Estado será responsable proporcionalmente a su omisión y la víctima en el otro tanto, en estos casos no hablamos de eximente de responsabilidad, sino de concausa:

“Pero también puede demostrarse que probada esa causal exonerativa, su ocurrencia tuvo incidencia en la producción del daño junto con el actuar del demandado a título de concausalidad, evento en el cual la consecuencia no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se estará frente a una reducción en la apreciación del daño, es decir, una reducción de la indemnización”. (Patiño H. , 2011)

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado al considerar en ciertos casos que la víctima directa del daño no actúa conforme a las circunstancias de riesgo que padecía por lo cual declara que existió una concausa y como consecuencia reduce la condena:

“Puestas así las cosas y dado que el comportamiento de la víctima habilita al juzgador para reducir el monto de la indemnización cuando contribuye a la producción del hecho dañino (concausa), la Sala disminuirá la condena a que haya lugar, en atención a la concurrencia de culpas acreditada en el presente asunto”.⁶⁷

Un caso divulgado públicamente, es el secuestro de la entonces candidata presidencial Ingrid Betancourt, quién después de la ruptura de los diálogos de paz entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional decidió viajar al municipio de San Vicente del Caguán, a pesar de las advertencias realizadas:

“Sin embargo, según el comunicado del Ministerio de Defensa, “Betancourt, en su momento candidata presidencial, desatendió las insistentes recomendaciones de la fuerza pública y otras autoridades de no proseguir en su intención de viajar al municipio de San Vicente del Caguán donde tenía un acto en desarrollo de su campaña política”.

Para Camilo Gómez, quien era el comisionado de paz en el momento en que fue secuestrada Betancourt, “no existe ningún tipo de justificación ante la acción de conciliación. El Estado advirtió sobre el peligro que corría. El propio Ministro de Defensa y yo nos encargamos de explicarle que dados los combates que se presentaban en la zona, no era prudente, ni posible, ni conveniente”. (Revista Semana, 2010)

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. 28 de marzo de 2019: Radicado: 52.914.

En conclusión, es claro que por excelencia la causal eximente de responsabilidad en los casos de omisión al deber de protección es el hecho excusivo y determinante del tercero, no obstante, la actuación de la víctima también debe ser analizada.

3.1.4. Reparación de perjuicios

De acuerdo con Juan Carlos Henao existen tres formas de reparación: reparación pecuniaria, reparación in natura y satisfacción. La primera de ellas es la más utilizada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin embargo, se ha intentado de cierta forma incluir nuevas formas novedosas de reparación.

Todos los tipos de reparación tiene como objetivo final volver a la persona de la forma más próxima al estado anterior de la ocurrencia del daño, es por ello por lo que la jurisprudencia en diferentes oportunidades ha incluido otros tipos de reparación diferente a la pecuniaria y ha abierto el abanico de posibilidades de reparación pecuniaria, especialmente aquellas que buscan resarcir los daños inmateriales, lo que puede llevar a cruzar una línea muy estrecha e indemnizar dos veces el mismo daño:

“El gran debate en este punto se orienta a impedir que las diversas formas de reparación resarzan idéntico daño, y la respuesta exitosa consistirá en que cualquier clasificación de rubros del daño determine con claridad qué y cómo se repara, para no violentar la regla de la prohibición de indemnizar dos veces el mismo daño”. (Henao, 2015)

Por otro lado la jurisprudencia del Consejo de Estado tipifica la reparación en: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición:

“En esa medida, siguiendo esta directriz internacional, que ha sido introducida en el ordenamiento jurídico y unificada en esta sentencia, todo abuso o desbordamiento arbitrario del poder público que vulnere los derechos de los asociados y se materialice en daños antijurídicos genera un deber para el Estado de (i) restituir; (ii) indemnizar; (iii) rehabilitar; (iv) satisfacer y (v) adoptar garantías de no repetición. (...) Estas formas de reparación que se unifican en la presente sentencia son consonantes con las

obligaciones estipuladas por el artículo 63.1 de la Convención Americana, (...) Así, la jurisprudencia internacional ha entendido que la obligación de reparar comprende la reparación patrimonial y la reparación de daños extrapatrimoniales en atención a reparar integralmente de manera individual y colectiva a las víctimas.”⁶⁸

Como se puede evidenciar la jurisprudencia del Consejo de Estado establece al igual que la doctrina que existe reparación patrimonial y extrapatrimonial. Respecto a la primera de ella no existe ninguna controversia, ya que se divide en lucro cesante y el daño emergente, montos que pueden ser probados dentro del proceso, no obstante existen ciertas presunciones.

Por el contrario, en el caso de la reparación extrapatrimonial la jurisprudencia tuvo grandes cambios, sin embargo unificó su criterio:

“Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera: La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación. (...)”

En conclusión, el principio general establece que la víctima debe ser indemnizada integralmente. Podemos decir que, con los cambios jurisprudenciales, no importa el nombre que se le de al daño, ya sea salud, fisiológico o biológico, lo realmente importante es reparar totalmente a la víctima.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. 28 de agosto de 2014: Radicado: 32988

3.2. Requisitos sustanciales

El Consejo de Estado no ha tenido una línea jurisprudencial constante respecto a los requisitos necesarios para calificar la responsabilidad del Estado por omisión en marco del deber de protección, lo cual se evidencia en sus decisiones.

3.2.1. La existencia de un riesgo

El primer elemento es la existencia de un riesgo; este es el elemento principal para determinar la obligación del Estado de protección, teniendo en cuenta que no es cualquier riesgo, por el contrario, como lo ha dicho la jurisprudencia y la Ley, debe ser un riesgo extraordinario o extremo. Por regla general, dicho riesgo debe ser probado, siquiera sumariamente por la víctima.

En el año 2007, el Consejo de Estado estableció ciertos criterios para analizar la responsabilidad del Estado en el marco del deber de protección:

“i) indiciariamente se prueba que la víctima informa a las autoridades policiales acerca de las circunstancias de peligrosidad en que vive; ii) la autoridad policial conocía el riesgo que corría la víctima; iii) no es indefectible la prueba de la petición de protección; iv) basta que las autoridades si conocieran la situación de peligro en que se enmarcaba la persona.” (Consejo de Estado, 2007)

La prueba indiciaria hace referencia a que la víctima tiene la obligación de probar por cualquier medio, es posible probar por medio de indicios (medio probatorio flexible) su situación de riesgo. En jurisprudencia posterior se desarrolló el tema específico de la prueba indiciaria llegando a afirmar que era necesario que existieran indicios *“de que la víctima estaba siendo amenazada y de esta circunstancia tenía conocimiento la*

policía".⁶⁹ Es importante, tener en cuenta que en este momento el Consejo de Estado habla de un peligro, no de un riesgo.

En segundo lugar, estos criterios están dirigidos exclusivamente a un elemento cognitivo, ya que lo importante es que la autoridad encargada tenga conocimiento del riesgo, sin importar si era o no informado por la víctima.

Este elemento cognitivo fue reiterado por la jurisprudencia⁷⁰, sin embargo, se incluyó un elemento de previsibilidad:

- a) *No se solicita expresamente dicha protección, pero es previsible que la persona lo requiere y aún así el Estado no presta las medidas de protección pertinentes.*
- b) *Se requiere la protección, basado en circunstancias especiales, sin embargo, estas no son implementadas.*
- c) *Se deja a la población a la merced de los grupos de delincuencia.*

De los tres elementos anteriormente mencionados, el Consejo de Estado⁷¹ posteriormente reitera dos de ellos y agrega otros dos:

- a) *Los hechos sean perpetrados con la intervención o complicidad de agentes del Estado.*
- b) *La persona contra quien se dirigió el ataque solicitó medidas de seguridad a las autoridades y estas no lo brindaron.*
- c) *La víctima no solicitó las medidas de protección referidas, pero la fuerza pública tiene concurriendo de las amenazas contra su vida.*
- d) *En razón a circunstancias especiales, sociales y políticas, del momento lo ocurrido era previsible, pero no se adelantaron las medidas necesarias para evitarlo.*

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. 25 de febrero de 2009. Radicado: 18.106

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. 20 de noviembre de 2008. Radicado 20.511.

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de octubre de 2012. Radicado: 25.970; Consejo de Estado, Sección Tercera. 12 de diciembre de 2013. Radicado: 28.800; Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de mayo de 2014. Radicado: 30.377. Consejo de Estado, Sección Tercera. 8 de julio 2017. Radicado: 46.638.

Mantiene su posición respecto al elemento de solicitud de parte de la persona que se encuentra asumiendo un riesgo y la previsibilidad del riesgo. Adicionalmente menciona, la posibilidad que los hechos sean realizados con intervención o complicidad de los agentes y cuando existe un conocimiento generalizado de la situación de riesgo.

No obstante, el Consejo de Estado en diferentes oportunidades ha modificado su posición y ha reiterado y adicionado ciertos criterios, como es el caso de la sentencia del 31 de enero de 2011⁷², donde planteó cinco criterios para valorar la falla del servicio, enfocados directamente a la situación de riesgo, la previsibilidad, un elemento cognitivo y la omisión del Estado:

“i) que con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos había “conocimiento generalizado” de la situación de orden público de una zona, que afectaba a organizaciones y a las personas relacionadas con éstas;

ii) que se tenía conocimiento de “circunstancias particulares” respecto de un grupo vulnerable;

iii) que existía una situación de “riesgo constante”;

iv) que había conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía, y;

v) que no se desplegaron las acciones necesarias para precaver el daño” (Consejo de Estado, 2011)⁷³.

Los anteriores criterios no permiten realizar un análisis completo de la responsabilidad del Estado; en primer lugar, la jurisprudencia afirma que antes y **“después”** de la ocurrencia del hecho debe existir un conocimiento generalizado de la situación de orden público de la zona; es claro que Colombia es un país que ha sufrido las consecuencias de la guerra por más de 50 años, lo cual no significa que deba existir una perturbación del orden público en la zona, ya que se pueden presentar situaciones en las cuales solo

⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera. 31 de enero de 2011. Radicado 17.842

⁷³ Posición reiterada en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. 13 de febrero de 2013. Radicado 23.436. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 de noviembre de 2017. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Radicado: 37.356.

exista un riesgo extraordinario o extremo para una persona determinada en una zona de “paz”.

Así mismo, no es claro cual es el objetivo que sea de conocimiento general, la situación de orden público con posterioridad a la ocurrencia del hecho dañino, si en ese momento ya se consolidó el daño. A pesar de esto, cuando el Consejo de Estado realiza el análisis del caso concreto denomina este elemento como *intuito personae* y en su análisis no estudia la anterioridad o posterioridad del orden público, sino el contexto social y personal.

El segundo criterio se denomina: amenaza, situación de peligro o de riesgo; no obstante, para seguir con la denominación esbozada por la Ley debería denominarse riesgo, excluyendo el peligro y la amenaza, al igual que el tercer criterio, donde le otorga un apellido al riesgo “*constante*” cuando realmente debería denominarse *riesgo excepcional o extremo*. Es importante señalar en este punto que no es preciso y deja duda en que consiste la palabra “*constante*”.

Los criterios cuatro (*que había conocimiento del peligro al que estaba sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejercía*) y quinto (*que no se desplegaron las acciones necesarias para precaver el daño*), se encuentran relacionados a las actividades realizadas por la administración, de acuerdo con la información que tenga en su poder o que debía conocer, en otras palabras, hace referencia a los elementos de previsibilidad y resistibilidad, los cuales serán analizados en el último acápite.

Ahora bien, aún cuando se ha reiterado por la jurisprudencia estos criterios no son analizados en forma detallada y escalonada. Por el contrario, se realiza un análisis del caso concreto de acuerdo con el contexto social y personal y el cumplimiento de las

obligaciones por parte del Estado, lo que deja en duda la efectividad de los criterios anteriormente transcritos, aún cuando son mencionados en reiterada jurisprudencia.^{74 75}

En conclusión, hasta este momento se habían reiterado tres elementos importantes: la existencia del riesgo y su cognoscibilidad, la solicitud de protección realizada directamente por la víctima como único requisito para probar el elemento cognitivo por parte del Estado, el cual será analizado a reglón seguido, y la previsibilidad y resitibilidad, el cual será analizado en el último acápite.

3.2.2. El requerimiento previo y su flexibilización

En primer lugar, es necesario establecer que, en un inicio, el Consejo de Estado adoptó la teoría ya atendida por la Corte Suprema de Justicia, en la cual, era necesario un requerimiento previo de protección por parte de la víctima, en otras palabras, un procedimiento rogado. En este sentido, el Consejo de Estado entendió que la obligación

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. 20 de noviembre de 2017. Radicado: 37.356. *“Por tanto, esta Subsección se abstendrá en el sub lite de endilgar responsabilidad a la NACIÓN pues no encontró probada una situación específica de amenaza que se posara sobre la humanidad de CARLOS ALBERTO CASTAÑO BASTIDAS. Por el contrario, la única prueba que reposa en el plenario es un testimonio que describe las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y confirma que quienes secuestraron y dieron muerte al familiar de los demandantes, fueron miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia que encontró probada el hecho exclusivo y determinante de un tercero como causal eximente de responsabilidad.”*

Consejo De Estado, Sección Tercera. 23 de mayo de 2012. Radicado: 41.142: *“1) La posición intuitu persona (condiciones personales y sociales). 2) La situación de peligro o riesgo. 3) Conocimiento de la situación por parte de la autoridad. 4) Posición de garante. 5) Deber de evitar las amenazas y riesgos – posición de garante.*

Consejo De Estado. Sección Tercera. Sentencia de 18 de enero de 2012. Exp. 19959. *La posición intuitu personae (condiciones personales y sociales). 2) Antecedentes de persecución o de atentados criminales. 3) Las amenazas y la situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesto el abogado Javier Alberto Barriga Vergel. 4) La circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió la muerte violenta del político Javier Alberto Barriga Vergel y de las investigaciones adelantadas por el mismo.”*

Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de enero de 2012. Radicado: 21.196: *“1.La posición intuitu personae (condiciones personales y sociales). 2. Las amenazas y la situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesto el dirigente político Feisal Mustafá Barbosa. 3. Medio anómalo por ausencia de fuerza pública. 4. La circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió la muerte violenta del político Feisal Mustafá Barbosa y de las investigaciones adelantadas por el mismo.”*

Consejo De Estado, Sección Tercera. 26 de febrero de 2015. Radicado: 37569: *“De acuerdo con los anteriores asertos, el daño antijurídico deviene imputable a las entidades demandadas, toda vez que la Fuerza Pública estaba en el deber de evitar el resultado que en virtud del conocimiento y las reglas de la experiencia era esperable, esto es que los grupos al margen de la ley que operaban en la zona atentara contra la vida e integridad del señor Alcalde Sandoval Quintana y, comoquiera que esa intervención no se produjo, se configuró una omisión, la cual, sin anfibología alguna, fue determinante en la producción del daño, circunstancia que desencadena una responsabilidad de tipo patrimonial de la Administración Pública, máxime si esa circunstancia configuró un desconocimiento del deber de seguridad y protección, lo cual no es otra cosa que una clara falla del servicio”.*

Consejo De Estado. Sección Tercera. 1 de febrero de 2016. Radicado: 48842: *“Para realizar el juicio de imputación en el caso en concreto, la Sala examina los siguientes aspectos: (1) considerar la posición intuitu personae (condiciones personales y sociales); (2) las amenazas y la situación de peligro o riesgo a la que se encontraba expuesto el actor o dirigente político SILIVO VÁSQUEZ VILLANUEVA; (3) situación contextual o medio anómalo por ausencia de fuerza pública y limitación probatoria de las autoridades policiales y de inteligencia a la exigencia de solicitud de protección o de afirmación de amenazas por la víctima; y, (4) las circunstancias de tiempo, modo y lugar.”*

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. 31 de enero de 2011. Radicado: 17.842: en esta oportunidad el Alto Tribunal Administrativo realizó un análisis detallado de cada uno de los criterios mencionados.

de protección no era de resultado, por lo cual la persona debía activar o requerir a la administración cuando se encontrara en una situación de riesgo.

Sin embargo, esta no fue una decisión unánime, el consejero Carlos Betancur Jaramillo, se apartó de lo planteado anteriormente, y afirmó que existen situaciones de acuerdo con el contexto de nuestro país, en las cuales no es posible solicitar protección, por lo cual no se debe imponer una carga absoluta a las personas, teniendo en cuenta que el Estado debe actuar bajo el principio de solidaridad.⁷⁶

Esta última posición fue adoptada por el Consejo de Estado, al considerar que la administración no podía ser un sujeto pasivo, por el contrario debía actuar de acuerdo al contexto y la situación *intuito personae*.

Posteriormente, la posición del Consejo de Estado fue moderada, era necesario realizar un estudio de las circunstancias del caso concreto, para determinar la necesidad de un requerimiento previo ante la autoridad administrativa.

El Consejo de Estado fue perfeccionando su posición y estableció determinados criterios tomando términos como peligrosidad, indicios, previsibilidad, entre otros. Finalmente, superó el requisito de requerimiento previo como un elemento para determinar la responsabilidad del Estado.

3.2.3. La posibilidad razonable de impedir la ocurrencia del daño.

Se puede apreciar, de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, los elementos de previsibilidad y resistibilidad se encuentran

⁷⁶ i) en este tipo de asunto se produce la tensión entre la salvaguardia de la forma sagrada y la premisa “darle a cada cual lo suyo; ii) la protección que merece todo individuo debe estar cerca; iii) debe estarse presto a actuar ante las primeras señales de perturbación; iv) en circunstancias anormales o excepcionales la autoridad no puede esperar que se cumpla con el requerimiento; v) ante una época de terror y angustia, “cuando la subversión cierra su cerco y el crimen organizado y brutal gana prestigio social”, todo ciudadano puede esperar la solidaridad; vi) la protección debe ser acorde con los riesgos propios de la actividad que cada individuo cumple; vii) frente a un estado de zozobra se extreman los riesgos y debe ampliarse la protección de aquellas personas que dirigen el Estado, y; viii) a la víctima no cabe endilgarle culpa por no haber protegido, o pedir la protección con todas las formalidades.

estrechamente relacionados; esto se puede reconocer en lo expuesto por el Consejo de Estado, así:

“En términos generales, cuando se trate de actos violentos de terceros, el Estado responde a título de falla del servicio, porque: “i) haya participado directa o indirectamente en la producción del hecho dañoso, o ii) no hubiere intervenido en el acto o hecho generador del daño, pero este le era previsible y resistible, y no adoptó las medidas necesarias e idóneas encaminadas a anticipar, evitar o mitigar el resultado dañoso, pudiendo y debiendo hacerlo.”⁷⁷ Sobre este último aspecto, esto es, la previsibilidad del daño, la jurisprudencia de la Corporación ha tenido en cuenta la variable del contexto, para evaluar el conocimiento anticipado que las autoridades pueden tener de determinado hecho, razón por la cual, la Sala hará un análisis de incidencia del contexto como factor para determinar la actuación o inactuación constitutiva de falla”. (subrayado fuera de texto) (Consejo de Estado, 2017)

De acuerdo al planteamiento anterior se debe realizar un análisis de la situación particular del sujeto y de su contexto, con el fin de determinar si la administración hubiese podido prever el hecho dañino teniendo en cuenta sus antecedentes, el contexto de la zona, la actividad desarrollada por el actor, y, de acuerdo con este análisis, determinar si es resistible, en otras palabras, si es posible evitarlo por medio de la implementación de las medidas de protección idóneas.

En este mismo sentido, el Consejo de Estado en jurisprudencia reciente ha reiterado su posición, así:

“No se trata de imponerle al Estado obligaciones imposibles ni de hacerle exigencias sobre la base de pronósticos improbables y remotos, como tampoco de reclamarle lo que solo un Estado ideal estaría en condiciones de cumplir. Pero cuando exista una cadena de sucesos previos, debidamente conocidos y comprobados, con base en los cuales se haya estimado un riesgo exponencial que haga previsible la vulnerabilidad de

la población y, por ende, la necesidad de emprender acciones de protección acordes a la situación evidenciada, si estas no se promueven, es decir, si no se adoptan las medidas procedentes y pertinentes, se configura una falla por omisión en los deberes especiales de asegurar las condiciones en tan particular escenario.” (Consejo de Estado, 2017)

Consecuente con lo anterior, es importante tener en cuenta los hechos notorios⁷⁸, cuando la víctima no ponga en conocimiento a la autoridad competente el riesgo que se encuentra soportando, pero este es evidente, se compromete la responsabilidad estatal, ya que el deber de protección no es rogado.

En conclusión, es claro que para que exista responsabilidad del Estado frente a la omisión del deber de protección es indispensable que la administración tenga conocimiento previo de la situación⁷⁹, ya sea por que la víctima lo ha informado, sin importar el medio que lo haya realizado o por que es un hecho notorio, o por que la administración debía tener conocimiento, en esto consiste el elemento de previsibilidad. El Consejo de Estado ha reiterado esta posición, ya que es claro que no es posible cargar a la administración con obligaciones imposibles:

“Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto insurgente”. (Consejo de Estado, 2012)

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. 10 de agosto de 2000. Radicado: 11.585: *“concluyó el Consejo, en esta oportunidad, que existía un deber especial, en cabeza del Estado, de proteger al mencionado inspector de policía, deber que surgió cuando sus particulares circunstancias de peligro se hicieron evidentes, a raíz de las amenazas recibidas, y fueron informadas a las autoridades competentes. Sin duda, entonces, el incumplimiento de este deber facilitó la acción de los antisociales”* (Subrayado fuera de texto).

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. 12 de marzo de 2015. Radicado 32.993: *“Descendiendo al caso concreto, aunque las pruebas indican que al parecer la señora Zuly Maritza Tovar Casallas fue asesinada por grupos al margen de la Ley que delinquieran en municipio de La Palma, esta circunstancia no significa, de modo alguno, que el Estado estaba en la obligación de protegerla de manera especial, pues, se reitera, no hay evidencia en el expediente de que el Ministerio del Interior u otra entidad Estatal tuvieran conocimiento de la situación de riesgo en el que, según la demanda, se hallaba la ahora víctima y de la cual se hubiera derivado el deber de adoptar medidas específicas para preservar la vida de la señora Tovar Casallas. Con fundamento en lo que viene de exponerse, la Sala concluye que no está probada la presunta omisión en el deber de protección en que incurrió el Estado ni ninguna otra situación irregular con base en la cual pueda atribuírsele el homicidio de Zuly Maritza Tovar Casallas, por lo que es imposible declarar su responsabilidad. Por todo lo dicho anteriormente, se impone confirmar la sentencia”*.

El segundo elemento es la resistibilidad, en otras palabras, que “*existan posibilidades racionales de impedir su materialización*” (Consejo de Estado, 2017). Cuando es clara y/o inminente de la ocurrencia del hecho dañino, las medidas que debe adoptar el Estado deben ser más categóricas:

“Entonces, para que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión en el deber de protección, no es necesario el previo, expreso y formal requerimiento por parte del amenazado o afectado, pues de comprobarse cualquiera de las hipótesis anteriormente plasmadas, este estará llamado a responder, en tanto el daño producto del acto violento era previsible y resistible, situación que necesariamente conllevaba a la obligación de que los agentes estatales tomara las medidas necesarias y pertinentes para evitar o mitigar el daño.”⁸⁰

Es claro que cuando es posible contrarrestar el riesgo, la entidad competente es responsable por su omisión.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de abril de 2019. Radicado 44992.

CONCLUSIONES

- La falla del servicio tiene como objetivo realizar un contraste entre el contenido de la obligación en cabeza del Estado con su nivel de cumplimiento. Es por ello, que es indispensable determinar el contenido de las obligaciones a analizar.
- La seguridad de las personas es un derecho fundamental que se encuentra consagrado a nivel nacional e internacional. La constitución política establece un deber general del Estado en su artículo 2. Sin embargo, se encuentra desarrollado en la Ley y en la jurisprudencia.
- Del derecho a la seguridad personal se desencadenan dos obligaciones conjuntas, la primera de ellas se encuentra en cabeza del Estado como el máximo protector de los derechos de los ciudadanos, sin embargo, también se encuentra la obligación de autoprotección de las víctimas, obligación la cual los ciudadanos hacemos caso omiso. Este último, ha adquirido un gran valor jurídico, en la medida que puede ser usado como un eximente de responsabilidad del Estado o también puede ser analizado como una concausa.
- El Estado no puede ser considerado como un asegurador universal, es por ello que la obligación de protección se encuentra limitada por la capacidad institucional, por lo cual es posible llegar a la conclusión que esta es una obligación de medio y no de resultado. De lo contrario, estaríamos otorgando un tinte objetivo a la misma.
- Aún cuando la Corte Constitucional, se ha encargado de darle el valor con el que cuenta en este momento el deber de protección, tarea que ha realizado abanderando los principios de un Estado Social de Derecho, el Consejo de Estado ha adoptado ciertas posiciones que opacan este trabajo de construcción jurisprudencial.

- En algunos casos, se logra ver el espíritu luchador del juez, creyendo que por medio de la función de impartir justicia y basándose en principios como la equidad y la solidaridad, puede “resarcir” el daño que ha causado el conflicto armado, lo que ha llevado a desvirtuar los objetivos de la responsabilidad.
- Se ha creado un choque en las decisiones internas del Consejo de Estado, en algunas ocasiones, el Alto Tribunal Administrativo utiliza la teoría de posición de garante como fundamento de la responsabilidad, dejando a un lado la falla del servicio, en otros casos mezcla las dos posiciones, y en otro tanto utiliza el título de imputación de falla del servicio.
- No existe una línea jurisprudencial uniforme, ya que los argumentos utilizados por los H. Consejeros no son lo suficientemente sólidos, lo que ha generado finalmente una inseguridad jurídica.
- Una vez analizada la jurisprudencia del Consejo de Estado, es claro que el único título de imputación que debe fundamentar la responsabilidad en estos casos es la falla del servicio, teniendo en cuenta que el Estado tiene una obligación y si no la cumple, es responsable por su omisión. Esta es una obligación de medio y que debe ser analizada de acuerdo a la relatividad del servicio.
- El uso de las teorías de imputación objetiva y posición de garante generan más riesgos que ventajas. En primer lugar, porque no existen argumentos sólidos y constantes que justifiquen su uso. Y en segundo lugar, el Consejo de Estado en el momento que utiliza estas teorías mezcla los conceptos con el elemento de imputación.
- En la actualidad, es evidente una dificultad ligada a la seguridad de los líderes sociales, como respuesta a la situación de transición que está viviendo el país, la cual ha sido manejada con cautela por el Estado. No existe un procedimiento

expedito o una ruta de protección diferente a la establecida en el decreto 1066 de 2015, que contraresta esta coyuntura.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- García, L. (1994). *La comisión por omisión en el derecho penal español*. Madrid.
- Gil, Enrique. (2017). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.
- Guerra Moreno, D. (2015). En M. Aramburo Calle, L. D. Pabon Giraldo, M. M. Bustamante Rúa, M. I. Quintero Perez, D. Guerra Moreno, & J. A. Perozo Hernandez, *Aspectos especiales de la responsabilidad civil y del Estado. Una visión moderna* (págs. 181- 216). Bogotá: Grupo editorial Ibañez.
- Henao, J. C. (2003). La noción de falla del servicio como violación del contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés. En *Estudios De Derecho Civil, Obligaciones Y Contratos, Libro De Homenaje A Fernando Hinestrosa, 40 Años De Rectoría*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo, J. T. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.
- M´Causland, M. C. (2013). *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. (C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, Edits.) Bogotá, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- M´Causland, M. C. (2015). Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En J. C. Henao, & A. O. Garzon, *La responsabilidad extracontractual del ESTADO: ¿que? ¿porque? ¿hasta donde?* (pág. 560). Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Meza, H., Rodríguez, C., & Rojas, M. (2015). ¿Es el Estado Colombiano garante del Derecho a la educación de los desplazados en el Departamento del Cesar? *Justicia Juris*, 40-49.
- Molina, Roberto. (2013). *Causalidad e imputación objetiva en materia de responsabilidad por la prestación del servicio médico* (tesis de maestría). Bogotá.
- Orejuela, W. R. (2008). Responsabilidad del Estado por actos terroristas. *Ambito Jurídico*, 59.
- Patiño, H. E. (2015). El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En J. C. Henao, & A. O., *La responsabilidad extracontractual del ESTADO: ¿que? ¿porque? ¿hasta donde?* (págs. 167-180). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pugpelat, O. M. (2000). *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Madrid: S.L. Civitas Ediciones.
- Sordini, P. E. (04 de julio de 1999). *Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano*. Recuperado el 08 de 01 de 2018, de Dialnet: [file:///Users/macbook/Downloads/Dialnet-LasObligacionesDeMediosYDeResultadoYLaResponsabili-3253588%20\(3\).pdf](file:///Users/macbook/Downloads/Dialnet-LasObligacionesDeMediosYDeResultadoYLaResponsabili-3253588%20(3).pdf)
- Tamayo Jaramillo, J. (2004). *¿Es el Estado responsable por los daños causados en operación de guerra?* Bogotá.
- Vasquez, D. F. (2008). *La responsabilidad contractual*. medelli: COMLIBROS.

ARTÍCULOS

- ABColumbia. (2016). *Mecanismos de Autoprotección: Comunidades Rurales y Defensores de Derechos Humanos en Colombia*. Bogotá. [https://www.abcolombia.org.uk/wp-content/uploads/2017/06/ABColumbia-Mecanismos de autoproteccion ESP.pdf](https://www.abcolombia.org.uk/wp-content/uploads/2017/06/ABColumbia-Mecanismos-de-autoproteccion-ESP.pdf)
- Ambito Jurídico. (7 de 05 de 2019). *Explican elemento sustancial de la legitimación en la causa por activa y por pasiva*. Obtenido de Ambito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/explican-elemento-sustancial-de-la>
- BBC. (1 de 05 de 2013). *BBC*. Recuperado el 2018 de 15 de 2017, de sindicalista, Colombia: el país más peligroso para ser: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/05/130430_colombia_sindicalismo_peligros_aw
- Centro de Memoria Historica. (01 de 01 de 2013). *Centro de Memoria Historica*. Recuperado el 08 de 01 de 2018, de Centro de Memoria Historica: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2014/cartillaCaqueta/cartilla-caqueta-completa.pdf>
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (01 de 05 de 2014). *Guerrilla y Población Civil*. Recuperado el 08 de 01 de 2018, de Centro de Memoria Histórica: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/farc/guerrilla-poblacion-civil.pdf>
- El país . (06 de 10 de 2015). *¿Cómo ocurrió la masacre del Aro, en Antioquia?* Recuperado el 08 de 01 de 2018, de El país: <http://www.elpais.com.co/colombia/como-ocurrio-la-masacre-del-aro-en-antioquia.html>
- El país. (06 de 10 de 2015). *El país*. Recuperado el 08 de 01 de 2018, de ¿Cómo ocurrió la masacre del Aro, en Antioquia?: <http://www.elpais.com.co/colombia/como-ocurrio-la-masacre-del-aro-en-antioquia.html>
- Fernandez, C. L. (04 de 08 de 2014). *Revista de la facultad de derecho de la Universidad de la republica*. Recuperado el 11 de 12 de 2017, de revista.fder.edu.uy: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/viewFile/271/294>
- H. M., C. R., & M. R. (2015). *¿Es el Estado Colombiano garante del Derecho a la educación de los desplazados en el Departamento del Cesar?* *Justicia Juris*, 40-49.
- Henao, J. C. (2015). *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, 277-366.
- Jaramillo, J. T. (2004). *¿Es el Estado responsable por los daños causados en operación de guerra?* *Ambito jurídico*, 13.
- Las Dos Orillas. (05 de 05 de 2016). *152 periodistas colombianos asesinados en los últimos 38 años*. Recuperado el 13 de 01 de 2018, de lasdosorillas.com:

- <https://www.las2orillas.co/152-periodistas-colombianos-han-sido-asesinados-en-los-ultimos-38-anos/>
- Patiño, H. (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado*. *Revista de Derecho privado*, 20.
- Pérez, N. T. (19 de 07 de 2017). *lasdosorillas.com*. Recuperado el 08 de 01 de 2018, de las dos orillas: <https://www.las2orillas.co/masacre-mapiripan-20-anos-olvido/>
- Pimiento, J. (2016). *Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado*. *Revista de derecho público*, 36.
- Revista Semana. (23 de 06 de 1997). *Semana*. Recuperado el 08 de 01 de 2018, de EL PROCESO 8.000: <http://www.semana.com/especiales/articulo/el-proceso-8000/32798-3>
- Revista Semana. (18 de 09 de 2005). *Revista Semana*. Recuperado el 04 de 01 de 2018, de Seguridad democrática: <http://www.semana.com/online/articulo/seguridad-democratica/67637-3>
- Revista Semana. (9 de septiembre de 2010). *Revista Semana*. Obtenido de <https://www.semana.com/nacion/articulo/ingrid-betancourt-no-tiene-fundamento-su-demanda-mindefensa/119045-3>
- Vaquero Caballería, M. (2005). Las relaciones entre la protección social y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. *Documentación administrativa*, 271.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional. Sentencia C-089 del 3 de marzo de 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001.
- Corte Constitucional. Sentencia T-719 del 10 de abril de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia T-719 del 20 de agosto de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia T-634 del 19 de junio de 2005.
- Corte Constitucional. Sentencia T-496 del 16 de mayo 2008.
- Corte Constitucional. Sentencia T-339 del 11 de mayo de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia T-062 del 4 de febrero de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia T-078 del 14 de febrero de 2013.
- Corte Constitucional. Sentencia T-190 del 1 de abril de 2014.
- Corte Constitucional. Sentencia T-224 del 2 de abril de 2014.
- Corte Constitucional. Sentencia T-460 del 8 de julio de 2014.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. 10 de agosto de 2000. Radicado: 11.585.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. 14 de febrero de 2002. Radicado: 13.253.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. 30 de noviembre de 2006. Radicado: 13.253.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. 30 de noviembre de 2006. Radicado: 14.880.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. 8 de marzo de 2007. Radicado: 27.343.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. 4 de diciembre de 2007. Radicado: 16.894.

Consejo de Estado, Sección Tercera. 15 de diciembre de 2007. Radicado: 69.201.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 6 de marzo de 2008. Radicado: 14443.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 20 de noviembre de 2008. Radicado: 20.511.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 25 de febrero de 2009. Radicado: 18.106.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 28 de abril de 2010. Radicado: 18.072.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 10 de agosto de 2010. Radicado: 11.585.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 23 de septiembre de 2010. Radicado: 1201-08
Consejo de Estado, Sección Tercera. 28 de enero de 2011. Radicado: 18.617.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 31 de enero de 2011. Radicado: 17.842.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 21 de febrero de 2011. Radicado: 31.083
Consejo de Estado, Sección Tercera. 7 de abril de 2011. Radicado: 20.750.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de abril de 2011. Radicado: 18.072.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 27 de abril de 2011. Radicado: 20.368.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 27 de abril de 2011. Radicado: 20.374.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 22 de junio de 2011. Radicado: 19.980.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 25 de agosto de 2011. Radicado: 19.162.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de enero de 2012. Radicado: 19.959.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de enero de 2012. Radicado: 21.196.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 23 de mayo de 2012. Radicado: 41.142.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de agosto de 2012. Radicado: 24.444.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de octubre de 2012. Radicado: 25.970.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 13 de febrero de 2013. Radicado: 23.43.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 12 de diciembre de 2013. Radicado: 28.800.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 9 de abril de 2014. Radicado: 29.312.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de mayo de 2014. Radicado: 18.106.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de mayo de 2014. Radicado: 28.178.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 26 de junio de 2014. Radicado: 26.029.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 28 de agosto de 2014. Radicado: 32988
Consejo de Estado, Sección Tercera. 10 de septiembre de 2014. Radicado: 33.422.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 26 de noviembre de 2014. Radicado: 33.912.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 26 de febrero de 2015. Radicado: 34.776.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 26 de febrero de 2015. Radicado: 37.596.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 12 de marzo de 2015. Radicado: 32.993.
Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2015, Radicado:
47671
Consejo de Estado, Sección Tercera. 29 de junio de 2015. Radicado: 50.104.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 7 de septiembre de 2015. Radicado: 34.158.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 1 de febrero de 2016. Radicado: 48.842.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 25 de febrero de 2016. Radicado: 33.494.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 07 de diciembre de 2016. Radicado:
54001233100019950929501.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 16 de febrero de 2017. Radicado:
68001231500019990233001.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de mayo de 2017. Radicado: 36.386.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de mayo de 2017. Radicado: 37.037.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de mayo de 2017. Radicado: 41.702.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 18 de mayo de 2017. Radicado: 48.407.

Consejo de Estado, Sección Tercera. 01 de junio de 2017. Radicado: 35.197.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 01 de junio de 2017. Radicado: 45.416
Consejo de Estado, Sección Tercera. 14 de julio de 2017. Radicado: 36.675.
Consejo de Estado, Sección tercera. 22 de junio de 2017. Radicado: 47-001-23-31-000-2000-00421-01.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 03 de agosto de 2017. Radicado: 44.302.
Consejo de Estado, Sección Quinta. 03 de agosto de 2017. Radicado: 2001-23-33-000-2017-00234-01(AC).
Consejo de Estado, Sección Tercera. 31 de agosto de 2017. Radicado: 41.187.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 12 de octubre de 2017. Radicado: 53.763A.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 20 de noviembre de 2017. Radicado: 37.356.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 30 de noviembre de 2017. Radicado: 45.416.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 30 de noviembre de 2017. Radicado: 46.567.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 28 de febrero de 2018. Radicado: 47.834.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 4 de marzo de 2018. Radicado: 44.177.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 20 de marzo de 2018. Radicado 42791^a.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 9 de abril de 2018. Radicado: 35.979.
Consejo de Estado. Sección Tercera. 26 de abril del 2018. Radicado 44826.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 19 de julio de 2018. Radicado: 43.387.
Consejo de Estado, Sección Tercera. 28 de marzo de 2019:. Radicado: 52.914.
Consejo de Estado. Sección tercera. 1 de abril de 2019. Radicado 44992.

Corte Suprema de justicia, Sala Penal 29 de 06 de 2016. Radicado: 41245.

NORMATIVA

Asamblea General de las Nacional Unidad. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948.
Asamblea General de las Nacional Unidad. Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial. 1965. Ratificada por Colombia por medio de la Ley 467 de 1998.
Asamblea General de las Nacional Unidad. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. Ratificada en Colombia por la Ley 74 de 1986.
Organización de los Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos. 1969. Ratificada por Colombia por medio de la Ley 16 de 1972.
Asamblea Constituyente. Constitución Política de Colombia. 1991.
Congreso de la República. Ley 418 de 1997.
Asamblea General de las Nacional Unidad. Resolución Sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia religiosa. 1998.
Presidencia de la República. Ministerio del Interior. Decreto 1592 de 2000.
Presidencia de la República. Ministerio del Interior. Decreto 978 de 2000, modificado por el Decreto 2958 de 2010 y el Decreto 2096 de 2012.
Presidencia de la República. Ministerio del Interior. Decreto 2742 de 2001.
Presidencia de la República. Ministerio del Interior. Decreto 2816 de 2006.
Presidencia de la República. Ministerio del Interior. Decreto 1740 de 2010.
Presidencia de la República. Ministerio del Interior. Decreto 3375 de 2011.

Presidencia de la República. Ministerio del Interior. Decreto 4065 de 2011.
Presidencia de la República. Ministerio del Interior. Decreto 4912 de 2011. Modificado
por el Decreto 1225 de 2015.
Congreso de la República. Ley 1347 de 2011.
Presidencia de la República. Ministerio del Interior. Decreto 1066 de 2015.