



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN C**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número:** 11001-03-15-000-2019-03815-00  
**Solicitante:** Nación-Fiscalía General de la Nación  
**Autoridad:** Consejo de Estado  
**Asunto:** Acción de tutela

TUTELA-Admisión de la solicitud. AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO-Notificación como interviniente. INFORME DE TUTELA-Término para que la autoridad lo presente. PRUEBAS EN TUTELA-Documentos allegados con la solicitud. PRUEBAS EN TUTELA-Fecha de notificación de la providencia reprochada. PRUEBAS EN TUTELA-Suspensión del término para decidir la solicitud. RECONOCIMIENTO DEL APODERADO-Decreto 2591 de 1991 y CGP

Por reunir los requisitos establecidos en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 y de conformidad con el reparto previsto por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, **ADMÍTESE** la solicitud de tutela instaurada por la Nación-Fiscalía General de la Nación, a través de apoderada judicial, contra el Consejo de Estado-Sección Tercera-Subsección B. En consecuencia:

1. **NOTIFÍQUESE** a la solicitante y a los señores Consejeros de Estado que dictaron la sentencia del 24 de enero de 2019, Rad. n°. 05001-23-31-000-2005-03186-01. Asimismo a John Jairo Gómez Aristizábal, Germán Alirio Granada Cardona, María Amanda Sánchez Cardoso, Elcy Amparo Gómez Aristizábal, Nidia Stella Zuluaga Gómez, Jesús Alberto Noreña García, Nubia Estella Gómez Aristizábal, Jairo Antonio Aristizábal Aristizábal, Cristian Ferney Gómez Aristizábal, Juan David Aristizábal Botero, Jhonny Hamir Aristizábal Vásquez, Hugo Hernando Aristizábal Hoyos, Bayron Alonso Aristizábal Hoyos, Víctor Alexis Botero Giraldo, Juan Ángel Botero, Uriel Botero Serna, Jorge Abad Giraldo Giraldo, Alba Nury Gómez Zuluaga, Luz Dary Hoyos Cardona, Luis Gonzaga López Aristizábal, Carlos Arturo Soto Gómez, Jaime Alberto Toro Restrepo, Jesús Arturo Zuluaga Hoyos, Robinson Augusto Velásquez Noreña, Juan David Aristizábal Velásquez, Marco Tulio Aristizábal Gómez, Erika Martínez Sánchez, Leonel Giraldo García, Ezequiel Martínez, Ana Lucía Sánchez Pérez, Manuel Tiberio Giraldo García, Blanca Inés García de Noreña, Mercedes Ortiz de León, Luz Marina León Ortiz, Consuelo León Ortiz y a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional-Policía Nacional, como terceros interesados en el resultado de esta acción, a quienes se les remitirá copia de la solicitud. **PUBLÍQUESE** esta providencia en la página web del Consejo de Estado para el conocimiento de quienes pudieran tener interés en el asunto.



2

Expediente n°. 11001-03-15-000-2019-03815-00  
Solicitante: Nación-Fiscalía General de la Nación  
Admite tutela

2. **NOTIFÍQUESE** a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 610 del CGP. **INFÓRMESELE** que el expediente queda a su disposición para su eventual intervención.
3. **INFÓRMESE** a la autoridad judicial y a los terceros con interés que, en el término de tres (3) días, pueden rendir informe sobre los hechos objeto de la tutela, de conformidad con el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.
4. **TÉNGASE** como pruebas con el valor que les asigna la ley los documentos allegados con la solicitud de tutela. **SOLICÍTASE** a la Secretaría del Consejo de Estado-Sección Tercera que certifique la fecha de notificación y ejecutoria de la sentencia del 24 de enero de 2019, Rad. n°. 05001-23-31-000-2005-03186-01. Término tres (3) días.
5. **SUSPÉNDESE** el término para decidir la solicitud de tutela, mientras se practica la prueba ordenada.
6. **RECONÓCESE** personería a la doctora Myriam Stella Ortiz Quintero como apoderada de la solicitante, de conformidad con los artículos 10 del Decreto 2591 de 1991 y 74 del CGP.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

DCM/MCS/MFR/1C





DAJ

Página 1 de 35

Honorables consejeras y consejeros  
**CONSEJO DE ESTADO**  
Calle 12 No. 7-65 Palacio de Justicia  
Bogotá D.C.

2019AUG 16 08:44AM  
SECRETARIA GENERAL  
CONSEJO DE ESTADO  
W-67 A.

**ASUNTO: Acción de tutela**  
**Accionante: Fiscalía General de la Nación**  
**Accionado: Subsección "B", Sección Tercera, Sala de lo**  
**Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.**

**MYRIAM STELLA ORTIZ QUINTERO**, identificada con cédula de ciudadanía número 35.465.712, en mi calidad de Directora de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 898 de 2017<sup>1</sup>, de forma respetuosa y con base en el artículo 86 constitucional me permito presentar acción de tutela en contra de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Como mérito para presentar esta acción de tutela, la FGN encuentra que mediante la sentencia proferida por esa Corporación el 24 de enero de este año<sup>2</sup> en el proceso de reparación directa de Jhon Jairo Gómez Aristizabal y otros en contra de La Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación, han sido vulnerados los derechos constitucionales de esta última al debido proceso y a la igualdad.

La FGN fue la única condenada a indemnizar los daños y perjuicios causados a (i) los familiares de dos víctimas mortales que dejó la explosión de un artefacto explosivo en las instalaciones del centro comercial "El Cid" ubicado en la ciudad de Medellín, perpetrado por la entonces organización guerrillera FARC el 16 de enero de 2003, (ii) los propietarios del referido centro comercial y (iii) los comerciantes afectados. La Subsección B consideró en el fallo mencionado que dada la ubicación contigua de la FGN – Seccional Medellín respecto del referido centro comercial, el ejercicio legítimo de las atribuciones del Ente investigador y acusador conllevó la comisión del atentado.

A juicio de esta Entidad, el fallo cuestionado fue el resultado de:

- (i) La omisión de la Subsección B de estudiar la procedencia de la causal exonerativa de responsabilidad de hecho exclusivo de un tercero, a pesar de que fue oportunamente formulada en la defensa de la FGN y las demás entidades demandadas.

<sup>1</sup> La norma en cita señala: "Artículo 9. Dirección de Asuntos Jurídicos. La Dirección de Asuntos Jurídicos cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Representar a la Fiscalía General de la Nación, mediante poder conferido por el Fiscal General o por quien este delegue, en los procesos judiciales, extrajudiciales, prejudiciales y administrativos en que sea parte la Entidad (...)".

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2019. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. No. 050012331000-200503186-01 (43112).

- (ii) El desconocimiento manifiesto de las normas de Derecho Internacional Humanitario (DIH) que forman parte del bloque de constitucionalidad, al considerar que la FGN – Seccional Medellín tiene el carácter de “objetivo selectivo” bajo un contexto de conflicto armado como el que vivió Colombia y concretamente Medellín en la fecha en que ocurrieron los hechos<sup>3</sup>.
- (iii) La indebida valoración del estudio de seguridad elaborado por la FGN con ocasión de la construcción del centro comercial y parqueaderos “El Cid” en las antiguas instalaciones de un teatro.

A la luz de la jurisprudencia constitucional, en ese pronunciamiento se presentan entonces las siguientes causales específicas de procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales, que se desarrollan ampliamente a lo largo de este escrito:

- (i) **Violación directa de la Constitución Política**, puesto que la omisión en el análisis del hecho exclusivo de un tercero, como causal exonerativa de responsabilidad del Estado, conlleva un quebrantamiento manifiesto del principio de imputación previsto en el artículo 90 superior<sup>4</sup>. Asimismo, considerar a la FGN – Seccional Medellín como blanco selectivo dentro de un contexto de conflicto armado interno desconoce las normas de DIH que forman parte del bloque de constitucionalidad conforme a los artículos 93, 44 y 214, numeral 2º, de la Carta Política.
- (ii) **Defecto fáctico**, porque en la decisión acusada se declara responsable a la Fiscalía General de la Nación sobre la base de una indebida valoración probatoria y un desconocimiento de las reglas de la sana crítica en el examen de los elementos de convencimiento allegados al proceso, circunstancias que desbordan el ámbito razonable de ejercicio de la autonomía judicial y vulneran el derecho al debido proceso probatorio. En particular, este defecto se verifica en la apreciación de una prueba a la que la Subsección B otorga plena certeza en la demostración de la existencia de una actuación del Ente investigador y acusador, generadora de un riesgo excepcional para la ciudadanía.

Conforme a lo anterior, este escrito de tutela presenta el siguiente orden de exposición, que permite identificar fácilmente los componentes de esta acción y su línea argumentativa.

<sup>3</sup> En el fallo cuestionado, la Subsección B precisó lo siguiente: “Frente al análisis del riesgo creado, una moción de claridad conlleva a señalar, perentoriamente, que la actividad de administrar justicia, en sí misma, no es riesgosa y no puede concebirse como tal. No obstante, el riesgo —en clave de conflicto— puede aumentar respecto de las actividades que el Estado desarrolla para contener la criminalidad y asegurar el orden o, aparecer llana e intempestivamente por tratarse de una institución del Estado sobre la cual los perpetradores se figuran un blanco selectivo”.

<sup>4</sup> “ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. // En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

**Estructura**

<b>I. HECHOS.....</b>	<b>3</b>
<b>II. DERECHOS VULNERADOS.....</b>	<b>6</b>
<b>III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....</b>	<b>6</b>
<b>A. LEGITIMACIÓN POR ACTIVA PARA PRESENTAR ACCIÓN DE TUTELA .....</b>	<b>6</b>
<b>B. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD GENERAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES .....</b>	<b>8</b>
(i) La problemática tiene relevancia constitucional.....	9
(ii) Esta acción cumple el requisito de subsidiariedad .....	10
(iii) Esta acción se interpone dentro de un plazo razonable .....	13
(iv) Identificación de los hechos que originaron la violación, así como los derechos vulnerados 13	
(v) La providencia accionada no es una sentencia de tutela .....	14
<b>C. CAUSALES ESPECÍFICAS O MATERIALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES .....</b>	<b>14</b>
(i) Violación directa de la Constitución Política.....	15
(ii) Defecto fáctico.....	19
<b>IV. PRETENSIONES.....</b>	<b>33</b>
<b>VI. MANIFESTACIÓN ESPECIAL .....</b>	<b>34</b>
<b>VII. COMPETENCIA.....</b>	<b>34</b>
<b>VIII. NOTIFICACIONES.....</b>	<b>35</b>

**I. HECHOS**

1. La sentencia demandada puso fin al trámite de segunda instancia del proceso de reparación directa que tenía por objeto que se declare responsable a la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación por los daños y perjuicios causados a los demandantes por la explosión de un carro bomba en los parqueaderos del centro comercial “El Cid” ubicado en la ciudad de Medellín, el 16 de enero de 2003.

Esas pretensiones tienen como fundamento los antecedentes que se precisan a continuación:

- Entre marzo y julio de 2001, los demandantes -que acuden al proceso de reparación directa como propietarios- adquirieron las antiguas instalaciones del entonces teatro “El Cid” ubicado en la ciudad de Medellín con el propósito de construir el centro comercial y parqueaderos “El Cid”, el cual fue inaugurado en los meses de noviembre y diciembre de 2002.
- La construcción del Centro Comercial “El Cid” y su cercanía con las instalaciones de la FGN – Seccional Medellín llevó al Ente Acusador a actualizar el estudio de seguridad sobre las instalaciones de la referida Seccional. La Fiscalía elaboró el informe No. 14 del 13 de diciembre de 2002 en el cual advirtió la posible comisión de un atentado con explosivos por parte

de organizaciones hostiles, dado que el referido centro comercial contaría con una disposición estructural y funcional que permitiría el uso de parqueaderos en el área contigua al edificio del Ente investigador y acusador. Por ello la FGN recomendó medidas especiales de seguridad a los propietarios del inmueble<sup>5</sup>.

- A 25 días de inaugurar las instalaciones del centro comercial y parqueaderos “El Cid”, el 16 de enero de 2003, la entonces organización guerrillera denominada Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (en adelante FARC) detonó un artefacto explosivo en los parqueaderos de dicho inmueble que conllevó la muerte de cinco personas entre las cuales se encontraban el señor Hernando León Ortiz y el menor Kevin Esteban Giraldo Martínez<sup>6</sup>.
- El centro comercial y parqueaderos “El Cid” colindaba al sur occidente con los Edificios Veracruz y Diplomático en donde funcionaban las oficinas de la FGN – Seccional Medellín. En este punto, de acuerdo con el informe definitivo de ajuste de pérdidas suministrado por la firma de consultores Integral S.A. –a solicitud de la compañía de seguros Suramericana S.A.- el vehículo cargado de material explosivo fue ubicado en el segundo nivel de los parqueaderos junto a las estructuras colindantes con el edificio Veracruz de la FGN.
- En el proceso penal que se adelantó por los hechos ocurridos en las instalaciones del centro comercial “El Cid”, la FGN logró demostrar que el atentado fue perpetrado por la compañía “Mártires del Cairo” de la entonces FARC. En consecuencia, el Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado de Armenia condenó por esos hechos a los señores Rigoberto García Quintero, Hernando Pérez, Doris Suárez Guzmán, Omaira Arenas Ospina y Estella Irma Restrepo Arboleda, integrantes del extinto grupo subversivo.
- Las declaraciones rendidas por el señor Carlos Alberto Tabares Ruíz -quien ejercía el cargo de administrador del centro comercial- y la información suministrada por la alcaldía municipal de Medellín mediante oficio No. 003830 dan cuenta que los días previos al atentado, el centro comercial no había recibido amenazas y por lo tanto los propietarios no habían solicitado servicio de protección a las autoridades correspondientes.

2. El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia del 26 de julio de 2011, negó las pretensiones de la demanda de reparación directa. Para tomar dicha

<sup>5</sup> En relación con este aspecto, en el estudio de seguridad la FGN precisó lo siguiente: “La destinación mixta de la locación colindante como Parqueadero y Centro Comercial implica la concurrencia de un gran número de usuarios al complejo por razones diversas (...) lo que incrementa la posibilidad de que organizaciones hostiles a la institución accedan al muro colindante del edificio ocupado por la Fiscalía. //El servicio de parqueadero incrementa significativamente la posibilidad de que un vehículo sea utilizado como medio para introducir, ocultar y activar un artefacto explosivo o contaminante que inevitablemente afecte la edificación ocupada por la Fiscalía” (Subrayado por fuera del texto).

<sup>6</sup> La sentencia cuestionada se refiere a los autores del atentado contra el centro comercial “El Cid”, en los siguientes términos: “Dentro de la investigación penal, se logró demostrar que el atentado fue perpetrado por la compañía Mártires del Cairo de la extinta guerrilla de las FARC, hechos por los cuales fueron condenados los señores Rigoberto García Quintero, Hernando Pérez, Doris Suárez Guzmán, Omaira Arenas Ospina, Estella Irma Restrepo Arboleda, integrantes del otrora grupo subversivo”.

determinación, esa Corporación consideró que la parte demandante —a pesar de contar con las copias del proceso penal que se adelantó por esos hechos— se abstuvo de acreditar que el atentado estuviera dirigido contra las instalaciones de la FGN – Seccional Medellín. Sobre el particular precisó que ni las informaciones de los medios de comunicación ni la colindancia notoria del centro comercial “EL Cid” con las oficinas del Ente Investigador y Acusador en Medellín, permiten demostrar que el objetivo del atentado era esta entidad pública.

El Tribunal resaltó que días antes del atentado, la FGN elaboró estudio de seguridad dirigido a los propietarios del centro comercial. Ese estudio comprendió (i) la inspección física del edificio, labores de campo y vecindario, así como análisis de planos y entrevistas con los constructores y administradores del edificio; y (ii) recomendaciones especiales de seguridad habida cuenta del riesgo de que se perpetrara un atentado terrorista en esas instalaciones comerciales. Sin embargo precisó que el centro comercial falló en la vigilancia y la revisión mediante espejos de la parte interna de los vehículos, e inclusive, el uso de perros que pudieran detectar los explosivos.

3. El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación y el conocimiento del mismo le correspondió a la Sección Tercera del Consejo de Estado.

4. Mediante sentencia del 24 de enero de 2019, la Subsección B, de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (C.P. Ramiro Pazos Guerrero) revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, declaró como único responsable a la FGN por los daños ocasionados a los demandantes por el atentado en contra del centro comercial “El Cid” perpetrado por las entonces FARC el 16 de enero de 2003 en la ciudad de Medellín. Para tomar dicha determinación, esa Corporación fue enfática en señalar que la FGN no incurrió en falla en la prestación del servicio, por cuanto —de cara al riesgo que representaba para sus instalaciones el centro de comercial adyacente— elaboró estudio de seguridad en el que (i) advirtió la posible comisión de atentados con artefactos explosivos dada la afluencia masiva de personas y (ii) recomendó medidas especiales de protección para paliar el referido riesgo.

Sin embargo, la Subsección B precisó que dada la ubicación de la FGN - Seccional Medellín (contigua a las instalaciones del centro comercial) y el ejercicio legítimo de sus atribuciones constitucionales y legales, bajo un contexto de conflicto armado —como el que vivió Colombia y particularmente Medellín para la fecha de los hechos— convirtió a las oficinas de esta Entidad en la capital antioqueña en **blanco selectivo de grupos armados irregulares**, situación que conllevó la creación de un riesgo excepcional para la población civil que se materializó en la detonación de un artefacto explosivo en las instalaciones del Centro Comercial “El Cid”<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Así lo precisó la Subsección B, en los siguientes términos: Frente al análisis del riesgo creado, una moción de claridad conlleva a señalar, perentoriamente, que la actividad de administrar justicia, en sí misma, no es riesgosa y no puede concebirse como tal. No obstante, el riesgo —en clave de conflicto— puede aumentar respecto de las actividades que el Estado desarrolla para contener la criminalidad y asegurar el orden o, aparecer llana e intempestivamente por tratarse de una institución del Estado sobre la cual los perpetradores se **figuran un blanco selectivo**. Sin duda, en ese contexto, las labores legítimamente desarrolladas por la Fiscalía representaban un obstáculo para cualquier grupo que se contrapusiera armada y políticamente al Estado, como

## II. DERECHOS VULNERADOS

Como se explica a continuación, la Fiscalía General de la Nación considera que mediante la sentencia del 24 de enero de 2019, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la acción de reparación directa interpuesta por John Jairo Gómez Aristizabal y otros contra la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación, se vulneraron los derechos constitucionales de esta última al debido proceso y a la igualdad, con violación de los artículos 13, 29, 90 y 93 de la Carta Política.

## III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El fundamento de las solicitudes realizadas por la Fiscalía General de la Nación en la presente acción de tutela, se desarrolla a continuación bajo la siguiente estructura: (i) en primer lugar, se estudia la legitimación en la causa por activa con la que cuenta el Ente investigador y acusador para presentar acción de tutela en contra de la aludida sentencia de la Subsección B; (ii) se verifica el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia del recurso de amparo contra providencias judiciales; y (iii) en tercer lugar, se demuestra cómo en el presente caso se configuran dos causales específicas para la procedencia de esta acción, relativas a la violación directa de la Constitución y a un defecto fáctico.

### A. LEGITIMACIÓN POR ACTIVA PARA PRESENTAR ACCIÓN DE TUTELA

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1° del Decreto 2691 de 1991, toda persona podrá interponer acciones de tutela para reclamar ante los jueces o tribunales, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Lo anterior indica que la titularidad en el ejercicio de la acción de tutela está en cabeza de *toda persona*, en atención a que ni la Constitución Política, ni el Decreto que reglamenta la acción de tutela hacen distinción sobre qué tipo de personas pueden solicitar el amparo constitucional. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha entendido que tanto las personas naturales como las jurídicas, en su calidad de sujetos de derechos, pueden presentar acciones de tutela<sup>8</sup>.

ocurría con las FARC; por tanto, una labor que ingénitamente no acarrea riesgos, dadas las condiciones de orden público y de conflicto, podía verse expuesta al influjo violento de los grupos armados irregulares y, de paso, exponer a su radio circundante [Resaltado por fuera del texto].

<sup>8</sup> Ver sentencias SU-182 de 1998, SU-691 de 2011 y T-1066 de 2012. Al respecto, en la primera sentencia la Corte Constitucional señaló: “Dentro de las personas jurídicas, las estatales propiamente dichas así como las de capital mixto -público y privado- no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones, toda vez que, por conducto de sus órganos y con indudable repercusión en el interés y en los derechos de los seres humanos, son sujetos que obran con mayor o menor autonomía dentro del cuerpo social, que no puede menos de reconocer su existencia y su influjo, benéfico o perjudicial”. Ver también, sentencia T-1066 de 2012.



Sin embargo, las personas jurídicas no son titulares de los mismos derechos que las naturales. Así por ejemplo, una asociación no goza de dignidad humana o derecho al mínimo vital, de manera que no puede pretender su amparo<sup>9</sup>. En cambio, una persona jurídica sí tiene derecho al debido proceso, a la igualdad, a la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, a la libertad de asociación, a la inviolabilidad de los documentos, al acceso a la administración de justicia, entre otros<sup>10</sup>.

Sobre el caso particular de las personas jurídicas de derecho público, la Corte Constitucional ha señalado que éstas pueden solicitar la protección de sus derechos en aquellos casos relacionados con su naturaleza, actividades y funciones:

“Dentro de las personas jurídicas, las estatales propiamente dichas así como las de capital mixto -público y privado- no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones (...)”<sup>11</sup>.

En consecuencia, la Fiscalía General de la Nación, como una persona jurídica de derecho público<sup>12</sup>, está legitimada para interponer la presente acción de tutela, dado que ésta tiene por objeto la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

La salvaguarda de estas garantías y la consecuente presentación de las acciones necesarias para ello, sin duda constituyen actuaciones que se ajustan a la naturaleza y funciones que le han sido confiadas constitucional y legalmente a la Fiscalía. En efecto, la presentación de esta acción de tutela se enmarca en el ejercicio de las funciones confiadas a la Fiscalía en tanto que este recurso se dirige a defender el patrimonio de la Nación y evitar que el Ente investigador y acusador sea condenado a responder por daños antijurídicos que no le son imputables en los términos del artículo 90 constitucional y las normas legales que lo desarrollan.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho de postulación de las personas jurídicas en materia de tutela, sean éstas de derecho público o privado, está en cabeza de su representante legal, quien debe manifestar que actúa para proteger los intereses de la persona que representa<sup>13</sup>.

El Fiscal General delegó la representación judicial de la Fiscalía General de la Nación en el (la) Director(a) de Asuntos Jurídicos y en el (la) Coordinador(a) de la Unidad de Defensa Jurídica<sup>14</sup>, mediante la Resolución No. 0303 de 2018, “[p]or la cual se

<sup>9</sup> Al respecto señaló la Corte Constitucional en la sentencia SU-182 de 1998: “La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables”.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1066 de 2012.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-182 de 1998.

<sup>12</sup> Artículos 116 y 249 de la Constitución Política, Artículo 4, Decreto Ley 016 de 2014 y artículo 159 de la Ley 1437 de 2011.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-903 de 2001.

<sup>14</sup> El artículo 8° de la Resolución No. 0303 de 2018 “Por medio de la cual se establece la organización interna de la Dirección de Asuntos Jurídicos y se dictan otras disposiciones” establece lo siguiente: Delegar en el Director(a) de Asuntos Jurídicos y en el Coordinador(a) de la Unidad de Defensa Jurídica, la facultad de otorgar poder para ejercer la representación de la Fiscalía General de la Nación en los procesos judiciales,

establece la organización interna de la Dirección de Asuntos Jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

En estos términos, en atención a que la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 24 de enero de 2019<sup>15</sup> condenó a esta Entidad al pago de una indemnización a favor de los demandantes, la presentación de esta acción de tutela se enmarca dentro de las funciones y competencias de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación. Por lo tanto, se interpone entonces esta acción constitucional con el fin de demandar la protección de los intereses y garantías fundamentales del Ente investigador y acusador.

## **B. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD GENERAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES<sup>16</sup>**

El artículo 86 de la Carta Política contempla que los ciudadanos podrán acudir a la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. A su turno, la Corte Constitucional ha señalado que los jueces y tribunales son autoridades públicas y sus actuaciones se materializan en providencias judiciales (autos y sentencias). De esta manera, si por medio de una providencia judicial se amenazan o se lesionan derechos fundamentales, la acción de tutela es procedente para solicitar la protección de los mismos<sup>17</sup>.

La Corte Constitucional ha señalado (en particular desde la sentencia C-543 de 1992), que la acción de tutela procede contra providencias judiciales si se verifica que la autoridad que la profirió incurrió en *una vía de hecho*. En la actualidad, tras un desarrollo jurisprudencial que replanteó esta postura inicial (con la sentencia C-590 de 2005) la Corte sustituyó el concepto de *vía de hecho* por el de *causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales*<sup>18</sup>. Conforme a esta jurisprudencia, la acción de tutela contra providencias judiciales está llamada a prosperar siempre y cuando se cumplan los (i) *requisitos generales* y (ii) las *causales específicas de procedibilidad* fijados para el recurso de amparo en este tipo de supuestos.

Como se explica a continuación, la Fiscalía General de la Nación considera que en el presente asunto se encuentran satisfechos los requisitos generales para que proceda la acción de tutela contra la sentencia del 24 de enero de 2019, proferida por la Subsección B, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Asimismo, en el siguiente apartado (C), se demostrará la forma

---

extrajudiciales, prejudiciales, administrativos en los que sea parte la Entidad conforme a lo previsto en el artículo 77 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 24 de enero de 2019. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. No. 050012331000-200503186-01 (43112).

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencias T-282 de 2009, T 656 de 2011, T-1625 de 2000, T-1031 de 2001, SU-1184 de 2001 y T-462 de 2003.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-415 de 2015.

<sup>18</sup> Esta postura se encuentra en varias sentencias, las más recientes son sentencias SU-917 de 2010, SU-195 de 2012, SU-515 de 2013 y T-609 de 2014.

en que en esa providencia se verifica la existencia de causales específicas que hacen indispensable la intervención del juez de tutela, para proteger los derechos al debido proceso y a la igualdad de la Fiscalía General de la Nación, conculcados mediante el mencionado pronunciamiento judicial.

**(i) La problemática tiene relevancia constitucional**

La jurisprudencia constitucional ha establecido que para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales es indispensable que el asunto bajo examen tenga relevancia constitucional. La controversia y el fundamento que motivan el uso del recurso de amparo deben corresponder a la vulneración de derechos de naturaleza fundamental. Esto excluye la posibilidad de tramitar por vía de la acción de tutela, conflictos y discusiones de naturaleza legal, respecto de los cuales se debe afirmar la competencia de otras jurisdicciones y pierde toda razón de ser la intervención del juez de tutela<sup>19</sup>.

En el presente asunto resulta manifiesta la relevancia constitucional de la controversia, porque a través de la aludida sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera, se verificó una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la Fiscalía General de la Nación. En efecto, como se demostrará en el siguiente acápite, la decisión de declarar como único responsable a la FGN por los daños y perjuicios causados a los demandantes por el atentado en el centro comercial “El Cid” fue producto de los siguientes aspectos:

- **Violación directa de los artículos constitucionales (i) 90**, particularmente del elemento de imputación, dado que la Subsección B atribuyó responsabilidad a esta Entidad por el daño antijurídico causado a los demandantes sin estudiar la procedencia de la causal de hecho exclusivo de un tercero, oportunamente formulada por la FGN en su defensa; y **(ii) 93**, porque el fundamento de la condena radica en considerar a la FGN como “blanco selectivo” de grupos insurgentes bajo un contexto de conflicto armado, lo cual desconoce los compromisos internacionales de Colombia en materia de DIH.
- **Defecto fáctico** producto de una indebida valoración de las pruebas que a juicio de la Subsección B sustentan la responsabilidad de la FGN, en particular del informe No. 14 del 13 de diciembre de 2002, circunstancia que vulnera la garantía constitucional al debido proceso probatorio del Ente investigador y acusador.

La configuración de los anteriores defectos conlleva necesariamente la vulneración de las garantías constitucionales de la FGN. Concretamente, en lo que respecta a la causal específica de **violación directa de la Carta Política**, la Corte Constitucional resaltó en la sentencia SU-069 de 2018 que el desconocimiento de mandatos

<sup>19</sup> Corte Constitucional, sentencias T-061 de 2007, T-113 de 2013, T-444 de 2013 y T-459 de 2017.

superiores a través de providencias judiciales trae como consecuencia la violación de los derechos constitucionales al **debido proceso y a la igualdad**<sup>20</sup>.

Adicionalmente, la FGN considera vulnerado su derecho a la igualdad en tanto que el mencionado fallo de la Subsección B confiere a esta entidad (que conviene recordar hace parte de la rama jurisdiccional del Estado) el tratamiento de objetivo militar dentro un contexto de conflicto armado interno. Se equipara así la edificación de una institución que se ocupa de la misión de investigar y ejercer la acción penal respecto de las conductas que revistan las características de delitos, con otras instalaciones del Estado desde las cuales se adelantan acciones militares en contra de grupos armados organizados. Aunque el Ente investigador y acusador no participa como combatiente de las hostilidades propias de un conflicto armado, se atribuye al ejercicio de sus funciones constitucionales y legales la condición de actuación creadora de un riesgo excepcional en atención a las circunstancias de conflicto armado bajo las cuales se cometieron los actos violentos en el Centro Comercial El Cid el 16 de enero de 2003. De esta manera, se quebranta el principio de igualdad con la sentencia examinada, en tanto que no satisface la obligación de tratar de manera idéntica situaciones idénticas, al tiempo que de otorgar una respuesta diferente para circunstancias fácticas completamente diferentes.

Por su parte, respecto del **defecto fáctico**, la Corte Constitucional sostuvo en la sentencia C-496 de 2015 que en virtud del derecho al debido proceso probatorio, constituye una garantía fundamental de las partes del proceso que el juzgador evalúe las pruebas incorporadas en el expediente y decida de acuerdo a las conclusiones que puedan ser extraídas de las mismas bajo las reglas de la sana crítica<sup>21</sup>. Asimismo, esa Corporación manifestó en el mismo pronunciamiento que la ocurrencia de este tipo de defecto en una providencia judicial exige la intervención del juez de tutela.

En esos términos, la FGN considera que la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad permite entender que el presente asunto tiene relevancia constitucional.

#### (ii) Esta acción cumple el requisito de subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2691 de 1991, le otorgan a la acción de tutela un carácter subsidiario. Esto quiere decir que el amparo resulta procedente en los eventos en que no se dispone de otro medio

<sup>20</sup> Así lo precisó la Corte Constitucional, en los siguientes términos: “Se halló que las autoridades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital del actor, puesto que no aplicaron los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 48 y 53 de la Carta, como los principios del Estado social de derecho (art. 1º), la protección y asistencia a las personas de la tercera edad (art. 46) y el derecho a la igualdad (art. 13)”.

<sup>21</sup> En la sentencia T-587 de 2017, se refirió a la potencialidad que tiene la configuración del defecto fáctico para llegar a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso: “Ahora bien, para que esta falencia configure una vulneración al debido proceso, es necesario que “el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”.

judicial para solicitar la protección de derechos fundamentales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en la sentencia T-103 de 2014, se refirió a las hipótesis en que la acción de tutela resulta improcedente por la inobservancia de su carácter subsidiario y entre ellas mencionó: i) el proceso aún se encuentra en trámite, ii) la acción de tutela es utilizada para revivir etapas procesales precluidas o, iii) no se agotaron los recursos ordinarios o extraordinarios<sup>22</sup>.

En el presente asunto no se configura ninguno de los supuestos que harían improcedente la acción de tutela en razón del incumplimiento del requisito de subsidiariedad. En primer lugar, el proceso no se encuentra en trámite y, por el contrario, la vulneración de derechos fundamentales que se advierte en este escrito se concreta en la sentencia que puso fin a la actuación judicial, el 24 de enero de 2019.

En segundo lugar, de la mano de lo anterior, con esta acción no se pretende revivir una etapa procesal agotada, en tanto que la afectación de derechos que se describe en este escrito se materializa en el pronunciamiento de fondo, que revela la existencia de varias causales específicas de procedencia de la acción de tutela, como se verá en el siguiente apartado. No se procura entonces con este escrito reabrir el debate probatorio o sustantivo propio del proceso, sino demandar el amparo de derechos fundamentales conculcados con la sentencia que terminó las actuaciones de la jurisdicción contenciosa.

Por último, la Fiscalía General de la Nación tendría idealmente a su alcance el recurso extraordinario de revisión, regulado por los artículos 248 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), para controvertir la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del 24 de enero de 2019. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en atención a la regulación específica del recurso extraordinario de revisión, se encuentra que la existencia formal de ese recurso no afecta la procedencia de esta acción de tutela.

En efecto, para establecer el cumplimiento de este aspecto relativo a la subsidiariedad (agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios), la Corte Constitucional ha sostenido que debe valorarse en concreto la eficacia e idoneidad de los mecanismos disponibles para garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados, en relación con las circunstancias particulares de la controversia o las condiciones del tutelante.

En particular, la Corte Constitucional se ocupó mediante sentencia de unificación de examinar las condiciones de idoneidad y eficacia del recurso extraordinario de revisión para amparar derechos fundamentales, en los siguientes términos:

“Frente al recurso de revisión, como mecanismo idóneo y eficaz, la Corte ha decantado las reglas a partir de las cuales se puede identificar, cuando el

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2014.

recurso extraordinario no es exigible. La Sala Plena ha expuesto que este mecanismo judicial, *prima facie*, es un espacio de protección de derechos fundamentales; su finalidad es revertir decisiones que hacen tránsito a cosa juzgadas al vulnerar la justicia material; así como eventos en los que nuevos hecho evidencian que una providencia se tomó a partir de evidencia ilegal.

El recurso extraordinario de revisión puede presentar dificultades en casos concretos, en virtud a que su procedencia esta prevista en causales taxativas y regladas. En ocasiones, las mismas no se adecuan a los defectos que se señalan de una sentencia ejecutoriada. De esta manera, puede ocurrir que nos encontremos ante una sentencia injusta y violatoria de derechos fundamentales, pero no exista manera de atacarla a través de las causales del recurso extraordinario de revisión. Se lee la Sentencia C-649 de 2011:

*“...la Corte ha sostenido que para concluir que el mecanismo ordinario es idóneo y eficaz, el actor debe estar en la capacidad de encuadrar el defecto que considera tiene la sentencia dentro de alguna de las causales taxativas establecidas en el código correspondiente. De lo contrario, no puede considerarse improcedente la tutela.”*

Tratándose del recurso extraordinario de revisión en la jurisdicción contenciosa administrativa, la Corte ha apuntado que cuando una decisión de un juez administrativo, potencialmente vulnera no solo el debido proceso, sino otros derechos, y estos tienen el carácter de fundamental, el recurso de revisión pierde eficacia e idoneidad. Esto lo ha desarrollado a propósito del proceso de nulidad electoral. En él, un juez administrativo puede, eventualmente vulnerar el derecho al debido proceso. Hasta este momento, el recurso de revisión es procedente. Sin embargo cuando implica, además la restricción del ejercicio de un derecho político (elegir y ser elegido a cargos públicos), u otros fundamentales, el recurso extraordinario pierde idoneidad.

Concluye que el recurso será eficaz cuando ‘i) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental’, o ‘ii) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (a) causales de revisión evidentemente dirigidas a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho’<sup>23</sup>.

En el caso bajo examen y a la luz de la jurisprudencia constitucional mencionada, se observa que el recurso extraordinario de revisión no cumple con las condiciones de idoneidad y eficacia para la protección de los derechos fundamentales vulnerados mediante la sentencia del 24 de enero de 2019, de la Subsección B, de la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Lo anterior en atención a que, en primer lugar, en el presente asunto no sólo se alega la

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-659 de 2015.

violación del derecho al debido proceso, sino que se advierte una vulneración que se extiende a otras garantías fundamentales, como el derecho a la igualdad.

Así mismo, en segundo lugar, se observa que en este caso el recurso extraordinario de revisión no ofrece una protección integral de los derechos fundamentales conculcados, dado que ninguna de las causales previstas para su procedencia se dirigen, al menos potencialmente, a salvaguardarlos. En efecto, no se trata en este asunto de una afectación exclusiva del debido proceso que sea susceptible de ser superada mediante la revisión, a propósito de la causal quinta del artículo 250 del CPACA, relativa a una “nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”.

Dada su connotación estrictamente procesal, la revisión de la sentencia bajo esta causal no tiene el alcance suficiente para procurar una completa protección de los derechos de la Fiscalía General de la Nación, no sólo al debido proceso sino a la igualdad. Las restantes causales de revisión del artículo 250 del CPACA, son tan específicas que ni siquiera conforme a la interpretación más amplia podría afirmarse legítimamente que la Fiscalía cuenta con el mérito para demandar la revisión del fallo.

En consecuencia, para usar las palabras de la Corte Constitucional, debe concluirse que no es posible “encuadrar el defecto que [se] considera tiene la sentencia dentro de alguna de las causales taxativas establecidas en el código correspondiente”<sup>24</sup>, razón por la cual el recurso extraordinario de revisión no constituye en este caso un mecanismo idóneo y eficaz para amparar los derechos al debido proceso y a la igualdad, conculcados a la Fiscalía General de la Nación con el aludido fallo de la Subsección B, de la Sección Tercera.

**(iii) Esta acción se interpone dentro de un plazo razonable**

La sentencia mediante la cual se materializa la vulneración de derechos fundamentales descrita en esta acción de tutela, fue proferida el 24 de enero de 2019 y notificada a las partes de manera electrónica el pasado 21 de febrero. La Fiscalía General de la Nación tuvo entonces conocimiento de la providencia en mención hace cerca de 5 meses y medio. De esta manera, se cumple con el requisito general de inmediatez para la procedencia del recurso de amparo, porque éste se interpone tan sólo cinco meses y medio después de la notificación de la providencia.

**(iv) Identificación de los hechos que originaron la violación, así como los derechos vulnerados**

Los hechos que dan lugar a la presente acción de tutela fueron ampliamente identificados en el acápite I de este escrito. Éstos se refieren fundamentalmente a la adopción de una decisión que, conforme se precisará en el siguiente acápite, implica la violación de los artículos 90 y 93 constitucionales, en tanto que se desconoce con la providencia de la Subsección B el elemento de imputación previsto en la primera

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia C-649 de 2011, citada en la SU-659 de 2015.

de las normas, así como las reglas del DIH incorporadas en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la segunda.

Así mismo, con base en los hechos previamente identificados, la Fiscalía considera que en el mismo pronunciamiento se incurre en un defecto fáctico, producto de la indebida valoración de las pruebas que a juicio de la Subsección B sustentan la responsabilidad del Ente investigador y acusador. En particular se configura este defecto mediante la decisión de esa Corporación de encontrar probada la creación de un riesgo mayor, excepcional y superlativo por parte del Ente investigador y acusador, a partir de lo señalado en el informe de seguridad No. 14 del 13 de diciembre de 2002.

En consecuencia, el hecho vulnerador de derechos en el presente asunto radica en la sentencia que el 24 de enero de 2019 puso fin al proceso de Jhon Jairo Gómez Aristizabal y otros en contra de La Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional y FGN, proferida por la Subsección B, de la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

**(v) La providencia accionada no es una sentencia de tutela**

Para afirmar el cumplimiento del último de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, basta con señalar que la sentencia en la que se verifica la vulneración de derechos fundamentales en el presente asunto, no fue proferida para resolver una acción de tutela. Se trata de una providencia adoptada dentro de un proceso de reparación directa, adelantado por el señor Jhon Jairo Gómez Aristizabal y otros en contra de varias entidades del Estado, entre ellas, la Fiscalía General de la Nación.

**C. CAUSALES ESPECÍFICAS O MATERIALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES**

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional, así como el propio Consejo de Estado<sup>25</sup>, para la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales es necesario que se acredite la existencia de al menos uno de los siguientes vicios específicos: (i) defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente o (viii) violación directa de la Constitución<sup>26</sup>. Sumado a lo anterior, el juez de tutela debe establecer si por cuenta de

<sup>25</sup> El Consejo de Estado ha señalado que “en lo atinente a las causales especiales de procedibilidad, el escrito de la acción de tutela debe acreditar al menos una de estas causales, para que el juez de tutela acceda al amparo invocado”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 31 de marzo de 2016, radicado N° 11001-03-15-000-2016-00186 (AC), M.P. William Hernández Gómez.

<sup>26</sup> Sobre la caracterización de estos defectos, puede verse, entre otras, las sentencias T-231 de 1994, SU-917 de 2010, T- 125 de 2012, T-352 de 2012, y T- 103 de 2014, entre otras.



la ocurrencia de alguno de estos defectos existe una vulneración de derechos fundamentales<sup>27</sup>.

La Fiscalía General de la Nación observa en el presente asunto que la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, incurrió en: (i) violación directa de la Constitución Política; y (ii) defecto fáctico. Lo anterior, supone la vulneración de las garantías fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la Fiscalía General de la Nación, como se explica a continuación.

### (i) Violación directa de la Constitución Política

La Corte Constitucional ha señalado que el defecto por violación directa de la Constitución se presenta cuando un juez desconoce de forma evidente y específica los postulados de la Carta Política. Lo anterior constituye un incumplimiento del deber que asiste a todas las autoridades judiciales de respetar el artículo 4º superior:

“[L]a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, y de la función de la Corte como guardiana de esa norma superior<sup>28</sup>.

En el presente asunto, como se explica a continuación, la FGN considera que lo resuelto en el fallo acusado conlleva una violación directa (i) del artículo 90 constitucional, particularmente del elemento de imputación, dado que la Subsección B le atribuyó responsabilidad por el daño antijurídico causado a los demandantes, sin estudiar la procedencia de la causal de hecho exclusivo de un tercero, oportunamente formulada por la FGN en su defensa; y (ii) del artículo 93 de la Carta Política, por cuanto el fundamento de la condena, consistente en considerar al Ente investigador como “blanco selectivo” de grupos insurgentes, desconoce los compromisos internacionales de Colombia en relación con derecho internacional humanitario (en adelante DIH).

#### a. Violación directa del artículo 90 de la Constitución Política

El artículo 90 de la Constitución consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado, en los siguientes términos:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”  
[Resaltado por fuera del texto].

En virtud de esa disposición superior, para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado es necesario acreditar la existencia de un daño antijurídico

<sup>27</sup> Ver entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-590 de 2005 y SU-415 de 2015.

<sup>28</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-566 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán.

que resulte imputable a la Administración, por haber sido causado con ocasión de la acción u omisión de sus agentes.

Sobre el concepto de imputación, el Consejo de Estado –a lo largo de su jurisprudencia– ha sido enfático en señalar que dicha expresión comprende, en primer lugar, (i) la constatación de una relación de causalidad entre el daño causado y la actuación del Estado (bien sea por acción o por omisión de sus agentes) para después (ii) realizar la atribución jurídica de responsabilidad por el daño a quien(es) resultare(n) como causante(s) del daño causado con el juicio de causalidad efectuado. Dicha atribución se realiza en virtud de los fundamentos de responsabilidad jurisprudencialmente aceptados por dicha Corporación consistentes en la falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial<sup>29</sup>.

En sede de la imputación, el Consejo de Estado ha reconocido que el demandado en el juicio de responsabilidad tiene la posibilidad de defenderse –sin perjuicio del régimen de responsabilidad aplicable– sustentando la existencia de una causa extraña alusiva a eventos de fuerza mayor o caso fortuito, hecho de la víctima y hecho exclusivo de un tercero. Esa Corporación ha establecido que la verdadera función de este tipo de causales es impedir la atribución jurídica del daño al demandado, en otras palabras impedir la imputación. Así lo precisó en los siguientes términos:

“Así pues, aunque constituye prácticamente una cláusula de estilo en la jurisprudencia contencioso administrativa el sostener que la configuración, en un caso concreto, de alguna de las denominadas “causales eximentes de responsabilidad” -fuerza mayor, caso fortuito y hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- conduce a la ruptura o a la interrupción del nexo o de la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el resultado dañino, en estricto rigor y en consonancia con todo cuanto se ha explicado, lo que realmente sucede cuando se evidencia en el plenario la concurrencia y acreditación de una de tales circunstancias es la interrupción o, más exactamente, la exclusión de la posibilidad de atribuir jurídicamente la responsabilidad de reparar el daño a la entidad demandada, es decir, la operatividad en un supuesto concreto de alguna de las referidas “eximentes de responsabilidad” no destruye la tantas veces mencionada relación de causalidad, sino la imputación” [Resaltado por fuera del texto]<sup>30</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, el fallo acusado constituye un quebrantamiento manifiesto del artículo 90 de la Constitución Política, en particular del elemento de imputación dado que la Subsección B atribuyó responsabilidad a la FGN sin estudiar la procedencia de la causal exonerativa de responsabilidad del Estado de hecho exclusivo de un tercero, oportunamente formulada por la FGN y las demandadas dentro de las etapas procesales previstas para ejercer su defensa.

<sup>29</sup> Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencias del 11 de octubre y 26 de marzo de 2009. Exp. Nos. 17145 y 17994.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

En el caso de la Fiscalía, el sustento de dicha causal consistió en que fue la entonces organización guerrillera FARC-EP la responsable de organizar y ejecutar los actos violentos ocurridos el 16 de enero de 2003 en el centro comercial “El Cid”. Así lo determinó el Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado de Armenia en la sentencia del 31 de enero de 2008, por medio de la cual declaró responsables a cinco militantes de la compañía “Mártires del Cairo” de las entonces FARC por el atentado en las instalaciones del Centro Comercial “El Cid”<sup>31</sup>.

El estudio del hecho exclusivo de un tercero cobraba relevancia en la medida en que el atentado fue cometido por personas ajenas al Estado y a la actividad pública, lo cual – a la luz de lo expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado hasta ese momento – conllevaba la exoneración de responsabilidad al Estado por la configuración de la causal de hecho exclusivo de un tercero<sup>32</sup>.

En la sentencia cuestionada, la Subsección B imputó a la FGN el daño antijurídico causado a los demandantes sin estudiar la procedencia del hecho exclusivo de un tercero como causal exonerativa de responsabilidad del Estado. A pesar de que se refirió a la misma dentro del problema jurídico, no realizó el estudio sobre su procedencia en la parte considerativa del fallo. En efecto, al describir la estructura argumentativa y la motivación que se presentaría en el texto de la sentencia, la Subsección B señaló que como parte del juicio de responsabilidad por riesgo excepcional “[f]inalmente, la Sala deberá examinar si se encuentra consolidada la causal excluyente de responsabilidad por el hecho de un tercero, invocada por las entidades demandadas”. Aunque se fijó el deber de abordar esta causal en el propio texto de la sentencia del 24 de enero de 2019, finalmente esa providencia no ofrece motivación alguna respecto de esa materia.

Por el contrario, esa Corporación se limitó a atribuir responsabilidad a la FGN afirmando que si bien no incurrió en falla del servicio por elaborar estudio de riesgo dirigido a los propietarios del centro comercial, el ejercicio de sus actividades dirigidas a investigar y adelantar la acción penal, en un contexto de conflicto armado interno, creó un riesgo excepcional para la población civil que conllevó la detonación del artefacto explosivo.

En los términos expuestos, la atribución de responsabilidad a la FGN sin que se realice el estudio del hecho exclusivo de un tercero, formulado oportunamente por la FGN y las demandadas, conlleva un quebrantamiento manifiesto del elemento de imputación establecido en el artículo 90 de la Constitución Política.

<sup>31</sup> Nota aclaratoria: En el proceso penal, la FGN logró demostrar que el atentado fue perpetrado por la compañía “Mártires del Cairo” de la entonces FARC y en consecuencia por esos hechos fueron condenados por el Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado de Armenia los señores Rigoberto García Quintero, Hernando Pérez, Doris Suárez Guzmán, Omaira Arenas Ospina y Estella Irma Restrepo Arboleda, integrantes del extinto grupo subversivo”.

<sup>32</sup> Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencias del 9 de junio de 2010, Exp No. 17.626 y 18.536, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En estas sentencias, esa Corporación absolvió de responsabilidad al Estado porque los daños no podían le resultaban imputables, en tanto se configuraba el hecho exclusivo y determinante de un tercero, esto es, el acto violento ajeno a la entidad demandada.

### **b. Violación directa del artículo 93 de la Constitución Política**

Con base en lo previsto en los artículos 53, 93, 94 y 214 (num. 2) de la Carta Política, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un “bloque de constitucionalidad”, en virtud del cual tienen rango superior los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario. Al respecto, el artículo 93 superior dispone:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Con fundamento en esas normas, la Corte Constitucional reconoció desde sus inicios que prevalecen sobre el ordenamiento jurídico interno los compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH)<sup>33</sup>. Éste último tiene por objeto regular la situación particular de los derechos humanos en tiempos de conflicto armado, limitar los métodos de guerra permitidos y garantizar un estándar mínimo de respeto a los derechos humanos en favor de quienes no participan en las hostilidades, conocidos como personas protegidas<sup>34</sup>.

En concepto de la FGN, el fallo cuestionado constituye un quebrantamiento manifiesto del artículo 93 constitucional, concretamente de las normas de DIH que forman parte del bloque de constitucionalidad. En efecto, otorgarle al Ente investigador y acusador el carácter de “blanco selectivo” en desarrollo de un conflicto armado interno como el que vivía Colombia para la época de los hechos, desconoce las normas de DIH que gobiernan la conducción de las hostilidades, en virtud de las cuales los únicos bienes y personas que pueden ser objeto legítimo de ese tipo de ataques son aquellos que tienen carácter militar.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que el principio de distinción, uno de los pilares fundamentales del DIH, implica que en contextos de conflicto armado se debe distinguir, en toda circunstancia, entre civiles y combatientes, así como entre objetivos civiles y objetivos militares. A la luz de ese principio general básico del DIH, la FGN como autoridad jurisdiccional no participa directamente como combatiente de las hostilidades y sus instalaciones no constituyen objetivos militares. En consecuencia, otorgarle el carácter de “blanco selectivo” para efectos de atribuirle responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios padecidos por las víctimas de la detonación de un artefacto explosivo en las instalaciones del centro comercial “El Cid”, conlleva el desconocimiento de las disposiciones de DIH y de uno de sus principios más elementales.

<sup>33</sup> Ver Sentencias C-295 de 1993 y C-179 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-578 de 1995 y C-191 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>34</sup> El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 4 del Protocolo II señalan que las “personas que no participan directamente en las hostilidades”, son: i) la población civil; ii) los miembros de las fuerzas armadas de ambos bandos cuando: a) hayan depuesto las armas; b) hayan sido puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.

Esta interpretación ha sido incluso sostenida al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el marco del juicio de responsabilidad administrativa de la Nación. A propósito de esta postura se ha manifestado lo siguiente:

“[L]os daños causados en el marco del conflicto armado interno, como consecuencia de actos violentos realizados por la subversión no podrán ser considerados válidamente previsibles para el Estado colombiano y, por lo tanto, como la concreción de un riesgo lícito y conscientemente creado por él, sino en cuanto estén dirigidos contra un objetivo militar”<sup>35</sup> (Subrayado por fuera del texto).

La Fiscalía General de la Nación, como autoridad judicial, no tiene el carácter de objetivo militar. Otorgarle dicho tratamiento para fundar su responsabilidad patrimonial en el presente asunto no solo supone desconocer las normas de DIH, sino también vulnerar su derecho fundamental a la igualdad, conforme a lo señalado previamente. Lo anterior, en el entendido de que a esta Entidad se le da en el pronunciamiento de la Subsección B, un tratamiento diferente al de autoridad jurisdiccional, al tiempo que se le asemeja a unidades militares y de policía que participaban directamente de las hostilidades propias de un conflicto armado interno como el que vivió Colombia para la época en que ocurrieron los hechos.

En ese sentido, y contrario a lo expresado por la Subsección B en el fallo cuestionado, el ejercicio legítimo de las atribuciones constitucionales y legales del Ente investigador y acusador de ejercer la acción penal, en manera alguna tenía la potencialidad de crear un riesgo en la actuación de un tercero, quien este caso correspondía a una de las partes combatientes en el marco del conflicto armado. En esos términos, el fundamento de la condena a esta Entidad conlleva un quebrantamiento manifiesto de las normas de DIH que hacen parte del bloque de constitucionalidad previsto, entre otras normas, en el artículo 93 de la Constitución Política.

#### (ii) Defecto fáctico

En este punto resulta indispensable determinar si la decisión adoptada por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver en segunda instancia la acción de reparación directa interpuesta por John Jairo Gómez Aristizabal y otros, en contra de la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional y otros -, se apoya en una indebida valoración de las pruebas obrantes en el proceso, al punto que sea necesaria la intervención del juez de tutela con el fin de corregir un defecto fáctico, vulnerador del derecho al debido proceso de la entidad hallada responsable en este caso, la Fiscalía General de la Nación.

35 Consejo de Estado, Sección Tercera. Salvamento de voto a la sentencia del 11 de diciembre de 2003. C.P. Alier Hernández Enriquez. Exp. Acumulados Nos: 12916 y 136627.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el defecto fáctico se presenta cuando el juez que dictó la sentencia objeto de controversia no contó con el sustento probatorio necesario para considerar plenamente establecido el supuesto de hecho previsto en las normas aplicables, del cual se derivan las consecuencias jurídicas contempladas en el ordenamiento jurídico vigente. En ese sentido, la Corte Constitucional ha establecido que ese defecto fáctico puede presentarse en dos dimensiones<sup>36</sup>:

- a. Una dimensión positiva, que se verifica cuando el juez considera determinantes para su decisión medios de prueba que no debieron tener esa connotación, dado que existían irregularidades en su recaudo o contravenían normas constitucionales.
- b. Una dimensión negativa, en la cual el juez niega la práctica de una prueba determinante para la resolución del caso controvertido, valora una prueba de manera arbitraria, irracional o caprichosa o, por el contrario, se abstiene de hacerlo.

Así mismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el defecto fáctico puede configurarse en diferentes situaciones entre las cuales destaca:

“La indebida valoración y desconocimiento de las reglas de la sana crítica, siempre que no desconozca la autonomía judicial. En otros términos, que la interpretación de las pruebas sea arbitraria”<sup>37</sup>.

Como se demuestra a continuación, en el mencionado pronunciamiento de la Subsección B de la Sección Tercera se declara responsable a la Fiscalía General de la Nación sobre la base de una indebida valoración probatoria y un desconocimiento de las reglas de la sana crítica en el examen de los elementos de convencimiento allegados al proceso, circunstancias que desbordan el ámbito razonable de ejercicio de la autonomía judicial. Para la Fiscalía General de la Nación no cabe duda de que la sentencia proferida el 24 de enero de 2019 por el Consejo de Estado exige la intervención del juez de tutela con el fin de procurar el amparo al debido proceso de la parte demandada, que se ha visto desprovista de la garantía constitucional de ser hallada responsable a partir de evidencias debidamente valoradas por la administración de justicia.

Para explicar las razones por las cuales la Fiscalía General de la Nación considera que en la aludida decisión del 24 de enero de 2019 existe un defecto fáctico, a continuación:

<sup>36</sup> Al respecto pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional T-737 de 2007, SU-157 de 2002, T-171- de 2006, T-086 de 2007, T-828 de 2007, T-077 de 2009, T-1103 de 2004, T-446 de 2007, T-014 de 2011, T-156 de 2009, T-352 de 2012, T-346 de 2012, T-060 de 2012, T-033 de 2010, T-680 de 2007, T-249 de 2009, T-828 de 2007, T-171 de 2006 y T-733 de 2011.

<sup>37</sup> Ver sentencias T- 458-07, T-055-97, T-1082-07, T-317-13, T-033-10, T-505-10, T-352-12, T-590-09, T-162-09, T-235-04, T-1100-08, T-902-05.

- a. Se precisa el fundamento probatorio exigido para declarar la responsabilidad del Estado por los daños resultantes de la exposición de la ciudadanía a un riesgo excepcional;
- b. Se recuerda la valoración probatoria del supuesto de hecho correspondiente a la generación del riesgo excepcional efectuada en la sentencia del 24 de enero de 2019 de la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el expediente 43112;
- c. Se establece cómo el material probatorio utilizado para condenar a la Fiscalía General de la Nación en el aludido proceso, resulta insuficiente para atribuir a esta entidad la generación de un riesgo mayor, anormal, excesivo y súper erogatorio, supuesto de hecho usado en esa providencia como fundamento para la atribución de responsabilidad. En este mismo sentido, se observa cómo las conclusiones que la Subsección B extrae del material probatorio resultan ser irrelevantes para un juicio de responsabilidad por riesgo excepcional;
- d. Por el contrario, se advierte cómo el material probatorio usado en la decisión del 24 de enero de 2019 conduce inevitablemente a reconocer en la conducta de los administradores y constructores del Centro Comercial El Cid, la causa eficiente de la generación del riesgo que se materializó en el atentado cometido por las FARC-EP el 16 de enero de 2003.
- e. Conforme a lo anterior, se advierte cómo la condena impuesta a la Fiscalía General de la Nación por la Subsección B de la Sección Tercera en la decisión del 24 de enero de 2019, vulnera el derecho al debido proceso de esta institución, que se ve desprovista de la garantía de ser hallada responsable bajo una adecuada valoración probatoria de los elementos de convencimiento allegados y recaudados en el marco del proceso.

**a. Fundamento probatorio para la imputación de responsabilidad por riesgo excepcional**

Como lo ha advertido la doctrina existente sobre esta materia, las condiciones bajo las cuales se atribuye responsabilidad al Estado bajo el título de imputación de riesgo excepcional, no parten del ideal de eliminar todos los riesgos, ni de procurar la protección de los ciudadanos frente a todo tipo de contingencias. Por el contrario, la responsabilidad del Estado en este campo parte de la distinción entre los riesgos permitidos, que corresponden al giro normal de la sociedad contemporánea (incluida la actuación de las instituciones), y a aquellos desaprobados, que no deben ser soportados por los ciudadanos y que dan lugar a la imputación:

“En el riesgo permitido se parte del supuesto de que en el contacto social se generan riesgos constantemente; por lo tanto, el punto de origen lo constituye la premisa de que las actuales sociedades están estructuradas sobre la base del riesgo, pero no se rechazan todos ellos, sino que se toleran precisamente aquellos que se mueven dentro de la categoría de permitidos, pues de no hacerlo puede resultar sacrificada la interrelación ciudadana e inclusive el

desarrollo de la sociedad (científico, económico, industrial, social, familiar, entre otros) [...]

[R]azón por la cual lo relevante del análisis propio en sede de la imputación fáctica (objetiva) consiste en determinar: (1) si se creó o no el riesgo jurídicamente desaprobado y (2) si este se concretó o no [...]

Por consiguiente, como lo pone de presente el profesor Claus Roxin, no serán imputables objetivamente aquellos daños: (1) cuando haya una disminución del riesgo permitido; (2) cuando falte creación del peligro o del riesgo; (3) cuando el riesgo concretado se mueve dentro del ámbito del riesgo permitido; (4) cuando el resultado se encuentra por fuera de la norma de cuidado; y (5) cuando la conducta alternativa es conforme a derecho, entre otros<sup>38</sup>.

A esto se suma que dentro de los presupuestos mismos de la responsabilidad objetiva se ha advertido que no procede imputación alguna cuando se concreten riesgos vinculados al desarrollo de actividades normales, riesgos que en sí mismos carecen de relevancia para el derecho:

“[E]l derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a (actividades normales), por lo que de entrada no es imputable una causación de un resultado producida por las mismas”<sup>39</sup>.

Lo anterior por supuesto significa que el reconocimiento de la responsabilidad objetiva bajo el título de imputación por riesgo excepcional, no implica en absoluto que el fallador pueda prescindir de la indispensable tarea de acopio y apreciación de material probatorio. Esta labor se orienta, en el caso de la atribución de responsabilidad por riesgo excepcional, a la demostración de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y a su materialización. Sobre estos extremos gira entonces el debate probatorio y jurídico cuando se pretende imputar responsabilidad a las autoridades estatales por riesgo excepcional.

Esta posición ha sido reconocida en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, conforme a la cual se ha observado que el primero de los elementos a establecer (la creación del riesgo) se debe materializar en una actividad identificable. Esta actividad ha correspondido frecuentemente, en los casos

<sup>38</sup> Enrique Gil Botero, La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, en: Carlos Bernal Pulido & Jorge Fabra Zamora (eds.), La filosofía de la responsabilidad civil, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 481. En el marco de la teoría de la imputación objetiva, Jackobs coincide con esta comprensión en los siguientes términos: “[L]a sociedad contemporánea no es un mecanismo cuyo único fin sea la protección máxima de bienes jurídicos, sino que está destinada a hacer posibles las interacciones, y la prohibición de cualquier puesta en peligro, de toda índole, imposibilitaría la realización de todo comportamiento social incluyendo, por lo demás, también los comportamientos de salvación”. Gunther Jakobs, La imputación objetiva en el derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, citado en Enrique Gil Botero, La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, en: Carlos Bernal Pulido & Jorge Fabra Zamora (eds.), La filosofía de la responsabilidad civil, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 482.

<sup>39</sup> Gunther Jakobs, Derecho penal: parte general, Madrid, Civitas, 1996, citado en Enrique Gil Botero, La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, en: Carlos Bernal Pulido & Jorge Fabra Zamora (eds.), La filosofía de la responsabilidad civil, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 483.



resueltos por esa Corporación, a actuaciones peligrosas adelantadas por las autoridades públicas, como el transporte de energía eléctrica, la conducción de vehículos automotores o el manejo de armas de fuego, entre otras.

A manera de ejemplo, conviene recordar la comprensión que el Consejo de Estado le ha dado responsabilidad por riesgo excepcional, desde la primera decisión en la que utilizó este título de imputación:

“El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a ‘un riesgo de naturaleza excepcional’ (Laubadére) el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio”<sup>40</sup>.

Con el tiempo, esta comprensión de la imputación por riesgo excepcional ha evolucionado, hasta alcanzar la forma de lo que se ha denominado en la doctrina una teoría del riesgo excepcional “extensiva”, que sin embargo no ha abandonado como pilar fundamental la necesidad de verificar en cada caso que la actuación dañina de los terceros “constituye la concreción de un riesgo creado por el Estado”<sup>41</sup>.

En estos términos, como se ha planteado de forma clara en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el reconocimiento de un régimen de responsabilidad estatal objetiva, si bien implica prescindir de la demostración de la calificación subjetiva de la conducta y hace inane la presentación de pruebas sobre la diligencia de la autoridad pública, exige la acreditación de los restantes elementos que hacen surgir la obligación de indemnizar, como son la actuación del Estado, el daño y la relación de causalidad entre los dos.

#### **b. Valoración probatoria del supuesto de hecho relativo a la generación del riesgo excepcional en la sentencia del 24 de enero de 2019**

Mediante la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado el día 24 de enero de 2019, se revuelve el recurso de apelación presentado por los accionantes, en contra de la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia del 26 de julio de 2011, por cuenta de la cual se negaron sus pretensiones. Como lo

<sup>40</sup> Consejo de Estado, sentencia del 2 de febrero de 1984, expediente 2744, citada por María Cecilia M’Causland Sánchez, Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros, en: Carlos Bernal Pulido & Jorge Fabra Zamora (eds.), La filosofía de la responsabilidad civil, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 518.

<sup>41</sup> Marcía Cecilia M’Causland Sánchez, Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros, en: Carlos Bernal Pulido & Jorge Fabra Zamora (eds.), La filosofía de la responsabilidad civil, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 571.

destaca el pronunciamiento de segunda instancia, “[l]a apelación hace consistir el fundamento de la obligación de reparar, en el riesgo creado por la Fiscalía General de la Nación”<sup>42</sup>. Este constituye entonces el centro de la argumentación contenida en el recurso de alzada y, consecuentemente, la forma en que lo resuelve la Subsección B de la Sección Tercera ocupa un lugar decisivo en la *ratio decidendi* de la providencia examinada<sup>43</sup>.

Conforme a lo anterior, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado recuerda que bajo el título de imputación por riesgo excepcional se atribuye responsabilidad al Estado “porque con su lícita actividad generó un riesgo superior”, cuando “la administración con su legítima actividad haya generado un riesgo anormal y excesivo”<sup>44</sup>.

“En ausencia de falla del servicio, se ha considerado que la responsabilidad del Estado por actos violentos de terceros puede surgir del desarrollo de una actividad estatal que, pese a ser legítima y lícita, representa un riesgo anormal, excesivo y súper erogatorio, en términos de la exposición habitual a la que se enfrenta el ciudadano en su entorno. De esta forma, habrá lugar a aplicar el riesgo excepcional como título de imputación cuando el daño se suscite en el marco de una actividad estatal que entrañe un riesgo mayor al inherente o intrínseco a dicha labor, o que exceda lo razonablemente asumido por el perjudicado”<sup>45</sup>.

Ante el aludido recurso de apelación y con base en el fundamento jurídico que se acaba de transcribir, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado atribuye mediante sentencia del 24 de enero de 2019 la responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación por los hechos ocurridos en el Centro Comercial El Cid el 16 de enero de 2003.

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 27.

<sup>43</sup> El recurso de apelación se sustenta en los elementos probatorios que a continuación se describen, a partir del resumen que para el efecto se realiza en la sentencia del 24 de enero de 2019. A juicio de los accionantes este material probatorio sería fundamento suficiente para la atribución de responsabilidad al Estado bajo el título de imputación relativo al riesgo excepcional: “5.2. [El apelante] se propuso enunciar las pruebas a partir de las cuales consideró probado que el atentado terrorista iba dirigido contra las instalaciones de la Fiscalía. En tal sentido, enlistó las siguientes: i) oficio No. 01826 del 22 de septiembre de 2004 de la Fiscalía, mediante el cual dicha entidad se niega a reconocer los perjuicios porque considera que, inclusive, ella misma fue víctima del atentado; ii) en la contestación de la demanda se dijo que la propia Nación sufrió hechos por los cuales se le demanda; iii) se debe tener como indicio en contra, la renuencia de la Fiscalía para aportar la investigación penal; iv) oficio 819 del 4 de julio de 2006, suscrito por el Jefe de la Unidad Investigativa CEAT, en el que se dice que el vehículo fue ubicado en la colindancia con las oficinas de asignaciones de la Fiscalía y detalla las afectaciones y la relación de fallecidos y heridos; v) oficio 078 del 7 de diciembre de 2006, suscrito por el Jefe de la Sijín-Meval, en cuya hipótesis se dijo que el atentado era típico de quienes pretendían amedrentar a la población civil, atentado contra diferentes entidades gubernamentales y; v) la cobertura noticiosa del atentado por diversos medios”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 7.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 24.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 25.

En primer lugar, la Subsección B manifiesta que aunque la administración de justicia no constituye en sí misma una actividad riesgosa, “dadas las condiciones de orden público y de conflicto, podía verse expuesta al influjo violento de los grupos armados irregulares y, de paso, exponer a su radio circundante”<sup>46</sup>. En segundo lugar, observa que la previsibilidad del riesgo en este caso era obvia, en particular a propósito de la actualización del estudio de seguridad realizado por la propia Fiscalía General de la Nación, materializada en el Informe No. 014 de 2002, en el que esta institución habría expresado su preocupación por la posibilidad de “que se pudiera utilizar la coyuntura de aquel sitio abierto al público y de afluencia masiva [el Centro Comercial El Cid], para realizar un ataque con explosivos contra sus instalaciones”. De lo anterior, la Subsección infiere que “es claro que la Fiscalía era consciente de la posibilidad de sufrir un atentado”<sup>47</sup>. Conforme a este breve razonamiento, la Subsección llega a la siguiente conclusión:

“Lo anterior, comprueba que el grado de previsibilidad del riesgo creado por la Fiscalía frente a sus colindantes era alto; es decir que la posibilidad de ser objeto de un atentado terrorista era considerable y, de ello era consciente la propia entidad. Por ser así, se encuentran reunidas las condiciones para que el Estado sea llamado a responder objetivamente por los daños que, aunque materializados por un tercero, se gestaron a partir del riesgo anormal y excepcional, creado por la Fiscalía”<sup>48</sup> (Subrayado fuera de texto).

La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado apoya entonces su decisión de condenar a la Fiscalía General de la Nación principalmente en el estudio de seguridad realizado por esta misma institución, el cual demostraría el grado de “previsibilidad” del atentado y la “conciencia” que tenía el Ente investigador y acusador sobre la probable ocurrencia de los hechos del 16 de enero de 2003 en el parqueadero del Centro Comercial el Cid, en Medellín.

**c. Deficiencias de la apreciación probatoria sobre la creación del riesgo excepcional en el caso de los actos violentos cometidos en el Centro Comercial El Cid**

Sobre la base del material probatorio descrito, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado atribuyó responsabilidad a la Fiscalía, como institución generadora de un riesgo excepcional. Las restantes pruebas mencionadas en el texto de la sentencia del 24 de enero de 2019 hacen referencia a varios aspectos (la condición de víctimas de los peticionarios o el monto de las indemnizaciones correspondientes a daño emergente y lucro cesante), pero no a la demostración del supuesto de hecho que da lugar a la atribución de responsabilidad estatal.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 28.

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 28.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 28.

A la luz de la comprensión del título de imputación por riesgo excepcional, la Fiscalía General de la Nación no encuentra mérito probatorio alguno para resultar condenada mediante la sentencia de la Subsección B, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 24 de enero de 2019. En efecto, en la providencia mencionada no se establece la creación de riesgo alguno por parte del Ente investigador y acusador, que se hubiere materializado en los hechos ocurridos en el Centro Comercial El Cid, el 16 de enero de 2003.

Con base en el Informe No. 014 de 2002, elaborado por el Cuerpo Técnico de Investigaciones (C.T.I.) de la Fiscalía a propósito de la entonces próxima inauguración del Centro Comercial El Cid<sup>49</sup>, la Subsección B considera probada la previsibilidad del riesgo creado y concluye que esta entidad era “consciente de la posibilidad de sufrir un atentado”<sup>50</sup>. Sin embargo, no se establece en manera alguna dentro de esa providencia, ni en términos fácticos ni probatorios, cual habría sido la actuación de la Fiscalía General de la Nación generadora de un riesgo “anormal y excepcional”. No se precisa en el fallo cuál habría sido esa circunstancia que incrementó el riesgo al que estaba expuesta la ciudadanía en el giro ordinario de las actividades de la sociedad contemporánea, a nivel social, familiar, científico, industrial, social, institucional, etc. Por supuesto, no sólo no se identifica la actuación generadora del riesgo desaprobado, pilar fundamental de la atribución objetiva de responsabilidad por riesgo excepcional, sino que no se indica cuál es el material probatorio que acredita ese aspecto de la condena a la Fiscalía. En este punto decisivo, la sentencia de la Subsección B del 24 de enero de 2019 es completamente oscura<sup>51</sup>.

Como fácilmente se concluye a partir de la lectura de la mencionada sentencia, la Subsección no acopió ni valoró bajo las reglas de la sana crítica prueba alguna mediante la cual se estableciera la creación de un riesgo desaprobado por parte de la Fiscalía General de la Nación. Lo que aparentemente encontró demostrado esa Corporación fue la previsibilidad del atentado y la presunta conciencia de la Fiscalía sobre la posible ocurrencia de ese tipo de actos violentos en las inmediaciones de sus instalaciones, aspectos que en nada se relacionan con los supuestos jurídicos que dan lugar a la atribución objetiva de responsabilidad por riesgo excepcional. Este tipo de elementos resultan irrelevantes para el debate probatorio de un proceso que se dirige a establecer responsabilidad estatal objetiva por riesgo excepcional, así como para la debida motivación que exige una sentencia que pone término al mismo. La presunta previsibilidad del atentado, así como la “conciencia” de una de las entidades demandadas sobre la posible ocurrencia de los mismos, adquieren importancia en una imputación subjetiva por falla del servicio, en la que sí se valora la diligencia de las autoridades públicas en sus esfuerzos por evitar la ocurrencia del daño, así como el grado de conocimiento que tenían sobre su eventual materialización.

<sup>49</sup> Orden de trabajo No. 00226 del 25 de noviembre de 2002.

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 28.

<sup>51</sup> No obstante que el Ente investigador y acusador planteó esa defensa desde el comienzo del proceso, tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, como por ejemplo lo hace notar la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de julio de 2011, págs. 18 a 20.

Más allá de la presunta demostración de estos dos aspectos, que ninguna relación guardan con la imputación objetiva por riesgo excepcional, lo que se advierte en la sentencia de la Subsección B, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es que sería la existencia misma del Ente investigador y acusador, así como la ubicación de una de sus oficinas en las inmediaciones de un concurrido sector de la ciudad de Medellín, el hecho generador de un riesgo anormal para la ciudadanía.

Al respecto, la Fiscalía no encuentra razón alguna para concluir que la existencia misma de las instituciones del Estado y en particular de las autoridades pertenecientes a la administración de justicia, así como la oferta de sus servicios en un lugar asequible geográficamente para todas las personas, constituya causa suficiente para afirmar la creación de un riesgo mayor o superlativo en el caso examinado. No se crea un riesgo desaprobado en la sociedad mediante los esfuerzos institucionales por acercar la justicia a los ciudadanos, de manera que se remuevan los obstáculos de todo orden, y en particular geográficos, para permitir que se ponga en conocimiento de las instituciones los hechos afectan la convivencia social.

En las circunstancias del caso examinado, conforme a lo señalado en la doctrina, no resulta difícil afirmar que la extensión del título de imputación por riesgo excepcional al funcionamiento mismo de las instituciones del Estado y del ejercicio de las funciones de la administración de justicia, puede suponer un sacrificio de la indispensable interrelación entre la ciudadanía y la administración de justicia. Se responsabiliza a las instituciones por los riesgos asociados con su labor, mediante el desarrollo de actividades que resultan apenas normales en el contexto de cualquier sociedad democrática, que se rige por el imperio de la ley y del Estado de derecho. Como ocurre en el caso de la providencia examinada, la condena por la existencia de la Fiscalía y la ubicación de uno de sus edificios, como hechos generadores de riesgos súper erogatorios, implica la creación de una regla práctica de distanciamiento entre la justicia y la sociedad, así como una condición que puede afectar las condiciones geográficas de acceso a la oferta de servicios de la administración de justicia.

Adicionalmente, el tipo de juicio y conclusiones a las que llega la Subsección B no corresponden a las condiciones temporales en las que ocurrieron los actos violentos de terceros en el Centro Comercial El Cid. La Fiscalía comprende que si una institución del Estado, cuya labor puede razonablemente suponer un peligro para la comunidad dadas las condiciones de conflicto armado que ha vivido Colombia (como es el caso de las instalaciones militares y de policía), ubica una de sus sedes en medio de la población civil y debido a esa actuación se materializa un daño para la ciudadanía, corresponde a esa entidad reparar el daño causado a las víctimas de los actos violentos. Ese es un punto pacífico en la jurisprudencia contencioso administrativa, que la Fiscalía no pretende cuestionar en el presente asunto.

Sin embargo, como fácilmente se advierte al examinar la línea de tiempo de los hechos y contrario a lo sostenido por la Subsección B de la Sección Tercera, ese no es el supuesto fáctico que se observa en este caso. Como se explicará en la siguiente sección, la actuación que generó un riesgo desaprobado para la población no correspondió a la ubicación de las instalaciones de la Fiscalía, sino a los cambios funcionales realizados en el inmueble colindante, dispuestos para la inauguración del

Centro Comercial mencionado. Estos cambios, sumados a las escasas medidas de seguridad adoptadas por la administración del Centro Comercial El Cid (a pesar de las sugerencias del Ente investigador y acusador), en un contexto de conflicto armado, con un incremento de los actos violentos entre finales de 2002 y comienzos de 2003, sí generaron un riesgo excepcional para la población civil. Esta suma de factores sin duda fue causa adecuada y suficiente para la materialización de los daños ocurridos con ocasión de los actos violentos de las FARC del 16 de enero de 2003. Por el contrario, la atribución de la responsabilidad a la simple existencia de la Fiscalía, en un espacio de venía ocupando con varios años de anterioridad a la ocurrencia de los actos violentos, constituye una fórmula de juicio sin duda más sencilla, pero que corresponde menos con los hechos y con la prueba a la cual se da credibilidad para condenar al Ente investigador y acusador.

Todo lo anterior exige recordar que la imputación objetiva de responsabilidad bajo el título de riesgo excepcional, no puede significar la condena de las entidades del Estado sin mérito probatorio alguno o de forma automática por el hecho de existir o de disponer unas instalaciones dentro del área urbana de una ciudad como Medellín. No puede en consecuencia confundirse responsabilidad objetiva con responsabilidad sin pruebas. El reconocimiento de la responsabilidad objetiva, propia del título de imputación por riesgo excepcional, no exime al fallador de su deber de motivar, con base en pruebas debidamente recaudadas y valoradas, las circunstancias fácticas que dan lugar a una pretensión de reparación directa.

Dicho en otras palabras, la responsabilidad objetiva no puede equipararse a una responsabilidad *per se*, que se atribuye por el simple hecho de existir instituciones del Estado. De ser así, se impone sobre las autoridades públicas una carga difícilmente soportable, consistente en reparar todos los daños que directa o indirectamente puedan ser atribuidos a su creación y funcionamiento.

**d. La conducta generadora de un riesgo mayor con base en el informe No. 14 de 2002**

Como se indicó previamente, en esa providencia la Subsección B encuentra fundamento probatorio para atribuir responsabilidad a la Fiscalía con base en el informe No. 14 de 2002, elaborado por el Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI), a partir del cual esa Corporación encuentra establecido el grado de “previsibilidad” del atentado y la “conciencia” que tenía el Ente investigador y acusador sobre la probable ocurrencia de actos violentos en el Centro Comercial el Cid, en Medellín.

No sólo estos dos aspectos son irrelevantes para un juicio de responsabilidad estatal a la luz del título de imputación objetivo por riesgo excepcional, como se observó previamente, sino que de ese material probatorio, citado en el fallo del 24 de enero de 2019, se deriva necesariamente una conclusión completamente diferente, bajo una interpretación sujeta a las reglas de la sana crítica. A juicio de la Subsección B, de la Sección Tercera, el informe No. 14 de 2002, elaborado por el CTI a propósito de la orden de trabajo 00226, revela lo siguiente:

“La previsibilidad del riesgo que aparejaba el hecho de que las instalaciones de la Fiscalía pudieran ser objeto de un ataque con explosivos, de acuerdo con la situación que se vivía en el país y, especialmente, en la ciudad de Medellín, era del tal obvedad, que la propia entidad cuando realizó el estudio de seguridad al Centro Comercial El Cid, expuso como uno de sus mayores temores y preocupaciones, que se pudiera utilizar la coyuntura de aquel sitio abierto al público y de afluencia masiva, para realizar un ataque con explosivos contra sus instalaciones; por eso fue enfática en recomendar algunas medidas de seguridad y en recibir como parte de tranquilidad de los encargados del centro comercial, el compromiso que no ubicarían carros en los parqueaderos inmediatamente aledaños al muro colindante entre las dos edificaciones. Desde esta perspectiva, es claro que la Fiscalía era consciente de la posibilidad de sufrir un atentado” (Subrayado fuera de texto).

El párrafo transcrito contiene toda la valoración efectuada por la Subsección B de la Sección Tercera acerca del fundamento probatorio para hallar responsable a la Fiscalía General de la Nación por los hechos ocurridos en el Centro Comercial El Cid, el 16 de enero de 2003. En él se encuentra el examen de un elemento probatorio en particular, al que se confiere todo mérito para condenar a una entidad del Estado por los daños ocasionados por actos violentos de terceros, en particular, de la entonces guerrilla de las FARC. Como se indicó previamente, el resto de las pruebas mencionadas en el texto de la sentencia del 24 de enero de 2019 se refieren a otros asuntos, como la condición de víctimas de los peticionarios o el monto de las indemnizaciones correspondientes a daño emergente y lucro cesante, pero no a la demostración del supuesto de hecho que da lugar a la atribución de responsabilidad estatal.

En este sentido, la presunta manifestación hecha en el aludido informe No. 14, del 13 de diciembre de 2002, por el CTI de la Fiscalía, debería dar cuenta del riesgo desaprobado, que fue creado por la actuación del Ente investigador y acusador, como reiteradamente se afirma en el fallo del 24 de enero de 2019. Sin embargo, si se examina con detenimiento el mencionado informe, se observa que su contenido tiene un alcance muy diferente al que le atribuye la Subsección B en la providencia referida.

Esa Subsección señala que el informe se habría hecho a propósito de los temores que habría tenido la Fiscalía sobre la posible ocurrencia de atentados en su contra, en un contexto de conflicto armado. No obstante, el mismo documento, citado en la sentencia del 24 de enero de 2019, indica que el objeto del estudio era otro:

#### “ALCANCE DE LA MISIÓN

Establecer las novedades que para el diagnóstico y el esquema de seguridad de las instalaciones mencionadas generan las modificaciones estructurales y funcionales del edificio colindante, ubicado en la CALLE 54 NRO. 49-120, donde anteriormente funcionaba el TEATRO “EL CID” y a partir del mes en

curso funcionará el CENTRO COMERCIAL Y PARQUEADEROS EL CID<sup>52</sup> (Subrayado fuera de texto).

Como se observa entonces de lo manifestado por el CTI de la Fiscalía en el mencionado informe, la circunstancia que da lugar a efectuar un nuevo examen de las condiciones de seguridad de las instalaciones del Ente investigador y acusador, así como de su radio circundante, corresponde a los cambios funcionales y estructurales del inmueble aledaño. Fueron esas modificaciones a la disposición del predio las que generaron la necesidad de una nueva valoración. Al respecto, el aludido informe No. 14 de 2002 agrega:

#### “ANÁLISIS DE VULNERABILIDAD DEL EDIFICIO

Las modificaciones estructurales y funcionales operadas en el edificio en estudio generan las siguientes novedades respecto al diagnóstico y esquema de seguridad de los edificios VERACRUZ y DIPLOMÁTICO<sup>53</sup>.

A continuación, se precisa en el informe cómo esos cambios funcionales y estructurales incrementaban los riesgos de comisión de un atentado con explosivos, que tendría un alcance indiscriminado contra la población civil y que sin duda afectaría las instalaciones, así como a los servidores de la Fiscalía:

“- La destinación mixta de la locación colindante como Parqueadero y Centro Comercial implica la concurrencia de un gran número de usuarios al complejo por razones diversas (...), lo que incrementa la posibilidad de que organizaciones hostiles a la institución accedan al muro colindante del edificio ocupado por la Fiscalía.

- El servicio de parqueadero incrementa significativamente la posibilidad de que un vehículo sea utilizado como medio para introducir, ocultar y activar un artefacto explosivo o contaminante que inevitablemente afecte la edificación ocupada por la Fiscalía<sup>54</sup>.

Conviene hacer notar que el lenguaje mismo utilizado en el informe no revela que se temiera un atentado contra la Fiscalía, sino que se utilizara un espacio de masiva concurrencia en el nuevo centro comercial para introducir, ocultar y activar explosivos, lo cual “inevitablemente”, dada su cercanía, afectaría la edificación ocupada por la Fiscalía.

Más importante aún, el informe al que la Subsección B otorga toda fuerza probatoria para condenar a la Fiscalía por la creación de un riesgo desaprobado, señala de forma enfática, como se observa en los apartes transcritos, que la situación que sin duda

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 17.

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 18.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 18.



generaba un riesgo mayor de la posible ocurrencia de actos violentos por parte de terceros, y en concreto de un atentado con uso de explosivos, radicaba en los cambios funcionales y estructurales del inmueble, particularmente de la disposición de parqueaderos en la zona colindante con el edificio del Ente investigador y acusador.

En este sentido, no resulta extraño que la Seccional de la Fiscalía General de la Nación prestara sus servicios en el área de los actos violentos durante varios años, sin que se hubiere verificado atentado alguno en su contra. Por el contrario, sólo veinticinco días después de la inauguración del mencionado Centro Comercial, el cual contaba con una serie de cambios funcionales que permitían el acceso de vehículos a un parqueadero colindante con el edificio de la Fiscalía y con escasas medidas de seguridad, ocurrió el atentado terrorista precisamente en ese lugar.

Ahora bien, conviene advertir que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de la decisión mencionada, tiene en cuenta el comportamiento del Centro Comercial en la determinación de la indemnización, pero no en el examen de imputación. Valora en particular la ausencia de medidas de seguridad, pero no la disposición funcional del inmueble colindante con la Fiscalía General de la Nación. Aunque no tiene en cuenta este aspecto en la atribución de responsabilidad, sí lo hace para establecer el monto de la indemnización. Así reconoce expresamente la importancia del comportamiento y negligencia del Centro Comercial en la transformación estructural y funcional del inmueble, como causa eficiente en la ocurrencia de los hechos del 16 de enero de 2003:

“[L]a Fiscalía hizo recomendaciones precisas que, a juzgar por los hechos, no fueron tenidas en cuenta por el centro comercial, tales como, la instalación de detectores de metales, espejos y sensores laterales, entre otras. De todas, la más importante era la de no habilitar plazas de estacionamiento en la sección colindante con la Fiscalía, medida que fue desatendida imprudentemente por el centro comercial, pues justamente en esa zona fue donde se permitió el parqueo del carro que llevaba el material explosivo.

33. Esta última, era una medida que no comportaba mayor dificultad, pues bastaba que en realidad el centro comercial hubiera marginado del servicio de parqueadero esa zona de colindancia. Tuvo que ocurrir el hecho previsto y anunciado por la Fiscalía para que se tomara esa precaución, ya que se sabe que en el proceso de reconstrucción sí se excluyó ese sector para la destinación de parqueaderos, tal como se desprende de lo expuesto por Carlos Alberto Tabares, cuando se le preguntó si sabía a qué se debía la decisión de los propietarios de suprimir algunos parqueaderos, a lo cual respondió:

‘Sí, lógicamente fue muy claro, que inmediatamente analizar los daños sufridos en la construcción y organizar los nuevos palcos para dicha reconstrucción, inmediatamente se tomó la decisión de cancelar y no construir de nuevo la parte del parqueadero, puesto que esta circunstancia fue la que llevó a que ocurriese el atentado con el carro bomba debido a los (sic) lindantes que estábamos de la FISCALÍA’

[...]

Tampoco hay duda que el carro bomba fue ubicado justo en el lugar donde la Fiscalía había recomendado no dejar parquear vehículos, tal como lo reconoce el propio ingeniero constructor Luis Carlos Anaya, que al respecto dijo: ‘[e]l carro bomba fue ubicado en la parte inferior en la zona de parqueaderos del segundo piso, cercano a una columna que media con el edificio de la Fiscalía’<sup>55</sup>.

De esta manera, ese material probatorio se encontraba en el proceso y es citado en la decisión mencionada de la Subsección B, de la Sección Tercera, del Consejo de Estado, pero no fue valorado en la imputación de la responsabilidad, sino relegado al cálculo de la indemnización.

#### **e. Violación de derechos fundamentales con ocasión de la indebida valoración probatoria**

El defecto fáctico descrito en estos términos difícilmente se justifica a propósito de la salvaguarda de la independencia judicial y de la autonomía del fallador en la apreciación probatoria. En efecto, no se enmarca en la independencia judicial la resolución de un caso con una condena a una entidad del Estado, con cargo a recursos públicos, sin que se valoren debidamente las evidencias y sin sustentar probatoriamente que se encuentra demostrado el supuesto fáctico que da lugar a la imputación objetiva de responsabilidad por riesgo excepcional.

Lo anterior responde a que constituye un derecho fundamental de las partes del proceso que el juzgador evalúe las pruebas incorporadas en el expediente y decida de acuerdo a las conclusiones que bajo las reglas de la sana crítica puedan ser extraídas de las mismas. En el caso examinado, constituye una garantía fundamental de la Fiscalía General de la Nación, vulnerada mediante la sentencia proferida el 24 de enero de 2019 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que se resuelva una acción de reparación directa, desestimada en primera instancia, a través de un análisis que permita establecer la existencia de la actuación generadora de un riesgo desaprobado por el ordenamiento. De no verificarse esa conducta es apenas legítimo que la Fiscalía considere vulnerado su derecho al debido proceso probatorio, con una providencia que la condena bajo el título de riesgo excepcional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha observado que la vulneración de esta garantía mediante una decisión judicial “genera una vía de hecho”, exige la intervención del juez de tutela para salvaguardar el derecho a la prueba:

“El derecho a la prueba incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada, se practique, sino también de que se evalúe y que tenga incidencia

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 24 de enero de 2019, radicación No. 050012331000-200503186-01, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, p. 30.

lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte.

Por lo anteriormente dicho, una de las formas -y de las más graves- de desconocer el debido proceso, atropellando los derechos de las partes, radica precisamente en que el fallador, al sentenciar, lo haga sin fundar la resolución que adopta en el completo y exhaustivo análisis o sin la debida valoración del material probatorio aportado al proceso, o lo que es peor, ignorando su existencia. En este sentido, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho.

En consecuencia, se puede producir también una vía de hecho en el momento de evaluar la prueba, si la conclusión judicial adoptada con base en ella es **contraevidente**, es decir, si el juez infiere de ella hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, no podrían darse por acreditados, o si les atribuye consecuencias ajenas a la razón, desproporcionadas o imposibles de obtener dentro de tales postulados” (destacado original)<sup>56</sup>.

Como se ha explicado ampliamente en este escrito, la Fiscalía General de la Nación observa que este supuesto advertido por la Corte Constitucional se verifica en la mencionada sentencia del 24 de enero de 2019, por medio de la cual se da por acreditada una actuación del Ente investigador y acusador, que habría generado un riesgo desaprobado, superlativo, mayor al que deben tolerar los ciudadanos habitualmente, materializado en los actos violentos ocurridos en el Centro Comercial El Cid el 16 de enero de 2003. Como se señaló previamente, la apreciación que hace en esa providencia la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, respecto de la prueba sobre la que apoya su decisión, resulta manifiestamente contraria al alcance y texto mismo del informe No. 14 de 2002.

#### IV. PRETENSIONES

A lo largo del presente escrito de tutela se ha demostrado la forma en que la sentencia del 24 de enero de este año<sup>57</sup>, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el proceso de reparación directa de Jhon Jairo Gómez Aristizabal y otros en contra de La Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación, vulnera los derechos fundamentales de la Fiscalía General de la Nación al debido proceso y a la igualdad. Por lo anterior, me permito formular al Consejo de Estado las siguientes peticiones:

1. Que se amparen los derechos al debido proceso y a la igualdad de la Nación – Fiscalía General de la Nación.

<sup>56</sup> Corte Constitucional, sentencia C-496 de 2015.

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2019. C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Exp. No. 050012331000-200503186-01 (43112).

2. Que se deje sin valor y efectos la sentencia de 24 de enero de 2019 proferida por la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado en el proceso de radicado 050012331000-20050318601.
3. En consecuencia, que se ordene a la Sala Plena o a la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, proferir una nueva sentencia que se ajuste al principio de imputación previsto en el artículo 90 superior, realizando para el efecto una valoración de la causal exonerativa de responsabilidad del Estado por hecho exclusivo del tercero, propuesta oportunamente por las entidades demandadas; y que se sustente en el material probatorio obrante en el proceso.

## V. ANEXOS

Con el presente memorial, me permito adjuntar los siguientes documentos:

- Resolución No. 0303 de 2018 que establece la organización interna de la Dirección de Asuntos Jurídicos y se establecen otras disposiciones.
- Resolución No. 2361 de 2017, por medio de la cual se efectúa el nombramiento de la Directora de Asuntos Jurídicos.
- Acta de posesión de la Directora de Asuntos Jurídicos del 30 de junio de 2017.
- Sentencia del 24 de enero de 2019, proferida por la Subsección B – Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso de reparación directa radicado con el número 050012331000-20050318601 (43312).

## VI. MANIFESTACIÓN ESPECIAL

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no he promovido otra **ACCIÓN DE TUTELA** por los mismos hechos y fundamentos jurídicos.

## VII. COMPETENCIA

Según lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017, corresponde al Consejo de Estado conocer de la presente acción de tutela dirigida contra la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

DAJ


Página 35 de 35

### VIII. NOTIFICACIONES

La Fiscalía General de la Nación las recibirá en la Diagonal 22 B (Avda., Luis Carlos Galán) No. 52-01 Bloque C Piso 3°. (Bogotá D.C.), y en el correo electrónico [juridicanotificacionestutela@fiscalia.gov.co](mailto:juridicanotificacionestutela@fiscalia.gov.co)

La Subsección B de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado las recibirá en la Calle 12 No. 7 - 65, Palacio de Justicia (Bogotá D.C.).

Cordialmente,



**MYRIAM STELLA ORTÍZ QUINTERO**  
Directora de Asuntos Jurídicos  
Fiscalía General de la Nación