

**ANALISIS DE LOS CRITERIOS DE LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN
OBJETIVA APLICABLES EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
DEL ESTADO EN COLOMBIA.**

LADY CAROLINA ROJAS OLIVEROS

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS TUNJA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
Tunja, Boyacá
2020**

**ANALISIS DE LOS CRITERIOS DE LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN
OBJETIVA APLICABLES EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
DEL ESTADO EN COLOMBIA.**

LADY CAROLINA ROJAS OLIVEROS

**Tesis presentada como requisito para optar al título de
Magister en Derechos Administrativo**

Directora

SANDRA LILIANA AVELLANEDA HERNANDEZ

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS TUNJA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
Tunja, Boyacá
2020**

CONTENIDO

CAPITULO I. DEL DAÑO ANTIJURIDICO, SUS CLASES Y LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EXTRACONTRACTUAL	7
1.1. DEL DAÑO ANTIJURIDICO.....	7
1.1.1. Presupuestos.....	7
1.1.1. Elementos del daño antijurídico.	13
1.2. CLASES DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.....	18
1.2.1. Responsabilidad del Estado por falla o funcionamiento anormal del servicio. Régimen Subjetivo.....	18
1.2.2. Responsabilidad sin culpa. Régimen objetivo.....	20
CAPITULO II. DE LA CAUSALIDAD FACTICA A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. EL APORTE DE LA CIENCIA PENAL ALEMANA	24
2.1. ANTECEDENTES.....	24
2.2. TEORIAS DE LA CAUSALIDAD.	25
2.2.1. Teoría de la Equivalencia de Condiciones	26
2.2.2. Teoría de la Causalidad Adecuada o Necesaria	27
2.2.3. Teoría de la Relevancia Típica	28
2.3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	28
2.3.1. El funcionalismo y la imputación objetiva	30
2.3.2. La imputación objetiva en la obra de Claus Roxin	30
2.3.3. Imputación objetiva en la obra de Gunther Jakobs.....	36
CAPITULO III. CRITERIOS DE IMPUTACION OBJETIVA APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. CASOS SOLUCIONADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO Y PROPUESTA METODOLOGICA.	51
3.1. Ruptura tradicional del nexo de causalidad.	52
3.1.1. La culpa exclusiva de la víctima.....	53
3.1.2. El Hecho de un tercero.....	60
3.1.3. Caso Fortuito y Fuerza Mayor.....	61
3.2. Ruptura del Vínculo de causalidad por adopción de criterios de imputación objetiva. Incorporación directa de la teoría en la jurisprudencia del Consejo de Estado.	62

CAPITULO IV. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA SOLUCIÓN DE CASOS ASUMIENDO LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA	73
4.1. En accidentes de Tránsito.....	73
4.2. En eventos en donde se discute la privación injusta de la libertad.	75
4.3. En eventos en los cuales los particulares incumplen dolosamente deberes y ello genera respuesta “violenta” por miembros de la fuerza pública.	79
5. CONCLUSIONES	82
6. BIBLIOGRAFIA.....	84

INTRODUCCION

La responsabilidad extracontractual en Colombia tiene como fundamento el artículo 90 de la Constitución que establece un régimen general de responsabilidad precisando que el daño que es resarcible debe ser **antijurídico**, además de la necesidad de acreditar que se presentó un hecho o una omisión atribuible al Estado o a uno de sus agentes y un vínculo de causalidad o imputación, pero la Carta no precisa criterios o doctrinas, menos teorías que alberguen la forma como ha de estructurarse el modelo de responsabilidad.

Pues bien, en desarrollo de este precepto constitucional la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido prohijando criterios de propios de la teoría de la imputación objetiva que se manejan en el derecho penal bajo el influjo de la doctrina alemana actual.

Me propongo en este trabajo abordar esos criterios y precisar si es factible que los mismos puedan ser incorporados en la solución de casos a la luz de la responsabilidad extracontractual del estado.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Pueden aplicarse los criterios de la teoría de la imputación objetiva propios de la ciencia penal en la solución de casos en dónde se discute la responsabilidad extracontractual del Estado?

OBJETIVO GENERAL

Analizar los criterios de la teoría de la imputación objetiva aplicables al régimen de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

-) Identificar en que consiste el daño antijurídico y cuáles son las clases y elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano.

-) Definir en que consiste la teoría de la imputación objetiva en materia penal, cómo ha sido su evolución y cuáles son los criterios derivados de la misma, partiendo del fenómeno de la causalidad fáctica atendiendo al aporte de la ciencia penal alemana.
-) Determinar si los criterios de la teoría de la imputación objetiva han sido aplicados a la responsabilidad extracontractual del estado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, presentando los casos solucionados por dicha Corporación y la propuesta metodológica.
-) Presentar una propuesta metodológica para la solución de casos de responsabilidad extracontractual del estado acudiendo a criterios de la teoría de la imputación objetiva.

JUSTIFICACIÓN

La responsabilidad extracontractual del estado es sin duda uno de los temas que admite mayor desarrollo jurisprudencial por la cláusula abierta que sobre el mismo estableció la Constitución Nacional Colombiana en el artículo 90.

Ese desarrollo ha sido evidente y enriquecedor por la apertura a nuevas doctrinas en sede de la reparación de perjuicios cuando media la acción u omisión del Estado o sus agentes. Presenciamos tesis jurisprudenciales que van desde irresponsabilidad absoluta hasta la completa apertura a la indemnización de perjuicios a partir de la constatación objetiva de un daño, así como aquellas que limitan o restringen los eventos indemnizatorios y exigen del reclamante un comportamiento ajustado a derecho. Es este contexto, el de la limitación que vivimos hoy, que surge la posibilidad de ajustar la teoría de la imputación objetiva propia de la ciencia penal alemana a la responsabilidad extracontractual con criterios y posturas que de por sí muestran una leve tendencia a cerrar la puerta a la reparación.

Este trabajo pretende mostrar el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva así como casos en los cuales el Consejo de Estado la ha aplicado, para finalmente mostrar cómo podría en otros eventos acudirse a ésta.

METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Para verificar la aplicación de los principios de la teoría de la imputación objetiva a casos específicos de responsabilidad extracontractual del estado en Colombia, se utilizó como técnica de investigación el estudio que se realizó a través de la revisión documental, tanto de material bibliográfico relacionado con los elementos de la responsabilidad extracontractual en Colombia específicamente del daño antijurídico, así como la evolución de la teoría de la imputación objetiva especialmente en la Doctrina Nacional, para renglón seguido hacer revisión de Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el tema a efectos de anticipar, en qué casos es viable aplicar los criterios de dicha teoría en Colombia, no solo en eventos de privación que se reclama “injusta” de la libertad, es decir, se trata de una Investigación jurídica con carácter descriptivo y analítico.

CAPITULO I. DEL DAÑO ANTIJURIDICO, SUS CLASES Y LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EXTRACONTRACTUAL

Introducción.

A la hora de abordar la responsabilidad extracontractual del Estado, emergen dos grandes esquemas, la Falla o funcionamiento anormal del servicio y la responsabilidad sin culpa de este, ambos enmarcados dentro de la cláusula general de responsabilidad señalada en el artículo 90 Constitucional.

En este capítulo, se pretende abordar someramente los esquemas para introducir al lector en esa aproximación general, que, desde luego en lo que nos proponemos trabajar en los capítulos venideros está enfocada en la responsabilidad sin culpa del Estado, o responsabilidad objetiva y las variables que ella admite, incluido el estudio ulterior de la Imputación objetiva.

1.1. DEL DAÑO ANTIJURIDICO.

1.1.1. Presupuestos

Para hablar de daño antijurídico, es necesario tener claro cuáles son los elementos de la responsabilidad del estado cuando los particulares han sido afectados por la actuación u omisión de autoridades públicas en dónde el primer presupuesto es la existencia de un daño que en esta sede se le llama antijurídico en función del mandato inserto en el artículo 90 de la C.P.

Sobre estos elementos, en la sentencia de la Corte Constitucional, SU 072 del año 2018¹, se ha dicho:

¹Corte Constitucional, sentencia C-072 de 2018, Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

“Los elementos de la responsabilidad del Estado

34. El resarcimiento del patrimonio de los particulares cuando ha sido afectado por la presunta actuación u omisión de una autoridad pública² depende de la demostración de tres elementos, a saber: (i) la existencia de un daño antijurídico, esto es, un perjuicio que el ciudadano no tenía la carga de soportar³; (ii) una acción u omisión imputable al Estado y (iii) un nexo de causalidad⁴. Ahora bien, estos conceptos han sido recientemente rememorados por la Sección Tercera del Consejo de Estado así:

“El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.”⁵

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.”⁶

*“Acreditados el daño y las fallas invocadas en la demanda, corresponde a la Sala determinar si el primero es imputable a las segundas, es decir, lo que en lenguaje jurídico se ha denominado tradicionalmente como el **nexo de causalidad**”⁷ (Negrilla original)*

En este punto se precisa que estos tres elementos son consustanciales a cualquier proceso de verificación de responsabilidad del Estado independientemente del título de imputación que se utilice para definirla, pues la diferencia entre ellos surge del contexto en el cual se presenta el daño y de la necesidad o no de efectuar análisis sobre la acción o la omisión que desencadenó el perjuicio...”

² Artículo 90 de la Constitución. “Como **autoridad pública** se debe entender todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o de decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obligan y afectan a los particulares.” Corte Constitucional Sentencia T- 572 de 1992, Magistrado Ponente: JAIME SANIN GREIFFENSTEIN.

³ Sentencias C-430 de 2000, C-100 de 2001 y T-135 de 2012.

⁴ Sentencias C-644 de 2011 y SU-443 de 2016. “El elemento de responsabilidad “**nexo causal**” se entiende como la relación necesaria y eficiente entre la conducta imputada y probada o presumida, según el caso, con el daño demostrado o presumido. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona como producto de su acción o de su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista fáctico sino del jurídico.” Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera radicado 05001-23-24-000-1993-00288-01 (13818) Consejera Ponente MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁶ Sentencia del 21 de febrero de 2018, expediente 73001-23-31-000-2009-00076-01(42459), Subsección C.

⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 7 de febrero de 2018, expediente 73001-23-31-000-2008-00100-01(40496), Subsección B.

Por su parte el Consejo de Estado en decisión de alto valor sobre el tema dijo⁸:

“Entonces, con el ánimo de rescatar las bases de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, fuerza exigir la demostración de que el daño (la detención) cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad...”

Precisado lo anterior, el concepto de daño antijurídico tiene como componente básico el daño, que como elemento de la responsabilidad, se puede definir como, la disminución de patrimonio y dicha noción está integrada por dos elementos, uno de hecho y otro jurídico, el primero de ellos comprende **el perjuicio** y el segundo **la lesión de un derecho**⁹. Como características de este elemento la doctrina y la jurisprudencia han determinado las siguientes; el daño debe ser **cierto**, es decir su existencia debe estar establecida, no se puede dudar de su realidad, el perjuicio es real y efectivo no es eventual, así para establecer esta característica se debe analizar que *de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de lo que es como consecuencia del mismo*, el daño también debe ser **actual**, es decir ya realizado, sin embargo también puede ser **futuro**, siempre y cuando sea efectivo, pese a que las consecuencias se proyectan adelante en el tiempo¹⁰.

El daño antijurídico, es la consecuencia en el patrimonio de la víctima, que surgen por la acción u omisión del Estado, aquí se diferencia del “daño”, que es más genérico, entendido como el simple menoscabo patrimonial, Javier Tamayo Jaramillo define el daño antijurídico como “aquel que el Estado, en el ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar. O lo que es lo mismo, cuando el estado causa un daño que no tenía derecho a causar, es responsable”.

⁸ Consejo de Estado Sentencia de unificación Sala de lo contencioso administrativo sección tercera radicado 6001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) Consejero Ponente CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

⁹ Hiestrosa Fernando, Forero, “Prologo”, ob. Cit., p.13, obra citada por Arenas Mendoza, HUGO, “El Régimen de Responsabilidad Objetiva”, Legis, Segunda edición, página 73

¹⁰ Saavedra Becerra, Ramiro, ob. Cit., p. 605, obra citada por Arenas Mendoza, HUGO, “El Régimen de Responsabilidad Objetiva”, Legis, Segunda edición, página 76

Hablar de daño antijurídico inmediatamente comporta la referencia al artículo 90 de la Constitución Nacional y eso hace que el concepto deba ser desarrollado y así lo ha sido por la doctrina del Consejo de Estado, baste con decir que, la lesión, el menoscabo a un derecho, a un bien, debe ser antijurídico e implica que ese menoscabado no sea justificado, que sea contrario a derecho; en el ámbito penal se traduce en un injusto tipificado, esto es, una conducta que se desvalora por el legislador penal en la medida que causa agravio, lesión, menoscabo o peligro de ello a un derecho fundamental o a un interés colectivo previamente seleccionado, sin justa causa; en el derecho administrativo, esa lesión, menoscabo generalmente en el particular, se vuelve un concepto técnico, resarcible, *en palabras de García de Enterría “ a efecto de la responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles), no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona ...”*¹¹.

En el derecho administrativo se parte del presupuesto que, el Estado puede ocasionar daños en el cumplimiento de sus funciones, tanto en su funcionamiento normal como anormal, por ello, “el daño antijurídico, puede presentarse tanto en régimen de responsabilidad sin culpa como de responsabilidad con culpa”¹², no obstante, “cuando el estado causa un daño que no tenía derecho a causar, es responsable”¹³, noción que no es extraña y que es por completo desarrollada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁴, que en decisión reciente, ha expresado: “El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁵ y del Estado, impone considerar dos

¹¹ Luis Martín Rebollo, La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia, Civitas, S.A. páginas 59 y 60. Cfr. Consejo de Estado, Radicado 10948-11643, sentencia del 21 de octubre de 1999 y Radicado 10867, sentencia del 27 de enero de 2000, Consejero ponente: Allier Eduardo Hernández Enríquez.

¹² SAAVEDRA BECERRA RAMIRO, p. 602

¹³ TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, La responsabilidad del Estado: el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico, Temis, Bogotá, 1997, p. 32. Obra citada en el artículo “La responsabilidad del estado y su adecuación a parámetros interamericano, Ana María Navarrete-Frías, Estud. Socio-Juríd vol.11 no.2 Bogotá, 2009.

¹⁴ Consejo de estado, Sección Tercera, radicado 32667, sentencia de 18 de mayo de 2017, Consejero Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

¹⁵ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en *Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No.4, 2000, p.185. “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA)*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico?

componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹⁶; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”¹⁷; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”¹⁸, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹⁹; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general²⁰, o de la cooperación social²¹.

Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”.

¹⁶ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁷ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁸ PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186. “[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.

¹⁹ MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.

²⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

²¹ RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la *“antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*²², así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado *“que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”*²³.

compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.

²² Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003, Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002, Magistrado Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002, Magistrado Ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002, Magistrado Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, ob., cit., p.297. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “*principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución*”²⁴.

1.1.1. Elementos del daño antijurídico.

- Debe ser Cierto o Real.

El primer elemento es que sea cierto, real, efectivo, hablar del daño es hablar de lesión, de resultado, de algo verificable o por lo menos susceptible de ser probado por parte de quien lo alega.

Hablar de cierto, es hablar de certidumbre sobre su existencia, su ocurrencia, que no se trate de algo especulativo, como sucede en las simples apreciaciones del litigante, ni argumentativo, debe probarse su existencia, verificarse, se parte de la necesidad de constatación fenomenológica, con la necesidad de prueba por parte de quien lo alega o invoca, “corresponde probarlo a quien lo sufre, pues así lo establece la ley y además constituye un presupuesto ontológico, se requiere la prueba de su relación que no es más que el menoscabo patrimonial que sufre quien lo padece...”²⁵.

La efectividad, va de la mano con la antijuridicidad material propia del derecho penal²⁶, es decir, con el menoscabo, con el daño material a un bien jurídico, no con la potencialidad de lesión, no con el peligro abstracto, sino con el daño materializado en concreto, al cual se suma la contradicción con el derecho.

La doctrina administrativa, igualmente ha construido una especie de daño, que dada su naturaleza ante lo protuberante de la ofensa, o lo grosero, considera que

²⁴ Corte Constitucional, sentencias C-333 de 1996 Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y C-832 de 2001 Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual.*, ob., cit., p.298.

²⁵ GIL BOTERO, ENRIQUE. Responsabilidad extracontractual del Estado, página 37

²⁶ Artículo 11 del C.P.

el mismo no admite mayor discusión, al hablar por sí mismo, es lo que se conoce como *res ipsa loquitur*, (la cosa que habla por sí misma), que tal como lo ha explicado el Consejo de Estado, se trata de formas de evidencia circunstanciada cuya simple apreciación genera una anticipación de responsabilidad, sobre todo en modelos de falla en el servicio, como por ejemplo el caso en el cual por error médico fueron extraídas de una mujer embarazada tres trillizas con gestación de 24 semanas cuando se pensaba que se trataba de un solo bebe listo para nacer y practicaron la cesárea. En palabras del alto tribunal, “el demandante solo tiene que probar el daño anormal o excepcional sufrido y la imputación del mismo a una entidad de derecho público; en su esencia indica que los daños producidos no se verifican normalmente si no existe una culpa, el hecho habla por sí como prueba de ella. A modo de ejemplo, no será necesario demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada o le extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente...”.²⁷

- **Debe ser Antijurídico.**

Para este escenario se traduce en que la persona que lo sufre, **no tenga el deber jurídico de soportarlo**, puesto que, “*la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado*”²⁸.

Antijuridicidad es contradicción con el derecho, algo antijurídico es algo contrario al deber jurídico, es una contradicción con la regla de derecho, en materia penal es lo que se traduce en antijuridicidad formal, esto es, cuando la conducta típica contraviene sin justa causa el orden jurídico.

Se habla de sin justa causa y esa es la esencia de la contradicción, pues puede haber comportamientos típicos, violatorios o lesivos de derechos, pero justificados a la luz del orden jurídico, él se presenta con las justificantes o el llamado tipo permisivo.

²⁷ Ver Consejo de Estado radicado 250002326000200301881- 01 (38738) Consejero Ponente: HERNAN ANDRADE RINCON, 12 de noviembre de 2014

²⁸ GARCIA-ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo Tomo II, página 379. Obra citada por el Consejo de Estado, radicado 07001-23-31-000-2001-01332-01 (23.506), Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, 13 de febrero de 2013.

Cuando una persona da muerte a otra en legítima defensa, a no dudarle afecta el derecho a la vida pero no comete injusto pues su conducta está amparada por el derecho y no es antijurídica.

En el seno de la responsabilidad administrativa, una cosa es hablar del deber jurídico que deba soportar la persona, una carga en el ciudadano o persona y otra hablar de una causa justa que libera de responsabilidad, ello, porque si la persona debía soportar una carga y se le afecta un derecho, la acción del estado demandado que ocasiona el perjuicio no repercute en un daño antijurídico; y es diferente cuando la persona se expone injurídicamente a una afectación que lleva a una respuesta justa y que le niega a futuro pretensión indemnizatoria, desde luego, ambas conducen a esta solución, en ambos casos podemos construir perfectamente líneas de análisis.

Eventos en los que las personas deben soportar cargas, que llevan implícitos resultados lesivos.

-.- **Cuando es en aras del interés general.** El fundamento es la prevalencia del interés general sobre el particular, de aquí se parte que es jurídica la lesión producida, *“si es consecuencia de acciones emprendidas por la administración por razones de interés general...”*²⁹.

-.- **Cuando es en cumplimiento de deberes constitucionales, legales o conforme a derecho.** Su fundamento es el contractualismo como tal y específicamente el artículo 95 de la Carta política³⁰.

²⁹ Cosculluela Montaner, Luis, Manual de derecho administrativo, citado por ARENAS MENDOZA, HUGO, El Régimen de Responsabilidad Objetiva Legis Segunda edición página 85

³⁰ **ARTICULO 95.** La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
- 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;**
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;

-.- Cuando el daño proviene de la prestación normal de un servicio público.

En estos eventos, cuando se trata del funcionamiento “normal” de los servicios públicos, los daños que se generen dentro de ese margen son cargas para las personas, por la dinámica del desarrollo social y Estatal en la necesidad de prestar el servicio, son cargas normales por el desarrollo. Aquí, se parte de la base que la evolución social comporta actividades que llevan implícito riesgo de lesión, como por ejemplo la construcción de hidroeléctricas, acueductos, etc., que desarrolladas dentro de los riesgos de administración normal o riesgo permitido, hace que no se pueda imputar el resultado al estado, daño que no es antijurídico.

-.- Cuando se trate de daños ocasionados por situaciones de anormalidad institucional.

Se trata de eventos en las cuales se afrontan episodios no normales de estabilidad institucional o social, como lo es el estado de guerra³¹, la conmoción interior³² o

7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;

8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;

9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad...”. se destaca fuera de texto.

³¹ Ver Constitución Nacional “**ARTICULO 212.** El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad.

La declaración del Estado de Guerra Exterior sólo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del Presidente fuere necesario repeler la agresión.

Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el Gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos.

Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara...”

³² “**ARTICULO 213.** En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República.

Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

situaciones de grave afectación al orden económico, social y ecológico³³, eventos que tienen su fundamento en el numeral 3 del artículo 95 de la Carta política, antes visto, “3. *Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales...*”.

Eventos en los que la persona que padece un daño, se expuso imprudente, negligente o mal intencionadamente al mismo.

En este caso, la persona se expone al daño pues su acción es inadecuada y allí es obligado a soportarlo, por ejemplo, cuando eleva el riesgo en su producción, desatiende los deberes, genera acciones riesgosas, o cuando da lugar a una justificante en la acción. Tradicionalmente, la solución se ubica bajo el terreno o tema de la **culpa de la víctima**, algo que referiré y expresaré por qué no estoy de acuerdo, en el capítulo tercero.

- Finalmente debe consistir en una lesión Personal.

El daño debe ser personal, por ello, se debe analizar quien es el particular al que concretamente se le causa el daño antijurídico, para poder indemnizar, aquí el problema radica en determinar, quién puede reclamar el daño sufrido, la verdadera víctima o titular del interés. Al concretar este presupuesto, el legislador busca que el Estado no responda por daños que no tengan perjudicado o víctima determinada, y excluirlos daños que sean generales que se conviertan en una carga colectiva.

Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público. El Gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.

Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.

En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar...”

³³ “**ARTICULO 215.** Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario...”

Como lo señala Arenas Mendoza³⁴, existen criterios tradicionales para individualizar el daño: i) el perjuicio ha de consistir en un sacrificio excesivo o especial que recaiga sobre ciertas personas, y ii) el número de afectados con relación a un sector determinado o particular.

Analizada la noción de Daño Antijurídico, el cual corresponde al modelo de Responsabilidad Estatal, se reitera entonces que es a partir de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 Superior, que se enmarcan los tipos de responsabilidad extracontractual del estado, uno de carácter subjetivo y otro objetivo, los cuales se diferencian por el título de imputación jurídica del daño y que serán objeto de estudio brevemente a continuación.

1.2. CLASES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

1.2.1. Responsabilidad del Estado por falla o funcionamiento anormal del servicio. Régimen Subjetivo.

Responder, es asumir las consecuencias de los actos, hechos, omisiones, etc., así la administración puede actuar y ser responsable, por medio de actos, omisiones hechos, operaciones y vías de hecho.

En el caso de la responsabilidad por falta o falla en el servicio, es el régimen tradicional de la forma o título como debe responder el Estado; en nuestro medio es de estirpe francesa, digamos que, el mal funcionamiento, es el pilar básico de responsabilidad del Estado, es un modelo amparado en la CULPA, falla que se analiza en varios supuestos:

- .- Mal funcionamiento del servicio.
- .- Comportamiento anormal de quien presta el servicio.
- .- Omisión de las funciones de quien debe prestar el servicio.

Ese mal funcionamiento, es causal de responsabilidad o imputación, y comprende tanto las actuaciones que con su comportamiento ilegal y culpable hayan causado materialmente el perjuicio antijurídico, así como el daño que tenga un causante anónimo.

La anormalidad o falla, es un concepto jurídico indeterminado, *“que como tal se concreta en cada caso particular a través de estándares del rendimiento medio del servicio de que se trate según sus características y desarrollo. Hay también desde*

³⁴ Hugo Andrés Arenas Mendoza, El Régimen de Responsabilidad Objetiva, Primera Edición 2013, pág.163

*esta perspectiva el no cumplimiento de un deber, de una obligación funcional de actuar en determinado sentido...*³⁵.

Luego en cada caso ha de verse el funcionamiento anormal o defectuoso, que se ampara en el artículo segundo de la Carta Política Colombiana, y que puede tener como base la negligencia, el descuido, la imprevisión, el dolo y refleja irregularidad, afectación, violación de las obligaciones de la administración, bien sea porque se ejecuta una acción que resulta siendo ilegal, como por ejemplo cuando un agente de policía lleva un retenido al que injustamente le da muerte; ora porque hay una omisión en el actuar, como cuando el guarda de la cárcel presencia las lesiones infringidas a un interno por otro y sin razón permanece expectante.

Puede ser por el retardo en el actuar, como ha sucedido cuando se ha reconocido por la prestación tardía de servicios médicos³⁶.

La imprudencia, la negligencia, la impericia la violación de reglamentos, la imprevisión, son fuentes constantes, permanentes de este tipo de responsabilidad, se basan en la afectación notoria del deber de cuidado, a ello se suma el dolo y la mala fe.

No es de la esencia de este trabajo analizar las faltas, ni la graduación de las mismas, si es grave, la lata, leve, ni si se presume o no, o los tipos de culpa en penal o civil que resultan siendo agrupadas, baste con manifestar que en este tipo de eventos existe un procedimiento de reversión o repetición en contra del agente o servidor, ello en claro mandato constitucional, artículo 90 inciso 2 de la Carta Colombiana.

Esta acción, tiene como presupuesto, el que la administración fue condenada al pago o está siendo conminada al pago (pues se puede llamar en garantía) y existe el dolo, la culpa o la negligencia grave del funcionario o agente.

Además, en este régimen de responsabilidad deben demostrar los siguientes elementos: i) *La existencia de una **falta o falla del servicio o de la administración***, la cual puede presentarse por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, bien sea porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada³⁷; ii) un ***Daño antijurídico***, el cual constituye un requisito de la obligación de indemnizar y que al no demostrarse como elemento de la responsabilidad estatal, no permite que ésta se

³⁵ Saavedra Becerra, Ramiro. La responsabilidad extracontractual o de la Administración pública. Ediciones Ibáñez, noviembre 2002 página 247.

³⁶ Ver decisión del Consejo de Estado, sección tercera expediente 6255 sentencia del 26 de marzo de 1992, Consejero Ponente: JULIO CESAR URIBE ACOSTA

³⁷ Consejo de Estado, radicado 85001-23-31-000-1993-00074-01 (14170) del 24 de febrero de 2005, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

estructure³⁸; y iii) **Nexo Causal o relación de causalidad** entre la falta o falla de la administración y el daño, es decir, se debe demostrar que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

1.2.2. Responsabilidad sin culpa. Régimen objetivo.

Es la jurisprudencia del Consejo de Estado la que viene perfeccionando un modelo de responsabilidad sin culpa, a partir del canon constitucional, artículo 90 que habla de daño antijurídico, aunque debe precisarse que el régimen de responsabilidad ordinario se fundamenta en la culpa.

En este caso, tenemos no un funcionamiento anormal o defectuoso, sino un funcionamiento normal, sin culpa, por eso se le llama **responsabilidad objetiva**. En este modelo, se parte del presupuesto que la actuación del Estado es lícita, conforme a derecho, pero se genera un daño antijurídico al particular, bien sea por daños especiales o riesgos excepcionales³⁹.

En este escenario de responsabilidad, la culpa no es presupuesto, no hay falla en el servicio, sino que se presenta una actividad conforme a la dinámica estatal dentro del orden jurídico y en aras del interés común, solo que esa actuación produce un daño no deseado al particular, que a la postre se convierte en el fundamento de responsabilidad; **sin daño, no hay responsabilidad**, daño que se traduce en el menoscabo de un derecho, y hace que la persona que injusta o ilegalmente lo padece, sea tenida como **víctima**.

Sobre la noción de **víctima**, que en adelante se usará no se relaciona con la que se construye en la jurisprudencia del derecho administrativo, es más comprensiva, más actual, moderna, si se permite así expresarlo, el concepto desarrollado en el derecho constitucional y en el penal, particularmente.

³⁸ Consejo de Estado. Expediente 8894 del 16 de diciembre de 1994, C.P. Betancur Jaramillo, citada en: ECHEVERRÍA ACUÑA, Mario. *Responsabilidad del Estado por Acción u Omisión de las Fuerzas Militares*. Dirigida por María Lourdes Ramírez Torrado y Judith Echeverría Molina. Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho. Universidad del Norte, División de Ciencias Jurídicas, 2011, p. 89; y ROMERO CALVO, Diana. *Responsabilidad Fiscal*. Universidad de la Sabana, Facultad de Derecho, 2001, p. 50.

³⁹Leguina Villa, Jesús. *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, Madrid, 1993 Tecnos, página 677

La Corte Constitucional, desde la sentencia C-228 de 2002, ha venido decantando el concepto de víctima y su incidencia en el sistema judicial, así como los derechos que a ella le asisten, que hoy repetimos en los estrados y foros judiciales.

Dijo en esa oportunidad, desde luego, en el campo penal:

*“... (i) Concepción **amplia de los derechos de las víctimas**: Los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia, no restringida exclusivamente a una reparación económica, sino que incluye garantías como los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral de los daños sufridos. Esta protección está fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos. La tendencia universal a esta protección ampliada comprende actuaciones relativas al interés en el esclarecimiento de los hechos en aras de la verdad, como al interés en el derecho a que la víctima sea escuchada cuando se negocie la condena o se delibere sobre una medida de libertad condicional.*

*(ii) **Deberes correlativos de las autoridades públicas**: El reconocimiento de estos derechos impone unos correlativos deberes a las autoridades públicas quienes deben orientar sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible.*

*(iii) **Interdependencia y autonomía de las garantías que integran los derechos de las víctimas**: Las garantías de verdad, justicia y reparación son interdependientes pero autónomos por cuanto “Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesan a la parte civil, es posible que en ciertos casos, ésta sólo esté interesada en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, y deje de lado la obtención de una indemnización.*

*(iv) **La condición de víctima**: Para acreditar la condición de víctima se requiere que haya un daño real, concreto, y específico cualquiera que sea la naturaleza de éste, que legitime la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la*

*realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial...*⁴⁰

Esta noción y los derechos referidos, se acompasa con los estándares internacionales en la materia, particularmente con el concepto que las naciones unidas han dispuesto para “víctima”, como ***toda persona que hubiese sufrido un daño a consecuencia del delito***, ello puede verse en el conjunto de principios y directrices básicas de la ONU sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones⁴¹, allí se establece que *“a los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida económica o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término “víctima” también comprenderá a la familia inmediatas o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”*.

En la misma línea, el estatuto de la Corte Penal Internacional precisa el concepto de víctima⁴², es por ello que tenemos arraigado constitucional y legalmente en Colombia, el alcance del concepto de víctima, precisando que son titulares de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación las víctimas y perjudicados con el delito, que hubiesen sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste. Este criterio se ha sostenido tanto en el contexto de los procesos penales de la justicia ordinaria en el ámbito nacional⁴³, como en el contexto de la justicia transicional, y de la justicia internacional.

⁴⁰ Ver, Corte Constitucional, sentencia C- 228 DE 2002, Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, con Aclaración de Voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería. En esta sentencia la Corte Constitucional precisó el alcance constitucional de los derechos de las víctimas en el proceso penal

⁴¹ Ver E/CN.4/2005/L.48. abril 13 de 2005. Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos mediante Resolución 2005/35 del 19 de abril de 2005.

⁴² La regla 85 del documento de las Reglas de Procedimiento y Prueba, anexo al estatuto de la Corte Penal Internacional, establece que *“para los fines del Estatuto y de las Reglas procedimiento y Pruebas: a) “Por “víctima” se entenderá a las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”*.

⁴³ Por ejemplo en las sentencias C- 228 de 2002 Magistrados Ponentes: MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, C-370 de 2006 Magistrados Ponentes: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, RODRIGO ESCOBAR GIL,

Si analizamos el contexto, el derecho administrativo al igual que el civil no han acuñado como tal un concepto de víctima, sino que se refieren a la víctima a efectos de estimar que ella es quien prueba un daño antijurídico (el daño existe y se atribuye al Estado demandado su realización) o a estimar de ella la eximente de responsabilidad patrimonial cuando hay culpa exclusiva de esta (es decir el daño existe pero se atribuye al demandante su realización); podemos decir que, **es la persona afectada por el comportamiento, acción u omisión de la administración y que no debe soportar los daños a ella injustamente ocasionados.**

En todo caso, el pilar de la responsabilidad es el daño ocasionado que además debe ser antijurídico, esto, es contrario a derecho, lo que nos pone en supuestos, de daños conforme a derecho.

Así, en este evento los elementos que concurren varían respecto al régimen que se analizó anteriormente, el elemento subjetivo desaparece y el actor tiene que acreditar: i) la **existencia de un daño** (s) con las siguientes cualidades: cierto, particular, anormal y que recaiga sobre una situación de acto o de hecho que esté protegida jurídicamente o sobre la cual el Estado haya generado confianza legítima⁴⁴, y el **nexo causal** entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado, mediante prueba directa o indirecta⁴⁵.

Visto el daño antijurídico así como sus elementos y los modelos de responsabilidad, para los efectos de este trabajo no se analiza la acción u omisión imputable al estado, como sí el nexo de causalidad, por ello en el siguiente aparte mostraré la evolución del elemento hasta llegar a la teoría de la imputación objetiva que se trae del derecho penal a decisiones en el marco de la responsabilidad administrativa.

MARCO GERARDO MONROY CABRA, ALVARO TAFUR GALVIS y CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ., C-578 de 2002, Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

⁴⁴ Consejo de Estado. Expediente 13477 del 2 de mayo de 2002, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

⁴⁵ *Ibidem*.

CAPITULO II. DE LA CAUSALIDAD FACTICA A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. EL APORTE DE LA CIENCIA PENAL ALEMANA

Introducción.

Si hemos de considerar la necesidad de buscar elementos que rompan la simple relación de causalidad bajo el influjo de aspectos eminentemente normativos, es en materia penal en donde se ha construido desde el seno mismo de la dogmática, una teoría que aborda la solución de problemas no resueltos con la simple relación de causalidad (fáctica), introduciendo criterios normativos que permiten en muchos casos liberar o concretar la responsabilidad, esos criterios son relevantes en mi trabajo, pero para ello voy a abordar la evolución de la teoría y el estado de la misma actualmente, lo importante de ello es que esta misma teoría se está abriendo paso en sede del derecho administrativo.

2.1. ANTECEDENTES.

La imputación objetiva, es una teoría construida en el núcleo de la tipicidad penal y que permite la imputación de un acontecer o resultado de relevancia penal a la acción u omisión de una persona.

Para abordar el tema, es necesario entender que la ubicación sistemática de la misma, es en sede de TIPICIDAD y más concretamente del tipo objetivo, que a su vez, se basa en la división que de este se ha hecho es dos partes (tipo objetivo y tipo subjetivo), con el finalismo propuesto por el penalista alemán HANS WELZEL.

En el tipo objetivo o parte objetiva de tipo, encontramos los sujetos (activo y pasivo de la conducta), el objeto (el bien afectado material y jurídicamente), los ingredientes (normativos y subjetivos) y desde luego, el núcleo, la conducta.

Es, en la conducta, donde está, la acción, el resultado y entre estos, el vínculo de causalidad (fáctica) o nexo de imputación objetiva, dependiendo de la concepción de la cual se parta⁴⁶, aquí se ubica conforme los dogmas penales, la teoría, en el nexo entre la acción u omisión y el resultado cuando se exija este.

Es en este camino, de la teoría del nexo, como la “*necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido*”⁴⁷, en dónde está el presupuesto necesario para hablar de responsabilidad, con independencia del título, y es este, el sitio en dónde se construye la imputación objetiva, su antecedente es la CAUSALIDAD FACTICA.

2.2. TEORIAS DE LA CAUSALIDAD.

Causalidad para la doctrina, es “el enlace material entre un hecho y un resultado, se le llama imputabilidad o atribuibilidad material, imputatio facti o vínculo material”⁴⁸.

En sentido amplio, la causalidad, es la relación existente entre el resultado (daño) y la acción, que permite afirmar que aquel ha sido producido por esta.

En sentido más restringido solo se puede hablar de relación de causalidad para referirse a uno de los grupos de teorías que han tratado de explicar aquella relación, las llamadas teorías de la causalidad, que en la dogmática penal se han trabajado como, **teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, teorías de la causalidad eficiente y de la causalidad adecuada y la relevancia típica.**

Se les llama teorías causalistas porque parten de una concepción de simple relación natural causa-efecto, a partir de allí se han presentado variables, unas que consideran que toda causa que influya es igual, equivalente y otras que expresan que solo es causa la determinante en la producción del evento.

⁴⁶ Algunos la llaman imputación objetiva, imputación acción, incluso, imputación al tipo objetivo.

⁴⁷ Ver, RAMON DANIEL PIZARRO, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, contractual y extracontractual, tomo I página 87, Editorial La Ley, Buenos Aires (2006)

⁴⁸ ISIDORO GOLDENBERG, La relación de Causalidad en la responsabilidad civil, 2, Editorial Astrea, Buenos Aires (1984).

Para las concepciones causalistas materiales:

- a) El concepto de la causalidad no es jurídico, es fáctico.
- b) El nexo causal, **es** la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante la cual se hace posible la atribución material de esta a aquella como causa.

2.2.1. Teoría de la Equivalencia de Condiciones

Para determinar la causa de un daño, la teoría de la equivalencia de las condiciones considera que, causa es toda condición del resultado concreto y todas las condiciones deben considerarse equivalentes, toda **condición debe ser tenida como causa del resultado**, se le conoce en ese ámbito como, doctrina de la **conditio sine qua non** del perjuicio causado pues si falta cualquiera de esas causas, equivalentes, el daño no se hubiere producido.

La teoría en su momento, ganó un gran número de adeptos, por la utilización de un método sencillo y rápido que permitía establecer cuando existe nexo de causalidad entre una condición y el resultado, la fórmula de la CONDITIO SINE QUA NON, que acudía a la supresión mental hipotética, si se suprime mentalmente la acción y el resultado no se produce, es porque existe un nexo causalidad entre la conducta y la modificación del mundo exterior. En consecuencia, no habrá relación de causalidad cuando, eliminado mentalmente el comportamiento, el resultado de todas maneras se hubiera producido. Ejemplo: si alguien dispara a otro produciéndole una leve lesión, y el herido es trasladado a un hospital donde muere porque el médico lo interviene indebidamente, tendríamos que existe en este caso relación causal entre el disparo y la muerte, porque si suprimiéramos mentalmente el comportamiento de quien disparó, el resultado no se habría producido, se diría, el lesionado no habría sido trasladado a un hospital y por ende no hubiera sido operado por el médico.

El riesgo de esta teoría es que comprende en sede a atribuibilidad cualquier causa y las equipara, desde allí podría hasta responder el fabricante del arma pues sin su acontecer el arma no hubiese existido, no la hubiese usado el homicida y el resultado no se hubiese producido.

Esta teoría recibió muchas críticas, puesto que podía expandir al infinito las relaciones causales, en el que la causa de la causa es causa de lo causado y ello no es posible admitir hoy, siendo necesario un complemento que permita **limitar el regreso a cualquier evento causal**.

2.2.2. Teoría de la Causalidad Adecuada o Necesaria

Para corregir los excesos de la teoría anterior, surge esta propuesta, considerando como causa en la producción del resultado no toda condición, **sino aquella apropiada para producirlo.**

Se presenta originariamente como una teoría causal que pretende restringir el concepto de causa (lo que implica una restricción de las conductas punibles en un momento anterior al de la culpabilidad). De acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada, de las múltiples condiciones intervinientes en un acontecimiento **solo tiene la consideración de causa, la condición que conforme a la experiencia es adecuada para producir el resultado.**

Esta teoría se concreta en que, sólo deberán tomarse en consideración aquellas condiciones que, para el espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción (ex ante), con todos los conocimientos de la situación de que disponía el autor al actuar, además de aquellos que hubiera tenido el observador, (pronóstico posterior objetivo) apareciesen como, adecuadas **para producir el resultado, no lo serán cuando apareciese muy improbable que produjesen el resultado.**

Esta teoría, parte del estudio de la adecuación de los comportamientos y se compagina con un ingrediente especial, las reglas de la experiencia, en dónde ocurrido un daño, se analizan las posibles causas del mismo, de modo que al aplicar las reglas de la experiencia, y del sentido común, lo razonable, se excluyen aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero no son su razón de ser y que solo se detecte aquel que tiene esa aptitud, esa es la causa material, la causa adecuada.

La fórmula es diferente, para establecer el vínculo o nexo causal, se debe determinar si un suceso era razonable y previsiblemente el adecuado para producir el resultado, a partir de la experiencia, o las reglas de la experiencia particular; el examen puede conducir a una de dos respuestas, una positiva, si el suceso es idóneo o adecuado para producir el resultado conforme la experiencia y la razonabilidad, ese suceso es causa del resultado, de lo contrario, no hay vínculo causal; podemos decir que la teoría se funda en criterios de probabilidad,

estadística, razonabilidad, sentido común, este juicio se hace después del acto, ex post facto, se hace en abstracto, la pregunta es hipotética, teniendo en cuenta aquello que ordinariamente sucede.

2.2.3. Teoría de la Relevancia Típica

Esta teoría, constituye un escalón más en la evolución de las teorías de la causalidad, porque considera que, los principios de la adecuación no son suficientes para la determinación de la relación causal; el punto fundamental está en una interpretación más exacta del tipo penal.

La idea fundamental de la teoría de la relevancia típica, consiste en que la relación causal por sí sola no puede fundamentar la responsabilidad por el resultado, sino que es necesaria, la **relevancia jurídico – penal** del nexo causal.

En consecuencia, acepta la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero limita sus excesos en el campo del tipo, aunque desde el punto de vista causal, hay **que aceptar que todas las condiciones son equivalentes**, pero, **en sentido jurídico**, no es viable esta consideración, puesto que no todas pueden fundamentar la responsabilidad.

Conforme a una interpretación correcta del sentido del tipo penal, hay que precisar, cuáles de las condiciones que han contribuido a la producción del resultado, **son relevantes para el derecho**, generalmente se ha de preguntar si el evento desarrollado está o no comprendido en consideración del tipo penal, con una fórmula sencilla, "... si el hecho de ...es o no relevante para el tipo penal de..."; si el resultado del análisis es positivo se dirá que es relevante la causa y considerada un acto propio del tipo, de lo contrario, la condición no cumple con el sentido de la prohibición y no puede ser considerada como un acto típico.

2.3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Digamos que en este recorrido, va quedando la proposición de una dicotomía y la necesidad de distinguir entre causalidad material o de hecho y causalidad jurídica o de derecho, en el cual el examen que se hace, parte de la verificación fáctica del nexo, seleccionadas las causas, se pasa a seleccionar aquella que resulte jurídicamente relevante, es aquí en donde la doctrina tanto penal⁴⁹, como civil⁵⁰ y administrativa⁵¹, ubica la imputación objetiva que surge como una imputación jurídica de un resultado.

Fue KARL LARENZ⁵², quien acuñó el concepto de “imputación objetiva” para hacer notar que, la cuestión de la imputación, puede discutirse en primer lugar, independientemente del problema del valor moral de una acción⁵³ y para quien, la imputación objetiva no es más que un intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales⁵⁴, en materia penal surge para delimitar los excesos del causalismo (especialmente la *conditio sine qua non*), dando respuestas a casos difíciles en el seno de la responsabilidad culposa construyéndose ciertos criterios de imputación que le dan vida.

En el seno de la doctrina administrativa, en palabras de ENRIQUE GIL BOTERO, *“una vez constatada la existencia de un daño, es indiscutible que este tuvo una génesis material o causal, hecho que es irrelevante para el derecho, precisamente porque se mantiene en el plano de las ciencias naturales, es decir en relación causa – efecto. Por el contrario, verificada la existencia de un daño desde su dimensión jurídica, lo relevante es establecer a quien es atribuible esa afectación que sufre una determinada persona en sus derechos, bienes o intereses legítimos...”*⁵⁵.

⁴⁹ Ver, CLAUDIA LOPEZ, YEDID REYES ALVARADO, entre otros, IMPUTACION OBJETIVA

⁵⁰ Me baso en los estudios hechos por la doctrinante española VIRGINIA MURTULA- LA FUENTE, la responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de grupo, página 85 Madrid. 2005; JORGE SANTOS BALLESTEROS, Responsabilidad Civil, tomo 1 página 376. En Colombia, JAVIER TAMAYO JARAMILLO, Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I página 384, editorial Legis, 2007

⁵¹ Me refiero a la doctrina base de este trabajo a partir de pronunciamientos del Consejo de Estado Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, 04 de octubre de 2007, Radicación número: 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567), ENRIQUE GIL BOTERO La teoría de la Imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Universidad externado de Colombia 2013.

⁵² Karl Larenz ([Wesel, 23 de abril de 1903](#) — [Olching, 24 de enero de 1993](#)) fue jurista y filósofo del derecho Alemán, profesor de las universidades de Kiel y Múnich

⁵³ López Díaz, Claudia: “Introducción a la Imputación Objetiva” – Primera Edición – 1996. Pág.50

⁵⁴ Íbidem Pág.51

⁵⁵ ENRIQUE GIL BOTERO, la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia en la Filosofía de la responsabilidad Civil... página 472, Universidad externado de Colombia año 2013

En el plano penal, el surgimiento de la teoría se vincula con la necesidad de limitar la causalidad material, solo que el influjo de las corrientes penales modernas especialmente la han apadrinado, desde la influencia de LUHMANN hasta sus máximos exponentes ROXIN y JAKOBS ⁵⁶.

La teoría se alimenta del avance mismo del derecho penal, digamos que progresivamente como ha sido su evolución, cada autor ha aportado lo suyo en la construcción de aquella, es en el funcionalismo en dónde ha encontrado su desarrollo y posicionamiento actual.

2.3.1. El funcionalismo y la imputación objetiva

Para el funcionalismo penal, la dogmática , teoría del delito, hasta Roxín y Jakobs, solo se refería a operaciones abstractas alejadas de la realidad social (es lo que se critica especialmente a WELZEL), categorías alejadas de consideraciones realistas, siendo necesario analizar el entorno social (funcionamiento del sistema social), la función como tal de esas categorías en la sociedad, mostrando de entrada sus vertientes, (i) de un lado, hacer una simbiosis que permita ver si en la práctica es apto ese sistema penal propuesto, si el sistema penal responde a las necesidades de su entorno social, **en función de tutela de derechos fundamentales bajo premisas político criminales** (ROXIN) y de otro, (ii) analizar el adecuado funcionamiento del sistema social como tal, a partir **no de la tutela de derechos fundamentales, sino de la protección del sistema normativo y las instituciones a él inherentes** (JAKOBS).

2.3.2. La imputación objetiva en la obra de Claus Roxin

El profesor Alemán CLAUS ROXIN⁵⁷, puede ser considerado como el científico que desarrolla la teoría especialmente en los años 60, presentando la "*elevación del riesgo*".

⁵⁶ GUSTAVO ADOLFO VILLANUEVA. El funcionalismo y la imputación objetiva, página 56 ediciones nueva jurídica Bogotá, 2011

⁵⁷ Claus Roxin es un abogado y jurista alemán destacado por su labor en el ámbito del Derecho Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Procesal Penal y Teoría del Derecho. Es uno de los penalistas de mayor influencia en discusión contemporánea del Derecho Penal de la tradición romano-germánica, lo que le ha hecho acreedor de casi una veintena de Doctorados Honoris Causa y reconocimientos académicos como la orden Raimundo Peñafort en España.

Para ROXIN, la primera tarea de la imputación objetiva del hecho, consiste en describir las circunstancias que hacen de una causación una conducta típica; para lograr este objetivo se deben tener en cuenta dos principios fundamentales, LA ELEVACION DEL RIESGO PERMITIDO Y LA RELEVANCIA TIPICA.

Siguiendo el pensamiento del autor y en adelante⁵⁸, podemos decir que, hay imputación del tipo objetivo (imputación normativa), cuando, “a. *Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese riesgo también se ha realizado en el resultado concreto (...) y b. Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones (...)*”⁵⁹

2.3.2.1. Sobre riesgo permitido.

Es el facultado para las actividades que de por si impliquen amenaza o lesión de bienes jurídicos, pues “*la causación de la lesión de un bien jurídico que se produce pese a observar las reglas, no es una acción típica*”, pero “*si se rebasa el riesgo permitido se crea un peligro y se imputa el resultado como acción típica*”⁶⁰.

Riesgo permitido, es el inherente al desarrollo de actividades peligrosas, aquellas que puedan afectar o poner en riesgo de lesión de bienes jurídicos tutelados, como por ejemplo el transporte, la generación de energía, la custodia de personas y privación de la libertad de personas, la medicina, etc., por eso se imponen reglas que permitan su desarrollo, pues de una u otra forma, la sociedad se estancaría y el progreso con ello sería una negación de la misma modernidad.

El riesgo es permitido, cuando se desarrolla una conducta siguiendo parámetros o estándares diseñados, definidos para esa actividad como tal, es la adecuación de la conducta con esos parámetros, por ejemplo, el conducir el automotor a una velocidad “permitida”, el usar instrumentos “adecuados”, el manipular elementos como esta “establecido”, etc., esos patrones están estandarizados, definidos,

⁵⁸ Tomado de CLAUS ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito

⁵⁹ *Ibidem* páginas 365 - 375

⁶⁰ *Íb*

establecidos generalmente en reglas de derecho, su desarrollo o ejercicio queda a disposición del ciudadano y de agentes del estado.

Si la conducta se realiza en ese margen, **el permitido**, pues no hay imputación así se genere un resultado típico, a esa lógica obedece el legislador penal en el artículo 23 del Código cuando introduce el deber objetivo de cuidado en las conductas culposas.

Si la conducta se sujeta al estándar, el riesgo ha sido previamente valorado como conforme a derecho; contrario sensu, si la conducta no se sujeta al estándar, es riesgosa y es desvalorada por el mismo legislador.

La falta de creación de peligro como la causación dentro del marco del riesgo permitido impide la realización del tipo objetivo.

Para Roxín, hay exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo, lo explica sencillamente, “si el autor modifica un curso causal que disminuya el peligro ya existente para la víctima, y mejora el estado del bien jurídico protegido, ello excluye la imputación del resultado producido”⁶¹, es lo que se conoce como maniobra de salvamento.

Igualmente, hay exclusión de la imputación a falta de la creación de peligro. En este evento, se excluye la imputación al tipo objetivo cuando el autor no ha generado el peligro o riesgo como tal, pues realizar una conducta normal, no peligrosa, *“no puede estar prohibida aunque excepcionalmente la actuación sea causal de la lesión de un bien jurídico, igualmente si el peligro ya existe y no es incrementado de modo medible”⁶²*.

2.3.2.2. Sobre el alcance del tipo⁶³

⁶¹ Ibídem página 373

⁶² Ibídem

⁶³ Ob cit, Páginas 386 - 402

Puede suceder que aun habiéndose elevado el riesgo permitido en una actividad, el resultado no esté cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado, presentando el autor la exclusión de la imputación en los siguientes eventos:

2.3.2.3. Cuando hay autopuesta en peligro.

Se presenta cuando, se incita o coopera en acciones de otro (la víctima) que son mucho más peligrosas de la medida normal.

Se debe distinguir, dice nuestro autor, si el que se pone a sí mismo en peligro es consciente del riesgo y sólo tiene disminuida su capacidad de inhibición, en ese caso, el cooperador queda impune, no hay imputación; pero, si tiene disminuida la capacidad de intelección y no es consciente del riesgo, se imputa el resultado típico sufrido por el tercero (víctima) al extraño.

En esta línea propone el autor citado, eventos en los cuales, se induce a otro a realizar y/o participar en acciones que exceden la medida normal de peligrosidad; por ejemplo, cuando una persona “A” aconseja a otra “B” tocar unos cables conductores de electricidad sin protección alguna como lo está haciendo A, y el irreflexivo o intrépido “B”, quien conoce el peligro encuentra allí la muerte, surge al punto la pregunta de si “A” debe ser considerado responsable de ese homicidio doloso o culposo⁶⁴.

En su solución, se niega la responsabilidad, pues, en principio, la participación en un suicidio o en una autolesión dolosa no es punible. Por lo tanto, la participación dolosa en una autopuesta en peligro dolosa tampoco puede ser castigada, claro que en nuestro derecho existe como figura típica la inducción o ayuda al suicidio⁶⁵.

⁶⁴ Ibid. Página 391

⁶⁵ Ver Ley 599 de 2000. **ARTICULO 107. INDUCCION O AYUDA AL SUICIDIO.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

Igualmente es viable el supuesto de excluir la imputación, cuando la víctima de una lesión se niega a recibir el auxilio que era posible con plena consciencia del riesgo, pero si la víctima no es consciente de las posibles consecuencias de su conducta negligente, no se excluye la imputación desde el punto de vista de la autopuesta en peligro dolosa.⁶⁶

- CUANDO PESE AL RIESGO GENERADO, HAY UN AMBITO DE RESPONSABILIDAD AJENO.

En estos supuestos, alguien, (el primero) crea un riesgo jurídicamente desaprobado y este riesgo posteriormente se concreta en la producción de un resultado. No obstante, cuando el riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que ha originado el peligro, se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno (el segundo), pues a pesar de la causalidad, de la infracción al deber de cuidado y de la concreción del riesgo no permitido, al primero no se le puede imputar el resultado, pues en el momento en que el riesgo **se realiza**, éste era administrado por otro, había entrado en su ámbito de responsabilidad, y al segundo le era perfectamente evitable la producción del resultado. Piénsese el caso en una cárcel, el director de un penal que sabe el riesgo por no llevar a sanidad a un interno, en lugar de ello traslada a otro penal en dónde a consecuencia del descuido la persona fallece por no atención médica, o el herido que es trasladado al hospital en dónde fallece por negligencia médica; según ROXIN, la consecuencia político criminal de esa asignación de competencia es exonerar al primer causante de las consecuencias causadas por la conducta dañosa del profesional.

- CUANDO SE HAN GENERADO DAÑOS POSTERIORES SOBREVINIENTES

En esta situación se produce en la misma persona un segundo daño posterior, ocasionado por un primer accidente. Ejemplo: dos vehículos colisionan, y uno de los conductores resulta lesionado; como consecuencia, se le amputa una pierna. Años más tarde, al andar con sus muletas, cae y se produce su muerte. ¿Le es imputable este resultado al primer causante? No le es atribuible, porque no está

Cuando la inducción o ayuda esté dirigida a poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, se incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

⁶⁶ Ver, CLAUS ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito Pagina 392 a 393

dentro del fin de protección de la norma evitar daños posteriores que surjan después del restablecimiento, como consecuencia de la reducción de fuerzas que genera normalmente un accidente.

Otra cosa, bien diferente, ocurre, cuando, **sin solución de continuidad**, la persona fallece después de una larga enfermedad causada por la lesión.

- **CUANDO DE REALIZARSE LA CONDUCTA ALTERNATIVA CONFORME A DERECHO, IGUAL SE HUBIESE PRODUCIDO EL RESULTADO.**

Se excluye la imputación, si la conducta alternativa conforme a derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado, en ello se da una razón político criminal, los delitos de resultado no se pueden transformar en delitos de peligro, porque la imputación de un resultado al tipo objetivo sólo se produce mediante una puesta en peligro creada por el autor, de producirse el resultado igualmente con la conducta esperada, la acción riesgosa deviene en atípica, pues el incremento del riesgo se enjuicia conforme a criterios normativos⁶⁷.

Estos criterios particulares de imputación no solo están, en aquellos delitos que llevan implícito un resultado típico, sino en los de mera conducta o de peligro.

En los **Delitos de peligro concreto**, se requiere la producción de un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo, este tipo de delitos son de resultado y se diferencian de los delitos de lesión porque en lugar de un resultado lesivo aparece un resultado de peligro típico. Debe crearse un concreto peligro de resultado y conforme a los criterios de imputación éste peligro debe comprobarse, si falta el hecho no será imputable aunque se produzca una puesta en peligro. Jurisprudencialmente se extraen dos presupuestos de un peligro concreto: debe existir un objeto de acción y entrar en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de la lesión del objeto de acción.⁶⁸

Delitos de peligro abstracto, en estos delitos se castiga una conducta típicamente peligrosa, sin que en el caso concreto se haya producido un resultado de puesta en peligro.

⁶⁷ Ibídem páginas 379-383

⁶⁸ Ibd página 404

2.3.3. Imputación objetiva en la obra de Gunther Jakobs.

Para el profesor JAKOBS⁶⁹, la perspectiva es diferente, las funciones del derecho penal y su finalidad, van enfocadas por otro camino, la tutela de las instituciones y de la norma como tal.

El contenido de la norma penal, su finalidad, no es evitar daños, sino hacer que se cumplan los roles individuales fruto de la interacción social, para ello basta es con analizar que una persona responde no por causar un daño sino por quebrar su rol, su papel, su función.

Las normas son legítimas y el sistema es legítimo cuando los ciudadanos respetan las mismas.

La responsabilidad se funda en la defraudación de las expectativas, eso le da legitimidad al sistema como tal, la legitimación es interna.

Si la legitimación en Roxín, se analiza desde las fronteras del sistema social, el output, pues lo relevante es la tutela de derechos en cualquier contexto, un sistema funcional que responde a necesidades de su entorno social, para JAKOBS, esa legitimación se encuentra, dentro las fronteras del sistema, el input.

En un sistema que no busca responder a necesidades de su entorno social, las respuestas son intrasistémicas, el derecho penal no está vinculado por realidades

⁶⁹ Es un jurista alemán, especializado en derecho penal, derecho procesal penal y filosofía del derecho, goza de prestigio en Latinoamérica y España, pues su concepción del Derecho Penal, construyendo un sistema del Derecho Penal Funcionalista ha tenido eco en la doctrina y jurisprudencia.

ontológicas, sino por la protección misma del sistema, en dónde, lo determinante es la fidelidad del derecho impone el cumplimiento de un rol si no se cumple o se hace defectuosamente la respuesta es la pena, que es algo así como la negación de la negación del derecho. La pena es culpabilidad como respuesta del estado legítimo a un infractor ilegítimo, la culpabilidad depende de lo que se necesite para restablecer la confianza en la norma, no depende del sujeto.

El fundamento de la imputación en el autor, es la protección de la norma. El autor debe responder al defraudar un rol que garantiza que cumplirá la norma dentro del ámbito de su competencia.

Los criterios de imputación se basan en el cumplimiento o no de roles, y aunque en su obra, No es ajeno a hablar de riesgo permitido, ésta, es altamente permeada por las estructuras funcionalistas sociológicas y de allí la necesidad de definir normativamente el rol del sujeto en sociedad, puede suceder que dependiendo del contexto respectivo, rijan condiciones muy diversas respecto de una permisión de riesgo, siendo más exigentes aquellas que comporten un contexto profesional, al médico se le exige más que al simple ciudadano a la hora de afrontar un peligro que se materialice.

De lo dicho, se desprende que a un único riesgo descrito de modo naturalista, no le corresponde un único riesgo permitido; por el contrario puede haber tantas permisiones de riesgos diferentes como roles distintos haya en los que se pueda administrar el riesgo de modo socialmente adecuado. La base del enjuiciamiento lo constituye lo que conoce el titular de dicho rol acerca de la situación correspondiente.

Para JAKOBS, un suceso se explica mediante la imputación objetiva cuando el riesgo del que debe responder el interviniente se define como condición decisiva en él, de este modo, *“la imputación tiene como destinatario la persona, el rol a quien la persona pertenece, pues se le imputan desviaciones como portador de un rol”*⁷⁰.

CRITERIOS DERIVADOS DE ESTA TEORIA:

⁷⁰ Jakobs, Imputación objetiva, página 15

2.3.3.1. El principio de confianza.

Es JAKOBS, quien ha mostrado este principio o criterio, que se fundamenta en que quien se comporta en la sociedad de acuerdo con las normas, puede y debe confiar en que las demás personas se comportaran igualmente, cumpliendo la norma o su rol⁷¹.

La doctrina ha acuñado múltiples ejemplos, desde el mito de Adán y Eva explicado por el profesor JAKOBS⁷², hasta aquellos relacionados con el tráfico automotor⁷³.

Este principio es invocado generalmente en escenarios sociales donde hay roles interactuando, cuando está de por medio actividades laborales, por ejemplo la actividad médica, empresarial; es diferente al criterio del riesgo permitido como lo enseña FEIJOO SANCHEZ, citado por VELAZQUEZ VELAZQUEZ⁷⁴, *“el principio de confianza...tiene su fundamento normativo en el principio de autorresponsabilidad, y no tiene el mismo fundamento que el instituto del riesgo permitido, entendiendo este en sentido estricto y no como una forma de definir todos los institutos que limitan valorativamente la tipicidad de un comportamiento...”*.

El principio se basa en que, a pesar de la experiencia que otras personas cometan errores, se autoriza confiar en su comportamiento correcto⁷⁵, este principio permite la división eficaz del trabajo, por ejemplo en la medicina, en las fábricas, en donde cada persona pone su grano de arena, rol, en función de una actividad común y por eso en cada caso, el fallo es de quien le compete⁷⁶.

⁷¹ Ver, DERECHO PENAL, Páginas 253 y ss., igualmente citado por YESID REYES ALVARADO, IMPUTACION OBJETIVA, páginas 141 y ss; FERNANDO VELAZQUEZ, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, COMLIBROS página 604

⁷² Jakobs, Gunther, Imputación Objetiva en el derecho penal, Traducción de Manuel CANCIO MELIA, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, pagina 13, 1996

⁷³ Por ejemplo en VELASQUEZ FERNANDO, Derecho penal, página 605

⁷⁴ Ob cit, página 606

⁷⁵ Jakobs, Gunther, Imputación Objetiva en el derecho penal, Traducción de Manuel CANCIO MELIA, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, pagina 54, 1996

⁷⁶ Íbidem página 253

La vigencia del principio de confianza cesa, cuando debe intervenir el otro ante el comportamiento incorrecto o defectuoso de quien domina la situación.⁷⁷.

El principio finaliza cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente cuando puede verse que el otro no hace o no ha hecho justicia a la confianza de que satisfará las exigencias de su rol, dice el autor, “En tales casos, ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar una obra exitosa. A modo de ejemplo: No se confía ya en quien de modo evidente se halla en estado de ebriedad o dentro de un equipo, en un colega que de manera evidente, está inmerso en un error...”⁷⁸.

2.3.3.2. La prohibición de regreso

La teoría de la prohibición de regreso, parte de “limitar” una serie de casos en los cuales alguien colabora dolosa o imprudentemente a la realización del tipo, pero no existe responsabilidad para este tercero, porque la contribución que ha prestado se encuentra dentro del riesgo permitido.

No se puede regresar en las cadenas causales a quien ha desarrollado un evento o una acción socialmente adecuada o ejecutado un rol entro de su competencia.

Jakobs, es partidario de la prohibición de regreso, en los que no solo de descarta la coautoría, sino en eventos en los cuales la persona no es pieza funcional de un plan y existe una simple interacción social, a partir del análisis de casos en los que una persona que sin quebrantar su rol, interactúa con otro que termina involucrando un acontecer desviado, es decir, “casos en los que el autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que per se no tiene sentido delictivo. Ejemplos: el autor compra una barra de pan para envenenarla, o el autor toma como pretexto un juicio seguido contra de un correligionario suyo para asesinar al ministro de justicia; o el autor va en un taxi de X a Y para cometer en Y un asesinato. En todos los casos, el respectivo tercero, el panadero, el presidente del tribunal, el conductor del taxi, conoce lo que va a acontecer...”⁷⁹ (iii!!!).

⁷⁷ Íbd página 257

⁷⁸ Ibídem página 29

⁷⁹ Ibídem, página 30

Si nos orientáramos por la solución dogmática tradicional, advertiríamos en eventos como estos que bien puede haber una división de trabajo criminal a partir del conocimiento del asunto, caos en el cual la solución estaría enfocada en la coautoría, artículo 29 del C.P, o por la complicidad, artículo 30, dependiendo de la importancia del aporte; no obstante y es la variable propuesta, se descarta la imputación (responsabilidad) precisamente por el ejercicio de una actividad dentro el margen del rol y de adecuación de este rol, en palabras del autor, “el conductor del taxi, explicando lo anterior con base en el ejemplo, ha asumido la realización de un transporte, debe ocuparse de que este se produzca puntualmente y sin poner en peligro a su cliente. Esto forma parte de su rol, nada más y nada menos. Lo conjunto con el cliente, por tanto, se limita a un segmento vital limitado: el conductor transporta al cliente que le paga, como se llame el cliente, lo que quiera hacer en su destino, etc., no atañe al conductor. No participa de las buenas obras del cliente si este al llegar a su destino realiza una piadosa donación, nadie ensalzara al taxista por ello...”⁸⁰.

Desde luego, cuando se tiene el deber de prestar auxilio o ser garante de un bien, la intervención intencional no releva, no exime de la imputación.

2.3.3.3. Autopuesta en peligro. Infracción de deberes de autoprotección.

En este apartado se analizan situaciones en las que la propia víctima o afectado se autoponen en peligro, es el propio afectado el que asume el riesgo, se pone en peligro o incumple deberes de protegerse, exigibles en los ámbitos de relación social, es quien defrauda su propio rol y lleva a que se materialice un resultado dañino.

En Jakobs, se conoce como competencia de la víctima, lo expresa, “*puede que la configuración de un contacto social competa no solo al autor, sino también a la víctima y ello incluso en doble sentido: puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino, por infortunio..*”⁸¹, luego el autor presenta dos eventos en los cuales la víctima

⁸⁰ Íbidem

⁸¹ Íb páginas 31 y ss

pueda en un curso causal verse afectada ella y el resultado no comprender ningún autor, uno, cuando es obra del infortunio, que se solucionaría por vía de lo que llamamos el caso fortuito y dos, cuando ella es quien quebranta su propia competencia, se le conoce como “lesión de deberes de autoprotección”, “acción a propio riesgo”, que lo explica el profesor Alemán, *“del mismo modo que el autor no puede comportarse por un lado de modo arriesgado...tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado, sin tener que aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias previsibles conforme a un pronóstico objetivo. Quien por si mismo salta al agua o a un lugar donde debe contarse con la presencia de agua, no puede imputar a otros haberse mojado...”*⁸², incluso tomamos del mismo autor ejemplos altamente claros: quien ruega, sin que ello sea necesario, a una persona evidentemente ebria que realice un acto de cierta complejidad como por ejemplo conducir durante un trayecto un automóvil, ha de adscribirse al menos en parte las consecuencias negativas. Quien participa en una dura competición, como por ejemplo, un combate de boxeo, no tiene derecho a que no se le produzcan lesiones. El ejemplo que actualmente se discute con mayor intensidad es el siguiente: quien tiene trato sexual con una persona drogodependiente o que se prostituye, actúa en lo que se refiere a un contagio con el virus VIH, a propio riesgo.

Para que la actuación a propio riesgo de la víctima excluya la imputación del tercero, algunos presupuestos, que son desarrollados en extenso por la doctrina Nacional y particularmente por CLAUDIA LOPEZ DIAZ⁸³, podemos resumirlos:

- La víctima debe tener bajo su control la decisión del sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa, es decir ella debe dominar la situación o el hecho, que debe atribuirse al ámbito de su propia responsabilidad porque es ella la que ha organizado, con división de tareas, su propia lesión, por ello se excluye, no se le imputa objetivamente el resultado al tercero.

Que sea simultáneo el comportamiento de la víctima y el tercero. En este caso se puede apreciar una acción a propio riesgo, si la víctima puede decidir tanto tiempo como el tercero, sobre él sí y el cómo de la situación peligrosa, en consecuencia si el dominio de la víctima se acaba antes que el tercero, a partir de este momento el interviniente (es decir quien crea la situación de riesgo) responde como autor de una hetero-lesión, hay imputación.

⁸² *Ibidem* página 33

⁸³ LOPEZ DIAZ, Claudia, *Introducción a la Imputación Objetiva*, páginas 148 y ss

- La víctima debe ser un sujeto auto-responsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscente, pues la persona o el sujeto –rol, que se coloca consciente y voluntariamente en peligro, debe tener aptitud para valorar el significado de su conducta, las consecuencias y las dimensiones de riesgo asumido y especialmente la importancia del bien jurídico que pone en peligro, ello es importante pues el hecho es su obra y consecuencia que se auto-pone en peligro, pues no se trata de un evento de autoría mediata, evento en el cual la víctima no sabe que se auto pone en peligro sino que es usada por un tercero en forma dolosa.

Así por ejemplo, una persona tiene contacto sexual sin protección alguna con su pareja, quien era portador del virus del SIDA, su compañero le informo plenamente de la situación, de la posibilidad de transmisión del virus sin protección y de sus consecuencias mortales, no obstante la joven insiste y tiene relaciones sexuales en varias oportunidades, aquí existe una acción de riesgo⁸⁴.

Igualmente, el tercero, no debe tener una especial situación de protección frente al bien, es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se auto pone en peligro.

2.3.3.4. Posición de garante.

El concepto como institución jurídica, tiene su explicación en materia penal, a propósito del fundamento de responsabilidad en los delitos de comisión por omisión y particularmente la **omisión impropia**.

Recuérdese como la omisión admite dos modalidades de fundamento típico y por ello se habla de delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia, para ambos, el fundamento de responsabilidad es el no actuar teniendo el deber jurídico de hacerlo.

En la omisión propia, el deber está especificado en el tipo penal de la parte especial, por ejemplo, en la inasistencia alimentaria, artículo 233 del C.P., la omisión de socorro, el prevaricato por omisión y la omisión de agente retenedor, entre otros.

Por su parte, la omisión impropia se nutre de deberes impregnados con la filosofía que inspira el artículo 95 de la Constitución Nacional, así como deberes que tienen

⁸⁴ Ob cit página 155

su génesis en normas extrapenales pero que impregnan la parte especial a partir de la lectura del artículo 25 del C.P, que le sirve de fundamento, la POSICIÓN DE GARANTE que tiene el sujeto activo.

El tema, igualmente ha sido abordado por la doctrina administrativa, la cual, ha precisado que, *“Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoración normativas, para imputar el resultado (...).*

“Como en el caso de la comisión por omisión, lo decisivo en la responsabilidad por inactividad material no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino sólo la virtualidad causal de la acción, que hubiera debido realizarse para evitar los perjuicios. Por lo que para que exista la obligación de indemnizar no se requiere una verdadera relación de causalidad naturalística entre la omisión y el daño, sino que basta que la Administración hubiera podido evitarlo cuando se hallaba en posición de garante”⁸⁵.

La posición de garante se encuentra constituida por el conjunto de circunstancias y condiciones que hacen que jurídicamente una persona esté particularmente obligada a proteger un bien jurídico de un riesgo o a supervigilar su indemnidad con relación a ciertas fuentes de peligro; formando un dispositivo amplificador del tipo en Colombia, mediante el cual, se puede imputar un resultado antijurídico a quien estando en la obligación de actuar como garante de un bien jurídico no lo hiciera. La obligación de actuar para evitar un resultado se origina en **fuentes formales** como la Constitución, la ley, el contrato o convención y **materiales** como la creación de un riesgo mediante un acto precedente también conocido como injerencia, las relaciones de estrecha comunidad de vida, la asunción en común de un riesgo antijurídico ya sea porque existe la obligación de proteger el bien jurídico o salvaguardarlo de ciertos peligros o porque exista obligación de vigilar fuentes de peligro para ese bien jurídico y que en el escenario del derecho administrativo merecen un estudio en particular por el papel de la fuerza pública con relación a los fines esenciales del Estado⁸⁶ y en la cual, la imputación en

⁸⁵ PUIGPELAT, Oriol Mir *“La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria”*, Ed. Civitas, Pág. 243 y 244.

⁸⁶ Constitución política de Colombia, artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

posición de garante dependería de la comprobación de la fuente jurídica o material asociada con una competencia institucional.

En suma, con base en el amplificador, se puede responder por omisión, aun en los tipos penales de mera conducta, con la integración entre la omisión, más el tipo básico junto con el amplificador que debe contener en concreto el deber jurídico y la fuente que contiene la fuente material o jurídica de donde se desprende la obligación jurídica de evitar el resultado, ello opera tanto en materia penal, como en el derecho disciplinario y ahora se ha dado cabida, como se verá en la responsabilidad extracontractual del Estado.

Tal como está consagrada la institución, requiere para su estructuración de normas complementarias en las cuales debería aparecer consagrado en concreto ese deber jurídico, no moral o social- no siempre esta reglado y el sujeto, calificado por ese deber, servidor público, determinado como el padre, o la madre, etc., responde por la existencia previa y concreta de una obligación de actuar conforme al ordenamiento jurídico, responsabilizándose dadas las circunstancias de su omisión.

El Código Penal Colombiano en el artículo 25 establece la posición de garante:

“ARTICULO 25. ACCION Y OMISION. *La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.*

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*

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

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PARAGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales...”.

La norma establece dos grandes bloques de fuentes de garantía. La primera de ellas está referida a toda clase de conductas punibles de resultado o lesión, existiendo la obligación jurídica de impedirlo y no se hace, siendo claro que ese deber surge normativamente de la constitución o la ley, el contrato o la convención.

En el segundo evento, el legislador acude a cuatro situaciones o criterios materiales que solo son aplicables a los delitos que atenten contra la vida, la libertad individual y la libertad y formación sexuales.

En el caso de la Fuerza pública⁸⁷, los cánones Constitucionales establecen con claridad la obligación, tanto para las FUERZAS MILITARES⁸⁸, como para la POLICIA NACIONAL⁸⁹.

Lo anterior implica que, en el caso de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en el caso de una imputación por omisión impropia tanto en responsabilidad penal como administrativa, la fuente jurídica directa y primaria es la Constitución y la ley, que se franquean cuando se omite el cumplir con el deber en función de la protección de las personas, siendo clara la POSICION DE GARANTE, doctrina esta que ha tenido acogida en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, que al abordar el tema, en un caso que se analizara en el siguiente capítulo, ha puntualizado:

⁸⁷ **ARTICULO 216 CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA.** La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

⁸⁸ **ARTICULO 217.** La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. **Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional...** se destaca.

⁸⁹ **“ARTICULO 218.** La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, **cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz...**” se destaca.

“Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho. Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley -en sentido material- atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida...Entonces, si bien es una carga pública el brindar colaboración a las autoridades públicas, incluidas las militares, existe un deber correlativo de la organización estatal de cumplir con la obligación de protección y seguridad de la vida, bienes y honra de los habitantes del territorio nacional, de tal suerte que cualquier desconocimiento de la misma torna en imputable el detrimento o la lesión que pueda llegar a padecer la persona respectiva”⁹⁰.

Ahora bien, con relación al sujeto activo, es especial, llámese cualificado, calificado, determinado, lo cierto es que sobre sí lleva el cumplimiento específico de un deber. El profesor JUAN CARLOS FORERO, trata el tema con claridad, considera que el garante: “es el sujeto activo de un delito de comisión por omisión es “especial” o “cualificado”, pues sólo puede serlo el denominado garante. Sujeto que tiene el deber jurídico (no moral) de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a determinadas personas y que se hallan previamente individualizados. La incolumidad de tales bienes jurídicos exige protección y vigilancia, con límites temporales y especiales. Para tal fin, además del deber genérico de abstenerse de iniciar procesos causales que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a su cuidado, debe evitar que un proceso causal en curso también los produzca, y por ello deberá anular o desviar esos cursos causales, de lo contrario se le imputará el resultado como si él mismo lo hubiera causado, o responderá de una omisión pura agravada por el resultado, según el caso”⁹¹

Por su parte JAKOBS, considera que, el *“autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un deber de responder de que se evite el resultado (deber de garante) la determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General. Dado que la propia ley es indeterminada, la determinación del*

⁹⁰ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, cuatro (4) de octubre de dos mil siete (2007), Radicación número: 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567).

⁹¹ El delito de Omisión en el Nuevo Código Penal, Juan Carlos FORERO RAMÍREZ, editorial LEGIS. Primera edición 2002

*deber de garante en el sistema de la imputación resulta indispensable para el fundamento y límites de la imputación*⁹².

Como se trata de presupuestos de adecuación Jurídica que rompen la simple estructura causal, se amolda a la imputación objetiva, pues la posición de garante hace referencia a la posición del sujeto que tiene un especial deber jurídico de actuar para evitar el resultado típico superando las condiciones y vínculos causales; deber que le puede venir de una obligación legal, de una obligación de origen contractual o de una situación de peligro previamente creada por el sujeto, bajo un esquema eminentemente causal, este tipo de omisión resulta inexplicable jurídicamente.

En la omisión impropia de la Fuerza Pública si la conducta no estuviera relacionada con el servicio no habría omisión. Lo anterior porque el concepto de deber jurídico implica servicio, es decir que se incumplió un deber oficial, esto es así porque la actividad omitida pertenece al servicio público y es allí en el servicio en donde se origina el deber que fue elevado a la categoría de delito por omisión.

A propósito de la responsabilidad del Estado, la Corte Constitucional en esta sede, tiene pronunciamientos hito respecto del tema, abordados con claridad en dos pronunciamientos útiles en este contexto.

En la sentencia SU-1184 de 2001, sobre la posición de garante en relación con la función que le asiste a las Fuerzas Militares, dijo lo siguiente: *“En este orden de ideas, las fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que, es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P. art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable- de proteger...”*⁹³.

De acuerdo con lo anterior, las fuerzas militares desempeñan un papel importante que es de proteger la población civil ante un ataque de los grupos al margen de la ley y deciden no actuar o actúan tardíamente, quebrantando esa posición de garante, que están contemplados en la Constitución como en los tratados internacionales, de proteger los derechos humanos. Tan es así, que cada día vemos que crece el número de personas cuyos derechos no se encuentran garantizados, los cuales son violados por acciones violentas de los grupos

⁹² JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons. “Págs. 968-969.

⁹³ Ver, Corte Constitucional sentencia SU 1184 de 2001, Magistrado Ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

armados irrespetando el derecho a la vida, a la integridad física y psicológica, así como por la carencia y ausencia por parte del Estado de brindar seguridad producto de las acciones militares que han puesto en riesgo la integridad y desarrollo de las poblaciones rurales en diferentes sitios del país, presentándose un desplazamiento forzado haciendo que millones de colombianos abandonen sus tierras, rodeados de rechazo y falta de apoyo por parte de las autoridades y la sociedad en general.

La posición de garante que se le imputa a la fuerza pública y contemplado en el artículo 25 del Código Penal se le atribuye la responsabilidad no sólo desde el punto de vista formal de sus obligaciones, sino a la protección de los bienes jurídicos de la población que se encuentra bajo su custodia y amparo en el sentido de que tanto los superiores supervisan las actuaciones de sus subordinados, acatan sus órdenes y todos están obligados a defender y salvaguardar dichos bienes

En la sentencia C-1184 de 2008, puntualizó igualmente el hermeneuta constitucional de cierre, *“...Como conclusión particularmente aplicable al análisis del artículo que ahora ocupa el estudio de la Corte Constitucional, se explicó que (está en negrilla en el texto original) “existe posición de garante en todos aquéllos eventos en los cuales, **frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal** de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, **frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente”**⁹⁴.*

Concluyendo que, “...Acorde con la argumentación ahora acogida, encuentra esta corporación que constitucional y legalmente se ha impuesto a los miembros de la fuerza pública una serie de obligaciones, que al ser desatendidas dan lugar a la imposición de la sanción contenida en el artículo 424 del Código Penal, al concurso con otros tipos penales, o la aplicación única de aquéllos, cuando el funcionario judicial al momento de analizar los supuestos fácticos relevantes para el derecho penal, considere y debidamente argumente que no existe un eventual concurso, acorde con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios existentes para desatar el tema de la unidad o pluralidad de conductas”⁹⁵, planteamiento que ha tenido respaldo en la Doctrina del Hermeneuta de lo Contencioso Administrativo, *“...En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la*

⁹⁴ Ver, Corte Constitucional sentencia C- 1184 de 2008, Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA.

⁹⁵ ibídem

posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante⁹⁶

Sobre las fuentes materiales de garantía, encontramos las siguientes:

(i). La estrecha relación vital.

Se puede señalar que la idea central que subyace a esta posición de garante (así también para la comunidad de vivienda y las comunidades de peligro) es que cada vez que existan determinadas comunidades íntimas de vida o siempre que se dé una, aunque provisional, cada uno de los miembros de esas colectividades está obligado a evitar los peligros probables para los restantes sujetos.

Se basa en la íntima solidaridad a ámbitos de la vida, existiendo posición de garante entre personas que se encuentran recíprocamente ligadas entre sí por estrechos vínculos sociales y de vida, en dónde hay, la mutua confianza, como la relación paterno-filial, la existente entre cónyuges o compañeros, entre novios, prometidos e incluso, entre parejas ya sean de carácter hetero u homosexual.

(ii). La comunidad de vivienda.

Se señala esta situación de hecho como fundamento de una posición de garantía entre personas que viven bajo un mismo techo, pero que no se encuentran vinculadas por algún tipo de parentesco ni tengan una estrecha relación vital pero sí, al menos, algo más que la simple circunstancia de compartir una misma vivienda, sin la concurrencia de un vínculo.

Así entendida esta posición de garantía se señala que existe un deber de evitación entre el empleador y sus empleados que viven en el mismo hogar, por ejemplo; además de exigirse un vínculo social estrecho se requerirá una convivencia en común que tenga por objeto una cooperación para dominar las tareas comunes y para repeler peligros,

(iii). La comunidad de peligro.

Esta consiste en que cuando varias personas deciden iniciar una actividad riesgosa (por ejemplo, un grupo de alpinismo, es el ejemplo al que acude ROXIN)

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 32667, sentencia de 18 de mayo de 2017, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

los integrantes del grupo se vuelven garantes recíprocamente los unos de los otros respecto de los peligros que se presenten durante el desarrollo de esa actividad y en esa condición deberá hacerse responsable de un delito contra la vida a aquel que tenga confiado el resguardo de los demás miembros de la expedición, guía de una excursión de turistas inexpertos o bien, a todos los demás integrantes del grupo que no socorran a aquel que se encuentra en una situación de peligro, por ejemplo al quedar colgando de un precipicio, siempre que ese rescate no ponga en peligro seriamente la vida de los otros alpinistas.

Este deber de auxilio recíproco tendría por fundamento principios éticos como la solidaridad, lealtad y la consideración de que las personas que asumen esa expedición, que implica grandes riesgos, lo hacen en el entendido de que sus compañeros los auxiliarán en caso de necesidad, por lo que se presenta una situación de asunción voluntaria del deber de protección.

En este punto, se exige el emprender una actividad riesgosa previamente concertada asumida en común con ocasión de los riesgos propios de esa actividad y no cuando surge de manera casual.

(iv). Control sobre una fuente de peligro ubicada en la esfera personal de dominio.

El fundamento de esta fuente del deber de garante reside en la confianza que la sociedad deposita en un determinado sujeto al saberlo obligado directo de la neutralización de una situación potencialmente peligrosa. Lo determinante aquí es, el directo dominio de una fuente de peligro que se encuentra en la esfera de actuación del omitente

(v). El deber de garante derivado de la injerencia.

Tiene fundamento en que quien genera un peligro para el bien jurídico de otras personas, debe hacer todo lo posible para que el riesgo desplegado por él antes, no trascienda, es decir, no se materialice en una conducta contraria al ordenamiento jurídico.

CAPITULO III. CRITERIOS DE IMPUTACION OBJETIVA APLICABLES A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. CASOS SOLUCIONADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO Y PROPUESTA METODOLOGICA.

Introducción.

La teoría que atrás hemos conceptualizado ha tenido amplio desarrollo en la dogmática penal Alemana y está teniendo eco en la doctrina del derecho administrativo contemporáneo, que **aboga por la inclusión de criterios jurídicos a la hora de abordar la relación de causalidad**, alejándose de un contenido eminentemente fáctico, pues se sostiene, la verificación de la causalidad, **es una cuestión jurídica, esto es normativa.**

Es una teoría en evolución, en desarrollo, parte de la separación entre la causalidad fáctica con conceptos causales- naturales, y la imputación jurídica u objetiva, espacio apto para definir si la simple causalidad es suficiente, permitiéndose la inclusión de criterios normativos que permitan asentar o liberar la

responsabilidad de un sujeto que causó material o fácticamente un daño, en términos de la doctrina Europea, “...solo procede a imputar un daño a la administración cuando esta, con su actuación, además de haberlo causado (además de la relación causal) haya creado un riesgo no insignificante, no permitido y no consentido de producirlo y dicho riesgo, y no otro: fuerza mayor, o intervención de la víctima o de un tercero- sea el que se haya realizado en el resultado lesivo”⁹⁷, llevado a este plano, criterios que permitan asentar o liberar la responsabilidad del Estado al cual se le atribuye la causación de un daño.

Es una tesis que se nutre de la dogmática penal, nótese como se puede decir que no es suficiente la causalidad material, por sí sola, para la imputación jurídica del resultado⁹⁸, examinado a partir de criterios propios del riesgo permitido y la posición de garante.

Siendo ello así, este trabajo mostrará, en primer término, algunas decisiones del Consejo de Estado, especialmente a partir del año 2007, que han dado pie a la construcción de una dogmática en el seno del derecho administrativo de este importante tema, por ejemplo cuando se está en presencia de casos por: (i) daños derivados de la omisión en sentido genérico; (ii) la omisión de la fuerza pública respecto de fuentes de riesgo que recaen sobre ciudadanos; (iii) los perjuicios derivados por el funcionamiento de la administración sanitaria en todas sus especificidades y (iv) la privación injusta de la libertad⁹⁹.

En un segundo plano, analizaremos decisiones que resolvieron asuntos acudiendo a “postulados tradicionales” en forma equivocada que bien podrían resolverse aplicando criterios de imputación objetiva, a la manera de, **propuesta metodológica para solución de casos asumiendo los criterios de imputación objetiva**, allí el aporte, que desde luego tiene como presupuesto la ruptura del nexo de causalidad, **pero por criterios de imputación objetiva.**

3.1. Ruptura tradicional del nexo de causalidad.

⁹⁷ Mir Puigpelat, Oriol, La responsabilidad Patrimonial de la administración sanitaria, Madrid, Civitas 2000

⁹⁸ Ver el artículo 9 del C.P. Colombiano

⁹⁹ Ver, GIL BOTERO, ENRIQUE, Responsabilidad extracontractual del Estado, Temis 2011, en igual sentido, HUGO ANDRES ARENAS MENDOZA, el Régimen de responsabilidad Objetiva, Legis.

Con independencia del tipo de responsabilidad que se asuma, si es por falla en el servicio o por daño especial, tradicionalmente la ruptura del nexo de causalidad parte de la consideración especial y excepcional de la existencia de una causa extraña, la cual es definida en esta sede de la responsabilidad estatal como, “el hecho irresistible y jurídicamente ajeno o exterior al Estado”¹⁰⁰, esos eventos son la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

Generalmente y se va a mostrar cómo, la causa extraña y los eventos tradicionales que le representan han marcado la solución de los casos en dónde se absuelve de responsabilidad al estado, incluidos eventos en que se ha amparado causales de justificación.

Se ha admitido como el hecho extraño es adecuado o determinante para la producción del daño y lleva a que la administración sea exonerada del deber de indemnizar o depende de la incidencia de la misma para la reducción de la indemnización, dependiendo eso sí el grado de intervención de quien resulte involucrado, someramente vamos a describir esos eventos.

3.1.1. La culpa exclusiva de la víctima.

El sistema de responsabilidad civil extracontractual es eminentemente subjetivo y se basa por ende en la culpa, nuestro derecho privado consagra la culpa del acreedor como causal específica de exoneración de responsabilidad para el deudor, ello se ve con claridad en los artículos 732 y 1391, y son expresión, desde luego de la cláusula general de la ley civil señalada en el artículo 2357, que al respecto regla: *“la apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*.

Sobre este aspecto, la figura exonerativa tiene su propia lógica, quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias.

¹⁰⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier, La responsabilidad del Estado, Daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Bogotá, Temis – 2000, página 170.

Norma referente, pero en materia de responsabilidad estatal en nuestro medio es el artículo 70 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, que regla: *“El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de Ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado de su actuar”*.

Sobre la causal, la doctrina del Consejo de Estado, ha dicho cuáles son los elementos, *“.... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos: - Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil. -El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor, de manera tal que no le sea ajeno a éste, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración. Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder \emptyset activo u omisivo \emptyset de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. Y ello como quiera que la Sala ha señalado que el hecho de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad o de reducción del monto de la condena respectiva, debe constituir, exclusiva o parcialmente, causa eficiente del perjuicio reclamado, pues de no ser así se estaría dando aplicación a la teoría de la equivalencia de las condiciones, desechada por la doctrina y la jurisprudencia, desde hace mucho tiempo, para establecer el nexo de causalidad”¹⁰¹*

Como se advierte, la solución tradicional se enfoca por analizar en un plano causal la intervención de la víctima o afectado, que bien puede ser, quien sufre directa o indirectamente un daño con ocasión de la actividad estatal, por acción o por omisión y que posteriormente reclama ser indemnizada, bien sea porque, por ejemplo está involucrada en un accidente de tránsito, porque no fue protegida por

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, Expediente 15.463 Consejero Ponente: Mauricio Fajardo. En este sentido véase también la Sentencia de 18 de octubre 2000, Expediente 11981, Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ.

el Estado, porque fue privada de la libertad y posteriormente el proceso terminó en su favor, o porque asumió una actitud violenta frente al Estado y luego reclama.

En primer término consideramos que con referencia a la causal es más técnico hablar de hecho que de culpa de la víctima, pues lo que se somete a consideración no es la culpa como tal, sino el acto o la omisión y desde esa perspectiva hablar de culpa, no asimila ni comprende el verdadero alcance de lo que se entiende por esta causal que se basa desde una consideración fenomenológica en un acto, en un hacer, en una actividad o en un no hacer, y desde luego eso es lo que se va a valorar qué fue lo que hizo la “víctima”, qué fue lo que dejó de hacer, para de allí establecer si ese comportamiento libera de responsabilidad a quien inicialmente es llamado a responder por un daño sobre, quien se considera “víctima”.

La doctrina en este aspecto ha dicho que: “Cuando hablamos del hecho de la víctima, nos referimos a una causal que impide efectuar la imputación, en el sentido en que, si bien es cierto, que puede ser que el demandado causó el daño física o materialmente, el mismo no puede serle imputable en la medida en que el actuar de la víctima que le resultó extraño, imprevisible e irresistible, lo llevó a actuar de forma que causara el daño, razón por la cual el mismo es imputable desde el punto de vista jurídico a la víctima y no al demandado...”¹⁰²

Podemos decir que es el actuar de la persona que a la postre resulta siendo lesionada, el objeto de valoración en esta causal y puede suceder que ese actuar sea por omisión, piénsese por ejemplo en el caso en que la persona se duerme en la vía férrea y es arrollada por un tren de Ferrocarriles Nacionales, o puede suceder que la persona conduciendo su automotor embriagada choque contra un convoy militar, o también porque se trate de un comportamiento doloso como cuando la persona que está cumpliendo una pena a ella impuesta y es ultimada por personal de guardia de la cárcel que le impide realizar la fuga.

¹⁰² PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2011, N° 20, Página 391. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2898>

Con ello superamos la discusión de saber qué es lo que se valora, no es objeto de valoración como tal, la imprudencia, la impericia, la violación de reglamentos sino el acto ejecutado en un contexto, es decir, si el acto fue imprudente, negligente y si ese acto tiene repercusiones en los derechos de quien ante el Estado alega ser afectado, quien no puede considerarse como víctima, que es el segundo aspecto.

Para ello, podemos decir que existiría hecho de la víctima cuando hay un actuar correlativo de un victimario, pero preferimos hablar de la persona que alega un daño y reclama las consecuencias de ello, no es técnico decir que no se le reconoce la responsabilidad al reclamado por culpa de la víctima, lo técnico es decir que no se reconoce la responsabilidad del reclamado porque el daño que sufre el reclamante fue consecuencia de sus actos, no con un título de imputación “por culpa” sino como una relación directa del hecho por ella ejecutado.

Por el contrario, podemos hablar de víctima cuando verdaderamente frente al Estado este le victimizó y es condenado como consecuencia del daño ocasionado y que le es atribuible a éste, así, no podemos hablar de víctima en responsabilidad extracontractual del Estado si no hay indemnización, se hablaría de culpa exclusiva del reclamante no de la víctima porque esta no se constituye si vamos hablar de esta causal como excluyente de responsabilidad.

Tener la culpa es sinónimo de ser responsable del hecho, y cuando hay responsabilidad ante un daño antijurídico la consecuencia es la reparación; se traduce en que el reclamante es víctima cuando el Estado le ha causado un perjuicio y se le va a pagar, pero si no se va a pagar es porque la causa del daño es atribuible al reclamante.

La noción viene equivocada desde las mismas leyes civiles y comerciales que mezclan los modelos de responsabilidad contractual y extracontractual porque se equipara el acreedor con la víctima, eso es lógico porque en materia de responsabilidad contractual por ejemplo en una compraventa, quien paga el dinero por el bien que no se le entrega es afectado, esto es, es víctima, en cambio sí se niega a recibir en forma injustificada, y la cosa perece o se daña habiéndose perfeccionado la venta, deja perder su propio bien y desde luego esa es su propia culpa y es víctima; cosa diferente es cuando en materia de responsabilidad extracontractual la persona que sufre un perjuicio como consecuencia de su propia acción imprudente, negligente, etc., automáticamente reclama ser víctima, pero no es víctima porque la negativa a la pretensión indemnizatoria tiene como fundamento su propia acción negligente, imprudente, etc., pero desde luego cuando a un ciudadano se le acusa un daño antijurídico que se basa en la acción

del agente del Estado y no en el actuar del reclamante, hay lugar a decir que es víctima y correlativamente indemnizarla del daño sufrido.

Para llegar a esa conclusión se analiza el comportamiento de la víctima en la producción del resultado lesivo, que bien puede ser porque ella actúe negligente o imprudentemente, con mala intención o dolo, y esa actuación suya o la omisión repercute en el resultado que a ella le tiene como doliente, pues, *“si el dañado se ha colocado previamente en situación ilegal o negligente y la administración ha respetado frente a él los límites que circundan el funcionamiento lícito normal del servicio público, la acción administrativa dañosa está justificada porque el riesgo de sufrir el daño ha sido aceptado implícitamente por aquel”*¹⁰³.

En cada caso, deberá precisarse el grado de intervención de la víctima, desde luego, en la ocurrencia del hecho dañoso y si este se explica como consecuencia de su actuar; habrá ruptura del nexo y con ello el Estado no llamado a responder, siempre y cuando la acción de ésta, sea exclusiva condición del daño, puede suceder que no sea exclusiva sino concurrente, ello repercute es en la reducción del monto indemnizable¹⁰⁴.

Si es víctima, es porque hay que indemnizarle, repararle, de lo contrario es un reclamante vencido, porque lo que alega o invoca como daño atribuible al Estado tiene fundamento es en su propia acción, con ello se abandona el hablar de culpa exclusiva de la víctima y el panorama le da apertura al examen del comportamiento del reclamante, en adelante para los efectos de este trabajo o llamaremos acción o comportamiento exclusivo del reclamante y no culpa exclusiva de la víctima.

Ahora bien, esta acción del reclamante y la exigencia de un comportamiento adecuado ex ante a la acción es lo que se está analizando en supuestos de reclamos por privación de la libertad cuando media decisión posterior de absolución o preclusión, a ello nos dedicaremos en las siguientes líneas, abordando de entrada el estado actual de la discusión con decisiones tanto el Consejo de Estado como de la Corte Constitucional.

¹⁰³ Villa Leguina, Luis 2007 página 675, citado por ARENAS MENDOZA, El Régimen de Responsabilidad Objetiva, Legis 2013.

¹⁰⁴ Tamayo Jaramillo, Javier, op cit página 170

La Corte Constitucional en la sentencia SU 072 de 2018, dejó sentadas bases desde la doctrina Constitucional cuando se está en supuestos de reclamación por privación injusta de la libertad y se produce en el proceso penal decisión favorable para la persona bien sea por preclusión o por absolución superando los eventos legales que admiten o permiten la reparación, dijo la Corte amparándose en el precedente constitucional obligatorio, C-037 de 1996:

*“El artículo 90, debe reiterarse, establece un régimen general de responsabilidad definiendo exclusivamente la naturaleza del daño que es resarcible **–que debe ser uno antijurídico–**, dejando a salvo los demás supuestos constatables a la hora de definir la responsabilidad, esto es, la necesidad de acreditar que se presentó un hecho o una omisión atribuible al Estado o a uno de sus agentes, elementos cuya relación se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación.*

En ese orden, dicha sentencia ratificó el mandato del artículo 90 Superior y fue precisa al indicar que no analizaría la naturaleza de la responsabilidad estatal, consideración realizada sobre el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es el fundamento específico de la responsabilidad del Estado en el ámbito judicial, luego, un análisis sistemático de este fallo y de las demás sentencias que fueron traídas a colación permite afirmar que la sentencia C-037 de 1996, no se adscribe a un título de imputación específico.

*De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, **el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.***

... La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados...”

A partir de esta postura de la Corte, la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad aún en los eventos legales no es tautológica, el Consejo de Estado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 precisó, unificando su

jurisprudencia insiste en que es necesario analizar el comportamiento de la persona que da lugar a la privación de la libertad, así se le absuelva o se precluya la investigación en su favor:

“No obstante, es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.

*En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) **y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.***

*En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, **la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva,** pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño. injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño”, se destaca.*

Ese análisis de la conducta asumida por el reclamante impone un estudio de la acción llevada a cabo en el seno de la actividad ejecutada y el incumplimiento objetivo o no de un rol, por ello lo representó claramente el supremo hermeneuta en lo Contencioso Administrativo:

“Tesis y unificación:

*En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, **en lo sucesivo**, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, **será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.***

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello...”, se destaca.

Esta posición ha sido reiterada y sirve de fundamento para la doctrina actual en lo que representa a la reclamación por daños derivados de la privación de la libertad.

3.1.2. El Hecho de un tercero.

Es cuando un tercero, ajeno, diferente a la relación Estado - Ofendido, sin relación con el Estado o Entidad demandada, influye, causa, determina o incide en el

desarrollo normal del acontecimiento o del hecho y se produce un daño que finalmente a él le es atribuible.

El daño como tal debe ser causado por el tercero, ser su conducta, su actividad o ser una cosa, por la cual el Estado no deba jurídicamente responder.

Desde luego, que en cada caso deberá precisarse la actuación o actividad del tercero en la ocurrencia del daño, si es determinante y no media acción u omisión culposa o dolosa del Estado, se libera de responsabilidad a éste, que es el evento de la causa extraña; puede suceder que la actuación del tercero sea concurrente con la del Estado, o que este se haya comportado por intermedio de sus agentes con negligencia o dolo, en estos eventos no hay causa extraña y puede dar lugar bien sea a hipótesis de concurrencia de culpas con efectos indemnizatorios o a responsabilidad plena del Estado, como por ejemplo cuando este afecta la posición de garante.

3.1.3. Caso Fortuito y Fuerza Mayor.

De vieja data, se ha considerado estos eventos como eximentes de responsabilidad que parten de la existencia de un daño pero desvirtuando la relación causal de éste con el llamado a responder.

La fuerza mayor, es un acontecimiento como tal que ocurre ex post facto, que es de naturaleza externa, imposible de resistir por el afectado, se presenta hechos conocidos como fenómenos de la naturaleza, terremotos, tsunamis, rayos, huracanes, que al ser comprobados se presentan con el sello de lo inevitable, eventos ajenos a la administración que pretende ser llamada a responden por los daños causados.

Por su parte el caso fortuito, es definido como, un evento imprevisible aun utilizando una conducta diligente. La fuerza mayor es un evento que aunque pudiera preverse es inevitable.

El caso fortuito a diferencia de la fuerza mayor, que se caracteriza generalmente por su inevitabilidad, tiene más bien por eje definitorio la **imprevisibilidad**, por

esa razón es determinante que el sujeto, antes de la producción del acontecimiento haya actuado con diligencia, para determinar la previsibilidad debe tomarse en cuenta la diligencia del hombre medio, si a pesar de darse tal, de obrar prudentemente el evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia del caso fortuito, este exime la responsabilidad. Pero si el daño no fue previsto por no usarse la diligencia debida, estaremos ante una conducta negligente determinante de responsabilidad.

Cuando se obra negligente o imprudentemente, se excluye al caso fortuito, pues este, es caracterizado por una situación imprevisible que acontece y que provoca un evento dañino en este tipo de responsabilidad.

3.2.Ruptura del Vínculo de causalidad por adopción de criterios de imputación objetiva. Incorporación directa de la teoría en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

A continuación, se traen ejemplos de cómo la Teoría de la imputación objetiva es adoptada en concreto por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en punto específico del criterio de POSICIÓN DE GARANTE, trabajado tanto por ROXIN como por JAKOBS.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, cuatro (4) de octubre de dos mil siete (2007), Radicación número: 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567), Actor: Argemiro Tobón Rueda, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

FICHA JURISPRUDENCIAL

Radicación No.	05001-23-31-000-1991-00789-01(15567)
Autoridad que emite Magistrado/o ponente	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero
Fecha:	Cuatro (4) de octubre de dos mil siete (2007)
Resumen de los Hechos	El antecedente del caso lo constituye el ejercicio de acción mediante la cual se pide declarar patrimonialmente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a causa de las lesiones

	y pérdida total de la capacidad laboral de que fue víctima el actor, como consecuencia de un atentado criminal por parte de miembros del grupo armado denominado Ejército de Liberación Nacional “ELN”, el 8 de junio de 1990, como represalia por permitir que miembros del Ejército, en diversas ocasiones, se apostaran -en contra de la voluntad del afectado- en la finca “El Guerrero”, de su propiedad, localizada en la vereda “La Arboleda” del municipio Ciudad Bolívar (Antioquia) .
Principales elementos jurídicos	Posición de Garante.
Observaciones	En lo que respecta al fundamento de responsabilidad, se dio por probado por el Órgano de cierre en el caso, que “2.3. <i>En relación con la asignación del resultado por una determinada acción u omisión, de los elementos probatorios allegados al expediente, esto es, la certificación expedida el 15 de diciembre de 1990 por el Comandante de Policía de Ciudad Bolívar (Antioquia), se tiene que a partir de la misma es posible materializar, a través, de inferencias lógicas¹⁰⁵ la clara omisión en que incurrió el Estado al no haber suministrado los elementos de protección y vigilancia necesarios para evitar la producción del daño antijurídico aquí reclamado...</i> ”, en lo que tiene que ver con la responsabilidad se dijo, “ <i>al particular no se le puede imponer la obligación de asumir los daños derivados del riesgo que las instituciones generan en el desempeño de sus actividades, porque esa situación supone claramente un rompimiento de las cargas públicas; como quiera que si bien es cierto, todos los asociados tienen a su cargo un deber de colaboración para con las autoridades públicas, esta obligación no puede entenderse en términos absolutos y, por consiguiente, no es comprensible desde ningún punto de vista que el daño ocasionado a quien se coloca por el Estado en una situación de desfavorabilidad, o de desigualdad ante la ley, no sea indemnizado...</i> ”.

¹⁰⁵ “[E]l indicio es aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga. La perfección o imperfección externa o interna de la prueba no entra, pues, en la esencia del indicio; lo principal es la inferencia o, mejor, la inducción de un hecho desconocido en virtud de otro conocido.” ELLERO, Pietro “De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal”, Ed. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 6ª edición, Pág. 65.

	<p>Para el Consejo de Estado, el ejército en el caso asumía especial <i>posición de garante</i> frente a la integridad del ciudadano y ello finalmente repercutió en la imputación jurídica del comportamiento con la consecuente indemnización a cargo del Estado.</p> <p>Para el tema, el Alto Tribunal le echó mano a la posición asumida por la Corte Constitucional a propósito de la imputación objetiva, citando ello por la corporación¹⁰⁶. Por posición de garante, insistió en la decisión, ahora en sede del derecho administrativo, “<i>debe entenderse</i></p>
--	--

¹⁰⁶ “Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado: “En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.

“(…) En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. **Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.** Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio. **En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos.** La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.” Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett...”

	<p><i>aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho</i>¹⁰⁷.</p> <p>En la decisión, se dijo, “2.5. Bajo esa óptica, las lesiones causadas al señor Argemiro Rueda Tobón si bien fueron generadas por un tercero, en este caso por miembros del Ejército de Liberación Nacional “ELN”, según la certificación expedida por el Comandante de Policía del municipio de Ciudad Bolívar, lo cierto es que el resultado (daño antijurídico), resulta atribuible a la administración pública, concretamente, por el desconocimiento del deber de protección y cuidado establecido en el inciso segundo del artículo 2º de la Constitución Política¹⁰⁸”.</p> <p>Podemos decir que, de no haberle echado mano a la teoría, causalmente se habría negado la imputación precisamente porque el hecho lo comete un tercero y no</p>
--	---

¹⁰⁷ **“La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo.** Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico.” Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia “Introducción a la Imputación Objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus “Derecho Penal – Parte General “Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito”, Ed. Civitas.

¹⁰⁸“(…) Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Sobre el particular, la doctrina nacional ha precisado: “Ahora bien, en algunos eventos, la imputabilidad podrá resultar del incumplimiento, por parte de la administración, de su deber de protección frente a las personas, como ocurre, por ejemplo, cuando una de ellas se encuentra en situación de grave peligro, que aquélla conoce –sea que se le haya solicitado protección o que ésta debiera prestarse espontáneamente, dadas las circunstancias particulares del caso–; son estas las situaciones que obligan a evaluar el alcance del deber de protección estatal y constituye uno de los eventos en que adquiere relevancia la denominada teoría de la relatividad de la falla del servicio.” HERNÁNDEZ Enríquez, Alier Eduardo y FRANCO Gómez, Catalina “Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, Pág. 52.

	el Ejército Nacional, tenemos un caso que se ajusta al desarrollo de este trabajo y sirve de conclusión de la aplicación del criterio de imputación, la posición de garante.
--	--

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 20001-23-31-000-1998-03713-01(18436), Actor: Manuel Narváez Corrales y Otros, Demandado: Nación - Ministerio De Defensa - Ejercito Nacional y Otros

FICHA JURISPRUDENCIAL

Radicación No.	20001-23-31-000-1998-03713-01(18436)
Autoridad que emite Magistrado/o ponente	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez
Fecha:	Dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010)
Resumen de los Hechos	En el caso, se demanda perjuicios sufridos por los demandantes, los cuales fueron ocasionados como consecuencia del desplazamiento forzado de sus predios ubicados en la Hacienda Bellacruz, ubicada entre los Municipios de La Gloria, Pelaya y Talameque, Cesar, a raíz de la incursión paramilitar perpetrada a partir del 14 de febrero de 1996; asimismo se afirmó que tales daños resultan imputables al Ejército Nacional y a dichas entidades territoriales demandadas, por cuanto omitieron su deber de protección y garantía respecto de sus derechos fundamentales.
Principales elementos jurídicos	Posición de garante.
Observaciones	Como el caso demandaba hacer análisis con relación a la omisión que se registraba, el fundamento de la misma, superando la simple relación de causalidad, fue la imputación jurídica derivada de la posición de garante, en términos de la Corporación y al amparo de doctrina española que citó en la providencia, "Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en

	<p>relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber¹⁰⁹...”.</p> <p>La relación causal no es solo insuficiente sino innecesaria cuando se trata de la posición de garante que asume el estado en función del artículo 2 de la carta política¹¹⁰ y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citada en esta misma decisión, <i>“La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. La responsabilidad internacional de los Estados Partes es, en este sentido, objetiva o ‘absoluta’, teniendo presentes conjuntamente los dos deberes generales, estipulados en los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana.”</i>¹¹¹.</p>
--	---

¹⁰⁹ “... cuando la conducta es, en cambio, una omisión, la relación de causalidad no es sólo insuficiente, sino, incluso, innecesaria (...) Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el **deber jurídico de evitar el resultado lesivo**, poseyendo la acción —debida— omitida **capacidad para evitarlo**. En el momento de comprobar esta última cuestión (la capacidad evitadora de la acción omitida) se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido. Pero obsérvese bien: no es una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción (que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal) no realizada y el resultado; y, además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en **posición de garante** de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión”. Cfr., MIR PUIGPELAT Oriol, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cit., pp. 242-244.

¹¹⁰ *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*

¹¹¹ *“(...) Es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención. (...) En conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de*

	<p>Superando entonces la simple imputación fáctica, se impone verificar presupuestos normativos que el mismo Tribunal de cierre precisa, cuando se trata de omisión impropia y por ende de posición de garante:</p> <p><i>“Con fundamento en lo anterior, forzoso resulta concluir que los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión y, por ende, para que se concluya que la Administración desconoció la posición de garante que el ordenamiento jurídico le impuso, son los siguientes: i) la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública; ii) la falta de atención o la atención irregular o inoportuna de dicha obligación por parte de la Administración en el caso concreto y iii) la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño...”</i></p> <p>Podemos decir entonces que cuando exista posición de garante en el Estado, no es adecuado liberar de responsabilidad acudiendo a la culpa exclusiva de la víctima o al hecho de un tercero, sino que el criterio de imputación a la luz del artículo 2 de la Carta Política termina por imponerse, considerando imputación plena del daño a quien omite la función y franquea la posición de garante.</p>
--	---

su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripan, párr 110, Caso de los 19 comerciantes párr 141. Resulta importante destacar que respecto de la denominación del régimen de responsabilidad “objetiva” que utiliza la CRIDH, esta Sección del Consejo de Estado, en sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 29.273, MP. Enrique Gil Botero, precisó: *“Así las cosas, se podría inferir que, en materia de responsabilidad en el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana, si bien manifiesta aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, lo cierto es que a la luz de nuestra tradición jurídica, este tipo de imputación encuadraría en el régimen subjetivo, denominado por la jurisprudencia Colombiana como la falla o falta en el servicio, la cual consiste en el incumplimiento de una obligación a cargo del Estado”*.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 20001-23-15-000-2002-00048-01(32667), Actor: Liliana Patricia de la Cruz Hurtado y Otros, Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y Otros

FICHA JURISPRUDENCIAL

Radicación No.	20001-23-15-000-2002-00048-01(32667)
Autoridad que emite Magistrado/o ponente	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Fecha:	Dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)
Resumen de los Hechos	En este caso, los demandantes solicitan se declare extracontractualmente responsable al Estado de los perjuicios causados con ocasión de la muerte del Alcalde del municipio de El Copey, quien fue suspendido de su cargo, en razón a que le fue impuesta medida de aseguramiento, consistente en detención domiciliaria dentro de proceso penal adelantado en su contra por la presunta celebración indebida de contratos. La muerte se ocasionó el día 29 de mayo de 2000, con disparos de arma de fuego, cuando éste se encontraba en un lugar fuera de su residencia.
Principales elementos jurídicos	Imputación Objetiva y Posición de Garante.
Observaciones	<p>Para la solución del caso, se evidencia que el actuar del afectado directo fue negligente y gravemente culposo, puesto que desobedeció el mandato de permanecer detenido en su propio domicilio cumpliendo la medida de aseguramiento impuesta por la Fiscalía, afectando en forma dolosa el régimen de detención a él impuesto y del que era consciente, concluyendo de esta manera el alto Tribunal, que se configura la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, conforme al artículo 70 de la Ley 270 de 1996, en razón a que el comportamiento desplegado por el afectado provocó su muerte.</p> <p>No obstante, en la decisión, el Consejo de Estado, hace un análisis de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) ampliándola a la posición de garante, donde se exige la aplicación del principio de</p>

	<p>proporcionalidad, el cual es necesario para analizar si se podían adoptar medidas para prevenir la producción del daño antijurídico y motivar el juicio de imputación.</p> <p>El fallo, amparado en el planteamiento de la Corte Constitucional en la sentencia SU 1184 de 2001¹¹², si bien prohija la teoría, limita sus alcances pues no quiere con ello significar que se adscriba a la teoría como criterio obligatorio en la solución de casos en la responsabilidad Estatal extracontractual, es tajante, no debe suponer <i>“una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal”</i>.</p> <p>Pese a ello, en la misma decisión, puntualizó la importancia de esta teoría y los criterios de imputación que le sirven de fundamento, dice el órgano de cierre¹¹³: <i>“...la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por los criterios de la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”¹¹⁴. Siendo esto así, los criterios de imputación objetiva implican la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrecen estos criterios, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación</i></p>
--	--

¹¹² En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante

¹¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 32667, sentencia de 18 de mayo de 2017, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

¹¹⁴ *“El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”*. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, p.77 ss.

	<i>descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”¹¹⁵.</i>
--	---

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), Actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, Demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación.

FICHA JURISPRUDENCIAL

Radicación No.	66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)
Autoridad que emite Magistrado/o ponente	Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera
Fecha:	Quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018)
Resumen de los Hechos	En este caso, los demandantes solicitan se declare extracontractualmente responsable al Estado de los perjuicios causados con ocasión de la privación de la libertad de la señora Martha Lucía ríos, involucrada a un proceso penal por trata de personas, tramite en el que se le impuso medida de aseguramiento por un Juez de Control de Garantías, pero por obedecer el asunto a un trámite de Ley 600 de 2000 quedó sin vigencia la medida y posteriormente se precluyó el asunto por atipicidad.
Principales elementos jurídicos	Culpa Exclusiva de la Víctima y Causalidad Adecuada.
Observaciones	Para la solución del caso, consideró el Consejo de Estado, que el actuar del afectado directo fue negligente y gravemente culposo, puesto que trasgredió el ordenamiento jurídico, defraudó deberes abriendo la puerta a la labor investigativa del Estado, con todo lo que la misma pudiera implicar; en consecuencia, fueron las actuaciones de la demandante las que motivaron la investigación que se le adelantó por parte de la Fiscalía (en cumplimiento de su deber constitucional de

¹¹⁵ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

investigar las conductas que pudieran constituir delito) y la suspensión de la medida restrictiva de la libertad en su contra, toda vez que existían indicios que permitían inferir una posible intención de control, dominación o sujeción a un trabajo forzado a través de la imposición de una obligación económica a favor de doña Martha Lucía o de un tercero (Ricardo Restrepo), situación que sólo se podía esclarecer en el escenario de un proceso penal.

Se dijo respecto de la acción de la entidad, *“Así, pues, a pesar de que la Fiscalía General de la Nación adelantó la investigación a la luz de una norma procesal que no resultaba aplicable, lo cierto es que ello no fue determinante en la privación de la libertad de que Martha Lucía Ríos Cortés fue objeto, pues, en todo caso, su conducta debía ser investigada - independientemente de las normas de procedimiento penal que debieron aplicarse-. Así las cosas, a juicio de la Sala no existe vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la “causalidad adecuada”) entre la medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el presente asunto, pues, se insiste, la privación de la libertad de la señora Ríos Cortés no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la administración de justicia (a pesar de ser la causa inmediata), sino en la conducta asumida por ella misma...”*¹¹⁶.

¹¹⁶Consejo de Estado Sentencia de unificación Sala de lo contencioso administrativo sección tercera radicado 6001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) Consejero Ponente CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

CAPITULO IV. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA SOLUCIÓN DE CASOS ASUMIENDO LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

Visto como ha tenido acogida explícitamente la teoría en el seno mismo del Consejo de Estado, en eventos donde exista posición de garante del Estado e incumplimiento de roles del afectado, veremos ahora como pueden incorporarse criterios de imputación objetiva en la solución de casos que tradicionalmente se resolvieron, en nuestro parecer en forma equivocada; hemos escogido en cada línea de trabajo dos casos especiales, con la esperanza que de presentarse eventos en el futuro, los mismos puedan ser solucionados acogiendo los criterios de imputación vistos en el capítulo segundo.

4.1. En accidentes de Tránsito.

El común denominador en las acciones de reparación directa en este tipo de eventos son casos en los cuales o bien se presenta un accidente de tránsito en dónde se usó o está involucrado un bien de propiedad del Estado, ora, en dónde quien lo causa es servidor del mismo estado en cualquiera de sus esferas.

Caso 1. Un médico era transportado por un policía a gran velocidad (estaba embriagado), cuando éste perdió el control del automóvil, se estrellaron y el galeno que también iba en el rodante (embriagado), sufrió fuertes lesiones y falleció. Bajo criterios eminentemente causales, podríamos decir que el caso, se resuelve por la constatación de un daño antijurídico y materialmente la relación se establece entre la acción del conductor embriagado que infringía todo tipo de normas de tránsito y el hecho muerte.

Para romper el nexo, tradicionalmente se le echa mano a la culpa exclusiva de la víctima, no obstante ello se queda corto porque no elimina del todo la imprudencia de quien materialmente ocasiona el daño; pero si acudimos a criterios jurídicos a partir del riesgo permitido y la observancia de los riesgos por parte de todos, incluida la víctima que debe auto protegerse y a esta le son atribuibles las consecuencias cuando esta se expone a los peligros, también a este le es imputable el resultado; si bien el criterio no fue acogido plenamente se absuelve al estado porque la muerte se debió a la decisión libre de la víctima desligada de cualquier función o servicio al obrar imprudentemente, pero ampara la culpa exclusiva de la víctima¹¹⁷, cuando lo técnico era absolver por la autopuesta en peligro a la cual se expuso e reclamante, criterio que hemos sostenido en este trabajo.

Caso 2. Un peatón es arrollado por una moto de una entidad pública cuando se encontraba atravesando una autopista debajo de un puente peatonal. Al analizar el caso, el Consejo de Estado¹¹⁸, lo solucionó bajo el entendido de la culpa exclusiva de la víctima, pero por estructurarse elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad frente a la acción de la administración, propios de la fuerza mayor; no obstante es evidente que al desconocer reglas básicas de tránsito y el deber de autoprotección que le asistía de cruzar por el puente peatonal instalado para ese fin, subyace claramente un criterio de imputación objetiva que rompe el vínculo, precisamente por la violación de deberes de autoprotección, como lo

¹¹⁷ Consejo de Estado, 26 de Julio de 2012 con ponencia de la Honorable Magistrada GLORIA ESTELA CONTO, expediente 22929.

¹¹⁸ Consejo de Estado, sentencia del 23 de mayo de 2012, Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO, expediente 25043

hemos sostenido, no es culpa exclusiva de la víctima, ni fuerza mayor sino que se debe acudir a violación de deberes de autoprotección.

4.2. En eventos en donde se discute la privación injusta de la libertad.

Una de las fuentes de responsabilidad por excelencia se ha convertido en la derivada de la privación injusta de la libertad, que se vuelve así cuando media decisión judicial que le pone fin a la actuación penal de quien a la postre o en cuyo favor, termina reclamando indemnización a causa de la vinculación al proceso penal o sufrir las consecuencias de la privación de la libertad.

Casi que se ha asimilado, que privación injusta de la libertad es sinónimo de reparación administrativa o patrimonial por el Estado, no obstante se ha empezado a dar una seria discusión partiendo como base del análisis de la acción del reclamante, “víctima”, no solo cuando infringe deberes de autoprotección, sino cuando se advierte que su actuación precedente en materia penal así no sea delictual por ausencia formal de declaración, si lo es dolosa o gravemente culposa, ello se ha materializado en la doctrina actual del Consejo de Estado con la decisión del 15 de agosto de 2018 antes analizada.

Para pretender una indemnización por privación injusta de la libertad se debe tener uno de los títulos que fundamentan la imputación al funcionamiento defectuoso del Estado, **ello lo vimos al inicio de este trabajo**, los regímenes de falla del servicio presunta, falla de servicio probada, daño especial y riesgos excepcionales.

En este escenario, constituyen presupuesto las categorías de daño especial y falla del servicio probada, las cuales corresponden a los títulos de imputación que son aplicables en el ámbito de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, precisamente porque los eventos de privación injusta usualmente corresponden a estos dos títulos de imputación. En el caso de la falla del servicio se ha entendido tradicionalmente que se trata de una acción u omisión del Estado que consiste en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración. Para los efectos de probar la responsabilidad estatal resulta necesario acreditar el nexo de causalidad entre la falla del servicio y el daño. El régimen de falla del servicio probada es un régimen subjetivo que examina el funcionamiento del Sujeto Estado como prestador de servicios a los ciudadanos y

obliga al demandante a probar todos los supuestos que dan origen a la responsabilidad.

Al lado de la falla del servicio encontramos la noción de daño especial entendido como el que causa el Estado por una acción u omisión que debe ser lícita (la acción u omisión debe ser lícita, pues si es ilícita encajaría en el régimen de falla del servicio), buscando el interés general. La diferencia de este régimen objetivo con la falla del servicio estriba en que en el daño especial no se examina la conducta del agente estatal y solo se debe probar que hubo una actuación u omisión del Estado en pro del interés general y que esa conducta ha causado un daño antijurídico.

En los últimos tiempos, a esta noción se ha sumado la teoría de las cargas públicas, a partir de la cual, bajo el principio de igualdad existirán casos en los que la primacía del interés general impone a una persona una determinada carga más pesada que la que soporta el resto de los administrados, quienes se benefician o se beneficiarán de esa actuación lícita del Estado, teoría que parte de la noción del proceso penal como una carga que deben tolerar los administrados por el servicio de la administración de justicia, justamente, en este punto cabe preguntarse si todos los ciudadanos deben tolerar pasivamente la administración de justicia penal con su injerencia en derechos fundamentales. Si la respuesta es positiva, únicamente existiría daño en los eventos de un funcionamiento defectuoso por falla del servicio que implique una actuación irregular del operador judicial debido a que el primer responsable por el debido proceso es el Estado y no el ciudadano.

Ahora bien, la privación de la libertad puede ser justa o injusta; será justa cuando quien la padezca sea declarado judicialmente como responsable penal de la comisión de un delito; o será injusta cuando quien la padezca sea absuelto de responsabilidad penal, debido a que no fue posible demostrarle su autoría o participación en la realización del ilícito, bien sea porque se demostró plenamente su inocencia o bien sea en virtud del in dubio pro reo. El elemento determinante, del carácter justo o injusto, de la privación, de la libertad, se basa en si quien la padeció, posteriormente fue declarado culpable o inocente, es decir el carácter de justo o injusto se difiere en el tiempo, pues no estamos juzgando la legalidad o ilegalidad de la medida en el momento en que fue dictada. La privación de la libertad puede ser legal o ilegal; será legal cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga; además, dicha privación de la

libertad, debe tener un fin constitucionalmente admisible y válido¹¹⁹, bien sea, evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas y el cumplimiento de la eventual pena.

Si la privación de la libertad es legal y justa no surge un Daño Antijurídico para quien la padece, debido a que no se configuró ninguno de los títulos de imputación de responsabilidad estatal; en consecuencia, el Estado no debe responder civil y extracontractualmente, si la privación de la libertad es ilegal o injusta, en tanto no se llevó a cabo con observancia de los requisitos legales o no se pudo demostrar plenamente la responsabilidad penal del privado de la libertad, de este tipo surge un daño antijurídico para quien la padece, debido a que se configura uno de los títulos de imputación de responsabilidad estatal, como es la falla en la prestación del servicio, en consecuencia surge, emerge el responder civil y extracontractualmente.

Puede suceder que la Privación de la libertad sea legal pero injusta, evento en el cual se llevó a cabo con estricto apego al ordenamiento jurídico, pero no se pudo demostrar plenamente la responsabilidad penal del privado de la libertad. La dificultad se presenta debido a que a pesar de existir un Daño Antijurídico, no es posible endilgarle la responsabilidad al Estado, a título de falla en la prestación del servicio.

En esta sede hay dos casos que llaman poderosamente la atención:

Caso 1. Una exfuncionaria de la Licorera de caldas, fue procesada por el delito de peculado por apropiación, incluso fue privada de la libertad por este hecho, no obstante la investigación penal culminó por prescripción. En la solución, el Consejo de Estado¹²⁰ consideró la existencia de la “culpa exclusiva de la víctima”, en la medida que vio en ella, al realizar los hechos, un acontecer culposo en el manejo de los recursos públicos, por ello desestimó la pretensión indemnizatoria. No obstante, consideramos que la solución se podía dar bajo un criterio diferente, el incumplimiento objetivo del rol del funcionario.

¹¹⁹ Ver, sentencia C-774 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹²⁰ Ver, decisión del 11 de diciembre de 2015, ponencia de la Honorable Magistrada STELLA CONTO DIAZ, expediente 40970.

Este criterio mejor se explica bajo la tesis propuesta por JAKOBS, (página 34 de esta obra) respecto del esquema de responsabilidad individual basado en el Incumplimiento de roles, de deberes, el rol del sujeto en sociedad lo hace igualmente responsable o le libera dependiendo del contexto respectivo, de las relaciones, de la posición no de garante sino de aquella que tenga la persona en sociedad, por ejemplo al profesional, se le exige a quien se ha ilustrado, pero también a quien maneja recursos públicos, esa exigencia, hace que de materializarse una defraudación, no se le tenga perse como víctima y con ello no pueda hablarse que tenga la culpa por haber sido procesado en un asunto dónde se le amparó la prescripción, sino que como reclamante no se puede acceder a su pretensión porque incumplió objetivamente el rol a él confiado, pues cuando se esperaba un correcto manejo de los bienes públicos, fue todo lo contrario.

Se trata de eventos en los cuales hay objetivación del rol, sino de analizar que hay supuestos en los cuales la persona, dado su mal comportamiento, asume las consecuencias de sus actos y el Estado no lo puede tener como víctima sino como defraudador de un rol y en materia administrativa, negarle la indemnización que pretende, desde luego cuando no medie la falla en el servicio como base de la reclamación.

Caso 2. A un funcionario se le vincula a proceso penal y es afectado con medida de aseguramiento por prevaricato por acción y celebración indebida de contratos, posteriormente es precluida la investigación por no poderse probar la tipicidad de la conducta endilgada.

En la solución, el Consejo de Estado considero¹²¹ que los hechos endilgados fueron de tal entidad que se le desvinculó del cargo por la procuraduría pese a la improsperidad de la acción penal, de allí deriva la, “culpa exclusiva de la víctima”.

No obstante, es más adecuado sostener que hay un incumplimiento evidente a deberes funcionales, roles atribuibles, defraudación de la confianza, desde luego sin desconocer que la liberación se ampara en el artículo 70 de la Ley Estatutaria

¹²¹ Ver, decisión del 23 de Julio de 2010, ponencia del Magistrado MAURICIO FAJARDO expediente 17943

de Administración de Justicia y que ha servido para que se hable de ello por la jurisprudencia del órgano legal de cierre¹²².

El modelo dependerá de la forma como termine la actuación penal, y si bien el Juez administrativo no puede reemplazar al Juez penal en la valoración del injusto en tanto esa actuación desestimatoria de responsabilidad hace tránsito a cosa juzgada, ello no implica que en la reparación, propio de la sede administrativa, no deje de analizarse el caso en concreto, de evidenciarse un criterio de imputación que rompa el nexo, hace que se limite o exima de la reparación, pese a la decisión favorable en materia penal para el reclamante, que a no dudarlo, no es víctima, ese papel es el que reclama la jurisprudencia actual el Consejo de Estado, se insiste sentencia del 15 de agosto de 2018.

4.3. En eventos en los cuales los particulares incumplen dolosamente deberes y ello genera respuesta “violenta” por miembros de la fuerza pública.

Vamos a analizar eventos en los cuales, las personas del común infringen dolosamente deberes, incumplen el rol normal, debiendo afrontar daños materiales que en principio son objeto de indemnización, en su solución generalmente se ha acudido bien sea a reconocer la legítima defensa o a la culpa exclusiva de la víctima, cuando de hecho, la solución es por vía de imputación objetiva.

Caso 1. En una taberna, se presenta una riña, la cual es atendida por la Policía Nacional, al llegar los uniformados son atacados por uno de los sujetos transados en la riña, un policial es agredido y reacciona usando su arma de dotación en contra de la humanidad del agresor. El Consejo de Estado al solucionar el evento, consideró la presencia de la culpa de la víctima y con ello descartó la imputación del daño a la Policía Nacional¹²³, lo procedente, pensamos era considerar el incumplimiento doloso de deberes, la infracción intencional del rol, pues esa legítima defensa en la reacción del Estado no se basa en la culpa, menos en la consideración del agresor como víctima.

¹²² Artículo 70. Culpa exclusiva de la víctima. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.

¹²³ Ver, decisión del 08 de marzo de 2007 Ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, expediente 15901.

Caso 2. Tres oficiales activos del ejército nacional abordaron un taxi en una calle de Bucaramanga, con la finalidad de atracar al conductor; en su cometido someten al mismo pero son avistados por una patrulla policial que reduce a dos, pero uno de ellos opone resistencia a la policía y es ultimado. En la solución el Consejo de Estado considera la culpa exclusiva de la víctima y con ello descartó la imputación del daño a la Policía Nacional¹²⁴.

Pese a la solución, se advertía claramente la desviación del rol por parte de la persona llámese particular o uniformado, que se enfrenta a la autoridad, no es que la culpa sea la que oriente la solución sino el franquear objetivamente, defraudar el rol del ciudadano o del servidor, con ello se libera de responsabilidad al romperse el vínculo de imputación propio de la desviación objetiva del rol y el que la persona asuma esas consecuencias, quedaba muy forzoso hablar de culpa exclusiva de la víctima.

Podríamos analizar más supuestos, incluidos los eventos de responsabilidad médica o sanitaria, no obstante, en este tema, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de **naturaleza subjetiva**, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste¹²⁵.

Podemos decir que, para que pueda predicarse la existencia de una falla, el Alto Tribunal, ha precisado que es necesario que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso. *“Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno*

¹²⁴ Ver, decisión del 07 de marzo de 2012 Ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, expediente 23070.

¹²⁵ Ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: agosto 31 de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa; de octubre 3 de 2007, exp. 16402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 23 de abril de 2008, exp. 15750; del 1 de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; del 15 de octubre de 2008, exp. 16270. C.P. Myriam Guerrero de Escobar; del 28 de enero de 2009, exp. 16700, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance...»¹²⁶, no obstante, ha admitido excepcionalmente un modelo de responsabilidad diferente, el objetivo, en tratándose de riesgos excepcionales derivados de las innovaciones tecnológicas, ha dicho: “...se insiste, el régimen aplicable a los asuntos de responsabilidad médico – sanitaria es el de falla, toda vez que resulta inadmisibles considerar la ciencia médica como riesgosa. Por consiguiente, sin importar que se pueda predicar en ciertos eventos en los que operen aligeramientos probatorios (v.gr. la regla res ipsa loquitur), lo cierto es que el título jurídico por excelencia para analizar y decidir la responsabilidad patrimonial de la administración pública sanitaria es el de falla del servicio, salvo aquellos supuestos en que el daño sea producto de un aparato o instrumento empleado por la ciencia médica que pueda ser catalogado como riesgoso o peligroso (riesgo peligro o riesgo álea), cuyo uso sea comúnmente aceptado y avalado para el diagnóstico y tratamiento de ciertas enfermedades o patologías, como por ejemplo, entre otros, las herramientas de radiología, algunas placas de acero con polos a tierra, medios de contrastes, desfibriladores, etc., eventos estos últimos en que será posible desatar la controversia con aplicación del título objetivo del riesgo excepcional. En ese orden, la responsabilidad extracontractual del Estado que se genera a partir de la ocurrencia de eventos adversos, esto es, la trasgresión del principio de seguridad en sentido amplio o lato, es decir, comprensivo de las obligaciones de cuidado, vigilancia, protección, entre otras, tendrá como referente la falla del servicio, razón por la que siempre será imprescindible constatar, en el caso concreto, si el daño tuvo origen en la violación al deber objetivo de cuidado, es decir, provino de una negligencia, impericia, imprudencia o una violación de reglamentos por parte del personal administrativo de la clínica o del hospital respectivo”¹²⁷, de donde concluimos que por el modelo de responsabilidad ordinario, el subjetivo, con independencia del llamado evento adverso, es necesario en cada caso analizar el comportamiento desplegado por el galeno o prestador del servicio de salud, su adecuación a estándares y de allí la afectación o no al deber de cuidado; por excepción y lo dirá la jurisprudencia, se analizará el régimen del riesgo excepcional, eso lo dirá el tiempo y quizá, otro trabajo.

¹²⁶ Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. 14726, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en sentencia de 03 de octubre de 2016, exp. 40057, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹²⁷ Ver Consejo de Estado, radicado 05001-23-24-000-1994-02530-01(22304), ponencia del entonces Magistrado ENRIQUE GIL BOTERO, 9 de mayo de 2012.

5. CONCLUSIONES

La imputación objetiva, que tiene sus cimientos y desarrollo en la ciencia penal alemana, puede tener amplio margen de aplicación en el seno de la responsabilidad Estatal, al acudir a la aplicación de criterios que no solo superan la simple relación de causalidad, sino la concepción tradicional de la “culpa exclusiva de la víctima”, como forma de excluir de responsabilidad a la administración.

La culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, a la luz de la imputación objetiva, supone una reformulación conceptual, en virtud de la cual, es aquel que verdaderamente sufre un daño antijurídico y aspira ser indemnizado es

considerado como tal, a diferencia del reclamante que es vencido porque él fue quien con su actividad elevó el riesgo en la producción del resultado o defraudó expectativas, lo que impide que se materialice la imputación y por ende la reparación del perjuicio que alega o invoca.

La posición de garante como criterio de imputación objetiva adquiere honda relevancia cuando el Estado- Administrador, es garante en los términos del artículo 2° de la Carta y a éste le es exigible el respeto por los derechos de los coasociados dadas ciertas condiciones.

La exclusión de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima en la privación injusta de la libertad, es superada, con la inclusión de criterios de imputación por la afectación de deberes de autoprotección o el incumplimiento de deberes o roles exigibles a la persona que a posteriori sufre el rigor del proceso penal que culmina anormalmente en su favor y sin que se predique falla en el servicio.

A los eventos que alimentan la causa extraña para liberar de responsabilidad extracontractual, deben sumarse criterios de imputación objetiva, como el riesgo permitido, la violación de deberes de autoprotección o la defraudación de expectativas, lo que permitirá un amplio margen de acción y análisis a la hora de, bien sea de liberar de responsabilidad o incluir la que sea propia del Estado.

6. BIBLIOGRAFIA

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. El régimen de responsabilidad objetiva. Primera Edición, Bogotá, Legis, 2013.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva. Segunda Edición, Bogotá, Legis, 2017.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, Ley 270 de 1996 (marzo 7). Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, Ley 599 de 2000 (julio 24). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de marzo de 1992, Expediente 6255. C.P: Julio Cesar Uribe Acosta.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 02 de mayo de 2002, Expediente 13477. C.P: María Elena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de diciembre de 2002, Expediente 13818. C.P: María Elena Giraldo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de febrero de 2005, Expediente 14170. C.P: Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 08 de marzo de 2007, Expediente 15901, C.P: Mauricio Fajardo.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 02 de mayo de 2007, Expediente 15463, C.P: Mauricio Fajardo

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 04 de octubre de 2007, Expediente 15567, C.P: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, Expediente 14726, C.P: Ramiro Saavedra Becerra.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de julio de 2010, Expediente 17943, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 07 de marzo de 2012, Expediente 23070, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 09 de mayo de 2012, Expediente 22304, C.P: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de mayo de 2012, Expediente 25043, C.P: Mauricio Fajardo.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de Julio de 2012, Expediente 22929, C.P: Gloria Estela Conto.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de febrero de 2013, Expediente 23.506, C.P: Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Expediente 38738, C.P: Hernán Andrade.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de diciembre de 2015, expediente 40970, C.P: Stella Conto Díaz del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 03 de octubre de 2016, Expediente 40057, C.P: Ramiro Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de mayo de 2017, Expediente 32667, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2018, Expediente 46947, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSTITUCION POLITICA DE 1991

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T- 572 del 26 de octubre 1992, M.P: Jaime Sanin Greiffenstein.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-037 del 05 de febrero de 1996, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C- 336 del 01 de agosto de 1996, M.P: Jorge Arango Mejía.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C-832 del 08 de agosto de 2001, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU 1184 del 11 de noviembre de 2001, M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C- 228 del 03 de abril 2002, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C- 578 del 30 de julio de 2002, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C- 254 del 25 de marzo 2003, M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C- 370 del 18 de mayo de 2006, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia C- 1184 del 13 de diciembre de 2008, M.P: Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, Sentencia SU 072 del 05 de julio 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

ECHEVERRÍA ACUÑA, Mario. Responsabilidad del Estado por Acción u Omisión de las Fuerzas Militares. Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho. Universidad del Norte, División de Ciencias Jurídicas, 2011.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. Primera edición, Bogotá, Legis, 2002.

GIL BOTERO, Enrique. La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

GOLDENBERG, Isidoro. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos Aires, Astrea, 1984.

JAKOBS, Günther. Imputación objetiva en el derecho penal, Traducción de Manuel Cancio Melia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Marcial Pons.

LEGUINA VILLA, Jesús. La responsabilidad civil de la administración pública. Madrid, Tecnos, 1993.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Introducción a la imputación objetiva, Primera Edición, 1996.

MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Madrid, Civitas, 2000

MURTULA LAFUENTE, Virginia la responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de grupo, Madrid, 2005.

PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2011, N° 20.

PIZARRO, Ramón Daoxinniel. Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, contractual y extracontractual. Buenos Aires, La Ley, 2006.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Reglas de Procedimiento y Prueba, 2013.

ROMERO CALVO, Diana. Responsabilidad Fiscal. Universidad de la Sabana, Facultad de Derecho, 2001.

ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual o de la Administración pública. Ediciones Ibáñez, 2002

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del estado: el daño antijurídico. Bogotá, Temis, 2000.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Bogotá, Legis, 2007.

VILLANUEVA, Gustavo Adolfo. El funcionalismo y la imputación objetiva. Bogotá, nueva jurídica, 2011.