

Responsabilidad patrimonial del estado por daños padecidos por menores de edad privados de la libertad

Responsability of the state for damages suffered by juvenile offenders in detention

GUILLERMO ALONSO ARÉVALO GAITÁN

*Abogado, especialista en derecho comercial y en derecho administrativo, magíster en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Juez Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla
gareval1@yahoo.com*

Recibido: 10 de Octubre de 2011
Aceptado: 22 de Noviembre de 2011

RESUMEN

En este artículo de reflexión, se pretende defender la tesis que los jueces administrativos deberán declarar responsable patrimonialmente al Estado por los perjuicios morales, a la vida de relación y los que resulten probados, por el hecho de la muerte de un menor de edad especial recluido por orden legítima de autoridad competente, sin tener en cuenta las causales de exoneración de responsabilidad que puedan romper el nexo causal, ante una verdadera y única responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta el título de imputación. Por lo tanto, es deber del estado, responder a los menores y todos aquellos legitimados en la causa por activa, a reparar los daños integralmente, pero bajo el título de relaciones especiales de sujeción, conforme a la guarda legítima que el estado deberá asumir y sin tener en cuenta los hechos de los terceros como eximentes de responsabilidad.

Palabras clave: *Constitucionalización del derecho, menor de edad infractor, responsabilidad patrimonial del estado, daño especial, riesgo excepcional, falla del servicio, exoneración de responsabilidad.*

ABSTRACT

With this reflective paper, it is intended to defend the thesis that the administrative judges must declare pecuniary liability to the State for moral damages to life and the proven link between the fact of death of a child and the lawful special order of detention of an authority, regardless of the grounds for exemption from liability that may break the causal link, to a truly unique and strict liability, regardless of the degree of imputation. Therefore, the state must be obliged to pay fully the damage cause to children and all those legitimately injured, but under the title of special relations of subjection, as the legitimate guardian shall assume and state regardless of the facts of the third and defenses of liability.

Key words: *Constitutionalization of law. Juvenile Offenders. Liability of the State. Special Damage. Exceptional risk. Service failure. Causation. Third party liability.*

La facticidez. Los menores de edad infractores en Colombia

En Colombia, antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, bajo la vigencia del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) existía la categoría del menor infractor, quien podía ser condenado entre otras, a cumplir una sanción denominada ubicación institucional, en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con fines eminentemente pedagógicos y de protección por haber cometidos infracciones a la Ley Penal (Artículo 204 del Decreto 2737 de 1989).

El Nuevo estatuto, la Ley de Infancia y Adolescencia, contempla un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, con la finalidad de adoptar medidas de naturaleza pedagógica, especificando y diferenciando el sistema de los adultos, con motivo de su participación en conductas previstas por la ley como punibles.

Asimismo, en virtud del artículo 177, modificado por el artículo 89 de la Ley 1453 de 2011, se contemplaron como sanciones, la internación en sitio semicerrado y la privación de la libertad en centro de atención especializado.

Así las cosas, resulta altamente probable que en la realidad jurídica Colombiana, encontrándose un menor de edad en esa situación, pueda sufrir daños que le afecten su cuerpo, salud mental, inclusive la propia vida. Ocurrido lo anterior, ante un eventual conflicto, conviene determinar las hipótesis que pueden surgir conforme a los títulos de imputación que deben ser seleccionados por el sujeto procesal a efectos de las probanzas requeridas y el juez conforme al principio de la *iura novit curia*, deberá adecuarlo.

En la actualidad, el estado del arte no se ha dedicado a este tipo de facticidades por lo que resulta importante acudir a la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia con fines de determinar la línea vigente de pensamiento, acorde al título jurídico de imputación que deberá ser aplicado en ejercicio de la acción –control- de reparación directa, por el hecho de las lesiones o muerte de los menores de edad infractores sometidos a medidas internación en sitio semicerrado, producto de su privación efectiva de la libertad bajo orden de funcionario judicial competente.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como autoridad del Estado¹, asume la posición de garante de los menores de edad infractores, razón por la cual y por regla

general, está llamado a comparecer a los procesos jurídicos como demandado.

En consecuencia, el daño antijurídico es imputable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad administrativa, por tener jurídicamente su posición de garante, impuesta por el ordenamiento jurídico en cumplimiento a una actividad legítima de protección ordenada por el Estado Colombiano, en cabeza de un juez de menores, en favor de un menor de edad infractor de la legislación penal, quien constitucionalmente tiene derecho a regenerarse.

De la facticidez a la imputación

Se precisa, que título de imputación, es la denominación bajo la cual, el Juez deberá someter a estudio la responsabilidad en la cual incurre el Estado por los hechos de sus agentes, dependiendo si es por responsabilidad subjetiva u objetiva. Así, responderá a título de responsabilidad subjetiva por falla en el servicio y por responsabilidad objetiva a título de daño especial, riesgo excepcional, ocupación por trabajos públicos, responsabilidad por el acto administrativo, acción in rem verso, entre otras.

El sistema jurídico Colombiano, dispone que un menor de edad bajo las circunstancias fácticas arriba mencionadas, si sufre lesiones que afecten su cuerpo o su salud en general, o produzcan su muerte, se genera un daño anormal y especial que rompe las cargas públicas en virtud a que el menor de edad, no está obligado a soportar, como consecuencia de la ubicación en el centro especializado designado para cumplir la providencia judicial que impuso la medida, conforme a los artículos 44, 45 y 90 de la Constitución Política de 1991.

Los argumentos que respaldan la tesis anterior son los siguientes:

La Constitución de 1991 en su artículo 90 consagra que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En la misma norma de normas se consagró en el artículo 44 los derechos fundamentales de los niños, los cuales tienen prevalencia sobre los derechos de los demás. Así dispone la norma:

... Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono,

¹ Ver la ley 489 de 1998 por medio de la cual, se reglamenta la función administrativa en Colombia en desarrollo del artículo 1, 209, 210 y 211 Constitucional.

violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En el artículo 45 superior se consagraron derechos especiales para los adolescentes. Así dispuso el constituyente primario:

...Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

Del artículo 90 superior, en la hoy Constitución Política de 1991², se infiere que es deber del Estado asumir una responsabilidad de carácter patrimonial por los daños que causan sus agentes. En este tipo de acciones que se tramitan por la vía procesal de Reparación Directa conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo actual, (Decreto 01 de 1984) y en la Ley 1437 de 2011 artículo 140 consagrado como pretensión de reparación directa, el caso fáctico planteado, conforme al principio de la iura novit curia, consideramos deberá ser estudiado y decidido bajo el título de imputación de daño especial, bajo la égida de la responsabilidad objetiva.

La afirmación anterior, viene argumentada por la decisión del Honorable Consejo de Estado, que en decisión del 9 de junio de 2010 - expediente número 19849, siendo Consejero Ponente el doctor Enrique Gil Botero, proceso promovido por el señor José William Rico Mendoza y otros - con apoyo en el concepto de relaciones de especial sujeción, llegó a la conclusión de que el régimen jurídico

por excelencia en esos supuestos donde son lesionados los menores de edad sometidos a cumplimiento de medidas especiales de internación, es conocido como daño especial por rompimiento de las cargas públicas.

Señaló que está verificada la existencia de un daño antijurídico consistente en la lesión de varios derechos de los demandantes que son ciertos, personales, y que no se encuentran en el deber jurídico de soportar, como quiera que el ordenamiento no les impone la carga de tolerarlos. De otro lado, ese daño deviene imputable a la administración pública.

La máxima corporación de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo³, analizó los daños sufridos por una menor de edad al interior de un calabozo donde se encontraba interna, en cuyo interior ocurrió una conflagración, considerando que el Estado se hallaba en posición de garante de la integridad de la adolescente, motivo para protegerla de cualquier riesgo o daño especial que se pudiera materializar.

Allí declaró la responsabilidad del daño antijurídico al Departamento de Córdoba porque no sólo –esa entidad territorial- desconoció la posición de garante impuesta por el ordenamiento jurídico, sino que, además, en términos del fundamento jurídico de la responsabilidad se constató que en medio de una actividad legítima de la administración, esto es, la ejecución de una medida de protección decretada a favor de una menor infractora de la legislación penal, se generó un daño anormal y especial que rompió las cargas públicas que la adolescente no estaba obligada a soportar como consecuencia de la ubicación en el centro especializado que hizo la citada entidad pública en cumplimiento de la providencia judicial que impuso la medida. En esa oportunidad, el daño especial se definió así: “El título de daño especial implica un juicio de equidad, en el que se establece que una carga pública desproporcionada implica un daño antijurídico”. En ese mismo sentido, en la decisión del 9 del junio de 2010, expediente número 19849, ya mencionada la Alta Corte expresó:

...Esta misma Sección ya había precisado el régimen objetivo como el título jurídico por excelencia para resolver la atribución de los daños irrogados en centros de reclusión para personas que se encuentran privadas de la libertad por cuenta del Estado.

² Antes de 1991 ya se habían diseñado otros sistemas de reparación conforme a la responsabilidad objetiva teniendo en cuenta decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado Colombiano como la Sentencia del 29 de julio de 1947 y el fallo del 23 de mayo de 1973 entre otras, y de la doctrina nacional entre las cuales se destaca la obra de RUIZ, W (año 2010). a efectos de tener claridad que estas tesis no son producto no novedad de la Constitución Política de 1991 a efectos de no incurrir en falacias de argumentación.

³ Al Consejo de Estado de Colombia por mandato del artículo 237 Constitucional se le atribuye la competencia de ser Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

También tiene fuerza vinculante la sentencia de febrero 20 de 2008, proferida dentro del expediente número 16996, siendo el mismo Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero, demanda promovida por la señora María Adelfa Castañeda y otros.

De igual forma, la Sala de la Sección Tercera ha considerado que “debido a la especial relación jurídica de sujeción a la cual somete el Estado a la persona que por su cuenta y decisión priva de su libertad, el régimen de responsabilidad se torna objetivo” (sentencia de 7 de octubre de 2009).

Teniendo en cuenta lo expuesto por el Consejo de Estado, conviene establecer si las relaciones especiales de sujeción de que se vale la máxima corporación para estructurar la decisión, forma parte del llamado daño especial.

Por lo anterior, resulta necesario determinar el alcance de lo que debe entenderse por las relaciones especiales de sujeción, acudiendo entonces, a las ratios defendidas en primer lugar por la Corte Constitucional y luego, por el Consejo de Estado.

La Corte Constitucional en numerosos fallos ha definido y determinado las consecuencias de tales relaciones, es así como en la sentencia T-687 del 8 de agosto de 2003, señaló lo siguiente:

...Doctrina constitucional acerca de las relaciones de especial sujeción.

De la existencia, identificación y régimen de las llamadas “relaciones especiales de sujeción” entre los reclusos y el Estado (las autoridades penitenciarias), la Corte ha extraído importantes consecuencias jurídicas que la Sala procederá a reiterar en función de la ilustración del caso bajo estudio. “De la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala identifica seis elementos característicos que procederá a relacionar así: las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como con-

secuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas). “Como lo puede apreciar la Sala, entre las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción, están: (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación). (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros). (iii) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos. (iv) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos. “En este sentido, del perfeccionamiento de la “relación de especial sujeción” entre los reclusos y el Estado, surgen verdaderos deberes jurídicos positivos del Estado. Tales deberes se encuentran estrechamente ligados a la garantía de la funcionalidad del sistema penal, que viene dada por la posibilidad real de la resocialización de los reclusos, a partir del aislamiento en condiciones calificadas de seguridad y de existencia vital de la población carcelaria. Deberes positivos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad del sistema penal y, ante cuya inadvertencia, este último resulta convertido en una mera sombra de los valores y principios propios del Estado social de derecho.”⁴

En lo referente al tema, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de abril de 2006 se precisó:

...De acuerdo con lo dicho hasta el momento, las relaciones de especial sujeción que nacen entre las personas privadas de la libertad y el Estado, implican que algunos de sus derechos queden sometidos a ciertas restricciones. Sin embargo, otros derechos fundamentales no pueden ser limitados ni suspendidos; el total sometimiento al Estado, que la Corte Constitucional ha identificado como un estado de

⁴ En el mismo sentido ver las sentencias: T-596/92, T-065/95, C-318/95, T-705/96, T-1190/03, T-490/04, T-881/02 y T-134/05”.

indefensión o debilidad manifiesto, implica que el Estado tiene el deber de respetarlos y garantizados plenamente; es decir, que todo agente estatal debe abstenerse de conducta alguna que los vulnere y debe prevenir o evitar que terceros ajenos a dicha relación lo hagan.

“En esa situación se encuentran los derechos a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de la libertad, dado que su seguridad depende por completo de la administración y ésta debe garantizarla. En efecto, la llamada por la doctrina obligación de seguridad, se concreta en el deber que tienen las autoridades de evitar que las personas detenidas o presas sufran algún daño, durante el tiempo que permanezcan en tal condición o, dicho de otra forma, el Estado tiene el deber de preservarlas de los daños que con ocasión de su situación pueda ocurrirles. La misma obligación comprende la de “custodia y vigilancia” pues se busca la garantía de la seguridad personal del detenido. Las autoridades estatales tienen a cargo el deber de tomar las medidas necesarias para evitar cualquier atentado contra la vida o integridad personal de los detenidos o presos⁵.

“En efecto, el carácter particular de esta situación implica que corresponde al Estado garantizar la seguridad de las personas privadas de la libertad y la asunción de todos los riesgos que, en esa precisa materia, se creen como consecuencia de tal circunstancia. Bajo esta óptica, demostrada la existencia de un daño antijurídico causado, en su vida o en su integridad corporal, a quien se encuentra privado de la libertad puede concluirse que aquél es imputable al Estado, salvo en los casos en que éste haya ocurrido por una causa extraña, cuya demostración corresponderá a la parte demandada (Consejo de Estado, sentencia del 27 de abril de 2006, expediente: 20.125).

Quiere decir lo anterior, que producto de una actividad lícita del Estado, al asumir una carga pública de mantener en estado de internación a un menor de edad infractor por haber cometido una conducta punible, la Jurisprudencia del Consejo de Estado sin lugar a dudas, argumentó basándose en las reglas jurisprudenciales de los reclusos mayores de edad para de algún modo diferenciarlos, privados de la libertad por medida de aseguramiento o por sentencia debidamente ejecutoriada, para concluir

que bajo ese mismo título de imputación deberá responder por lo que le suceda a los menores de edad en esa situación.

Conforme a lo expuesto, las relaciones especiales de sujeción en los términos descritos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, implican que bajo el nuevo modelo constitucional de 1991 basado en la dignidad humana, al crearse una situación de limitación de los derechos fundamentales de los menores, al reducir sus bienes básicos producto de la medida especial proveniente de orden de autoridad competente en su afán de resocialización, disminuyen las cargas jurídicas que debería soportar no estando en ese status, lo que de manera directa y correlativa, aumenta en mayor grado de satisfacción de sus derechos por parte de las autoridades administrativas a su cargo, razón por la cual, se puede atreverse a decir, que las relaciones especiales de sujeción se constituyen como una modalidad del daño especial, ante el rompimiento de las cargas impuestas a los menores mas allá de su capacidad de poderlas resistir.

De la imputación al casualismo. Exoneraciones de responsabilidad

En recientes decisiones provenientes de la Sub-sección C del Honorable Consejo de Estado de Colombia, respecto a conscriptos y reclusos, -que luego influirían en los menores de edad en situación de internación en materia de reparación directa-, se han previsto unos elementos confectionados por la Jurisprudencia contenciosa administrativa, sobre los títulos de imputación y sus consecuencias respecto al deber de probar, para que sea exitosa la pretensión.

Es así como, el Consejo de Estado refiriéndose a la tesis del riesgo excepcional, señaló en sentencia de 27 de noviembre de 2002 lo siguiente:

...En relación con la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por cosas o actividades peligrosas (vehículos automotores, aéreos, marítimos o fluviales, entre otros) ha aplicado diversos tipos de responsabilidad, desde la presunción de responsabilidad⁶, la falla probada y presunta y el riesgo⁷, régimen este último de responsabilidad objetiva que descarta la mención de la llamada “presunción de responsabilidad” por cuanto por la denominación de este régimen, por su contenido, sugiere equivo-

⁵ En el mismo sentido ver sentencia de la Sala del 27 de noviembre de 2002, expediente: 13760 (R- 01010), actores: Efraín Hernández Ramírez y otros.

⁶ Ver Sentencia de 24 de agosto de 1992. Expediente 6.754. Actor: Henry Enrique Saltaín Monroy.

⁷ Ver Sentencia de 16 de junio de 1997. Expediente 10.024. Actor: Javier Elí Ríos Castrillón.

cadamente que todos los elementos de responsabilidad se presumen⁸.

El régimen objetivo de responsabilidad “por riesgo” (sin irregularidad de conducta) se deriva, entre otros, del ejercicio o de la estructura de instrumentos (lanchas, botes etc) dedicados a actividades peligrosas, y tiene como factor de imputación el riesgo que excede los inconvenientes a la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados o los integrantes de un grupo en igualdad de condiciones. Por consiguiente, en aquellos casos en que se prueba que el Estado genera ese tipo de actividad debe soportar patrimonialmente las consecuencias del hecho lesivo siempre y cuando se demuestren además los otros elementos, como son el daño y el nexo de causalidad adecuado. El Estado sólo podrá exonerarse cuando demuestre causa extraña (fuerza mayor, o hecho exclusivo o del tercero o de la víctima) que rompa el nexo de causalidad entre el daño y la conducta de riesgo, porque fue eficiente y determinante.
(...)

b. Partiendo de la clarificación de las circunstancias especiales del caso, se enunciarán los elementos que deben demostrarse en el régimen de responsabilidad por riesgo.

En relación con el hecho dañador al demandante le basta demostrar la ocurrencia del hecho vinculado al ejercicio de la actividad peligrosa por el Estado; no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, como sí ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; por esto mismo el demandado no se exculpa demostrando diligencia y cuidado.

En cuanto al daño el actor sólo debe demostrar o la existencia de un daño o el hecho del cual se presume, según el caso, y que reúna las siguientes características: que sea cierto, particular y que recaiga o sobre una situación que esté protegida jurídicamente.

Frente al último elemento, nexo de causalidad el accionante debe probar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada y probada contra el Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones

legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera su causalidad, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante.

La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado”.⁹

En decisiones la Sección Tercera de la citada Corporación se ha pronunciado, sobre la diferencia de los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado y la metodología probatoria que deberá asumirse. En los siguientes términos se manifestó el Consejo de Estado:

...Dado que el fallecimiento del señor José Javier Vega Verdugo se produjo en un accidente de tránsito, debe tenerse en cuenta que el último criterio jurisprudencial relacionado con el régimen bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, a menos que se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, pues en tal caso deberá definirse, en primer lugar, si la entidad demandada incurrió o no una falla y de ser así, si la misma fue la causa del daño. En cuanto al régimen de riesgo excepcional, valga reiterar que la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que en relación con los daños causados con armas de fuego, redes de energía eléctrica o la conducción de vehículos automotores, hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, con fundamento en el riesgo que crea quien explota la actividad, que sólo se exonera si acredita la existencia de una causa extraña. Repárese que en los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración realizado en desarrollo de la actividad riesgosa, y la entidad demandada para exonerarse de responsabilidad, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante

⁸ Véase, entre otras, sentencia de 17 de mayo de 2001. Actor: Aura Elcira Zúñiga y otros y sentencia de 2 de marzo de 2000. Expediente 11.401. Actor: María Nuby López y otros.

⁹ Radicación número: 52001-23-31-000-1994-3090-01(13090). Actor: AGUSTÍN MESA CASTELLANOS.

de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero¹⁰.

En una decisión del año dos mil diez (2010) así se pronunció el Consejo de Estado:

“En la demanda se alegó que el daño sufrido por los demandantes tuvo su origen en la muerte del joven Héctor Hernán Giraldo Chacón, como consecuencia de las heridas causadas por agentes de la Policía Nacional a través de sus armas de dotación oficial, imputaciones fácticas que se encuentran acreditadas en el proceso. De conformidad con el conjunto probatorio descrito anteriormente, la Sala encuentra acreditado que Héctor Hernán Giraldo Chacón murió como consecuencia de las heridas causadas por agentes de la Policía Nacional el día 25 de diciembre de 1995 en el Municipio de Santiago de Cali, quienes, a través de armas de fuego que además formaban parte de su dotación oficial y encontrándose en funciones inherentes al servicio, propinaron a la víctima dos disparos causándole heridas y posteriormente la muerte, cuestión que permite sostener que el daño irrogado a la parte actora resulta atribuible al ente demandado. Agréguese a lo anterior que la Policía Nacional, a través de sus distintas intervenciones, ha aceptado el hecho, esto es que la muerte del joven Giraldo Chacón fue causada por agentes activos de la Policía con sus armas de fuego de dotación oficial y, por ello, su defensa se ha edificado, no mediante el rechazo de la atribución de ese hecho dañoso sino a través de la alegación de una causal de exoneración de responsabilidad (culpa exclusiva de la víctima), en la medida en que según el ente accionado habría sido la propia víctima quien, con su actuar ilegal e imprudente, habría generado la reacción armada de los agentes del Estado, tal como lo reflejan, entre otras, algunas de las glosas de la defensa, a saber: <<si hubiese acatado las señales de alto y no se hubiera enfrentado contra los agentes del orden, no habría dado lugar a los hechos en los que perdió la vida. <<su comportamiento negligente e imprudente contra la ley, al no acatar las órdenes de la autoridad y por demás enfrentarse contra la misma autoridad ocasionaron el tremendo deceso

del mencionado señor>>, señalamientos éstos que permiten sostener –sin que deba entenderse como confesión o asunción de responsabilidad alguna por parte del ente demandado, pues para ello precisamente alega una causal de ausencia de responsabilidad– que el hecho dañoso se produjo y que el mismo le es atribuible a la Policía Nacional” (Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 18 de 2010.

Para la doctrina, dentro del actuar lícito de la Administración, es aceptado, que partiendo de una fuente jurisprudencial, dentro del ámbito de responsabilidad extracontractual del Estado, se incluyen los daños derivados del riesgo del servicio o actividad que desarrolla la administración.

Sin embargo, los daños provenientes del riesgo del servicio o de la actividad estatal, no son supuestos de responsabilidad por actividad lícita en un sentido similar a los daños expropiatorios y a los cuasi expropiatorios o análogos en los que la causa del daño es un resultado directo y necesario por razones del interés general o de la utilidad común.

En el riesgo creado, no cabe ponderar la existencia de la ilicitud en la actividad o en el comportamiento estatal, son daños que deben ser resarcidos pese a la ausencia de antijuridicidad, al igual que sucede con los actos lícitos.

Es sabido que en el ejercicio de sus actividades lícitas la administración –en este caso la Policía Nacional- puede desarrollar y en efecto desarrolla actividades que son riesgosas, y lo son, porque potencian la probabilidad de daños a terceros, ya sea por la naturaleza misma de la actividad, o por medio de las cosas que emplea, o por la forma de organización de la actividad del servicio o el modo como se lleva a cabo. Cuando esos riesgos se actualizan y producen daños, los perjuicios provienen del riesgo intrínseco propio, inherente al servicio o a la actividad prestada por la administración. Constituyen secuelas dañosas, incidentales de riesgo, que el servicio o la actividad implica que no son queridas por la administración, pero que ésta asume, haciéndose cargo del margen de perjuicios imprevistos que aquellos puedan ocasionar, por ser beneficios para la utilidad común.

Cuando el servicio o la actividad son riesgosas, sea por su naturaleza o por las cosas que usa, o por el modo que las origina o las lleva a cabo, se puede afirmar que existe un riesgo objetivo inherente al servicio o actividad con aptitud para causar daño.

Los daños que derivan del riesgo objetivo, del servicio o actividad que desarrolla la administración, son suce-

¹⁰ Ver: Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007) Radicación número: 15001-23-31-000-1994-04691-01(15494) Actor: Luis Alberto Vega Y Otros Demandado: La Nación -Ministerio De Defensa Referencia: Acción de Reparación Directa (Sentencia). Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 2 de marzo de 2000, Exp. 11.401, actor: María Nuby López; Sentencia del 15 de marzo de 2001, Exp. 52001-23-31-000-1994-6040-01(11222). Reiterado en la sentencia de 12 de febrero de 2004. Exp. 14401.

sos imprevistos que pueden o no acontecer, pero que es posible que ocurran. En consecuencia, cabe afirmar que en estos casos, el factor de atribución de responsabilidad es precisamente el riesgo del servicio o de la actividad (Amenabar, 2008).

Por su parte el régimen de falla del servicio, se estructura cuando estamos frente a un mal funcionamiento de la Administración, una culpa, una omisión, un actuar ilícito.

En el régimen de imputación subjetivo de responsabilidad denominado falla del servicio probada, la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos necesarios: i) el daño sufrido por el interesado; ii) la falla del servicio propiamente dicha, consistente en el mal funcionamiento del servicio porque éste no funcionó cuando debió hacerlo o, lo hizo tardía o equivocadamente y; iii) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Una vez presentes tales elementos, la entidad pública demandada solo podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación fue oportuna, prudente, diligente y con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio o; si logra romper el nexo causal, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o, hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

Se ha dicho constantemente que el hecho de la víctima puede ser considerado como causal excluyente de responsabilidad en la responsabilidad por culpa, si se prueba, no sólo que la víctima participó en la realización del daño, sino que entre su actuación y el daño existe una relación de causalidad adecuada entendida ésta como aquella causa idónea, eficiente y preponderante, cuya consecuencia directa e inmediata es el daño mismo.

Sin embargo, ante la advertencia del desarrollo especial de la jurisprudencia Colombiana en torno a reclusos y conscriptos, pareciera indicar, que existe una tendencia a romper con el causalismo como soporte de la responsabilidad patrimonial del Estado, pero que las subreglas no han clarificado el por qué de su argumento.

En pronunciamiento de febrero veintiocho (28) de dos mil once de 2011 el Consejo de Estado ha dicho:

...En cada caso concreto en el que se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada como generadora del daño, será necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el mismo, por cuanto es posible

que el Estado haya contribuido co-causalmente a su generación. En consecuencia, la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material de los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, no es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles a la administración pública, pues se requiere, además, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Se afirma lo anterior en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle atribuible jurídicamente el daño (...) la única manera en que el Estado hubiere podido enervar su responsabilidad en la desaparición y muerte del soldado Ramírez Acuña, era mediante la comprobación fehaciente de que el daño se derivó de una causa extraña, exclusiva, excluyente y adecuada; sin embargo, en el caso bajo análisis ello no ocurrió, pues en su defensa, la demandada únicamente alegó el no haber incurrido en falla del servicio alguna ni en la desaparición, ni en la muerte de su soldado conscripto y en el material probatorio analizado, tampoco se aprecia que se encuentre acreditada la presencia de una causa extraña. En consecuencia, para la Sala es contundente la responsabilidad de la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional en la ocurrencia del daño y así se declarará. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sentencia de Febrero 28 de 2011).

Como acaba de expresarse, si bien se restringe el espectro jurídico de las causales de exoneración en torno a conscriptos y reclusos, no se dan razones de claridad jurídica dentro de la teoría y de las corrientes que estudian el causalismo o la causalidad, para la defensa del argumento. Se alega la causa eficiente, la con-causalidad, pero no se dan razones frontales para desvirtuarlo.

En el dos mil ocho (2008) La Sección Tercera, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero expresó:

...Se reitera, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, el Estado entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto

responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos. En cada caso concreto en los cuales se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio. No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles -por acción u omisión- a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño. No quiere significar lo precisado que, en este tipo de situaciones, no opere la causa extraña en sus diversas modalidades como causal exonerativa de responsabilidad, sólo que, como se ha venido señalando, la acreditación de la eximente debe hacerse a través de la demostración de que, en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, tal y como lo ha aceptado la doctrina autorizada sobre la materia, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad¹¹ (Consejo de Estado, Sentencia de 15 de octubre de 2008).

Y sobre el hecho del tercero como eximente de responsabilidad indicó:

...En el caso concreto no puede darse por acreditada una causa extraña, toda vez que el daño es imputable a la entidad demandada, pues, no sólo se ubicó

el campamento en una zona de riesgo para la vida e integridad de los soldados que integraban la patrulla, sino que, de otra parte, la persona encargada de la guardia actuó de manera negligente al permitir el ingreso de un automotor, precisamente por el lugar en donde se encontraba instalado el acantonamiento militar provisional. La sola circunstancia o hecho material del arrollamiento con el vehículo, aunque teóricamente podría constituir un hecho de un tercero, y bien una hipótesis de solidaridad en los términos del artículo 2344 del C.C., en el caso sub examine, lo que se evidencia con claridad meridiana es que el comportamiento del conductor de la camioneta no fue relevante jurídicamente en atención al contexto del lugar, y a la posición y vestimenta del soldado que se mimetizaba con la hierba, todo lo cual conspiró en conjunto para el triste resultado de una vida que se vio frustrada; por el contrario, la causa adecuada o determinante del resultado no es otra diferente a la proyección de la falla del servicio en el iter o recorrido causal que dio al traste con la vida del uniformado, quien confiado en que se encontraba en una zona de descanso aún así fuera improvisada, pero que asumió era segura y por ello se entregó al sueño, de allí que tampoco en formal alguna cabría la hipótesis de culpa de la víctima. En esas condiciones, para la Sala, en el caso sub examine, el daño antijurídico es imputable a la entidad demandada a título de falla del servicio, por cuanto dentro del proceso se halla acreditado el comportamiento negligente y descuidado de la entidad demandada en la obligación de protección y seguridad que debe brindar a sus funcionarios, más aún si se trataba de un soldado conscripto, cuya voluntad se encuentra sometida por la administración pública, y que, por lo tanto, no tiene una libre elección en la prestación o no del deber impuesto. Por último, se tiene que las causas extrañas consistentes en el hecho de un tercero y la culpa de la víctima, a las que hizo referencia la sentencia apelada, no se encuentran acreditadas, toda vez que el daño no se hubiera producido de no haberse instalado el campamento en una zona de tránsito vehicular y, así mismo, si se hubiera alertado por parte del guardia al conductor del automotor respecto al peligro de transitar por la zona en donde estaban los soldados descansando (Consejo de Estado, Sentencia de 15 de octubre de 2008).

En el caso concreto, para los menores de edad, reclusos en centros de educación y que por las relaciones especiales de sujeción llegaren a sufrir un daño, conforme a la evolución jurisprudencial indicada, la Sección Tercera viene reglando la imposibilidad del rompimiento del nexo causal bajo las siguientes consideraciones:

¹¹ Ver también sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente. 16530, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 13 de agosto de 2008, expediente. 17.042, M.P. Enrique Gil Botero.

...En relación con la operatividad de la causa extraña en supuestos de daños antijurídicos irrogados a reclusos (...) Aquél según el cual es posible que en este tipo de escenarios opere una causal excluyente de la imputación, no tiene asidero cuando quien se encuentra recluido es un menor cobijado por una medida de protección en establecimiento especializado cerrado. Es decir, en estos supuestos al margen de que el daño haya sido producto del hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la víctima, esa circunstancia no genera por sí misma la exoneración de responsabilidad, máxime si se tiene en cuenta que en este tipo de situaciones el Estado es el que impone la medida y define el centro de resocialización en el que se produce la internación del menor. Así las cosas, como quiera que el sistema de responsabilidad penal de menores no está fundamentado sobre la base del efecto punitivo de la sanción, sino como un mecanismo de reeducación y orientación del adolescente infractor, los daños que este último padezca al interior de un centro especializado serán imputables a la administración pública, al margen de que su génesis o causa sea el hecho exclusivo y determinante de un tercero o el comportamiento de la propia víctima al decidir atentar contra su integridad psicofísica o sus bienes. En consecuencia, la única forma de exonerarse por parte de la administración en circunstancias como las descritas es a través de la acreditación de una fuerza mayor, que implique necesariamente un análisis de imprevisibilidad e irresistibilidad respecto a un hecho de la naturaleza externo a la actividad. Por ende, cuando el daño irrogado a un menor infractor de la ley penal se produzca dentro de un centro especializado de resocialización designado por el juez respectivo, aquél será imputable a la administración pública salvo que se acredite una fuerza mayor; contrario sensu, en los demás escenarios cualquier lesión a la vida, integridad, bienes o intereses legítimos, le será siempre imputable en aplicación de la prevalencia constitucional de los derechos de los menores (art. 44 C.P.); de la protección constitucional reforzada de los mismos (art. 13 C.P.), así como el deber de protección de los adolescentes (art. 45 C.P.).

...Si bien, podría señalarse que el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima que resulten imprevisibles e irresistibles a la demandada podrían configurar una eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, lo cierto es que, como se señaló, las anteriores normas radican el deber en cabeza de la administración pública de evitar cualquier daño que pueda ser inflingido por un tercero o auto irrogado por la víctima razón por

la que las citadas disposiciones establecen un deber u obligación de seguridad de raigambre superior a las que tiene el Estado respecto de los demás individuos, tanto así que bajo este supuesto, se insiste, no hay posibilidades de exonerarse frente a hechos de terceros o de la víctima, incluso invocando la imprevisibilidad e irresistibilidad del suceso, máxime si por cuenta de ese cuerpo normativo se impone una carga de contenido absoluto, esto es, el respeto y garantía de la vida e integridad del adolescente amparado con la medida restrictiva de sus derechos. Así las cosas, en estas situaciones opera una extensión de la responsabilidad asociada a: i) la posición de garante institucional que se radica en cabeza del Estado, y ii) el deber de garantía especial de rango constitucional, aspectos éstos que encuentran su basamento en el principio de dignidad humana de reconocer a la persona como un fin en sí mismo y no como un medio para alcanzar los fines de otro, sin que importe poco la racionalidad del sujeto puesto que a diferencia de la perspectiva contractualista del concepto, como bien lo pone de presente Martha Nussbaum, se debe rescatar la idea aristotélica del ser humano según la cual la racionalidad o la "capacidad" es un aspecto más del aspecto animal que lo caracteriza y, por lo tanto, no como el único que define la idea de un funcionamiento auténticamente humano. Es precisamente por esta razón que las modernas cartas políticas establecen un catálogo programático de derechos fundamentales, en donde a la hora de establecer el grado de exigibilidad frente a la organización pública se determinan sujetos con especial protección a los que la administración está especialmente compelida a proteger y garantizar sus derechos fundamentales. (...) El daño de las actoras es atribuible a la entidad demandada toda vez que no se logró comprobar la ocurrencia de una fuerza mayor, única modalidad de la llamada "causa extraña" que hubiera enervado el juicio de imputación en el caso sub examine, puesto que como se indicó, el Estado bajo este tipo de situaciones no se libera o exonera aunque acredite la prueba de que el suceso fue producto del hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima, ya que, se itera, en esta especialísimo supuesto de responsabilidad patrimonial, las entidades públicas se encuentran obligadas al cumplimiento de deberes constitucionales especiales y de naturaleza sobresaliente, motivo por el que cualquier daño que se produzca al interior del centro especializado de resocialización o rehabilitación será, prima facie, atribuible a la organización estatal por un rompimiento de las cargas públicas impuestas al menor que se ve cobijado con las medidas de protección decretadas por el aparato

estatal" (Consejo de Estado, Sentencia de 15 de octubre de 2008).

Cabe destacar, que en la más reciente decisión de la Sección Tercera Sub Sección C, la tendencia es la no exoneración de responsabilidad por el hecho de un tercero en este tipo de casos relevantes en tratándose de conscriptos, reclusos y menores de edad, como se evidenció en la decisión de la toma de las delicias. Así el Consejo de Estado acude entonces, al fenómeno de la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Así se defendió la tesis:

"Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización" de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados¹², sin distinguir su condición, situación e interés¹³. Como bien se sostiene en la doctrina, "La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad¹⁴; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen

como un medio necesario para la consecución del fin público"(Mir Puigpelat, 2001).

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹⁵ tanto por acción, como por omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional), y; ii) adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En cuanto al daño antijurídico, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

...La Corte Constitucional ha entendido 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. (Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996).

De igual manera, el precedente jurisprudencial 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. (Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del prin-

¹² La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culpable o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

¹³ La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse a Starck (1947).

¹⁴ "La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos". Mir Puigpelat, O (2001, P.120).

¹⁵ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'". Sentencia de 13 de julio de 1993.

cipio de imputabilidad¹⁶, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica¹⁷. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”¹⁸.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones¹⁹. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la atribución, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta” (Mir Puig, 2003).

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz (2003) según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. (Larenz, 2003) Con lo anterior, se logra superar definitivamente, en el

juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no (Jakobs, 1994).

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible²⁰. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano (Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001).

A lo que se agrega por el mismo precedente,

... 0En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig,

¹⁶ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. Kant, I (1989, p.35).

¹⁷ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

¹⁸ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. Mir Puig, S. (2003, p.6)

¹⁹ Gimbernat (1990, P.77 ss) ha dicho que “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 condicionados 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”.

²⁰ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs. 1 y ss.

Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^{21/22}.

16. 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 sí 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. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión²³. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de

²¹ Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Págs. 796 y ss.

²² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

²³ Cfr. Javier Sánchez-Vera. *Pflichtdelikt und Beteiligung*. *Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Págs. 51 y ss Kurt Seelmann. *Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990. Pág. 389.

omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella (Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

Una conclusión arriesgada

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar, después de haberse acreditado el daño antijurídico, una vez se demuestre la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico), por lo que se concluye, no es necesaria una relación de causalidad.

El anterior planteamiento de la tesis de la actual jurisprudencia del Consejo de Estado, la que pretende ajustar el sistema de responsabilidad patrimonial a la Constitucionalización del derecho, plantea el riesgo de erradicar cualquier tipo de exoneración de responsabilidad derivada del causalismo, con lo cual, queda la puerta abierta a que los jueces, los encargados finalmente de decidir constitucionalmente los conflictos de la base de litigiosidad, no encuentren justificadas en sus decisiones las causales de exoneración por aquello de la obligatoriedad del precedente como viene diseñado en el actual Código Contencioso Administrativo y por qué no, en el actual diseño del proyecto de Acto Legislativo, que plantea el proyecto de reforma a la justicia en torno al artículo 230 Constitucional, que señala el deber de los jueces de someterse al imperio de la Ley, rezago del positivismo metodológico heredado de las teorías kelsenianas.

En ese estado de cosas, el régimen así propuesto, sin relación de causalidad, conllevaría a unas consecuencias económicamente insoportables que repercutirán en los fines

esenciales del Estado trazados en la Constitución de 1991 teniendo en cuenta los postulados de la justicia distributiva y equitativa de los que habló alguna vez Rawls en su teoría de la justicia (1997) renovadas en justicia como equidad y finalmente por el liberalismo político.

Esa justicia ideal, puede ser afectada si se tiene como premisa mayor, que la responsabilidad del estado es inexonerable en principio, por el hecho del tercero. En sistemas jurídicos mas avanzados donde existen garantías políticas sociales y económicas en materia de garantía de derechos de segunda y tercera generación, ese tipo de sistemas de responsabilidad tan abiertos son insostenibles.

Diaz Alabert, citado por Amenabar (2008, p.114-120) sostiene, que la responsabilidad radicalmente objetiva (en la que nada la exonera) no es siquiera económicamente soportable. El factor de atribución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, deberá obedecer a la prestación defectuosa del mismo.

El mismo García de Entera y Diez Picasso, citados por Amenabar (2008, p.114-120) en España, actualmente, defienden la tesis que resulta importante, limitar los regímenes objetivos de responsabilidad del estado. Santamaría Pastor, citado por Amenabar (2008, p.114-120) considera que "la mención totalizadora al fortalecimiento normal o anormal de la Administración tampoco puede significar que cualquier daño causado por este sea indemnizable.

Se prefiere compartir, inicialmente, la tesis del Consejo de Estado, que en materia de menores de edad sometidos a relaciones especiales de sujeción cuando han sido sometidos a un riesgo especial, producto de una decisión del Estado, en desarrollo de la función jurisdiccional, un juez somete al menor a una restricción de su libertad en sitio cerrado, deba responder sin que pueda exonerarse de responsabilidad, teniendo en cuenta su condición de menor de edad, de recuperarse, de gozar de una doble protección reforzada, menor y estar en situación especial.

Así entendido, están garantizados los postulados de la dignidad humana, el respeto a la supremacía de los derechos fundamentales y la reparación integral.



Referencias

Doctrina

- Amenábar, M. (2008) *Responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal Culazoni Editores
- Gimbernat Ordeig, E. (1990). *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Jakobs, G. (1994). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá. Universidad Externado
- Kant, I. (1989) *La metafísica de las costumbres*. Madrid. Alianza.
- Mir Puig, S. (2003) “significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, recuperado el día 5 de Octubre de 2011 de <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>
- Mir Puigpelat, Oriol. (2001). *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid, Civitas.
- Ruiz, W. (2010) *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá, Ecoe Ediciones.
- Starck, B. (1947) *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, Éditorial L. Rodstein.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. México. Fondo de cultura económica de México. Primera reimpresión.

Legislación

- República de Colombia, Constitución Política de Colombia de 1991
- República de Colombia, Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984)
- República de Colombia, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011
- República de Colombia, Ley 489 de 1998.
- República de Colombia, Decreto 2737 de 1989

Jurisprudencia

- República de Colombia, Corte Constitucional, (1992). Sentencia T-596 de 1992.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (1992). Sentencia T-065 de 1995.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (1992). Sentencia C-318 de 1995.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (1992). Sentencia T-705 de 1996.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (1996). Sentencia C-333 de 1996.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (2001). Sentencia SU-1184 de 2001.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (2001). Sentencia C-832 de 2001.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (2002). Sentencia T-881 de 2002.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (2003). Sentencia T-1190 de 2003.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (2003). Sentencia T-687 de 2003.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (2003). Sentencia C-254 de 2003.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (2004). Sentencia T-490 de 2004.
- República de Colombia, Corte Constitucional, (2005). Sentencia T-134/ de 2005.
- República de Colombia, Consejo de Estado, (1992). Sentencia de 24 de agosto de 1992. Expediente 6.754.
- República de Colombia, Consejo de Estado, (1997). Sentencia de 16 de junio de 1997. Expediente 10.024.
- República de Colombia, Consejo de Estado, (1999). Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643.
- República de Colombia, Consejo de Estado (2000). Sentencia del 2 de marzo de 2000, Exp. 11.401.

República de Colombia, Consejo de Estado (2001). Sentencia del 15 de marzo de 2001, Exp. 52001-23-31-000-1994-6040-01(11222).

República de Colombia, Consejo de Estado (2001). Sentencia de 17 de mayo de 2001.

República de Colombia, Consejo de Estado (2001). Sentencia de 27 de noviembre de 2002 expediente: 13760 (R- 01010).

República de Colombia, Consejo de Estado (2004). Sentencia de 12 de febrero de 2004. Exp. 14401.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, (2006). Sentencia del 27 de abril de 2006, expediente: 20.125 (R-0135), Consejero ponente: Alier Hernández Enríquez.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (2007). Sentencia de 29 de agosto 2007. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 15001-23-31-000-1994-04691-01(15494). Referencia: Acción de Reparación Directa

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2008). Sentencia de febrero 20 de 2008, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2008). Sentencia de 26 de marzo de 2008, expediente. 16530, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2008). Sentencia de 13 de agosto de 2008, expediente. 17.042, M.P. Enrique Gil Botero.

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2008). Sentencia de 15 de octubre de 2008. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número: 05001-23-26-000-1996-00284-01(18586). Referencia: Acción de Reparación Directa

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (2009). Sentencia de 7 de octubre de 2009. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (2010). Sentencia de febrero 18 de 2010. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02799-01(18143).

República de Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera (2010). Sentencia de 9 del junio de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

República De Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera - Subsección B. (2011). Sentencia de febrero 28 de 2011. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00098-01(18287).Referencia: Acción de Reparación Directa.