

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 69, ISSN: 0124-700X

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

Responsabilidad del Estado por el conflicto armado ¿imputación o causalidad?

Nancy Ángel Müller



Universidad del
Rosario

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
POR EL CONFLICTO ARMADO
¿IMPUTACIÓN O CAUSALIDAD?

Ángel Müller, Carmen Nancy
Responsabilidad del estado por el conflicto armado: ¿imputación o causalidad? / Nancy
Ángel Müller. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015.
57 páginas. – (Borrador de Investigación)

Incluye referencias bibliográficas.

ISSN: 0124-700X

Responsabilidad del Estado – Colombia / Conflicto armado – Colombia / Causalidad
(Derecho penal) / Terrorismo -- Aspectos jurídicos -- Colombia / I. Universidad del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia, Maestría en Derecho / II. Título / III. Serie.

342.088 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

jda

Julio 22 de 2015

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
POR EL CONFLICTO ARMADO
¿IMPUTACIÓN O CAUSALIDAD?

Autor

Nancy Ángel Müller

BORRADOR DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
MAESTRÍA EN DERECHO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2015

Nancy Ángel Müller

Corrección de estilo
Carlos Eduardo Correa

Diseño y diagramación
Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSN: 0124-700X

Todos los derechos reservados
Primera edición: julio de 2015

Made in Colombia

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	8
2. LAS TEORÍAS CAUSALES EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL CONFLICTO INTERNO Y LOS LINEAMIENTOS DESARROLLADOS POR LA CIDH Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	12
2.1. Las teorías causales y su aplicación en el conflicto interno.....	12
2.2. La aplicación de las teorías causales en la responsabilidad por el conflicto interno: los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana	23
3. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	37
3.1. La teoría de la causalidad adecuada en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	38
3.2. La teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	41
4. CONCLUSIONES	50
5. BIBLIOGRAFÍA.....	54

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL CONFLICTO ARMADO ¿IMPUTACIÓN O CAUSALIDAD?

Nancy Ángel Müller*

Resumen

En el presente artículo se analiza la forma en que se ha abordado la relación de causalidad como elemento estructurador de la responsabilidad en aquellos eventos en que los daños provienen de terceros —grupos armados ilegales— y cómo se han asimilado las figuras jurídicas de imputación y causalidad. Se realiza un estudio sobre las teorías predominantes en la jurisprudencia de la CIDH, que han influido en los posteriores desarrollos de la Corte Constitucional colombiana y del Consejo de Estado, así como el traslado que se ha realizado de la teoría de la imputación objetiva a la responsabilidad del Estado.

Adicionalmente, se presenta el marco normativo y conceptual con fundamento en el cual se sostiene la tesis de que el nexo causal subsiste como un tercer elemento autónomo de la responsabilidad, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política y el 140 de la Ley 1437 de 2011, determinando los aspectos esenciales que lo diferencian de la imputación.

Palabras clave: responsabilidad del Estado, elementos de la responsabilidad, imputación, teoría de la causalidad, causalidad adecuada, imputación objetiva, conflicto armado, actos terroristas, rompimiento del nexo causal, hecho de un tercero.

* Abogada y especialista en derecho administrativo de la Universidad Santo Tomás. Estudiante de la maestría en derecho administrativo de la Universidad del Rosario.
Correo electrónico: angelmuller@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo consiste en estudiar y analizar el marco teórico de uno de los elementos de la responsabilidad que es la relación de causalidad, las diferentes teorías que lo explican y, especialmente, las que ha venido aplicando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han influenciado significativamente la doctrina de la Corte Constitucional colombiana y la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, sobre la responsabilidad del Estado en el marco del conflicto interno.

No obstante, aunque se han desarrollado varias teorías para explicar la causalidad en materia de responsabilidad, como son: la causalidad exclusiva, la equivalencia de condiciones, la causa próxima, la causa eficiente, la pérdida de oportunidad, la causalidad adecuada, la imputación objetiva¹, entre otras; en el presente artículo solo se estudiarán las dos últimas, por ser las que ha venido aplicando el Consejo de Estado en su jurisprudencia sobre la responsabilidad de la administración, derivada de las actuaciones de grupos armados al margen de la ley en el conflicto armado.

Para lograr el objetivo propuesto, se aborda la estructuración de varias sentencias dictadas por el Consejo de Estado sobre la responsabilidad del Estado, por acción y por omisión, derivada de los daños antijurídicos ocasionados por grupos armados.

En relación con el elemento objeto de estudio, se revisará la forma en que se ha trasladado de la dogmática del derecho penal la teoría de la imputación objetiva², para explicar la responsabilidad del Estado cuando el hecho proviene de un tercero, teniendo en cuenta que el daño, en los casos que son materia de investigación, es el resultado de actos terroristas perpetrados por grupos alzados en armas, pretendiendo contestar la pregunta de si a pesar de no ser el Estado el autor del daño, debe responder y por qué debe hacerlo.

1 Ramiro Saavedra, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2003), 537.

2 Carlos Bernal, y Jorge Zafra, *La filosofía sobre la responsabilidad civil. Estudio sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 18.

Se hace especial énfasis en el desarrollo jurisprudencial de la teoría de la posición de garante que asume el Estado, la cual trata de dar una explicación teórica 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 mismo³.

Se analiza el concepto de riesgo creado e igualmente se referencia la noción de justicia reconstructiva⁴, para edificar una teoría sobre la responsabilidad del Estado en el marco del conflicto armado colombiano. Por justicia reconstructiva se entiende aquella que no busca simplemente volver a una situación idéntica a la anterior “... sino reparar y construir un nuevo espacio donde no sea posible la comisión de la injusticia reparada o por repararse”⁵.

Adicionalmente, se exponen los argumentos en los cuales se fundamenta la afirmación de que el nexo causal subsiste como elemento autónomo en el régimen jurídico colombiano de responsabilidad patrimonial del Estado —con fundamento en los artículos 90 de la Constitución Política y 140 de la Ley 1437 de 2011— y por qué el mismo no debe ser confundido con la imputación, como lo ha venido haciendo en algunas providencias la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶, sin aportar suficiente claridad conceptual al momento de aplicarlas a los casos concretos estudiados.

Se trata de responder si nuestro sistema jurídico de responsabilidad se encuentra edificado sobre dos elementos, a saber: daño e imputación, o si resulta necesario el estudio independiente de la causalidad, como tradicionalmente lo venía sosteniendo

3 Jorge Perdomo, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001), 17-20.

4 Paul Ricoeur, *La memoria, la historia, el olvido*, trad. Agustín Neira. (Madrid: Trotta, 2003), 423.

5 Tomás Valladolid, *Justicia y Memoria. La justicia reconstructiva. Presentación de un nuevo paradigma*, (Anthropos, 2011), 219.

6 Según el tratadista Ramiro Saavedra Becerra, a diferencia del derecho penal, ni en materia de responsabilidad civil ni de responsabilidad administrativa se ha elaborado una teoría de la imputación. Citando a Giles Marcí, este autor afirma que las nociones de causalidad e imputabilidad se consideran habitualmente abstractas. De esta manera, “... tan pronto como se determina el vínculo causal entre el hecho dañoso y el perjuicio que determina la responsabilidad, conviene preguntarse a que persona se le ha de atribuir la obligación de responder, lo que en derecho público plantea al problema de la reparación de las personas públicas. Sin embargo, estos dos interrogantes pueden estar íntimamente ligados. El aspecto intelectual, sino moral de la imputación se refleja sobre la forma, para decir todo, material de la causalidad”. Ramiro Saavedra, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. (Medellín: Editorial Ibáñez, 203), 202.

gran parte de la doctrina⁷ y de la jurisprudencia⁸, pretendiendo establecer las características que diferencian los elementos ‘imputación’ y ‘causalidad’.

Al establecer los elementos diferenciadores, desde el punto de vista dogmático, se analizará si la “imputación objetiva” es una teoría de la causalidad o de la imputación, así como la forma como se debe abordar su análisis en cada caso concreto.

Cabe destacar que la necesidad de establecer criterios diferenciadores entre los dos elementos referidos, no ha pasado inadvertida para la doctrina nacional; nótese como Carlos Enrique Muñoz Pinzón considera que debe partirse del reconocimiento de la divergencia entre los conceptos fácticos y jurídicos y que “... resulta criticable la confusión que existe no solo doctrinariamente sino en algún sector de la jurisprudencia nacional, respecto de los niveles de imputación, en la medida en que se asimila con mucha frecuencia el término *imputación* con el examen causal del daño, es decir con el plano estrictamente óntico”⁹.

7 En palabras de Diego M. Papayannis: “... la obligación de compensar requiere usualmente de tres presupuestos fundamentales. En primer lugar, la víctima debe haber sufrido un daño. En segundo, el daño debió ser causado por el demandado. Tercero: debe haber algún factor de atribución, ya sea subjetivo u objetivo, aplicable a la conducta o actividad del demandado (es decir, la conducta debe haber infringido algún estándar de cuidado o estar señalada como riesgosa, entre otras alternativas)”. Además, agregó que: “... los tres presupuestos mencionados más arriba, según la responsabilidad extracontractual son necesarios para la obligación de compensar y, por correlación, para el derecho a ser indemnizado. Así mismo, son conceptualmente independientes. Esto significa que la presencia de un elemento no determina la concurrencia de los otros”. Diego M. Papayannis, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual* (Madrid Editorial Marcial Pons., 2014), 78.

8 El Consejo de Estado venía reconociendo que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serían, a saber: i) Daño antijurídico. ii) Hecho dañoso. iii) Nexo causal. iv) Imputación, posición que fue cambiando con las sentencias dictadas con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero quien sostiene que: “La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció solo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico”. Ver la aclaración de voto suscrita por el Consejero a la sentencia de 31 de mayo de 2007 dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Expediente número. 76001-23-25-000-1996-02792-01 (16898). Actor: Heberto Araujo y otros. Demandado: Corporación Autónoma Regional del Cauca C.V.C. y Empresa de Energía del Pacífico S.A. EPSA.

9 El autor precisa que el nexo causal no debe ser confundido con la imputación, toda vez que este supone un estudio en términos de atribuibilidad material a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar que se reduce a la causalidad material. Carlos Enrique Pinzón, *La responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2014), 345.

En cuanto a la estructura del artículo, en la primera parte se analizan las teorías causales en la responsabilidad del Estado por el conflicto interno y los lineamientos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana; en la segunda parte, se estudian las teorías de la causalidad adecuada y de la imputación objetiva en la jurisprudencia del Consejo de Estado y el análisis que esta Corporación realiza de los elementos de la responsabilidad.

2. LAS TEORÍAS CAUSALES EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL CONFLICTO INTERNO Y LOS LINEAMIENTOS DESARROLLADOS POR LA CIDH Y LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

2.1. Las teorías causales y su aplicación en el conflicto interno

El nexo causal que debe existir entre el daño antijurídico y un hecho o situación fáctica, constituye, junto con el daño y la imputación, el tercero de los requisitos indispensables para que se presente la responsabilidad del Estado consiste en la exigencia de una relación causa-efecto¹⁰.

Para Álvaro Bustamante Ledesma "... es el vínculo que debe existir entre dos o más fenómenos uno o varios de los cuales deben preceder al otro o a los otros y el cual tiene una doble connotación: una de carácter natural o material y otra de naturaleza jurídica, que a su vez está íntimamente ligada con el concepto de imputabilidad"¹¹.

Esa doble connotación —material y jurídica— fue distinguida por Kelsen, quien reservó la palabra ‘causa’ para el plano natural e ‘imputación’ para el plano jurídico. Señaló que “Las leyes naturales formuladas por las ciencias de la naturaleza deben ser adaptadas a los hechos; por el contrario son los hechos de acción y de abstención del hombre los que deben ser adaptados a las normas jurídicas que la ciencia del derecho trata de describir”¹².

Sobre la necesidad de que concurra este elemento para que se declare la responsabilidad patrimonial de la administración pública, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

De allí que elemento indispensable —aunque no siempre suficiente— para la imputación, es el nexo causal entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que este sea el efecto del primero (...) Por eso, la parte última del inciso

10 Hugo Andrés Arenas, *El régimen de responsabilidad subjetiva*, (Bogotá: Editorial Legis, 2014), 327.

11 Álvaro Bustamante, *La responsabilidad extracontractual del Estado* (Bogotá: Leyera. Segunda edición, 2003), 51.

12 Saavedra, *La responsabilidad extracontractual*, 536.

primero del artículo 90 de la C.P., en cuanto exige —en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado—, que los daños antijurídicos sean ‘causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas’, está refiriéndose al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica¹⁵.

Sin embargo, cabe precisar que en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado este elemento no ha sido objeto de estudio en forma independiente, limitándose a la comprobación de la existencia del daño y la imputación. A manera de ejemplo, en la sentencia de 9 de mayo de 2011, con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio¹⁴, el tema referido a los elementos de la responsabilidad se aborda desde la perspectiva de los dos presupuestos referenciados, así:

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 la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) la 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).

Por su parte, a partir de 2007 el Magistrado Enrique Gil Botero consideró necesario que el Consejo de Estado replanteara la posición jurídica respecto de la

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999. Expediente 10948 y 11643 (Acum), Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez. Actor: Luis Polidora Combita y otros. Contra: la Nación - Ministerio de Defensa Nacional.

14 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C”. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia 9 de mayo de 2011. Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976). Actor: Valentín José Oliveros y otros. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional.

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, Expedientes.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. Esta cita corresponde a la sentencia citada.

existencia de tres elementos en la responsabilidad del Estado, para que el análisis se circunscribiera exclusivamente a dos, inicialmente en una aclaración de voto y, posteriormente, en las providencias en las que fungió como ponente, realizando las siguientes precisiones conceptuales:

... es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado —en materia contractual y extracontractual—, contenida en el artículo 90 *ibidem*, se soporta única y exclusivamente en los elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación —entendida esta última como atribución de la respectiva lesión—, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad.

Como se aprecia, no es posible, estrictamente hablando, que se amplíe la gama de los componentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, como quiera que ellos se circunscriben, desde la óptica del derecho, al daño antijurídico y a la imputación del mismo a una entidad de derecho público.

En esa perspectiva, considero que la Sala debe replantear la forma como aborda el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, para evitar de esta manera introducir criterios que se subsumen en los conceptos antes referidos¹⁶.

En relación con el nexo causal, el referido Magistrado precisó que éste constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño.

Sin perjuicio de la tesis expuesta por ese sector de la jurisprudencia nacional, el presente artículo se fundamenta en la necesidad de analizarlo como un elemento independiente, con características propias que lo diferencian de los otros dos presupuestos, esto es, del daño y de la imputación, cuya importancia deviene de la imposibilidad de elevar el juicio de responsabilidad sin su concurrencia.

Lo anterior por cuanto, como lo afirma Diego M. Papayannis, puede suceder que un individuo sufra una pérdida sin que nadie sea responsable por ella, por ejemplo porque la acción del demandado no es subsumible en algún factor de atribución o porque siendo subsumible no está vinculada causalmente con el daño, eventos en los cuales al menos un elemento de la responsabilidad está ausente¹⁷.

16 Aclaración de voto del Magistrado Enrique Gil Botero. Sentencia del 31 de mayo de 2007.

17 Papayannis, *Comprensión y Justificación*, 78.

Establecida la necesidad de estudiarlo como elemento independiente y de fijar las características que lo identifican y diferencian del daño y de la imputación, se tiene que la relación de causalidad refiere entonces a la comprobación de que una causa, normalmente, produzca un efecto.

Tal comprobación no siempre resulta sencilla, especialmente en aquellos eventos en los cuales, en la producción de un resultado, ocurren muchas causas, así como en los supuestos en que la responsabilidad se configura técnicamente al margen de la culpa¹⁸.

Por lo anterior, han surgido varias teorías que permiten seleccionar las diversas causas y atribuirles un valor aplicable a los casos que quieren solucionar¹⁹, entre las que se destaca la de la “equivalencia de condiciones” o *conditio sine qua non* —expuesta por Maximiliano Von Buri en 1860—²⁰; que constituye el punto de partida de las demás teorías causales²¹.

El concepto causal de la teoría de la equivalencia de condiciones, por su alcance ilimitado²² y su ineficacia para resolver algunos casos como la desviación

18 Eduardo García De Enterría Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo II* (Madrid: Editorial Civitas. Segunda Edición, 1977), 353.

19 Hugo Andrés Arenas, *El régimen de responsabilidad subjetiva* (Bogotá: Editorial Legis, 2014), 332.

20 Magistrado del Tribunal Supremo del Reich Alemán. También es desarrollada por Von Litz, quienes se inspiran en los trabajos del economista inglés John Stuart Mill, el cual en 1843 postula que solo en forma excepcional puede afirmarse que una consecuencia es el resultado de una única causa, pues por regla general en la producción de los efectos participan diversos antecedentes. Alvarado Reyes, *Imputación objetiva* (Bogotá: Editorial Temis, 1996), 8.

21 Claudia López, *Introducción a la imputación objetiva*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004).

22 En efecto, según algunos doctrinantes, como Ramiro Saavedra Becerra y Yesid Reyes Alvarado, “... cuando se emplea sin correctivo alguno amplía en forma exagerada el ámbito de la responsabilidad”. El último de los autores citados trae el siguiente ejemplo, para demostrar la amplitud de la teoría, “El asalto guerrillero al Palacio de Justicia significó la muerte de casi cien personas incluidos los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, podría decirse que si bien los proyectiles disparados por las fuerzas de seguridad del Estado causaron la muerte de algunos magistrados, ello no hubiese ocurrido si previamente el grupo guerrillero no se hubiera tomado violentamente el edificio, lo que a su vez no habría acaecido en el evento de la vigilancia especial de que disponía no le hubiera sido retirada, adicionalmente, el grupo guerrillero no habría tomado la determinación de ejecutar dicho asalto de no ser porque las conversaciones de paz con el gobierno habían fallado; pero a esas negociaciones de paz se llegó por la existencia de grupos armados como el que ejecutó la toma del Palacio de Justicia, movimiento guerrillero que no se habría formado de no ser porque el triunfo electoral que como partido político habían conseguido válidamente en las

del curso causal y la causalidad alternativa, entre otros, condujo a la creación de nuevas tesis, siendo prácticamente abandonada.

Sobre el abandono de esta teoría en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano se destacan varios pronunciamientos, entre ellos, encontramos la providencia de 26 de enero de 2011²⁵, que lo expresó en los siguientes términos:

Para la Sala es importante resaltar que no todas las acciones que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones, es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño, lo relevante es identificar cuál acción fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso, de lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o daño, sería la sumatoria de todos los antecedentes, haciendo un retorno al infinito.

Así, se dio paso a las teorías de la causalidad adecuada y de la imputación objetiva, las cuales se desarrollarán con mayor amplitud en este artículo, dada la importancia que han tenido en la evolución de la responsabilidad por actos violentos derivados de terceros en el conflicto armado interno y por ser las que viene aplicando el Consejo de Estado, en gran medida influenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, resulta necesario hacer referencia a la teoría de la pérdida de oportunidad o de *la chance*²⁴, que se produjo paralelamente en el derecho francés y en el *Common Law*²⁵, actualmente estructurada por Luis Medina Alcoz²⁶, que

elecciones presidenciales de 1970 les fue abiertamente desconocido por el gobierno imperante, desconocimiento que a su vez se originó en la pretensión del gobierno de cumplir un pacto de alternación entre los dos partidos políticos dominantes (liberal y conservador) al cual fue necesario recurrir para poner fin a una época de violencia desencadenada en 1948 por el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán”. Reyes, *Imputación objetiva*, 12.

23 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “A”. Consejera Ponente: (E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18965).

24 Se gestó entre finales del siglo XIX y principios del XX en los sistemas jurídicos francés e inglés en supuestos de incumplimiento contractual y ha sido aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, tal como lo expone Luis Medina Alcoz.

25 Hugo Andrés Arenas, *El régimen de responsabilidad objetiva* (Bogotá: Editorial Legis, 2013), 242.

26 Luis Medina, *Teoría de la pérdida de oportunidad* (Editorial Aranzadi, 2010).

tiene por fin probar el nexo causal en los casos en que no está tan claramente demostrado y se podría llegar a soluciones injustas²⁷.

Esta teoría no reconoce la pérdida de un resultado favorable sino la posibilidad de conseguir²⁸ ese resultado que se vio afectado por el comportamiento inadecuado de la administración, con el objetivo de garantizar la reparación integral a la víctima.

En términos de Medina Alcoz, con esta tesis se distribuye el peso de la incertidumbre entre las dos partes, el autor del hecho y la víctima, en la medida en que el primero responde únicamente en cuanto fue autor del menoscabo y la segunda no es reparada en la totalidad del daño padecido²⁹.

Finalmente, se debe destacar que la importancia de la aplicación de las teorías causales tiene una significativa incidencia en la mayor o menor amplitud del ámbito de responsabilidad del Estado, como se comprobará al analizar los casos concretos abordados.

En efecto, una de las principales críticas que se le hizo a la causalidad exclusiva es que “permitía evitar la responsabilidad del Estado en casos en que claramente debía indemnizar creando una ficticia interrupción del nexo causal por una intervención extraña”³⁰.

Así mismo, se consideró que la aplicación de la doctrina de la equivalencia de las condiciones podría extender demasiado el campo de la responsabilidad³¹; adicionalmente, las ideologías expuestas dejaban por fuera los hechos causados por terceros, corrección que correspondió realizar a la tesis de la imputación objetiva.

2.1.1. Teoría de la causalidad adecuada

Esta teoría fue introducida por Ludwig Von Bar y desarrollada por Johannes Von Kries³² parte de la existencia de varias causas, buscando responder con mayor

27 Arenas, *El régimen de responsabilidad subjetiva*, 242.

28 Arenas, *El régimen de responsabilidad objetiva*, 242.

29 Luis Medina, “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual”. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*. No. 30. (Segundo Trimestre 2009): 31, consultado el 19 de octubre, 2014, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/RC%2030.pdf>

30 Arenas, *El régimen de responsabilidad subjetiva*, 335.

31 Bustamante, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 52.

32 Arenas, *El régimen de responsabilidad subjetiva*, 235.

precisión cuál es la conducta o el hecho que genera el daño y expresa que para seleccionar la causa adecuada, se requiere excluir las causas que por su naturaleza son indiferentes para que surja un daño³³.

Explica que no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente ocasionó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido. Esta doctrina permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño³⁴.

Al aplicar esta teoría, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse, de tal modo que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño³⁵.

Según Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño, es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo, según la experiencia común, es decir, que tenga una especial aptitud para elaborar el efecto lesivo³⁶.

La idea principal consiste en que para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido condición *sine qua non*, sino que es necesario que al aplicar el juicio de probabilidad resulte ser la causa adecuada para ello, conteniendo igualmente un análisis sobre la previsibilidad de que una determinada conducta sea la causante de un daño³⁷.

Ramiro Saavedra Becerra, considera que son tres las grandes cuestiones que se debaten en torno a esta teoría, a saber: (i) La formación de las bases del juicio

33 Juan Manuel Díazgranados, *El seguro de responsabilidad* (Bogotá: Universidades Javeriana y del Rosario. Segunda Edición, 2006), 123.

34 Javier Tamayo, *De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa* (Santafé de Bogotá: Temis, Segunda edición. Tomo I, vol 2., 1996), 245-246.

35 Tamayo, *De la Responsabilidad Civil*, 247.

36 Eduardo García De Enterría y Tomas-Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo II*. (Madrid: Editorial Civitas. Segunda Edición, 1977), 354.

37 María Luisa Arcos, *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia* (Madrid: Editorial Cizur Menor, 2005), 285.

de adecuación. (ii) el grado de tendencia necesario para afirmar que la conducta es adecuada. (iii) La determinación del resultado³⁸.

2.1.2. Teoría de la Imputación Objetiva

Esta teoría surge del pensamiento de Hegel, fue desarrollada en 1927 por el civilista Karl Larenz y por Richard Höning en 1930, posteriormente, por la dogmática penal alemana³⁹. El objetivo del concepto de acción propuesto por Hegel consistía en imputar al sujeto de la multiplicidad de cursos causales, solo aquellos que podían ser considerados como su obra.

En 1970, Claus Roxin plantea su vinculación con el criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante, de una lesión típica del bien jurídico. Esta teoría sostiene que la verificación de la causalidad es una cuestión eminentemente jurídica⁴⁰.

Esta tesis entiende que un resultado o hecho típico penalmente relevante solo será imputado objetivamente cuando se ha realizado en él el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor; un resultado debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido, siendo concretizado este en un resultado, el cual pertenece al ámbito de protección de la norma penal.

Los criterios propuestos por Roxin, para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado, son los siguientes: (i) La disminución del riesgo. (ii) La creación de un riesgo jurídicamente relevante. (iii) El incremento del riesgo permitido. (iv) La esfera de protección de la norma⁴¹.

La imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no encubierto por el riesgo permitido. Según la teoría de la imputación objetiva, la delimitación debe sujetarse a si el resultado ocasionado ha sido alcanzado por la realización de un peligro creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido⁴².

38 Ramiro Saavedra, *La responsabilidad Extracontractual de la administración pública* (Bogotá: Editorial Jurídica Ibáñez, 2003), 543.

39 Robert Alexy et ál., *El derecho contemporáneo. Lecciones fundamentales para su estudio* (México: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2004), 276.

40 Arenas, *El régimen de responsabilidad subjetiva*, 238-239.

41 Manuel Cancio, *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva* (Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo), 52.

42 Cancio, *Líneas Básicas*, 52.

Por su parte, Günther Jakobs⁴³ propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de establecerse el juicio de tipicidad: (i) El riesgo permitido. (ii) Principio de confianza. (iii) Prohibición de regreso. (iv) Actuación a propio riesgo de la víctima.

El riesgo permitido, para este autor, es el estado normal de interacción, el resultado del cálculo entre costos y beneficios, existiendo riesgo no permitido cuando el propio derecho lo define como tal por su peligrosidad concreta o abstracta.

El principio de confianza implica que en los casos de la vida social en que intervienen varias personas cada una de las que participa debe poder confiar en que los demás se comportarán de acuerdo al cuidado debido, toda vez que el otro está sometido al orden jurídico y tiene el carácter de una persona responsable.

La prohibición de regreso se trata de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que carece de sentido delictivo. Constituye la posibilidad de atribuirle responsabilidad a quien accidentalmente se involucra dentro de un suceso causal ajeno⁴⁴.

Finalmente, puede ser el propio comportamiento de la víctima la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada, evento en el cual es “la lesión de un deber de autoprotección o incluso la propia voluntad”⁴⁵ la que ocasiona el daño.

Tales planeamientos resultan importantes para los efectos del presente artículo, en tanto en el mismo se sostiene que, actualmente, se ha pretendido importar de la dogmática del derecho penal esta teoría a la responsabilidad del Estado, lo cual no constituye una tarea fácil, si se tiene en cuenta que el derecho penal se desarrolla bajo el principio de tipicidad del que carece el derecho de daños.

Esta dificultad de importación fue destacada por Ramiro Saavedra Becerra, quien expresa que “... el grado de certeza del nexo causal que se debe exigir en el marco de la responsabilidad administrativa para condenar a la entidad pública demandada no puede ser el mismo que se pretende alcanzar en el marco de la responsabilidad penal para condenar al acusado”⁴⁶.

43 Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general - fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid: Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas S.A., 1995), 961-965.

44 Pinzón, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 374.

45 Günther Jakobs, *La imputación objetiva en el derecho penal* (Buenos Aires: Editorial Ad Hoc., 1996), 34.

46 Saavedra, *La responsabilidad extracontractual*, 550.

Adicionalmente, los criterios de imputación de responsabilidad no pueden ser los mismos en materia penal que en sede administrativa, toda vez que en la primera siempre se exige la ilicitud de la conducta, mientras que en la segunda puede tratarse de una actividad completamente lícita del órgano del Estado causante del daño, como ocurre en los casos en los que se autoriza la aplicación de la responsabilidad objetiva.

Según el profesor Michael Moore, citado por el doctor Hugo Andrés Arenas Mendoza⁴⁷, son diferentes las aproximaciones a la causalidad en el derecho penal y en el patrimonial:

El derecho civil de daños enfrenta el mismo problema, aunque el planteo teórico y doctrinario difiere en cierta forma con respecto al del derecho penal. En el derecho de daños la posición estándar es el deber de reparar surge únicamente de los daños causados. La causalidad es por ende, una condición complementaria necesaria de la responsabilidad (a diferencia del derecho penal, en el cual la causalidad es solo un factor que eleva la culpabilidad).

Las diferencias advertidas entre uno y otro ordenamiento jurídico hacen imperativo que la aplicación se deba realizar con excesivo cuidado, delimitando los elementos y los casos específicos en los que se va a utilizar y estableciendo los caracteres especiales, toda vez que, como lo veremos más adelante —a nuestro juicio— no ha existido suficiente claridad conceptual en la jurisprudencia del Consejo de Estado al momento de analizarla en los casos concretos.

Cabe destacar que la introducción de la teoría de la imputación objetiva⁴⁸, significó reevaluar el papel de la causalidad como única opción teórica para determinar la atribución de determinadas consecuencias o daños, la cual resultaba insuficiente, dado su contenido naturalístico, toda vez que dejaba por fuera de su marco de acción los eventos de daños causados por terceros o por hechos

47 Arenas, *El régimen de responsabilidad subjetiva*, 328.

48 Claus Roxin, a quien se considera el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al “principio de riesgo”, afirma que “un resultado causado por el sujeto que actúa, solo debe ser imputado al causante como su obra y solo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo”. Cancio, *Líneas Básicas*, 52.

de la naturaleza, tornándose en un imposible, la atribución de los mismos a la administración, pues en términos fenomenológicos no existía sustento para que ello se pudiese dar.

Según Calixto Díaz-Regañón y García Alcalá, el papel encomendado a la teoría de la imputación objetiva es, precisamente, el de suministrar los criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa o ponderación entre las distintas causas, a fin de determinar la posible responsabilidad y el criterio para considerar ‘responsable’ al demandado es el de haber creado un “riesgo jurídicamente relevante”⁴⁹.

Sobre el alcance de esta doctrina, considera Margarita Beladiez Rojo⁵⁰ que la administración solo deberá responder cuando, existiendo la relación de causalidad entre su funcionamiento y el resultado dañoso, haya creado un riesgo jurídicamente relevante que además se realice en el resultado lesivo.

Por riesgo jurídicamente relevante la autora entiende aquel que es general, inherente al servicio o actividad y que no se encuentra socialmente asumido. Considera la autora que:

... cuando un riesgo es jurídicamente relevante podemos salir del círculo en que se encierra la fórmula legal (un perjuicio es antijurídico cuando no se tiene el deber de soportar, y no se tiene el deber jurídico de soportar el daño cuando este es antijurídico), pues el daño antijurídico es aquel que es la realización de un riesgo jurídicamente relevante⁵¹.

Para Ramiro Saavedra recurrir al concepto penal de imputación objetiva, así sea de manera parcial, es un intento interesante de superar las limitaciones de las teorías causales y poder imputarle a una persona determinada conducta, pero

49 Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá, *Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria* (Barcelona: Indret, 2003), consultado el 20 de noviembre, 2014, http://www.indret.com/pdf/180_es.pdf

50 Margarita Beladiez, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos* (Madrid: Ed. Tecnos, 1997), citada por Ramiro Saavedra Becerra en su libro *La responsabilidad extracontractual de la administración pública* (Medellín: Editorial Gustavo Ibáñez, 2003), 705.

51 Beladiez, *Responsabilidad e imputación*, 103.

advierte que deben trazarse “... límites justos que hagan posible un juego razonable de la responsabilidad en el sector público”⁵².

Como se afirmó en precedencia, el instituto sobre el cual descansa la teoría de la imputación objetiva, se erigió como la opción para solucionar los problemas causales a los que se enfrentaban los operadores jurídicos para reparar los daños ocasionados por actos de terceros, en el caso de nuestro estudio, por grupos de autodefensas o paramilitares y por las FARC, en el marco del conflicto armado interno.

A continuación se explicará la forma como se han aplicado las doctrinas expuestas en la responsabilidad del Estado por el conflicto interno y la manera como se han incorporado en el derecho interno, especialmente a través de las teorías de la posición de garante y del riesgo creado.

Esta doctrina es explicada por Carlos Enrique Muñoz Pinzón así: “Tratándose de resultados producidos por la omisión, se genera la posibilidad de imputación por la no evitación del resultado, teoría que tiene asiento en del deber jurídico de Feuerbach⁵³”.

2.2. La aplicación de las teorías causales en la responsabilidad por el conflicto interno: los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana

Resulta necesario analizar en esta oportunidad la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana han abordado el tema de la causalidad y las teorías que han aplicado, así como la manera como estas han influido en los subsiguientes desarrollos teóricos expuestos por el Consejo de Estado.

52 Saavedra, *La responsabilidad extracontractual*, 714. El autor destaca la dificultad de aplicar la teoría cuando se trata de omisiones de la administración y además la complejidad que en algunos casos presenta establecer si el daño patrimonial se debe o no a un riesgo relevante que determine o excluya su determinación objetiva a la administración.

53 Pinzón, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 382.

2.2.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH

La importancia en esta investigación de los desarrollos jurisprudenciales expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obedece a la aplicación que ha realizado de la doctrina de la imputación objetiva, las cuales han servido de fuente en el derecho interno, siendo frecuente encontrarlas citadas en las sentencias dictadas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado.

Ahora bien, del análisis de algunos casos sometidos al juzgamiento de la CIDH, por daños ocasionados por grupos paramilitares con la colaboración, apoyo o aquiescencia del Estado, se encuentra que esta ha aplicado la teoría de la imputación objetiva y los elementos que la caracterizan, como son el riesgo creado y la posición de garante del Estado.

En efecto, ha considerado que el hecho le es atribuible a un agente del Estado que tiene dentro del ámbito de su competencia el deber específico de protección a un determinado sector de la población y no evita las graves violaciones a los derechos humanos.

Al respecto, cabe destacar el caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia, en el cual se analizaron, de conformidad con la ficha técnica del caso, los siguientes hechos:

Los hechos del presente caso se iniciaron el 12 de julio de 1997 cuando un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José del Guaviare en vuelos irregulares y fueron recogidos por miembros del Ejército sin exigirles ningún tipo de control. El Ejército colombiano facilitó el transporte de los paramilitares hasta la localidad de Mapiripán.

El 15 de julio de 1997, más de cien hombres armados rodearon Mapiripán por vía terrestre y fluvial.

Al llegar a Mapiripán, los paramilitares tomaron control del pueblo, comunicaciones y oficinas públicas, y procedieron a intimidar a sus habitantes. Un grupo fue torturado y asesinado.

La fuerza pública llegó a Mapiripán el 22 de julio de 1997, después de concluida la masacre y con posterioridad a la llegada de los medios de comunicación, cuando los paramilitares ya habían destruido gran parte de la evidencia física. A pesar de los recursos interpuestos, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.⁵⁴

54 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/masacredemapiripan.pdf>

Al analizar en este caso los argumentos expuestos por el Estado colombiano para solicitar la exoneración de responsabilidad en la causal denominada “hecho de un tercero”, con la pretensión de romper el nexo causal, la Corte afirmó que es suficiente la demostración de que ha habido “... apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención”. De este mismo modo se puede extender a omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.

Efectivamente, uno de los argumentos que le permitió edificar el juicio de responsabilidad en el caso examinado fue el confirmar el apoyo y tolerancia del Estado Colombiano al grupo armado ilegal. Al respectó, consideró:

La preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, inclusive de altos funcionarios de estas zonas. Ciertamente no existen pruebas documentales ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese una relación de dependencia entre el Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a estos. No obstante, al analizar los hechos reconocidos por el Estado, surge claramente que (...) la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con pleno conocimiento, previsiones logísticas y la colaboración de las Fuerzas Armadas, quienes facilitaron la salida de los paramilitares desde Apartadó y Necoclí y su traslado hasta Mapiripán en zonas que se encontraban bajo su control y dejaron desprotegida a la población civil durante los días de la masacre mediante el traslado injustificado de las tropas...

Al resolver sobre la responsabilidad del Estado colombiano por los hechos expuestos, consideró que “... 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”⁵⁵.

Nuevamente, en el caso de La Rochela vs. Colombia, se analizó la teoría del riesgo creado, estableciendo la responsabilidad “... por el incumplimiento de su deber de garantía por no haber adoptado medidas efectivas de prevención y

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia del 15 de septiembre de 2005.

protección de la población civil que se encontraba en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado respecto de grupos paramilitares”⁵⁶.

En efecto, la Corte analizó los hechos acaecidos el 18 de enero de 1989, cuando por lo menos cuarenta miembros del grupo paramilitar ‘Los Masetos’, contando con la cooperación y aquiescencia de agentes estatales, inicialmente retuvieron a las 15 víctimas de este caso, quienes conformaban una Comisión Judicial (Unidad Móvil de Investigación) compuesta por dos jueces de Instrucción Criminal, dos secretarios de juzgado y once miembros del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial (CTPJ) y, posteriormente, perpetró una masacre en su contra, en la cual fueron ejecutados doce de ellos y sobrevivieron tres.

Esta consideración, sin duda, refrenda la idea de que la conducta de grupos armados ilegales es atribuible al Estado, cuando un miembro de la Fuerza Pública ostenta una posición de garante institucional, de la cual emergen específicamente deberes de protección, mediando la colaboración y/o aquiescencia del Estado, como elemento esencial para la imputación de responsabilidad.

En otras palabras, la existencia de una posición de garante que le impone a las autoridades del Estado el deber jurídico de evitar ataques provenientes de grupos armados ilegales, tiene una importante connotación: el incumplimiento de los deberes de protección implica que las conductas de estos últimos, son atribuibles al Estado.

En esta oportunidad reiteró el argumento fundamental de la colaboración o aquiescencia del Estado, cuyo estudio es trascendental en relación con una de las conclusiones a las que se arriba en este artículo, que corresponde a la significativa diferencia que existe con los hechos perpetrados por las FARC, en los cuales no ha existido la aquiescencia o colaboración del Estado, ni se había creado un marco jurídico que reglamentara su creación y funcionamiento y, por ende, generara un riesgo con fundamento en el cual se pueda efectuar el juicio de responsabilidad.

Al respecto, la CIDH reiteró que:

Este Tribunal recuerda que ya se ha pronunciado sobre la responsabilidad internacional de Colombia por haber emitido un marco legal a través del cual se propició

56 En esta oportunidad hizo igualmente referencia al caso de las Masacres de Pueblo Bello e Ituango.

la creación de grupos de autodefensa que derivaron en paramilitares⁵⁷ y por la falta de adopción de todas las medidas necesarias para terminar de forma efectiva con la situación de riesgo creada por el propio Estado a través de dichas normas. Además, ha declarado la responsabilidad de Colombia por el incumplimiento de su deber de garantía por no haber adoptado medidas efectivas de prevención y protección de la población civil que se encontraba en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado respecto de grupos paramilitares. Asimismo, en varias oportunidades la Corte ha determinado la responsabilidad de Colombia en casos de violaciones cometidas por grupos paramilitares con el apoyo, aquiescencia, participación y colaboración de miembros de la Fuerza Pública.

En el caso de *Campo Algodonero vs. México*⁵⁸, la Corte adoptó el criterio del deber estatal de protección de los derechos frente a actos de particulares y fijó los criterios jurídicos que permiten atribuir esos crímenes de particulares al Estado, retomando la doctrina del riesgo previsible y evitable —inspirada en la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos—, que había desarrollado en fallos previos relacionados con prácticas de violencia de grupos paramilitares en el conflicto armado interno en Colombia.

En esta ocasión aplicó esos estándares al contexto social de prácticas de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez. Reiteró, como lo había hecho en el caso de *Pueblo Bello vs. Colombia*, el deber del Estado de adoptar medidas de prevención y protección, condicionado al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o un grupo de individuos determinado y por la posibilidad razonable de prevenir o evitar el riesgo⁵⁹.

57 Como casos en los que se ha pronunciado cita el del Penal Miguel Castro Castro, Sentencia del 25 de noviembre de 2006 y Goiburú y otros Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

58 CIDH. Caso González y otras (*Campo Algodonero*) vs. México. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Los hechos analizados en este fallo son los siguientes: “La niña Esmeralda Herrera Monreal, 15 años, pobre, migrante interna, desapareció el 29 de octubre de 2001 en Ciudad Juárez, cuando se trasladaba de su hogar a una casa en que laboraba como empleada doméstica. El 7 de noviembre fue hallada asesinada en un sitio llamado ‘Campo Algodonero’. La investigación del caso, tanto durante su desaparición como después de haber conocido su muerte, está plagada de irregularidades e inconsistencias, en el contexto del fenómeno de femicidio-feminicidio en México, de numerosos asesinatos y desapariciones forzadas de mujeres en Ciudad Juárez, seguidas de impunidad por razones imputables a las autoridades”.

59 CIDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140. Párrafos. 123 y 124. En tal sentido, la CIDH sigue la jurisprudencia de la Corte Europea, la que

En la sentencia que resolvió el caso de Pueblo Bello se analizó la situación fáctica relacionada con la desaparición forzada de treinta y siete personas, así como la ejecución extrajudicial de seis campesinos en enero de 1990, hechos que se calificaron por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como “... un acto de justicia privada a manos de los grupos paramilitares entonces liderados por Fidel Castaño en el departamento de Córdoba, perpetrado con la aquiescencia de agentes del Estado”⁶⁰.

Nuevamente en el caso de Ituango vs. Colombia, reiterando lo señalado en el caso de Mapiripán, se consideró que el Estado colombiano debe responder por la creación o aparición de los grupos paramilitares. La Corte no desconoció el hecho de que se han adoptado medidas para prohibir, prevenir y castigar las actividades de estos grupos, pero, en su concepto, “... esas medidas no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido a crear”⁶¹.

En efecto, de acuerdo con la ficha técnica del caso, la Corte investigó los hechos ocurridos en junio de 1996 y octubre de 1997 en los corregimientos de La granja y El Aro, municipio de Ituango, Departamento de Antioquia y estableció la responsabilidad del Estado por “... los actos de omisión, aquiescencia y colaboración por parte de miembros de la Fuerza Pública apostados en el Municipio de Ituango con grupos paramilitares pertenecientes a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) que perpetraron sucesivas incursiones armadas en ese Municipio, asesinando a su paso a civiles en estado de indefensión, despojando a otros de sus bienes y generando terror y desplazamiento”⁶².

afirma: “No todo alegado riesgo a la vida impone a las autoridades la obligación convencional de tomar medidas operativas para prevenir que aquel riesgo llegue a materializarse. Para que surja la obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar el daño”.

60 CIDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140. 2.

61 CIDH. Sentencia del 1 de julio de 2006.

62 CIDH. http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/index.php?option=com_content&view=article&catid=40:resumen&id=1376

2.2.2. La aproximación de la Corte Constitucional

La causalidad en materia de responsabilidad no ha sido un tema ajeno al estudio de la Corte Constitucional, quien la considera como uno de sus elementos estructurantes, lo cual concluye a partir del estudio del artículo 90 de la Constitución. Al respecto, en la Sentencia SU-353 de 2013, consideró:

En Colombia la propia Constitución define los elementos necesarios para condenar al Estado a responder patrimonialmente (art. 90, C.P.). Dice, en concreto, que *‘[el] Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas’*. Así, como cada uno de los términos empleados en la Constitución debe tener un efecto útil, es preciso concluir que de acuerdo con la Carta el Estado solo debe responder patrimonialmente (i) *‘por los daños antijurídicos’*, (ii) *‘que le sean imputables’*, cuando además hayan sido (iii) *‘causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas’*. Esta interpretación la ha reconocido como vinculante no solo la Corte Constitucional en su jurisprudencia, sino también la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁵.

En igual forma, la Corte Constitucional ha diferenciado claramente la imputación de la causación como elementos independientes de la responsabilidad. Al respecto, ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública.

En la sentencia C-254 de 2003⁶⁴, consideró que uno de los principios de la responsabilidad es el de la imputabilidad, el cual se debe diferenciar de la causalidad, lo cual desarrolló en los siguientes términos:

... 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

63 Corte Constitucional. Sentencia SU-353 de 2013. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.

64 Por medio de la cual asumió la “Revisión oficiosa del Decreto 126 de 2011, ‘Por medio del cual se adoptan medidas en materia de riesgos, seguro agropecuario y crédito agropecuario, para atender la situación de emergencia económica, social y ecológica por grave calamidad pública declarada en el territorio colombiano e impedir la extensión de sus efectos’”. Con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados.

Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la imputación del daño no debe confundirse con la causación material del mismo, dado el amplio espectro de compromisos que el Estado adquiere en el ejercicio de sus funciones. Por ello, al determinar la responsabilidad patrimonial del Estado *'es menester, que además de constatar la antijuricidad 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.*

Por su parte, en la sentencia C-644 de 2011⁶⁵, la Corte estudió ampliamente el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado y afirmó que nuestro sistema jurídico encuentra fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos.

Además, reafirmó la tesis expuesta por la misma Corporación, que se sostiene en el presente artículo, en el sentido de que la responsabilidad del Estado se configura cuando concurren tres presupuestos, a saber:

... un daño antijurídico o lesión, definido como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo; una acción u omisión imputable al Estado, que se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas; y una relación de causalidad, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, que exige que este sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente.

En esta providencia, señaló que el Consejo de Estado ha dado aplicación al artículo 90 de la Carta, al momento de resolver casos como los daños producidos a las personas con ocasión de actividades delincuenciales o terroristas donde,

65 En esta ocasión la Corte estudió la Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial) y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

pese a la concurrencia de la actuación de terceros, al Estado le son imputables esos daños por la propia acción u omisión de sus agentes.

Afirmó que:

... múltiples son los antecedentes de la jurisprudencia nacional en los cuales se condena al Estado a pesar de que la causa inmediata del daño se atribuya a un tercero. Solo para citar dos ejemplos, la Sala se remite al conocido caso del asesinato del exministro y profesor Low Murtra por parte de sicarios, en el cual el Estado fue condenado por falla del servicio, y al caso de la bomba terrorista colocada en momentos en que se desplazaba en su vehículo el general Maza Márquez, caso en el cual el Consejo de Estado utilizó la teoría del riesgo creado y la del daño especial, para indemnizar por la muerte de un transeúnte ocasional.

Al analizar la exequibilidad del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011⁶⁶, el cual encontró ajustado al 90 superior, por ser desarrollo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, a través de la acción de reparación directa por daños extracontractuales, reiteró la existencia de los tres elementos relacionados y la autonomía del nexo de causalidad, al considerar que "... la víctima de un daño antijurídico se encuentra habilitada para demandar del Estado su reparación, cuando se configure la responsabilidad del mismo, es decir, al establecerse la conducta dañina de una agente del Estado, el daño y la relación causal entre este y aquél".

66 El artículo 140 de la ley 1437 de 2011, establece la acción de reparación directa, en los siguientes términos: "En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño. La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2344 del código civil".

Reiteró que la administración pública deberá responder por los daños causados a terceros, siempre que medie la relación de causalidad, advirtiendo que, por el contrario, los actos o hechos no son susceptibles de serle imputados cuando se rompe el nexo causal.

Ahora bien, aun cuando en la sentencia anteriormente analizada no se hace expresa referencia a la aplicación de alguna de las teorías que pretenden explicar el fenómeno de la causalidad, se evidencia el acogimiento por parte de la Corte Constitucional de la doctrina de la “imputación objetiva”, la cual desarrolló ampliamente en la sentencia SU-1184 de 2001⁶⁷, en la que analizó la masacre de Mapiripán, perpetrada por paramilitares⁶⁸, y que se estudia en el presente artículo por la importancia que tiene para el tema objeto de análisis.

En esta sentencia la Corte examinó el tema de la posición de garante de la Fuerza Pública, trayendo a colación diversos fallos proferidos por tribunales penales internacionales, así como el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La Corporación consideró que 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 y deja que los habitantes queden en una absoluta indefensión.

Advirtió que “... 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”.

Al respecto, consideró:

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

67 Con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett.

68 Esta masacre dio lugar a que se declarara la responsabilidad del Estado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como se analizó en el acápite correspondiente.

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...

En esta sentencia, la Corte precisó que:

... 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 protección⁶⁹ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁷⁰⁻⁷¹.

Analizó igualmente la moderna teoría de la imputación objetiva y su aplicación en los siguientes términos.

-
- 69 En esta cita que trae la sentencia que se transcribe, afirmó la Corte que el deber de protección es "... una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos". Jesús María Casal, *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Segunda edición, 2008), 31.
- 70 La Corte cita al tratadista alemán 'Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Páginas 1 y ss".
- 71 Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001. MP Eduardo Montealegre Lynett. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: "... todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de esta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas". Günther Jakobs, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1ª reimp., 2004), 16.

En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, 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 sociedad⁷². 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 estos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos⁷³⁻⁷⁴.

A efectos de armonizar lo anteriormente expuesto con el tema que es objeto del presente artículo, en el cual se pretende establecer la forma como se ha abordado la causalidad en la responsabilidad del conflicto, resulta importante tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte en esta materia y el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, aun cuando provenga de hechos perpetrados por terceros.

Por su importancia, se analizarán algunos fallos que estudian el tema desde el concepto de conflicto armado, de víctima de este, de las leyes que han anticipado la responsabilidad del Estado por la posición de garante y, por ende, han establecido reparaciones de carácter administrativo.

En la sentencia C-291 de 2007, la Corte se refirió a los elementos objetivos a partir de los cuales se podía identificar en cada caso concreto cuándo se estaba ante una situación de conflicto armado interno y, por ende, el Estado era responsable de los daños ocasionados a la población, en los siguientes términos:

... el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de

72 “En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección”. Jakobs, *Injerencia y dominio*, 15.

73 En este aparte la Corte Constitucional cita nuevamente al tratadista “Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2. Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Páginas. 796 y ss”.

74 Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan (...) la determinación de la existencia de un conflicto armado debe realizarse no en abstracto, sino en atención a las características de cada caso particular. Para efectos de establecer en casos concretos si un determinado conflicto ha trascendido el umbral de gravedad necesario para ser clasificado como un conflicto armado interno, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios: (i) la intensidad del conflicto, y (ii) el nivel de organización de las partes. Al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las Cortes internacionales han aplicado, por ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un período de tiempo, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas.

En la sentencia C-914 de 2010, la Corte analizó el concepto de violencia política y su relación con el conflicto armado interno, al responder al problema jurídico sobre si una víctima de desaparición forzada podía quedar cobijada por las disposiciones de la Ley 418 de 1997, así:

Con fundamento en la Constitución, el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario, la Corte Constitucional en asuntos de tutela ha determinado en reiterada jurisprudencia, que las disposiciones legales relacionadas con las víctimas de la violencia en el marco del conflicto armado interno, deben interpretarse tomando en cuenta el principio de favorabilidad; el principio de buena fe y el derecho a la confianza legítima, así como el principio de prevalencia del derecho sustancial propio del Estado Social de Derecho.

De esta manera estableció que la condición de víctima es una situación fáctica soportada en el padecimiento de hechos como atentados terroristas, combates, secuestros, ataques, masacres, homicidios, esto es, de una serie de actos que en el marco del conflicto armado interno afectan derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la seguridad o la libertad personal.

Uno de los pronunciamientos más recientes se encuentra en la sentencia C-253 A de 2012, donde la Corte aborda la noción de conflicto armado a partir

de criterios objetivos, cuyo resultado es una concepción amplia del término que reconoce toda la complejidad real e histórica que ha caracterizado a la confrontación interna colombiana.

En la sentencia C-781 de 2012, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 3° (parcial) de la Ley 1448 de 2011, “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones” y en ella, aun cuando no lo dijo en forma expresa, introdujo elementos de la teoría de la imputación objetiva que implican la posición de garante del Estado, con fundamento en el fallo de la CIDH, en el caso de la masacre de Ituango vs. Colombia.

En esta oportunidad analizó el alcance y entendimiento de la expresión ‘con ocasión del conflicto armado’, en los siguientes términos:

Tanto de la evolución de las normas que han planteado mecanismos de protección y reparación para las víctimas del conflicto armado, como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la expresión ‘*con ocasión del conflicto armado*’, ha sido empleada como sinónimo de ‘*en el contexto del conflicto armado*’, ‘*en el marco del conflicto armado*’, o ‘*por razón del conflicto armado*’, para señalar un conjunto de acaecimientos que pueden rodear este fenómeno social, pero que no se agotan en la confrontación armada, en el accionar de ciertos grupos armados, a la utilización de ciertos métodos o medios de combate ocurridos en determinadas zonas geográficas.

En ninguna de esas acepciones, la expresión ‘*con ocasión*’ se ha empleado para circunscribir el fenómeno a operaciones militares o de combate armado, a acciones de determinados actores armados o a circunstancias derivadas directamente de este tipo de acciones. Tal expresión tiene un sentido amplio que obliga al juez a examinar en cada caso concreto las circunstancias en que se ha producido una grave violación de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, el contexto del fenómeno social, para determinar si existe una relación cercana y suficiente con el conflicto armado interno como vínculo de causalidad necesario para establecer la condición de víctima al amparo de la Ley 1448 de 2011.

El marco jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional colombiana indudablemente ha servido de fundamento a algunas sentencias del Consejo de Estado, como se verá en el siguiente acápite.

3. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, referida al objeto de estudio, revela que en algunas ocasiones analiza la responsabilidad patrimonial del Estado incluyendo los tres elementos tradicionales, a saber: (i) El daño antijurídico. (ii) La imputación. (iii) El nexo causal entre el daño y la imputación⁷⁵, los cuales deben concurrir para deducirla y, en otras, únicamente exige la concurrencia de los dos primeros requisitos, por considerar que el nexo causal es parte del elemento de la imputación⁷⁶ o que se debe analizar en el daño.

Ahora bien, en relación con la teoría causal empleada para definir la responsabilidad del Estado, se tiene que en la mayoría de los casos no se hace referencia

75 Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006: "... Se observa entonces que no importa si el actuar de la Administración fue legal o no, para efectos de determinar la responsabilidad, puesto que la antijuridicidad no se predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima de aquella; no obstante, la jurisprudencia continúa aplicando los regímenes de imputación de responsabilidad que de tiempo atrás ha ido decantando, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación de la existencia del daño y del nexo causal de este con aquella.// El principal régimen de imputación de responsabilidad es el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: 1) el daño antijurídico sufrido por el interesado, 2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, 3) 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".

76 Al respecto, ver por ejemplo la sentencia del 28 de marzo de 2012, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, que es uno de los Consejeros de la Sección Tercera del Consejo de Estado que defiende esta tesis. En este fallo expresó que: "Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública". En igual sentido se pronunció la Sala en la sentencia de 7 de julio de 2011, con ponencia de la Magistrada Olga Mérida Valle de De la Hoz, en la cual expresó: "Es evidente que la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada esta Sala, estableció solo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico".

expresa a la utilización de alguna de las establecidas por la doctrina, debiéndose deducir de los elementos estructurantes utilizados que, por regla general, corresponden a la causalidad adecuada y a la imputación objetiva.

No obstante, en relación con la doctrina de la imputación objetiva los Magistrados Jaime Orlando Santofimio y Enrique Gil Botero, la consideran como una doctrina de la imputación y no de la causalidad, en tanto sostienen la tesis de la existencia de solo dos elementos, como se analizó en precedencia, variación jurisprudencial presentada desde 2007.

3.1. La teoría de la causalidad adecuada en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado revela que en algunas ocasiones se analiza la responsabilidad patrimonial del Estado incluyendo los tres elementos tradicionales, a saber: (i) El daño antijurídico. (ii) La imputación. (iii) El nexo causal entre el daño y la imputación, los cuales deben concurrir para deducirla y, en otras, únicamente se exige la concurrencia de los dos primeros requisitos, por considerar que el nexo causal es parte del elemento de la imputación⁷⁷.

Ahora bien, en relación con la teoría causal empleada para definir la responsabilidad del Estado, se tiene que en la mayoría de los casos no se hace referencia expresa a la utilización de alguna, debiéndose deducir de los elementos estructurantes utilizados que, en la mayoría de los casos recientes, corresponden a la causalidad adecuada y a la imputación objetiva.

⁷⁷ Al respecto, ver por ejemplo la sentencia del 28 de marzo de 2012, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, que es uno de los Consejeros de la Sección Tercera del Consejo de Estado que defiende esta tesis. En esa sentencia expresó que: “Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública”. En igual sentido se pronunció la Sala en la sentencia del 7 de julio de 2011, con ponencia de la Magistrada Olga Mélida Valle de De la Hoz, en la cual expresó: “Es evidente que la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991 se fundamenta en el artículo 90 del estatuto superior, el cual como lo ha venido sosteniendo en forma reiterada esta Sala, estableció solo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: (i) El daño antijurídico. (ii) La imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico”.

Tal como lo reseña Ramiro Saavedra Becerra:

... los jueces suelen evadir todo intento de categorización y se limitan a resolver caso por caso, teniendo en cuenta en cada caso las circunstancias y los elementos concretos del suceso. Lo evidente en todo caso es que la teoría de la adecuación (o de la condición adecuada), cuenta con un amplio apoyo jurisprudencial como teoría de la causalidad (no de la imputación), que es como fue formulada inicialmente⁷⁸.

Por su parte, Álvaro Bustamante Ledesma afirma que nuestra jurisprudencia se inclina por esta teoría "...pues en varios pronunciamientos deja muy en claro que la concepción de la causalidad debe entenderse en el sentido de estimar como causas jurídicas del daño solo aquellas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones"⁷⁹.

Un claro ejemplo de la utilización de esa teoría en forma expresa, lo encontramos, entre otros, en la sentencia de 26 de enero de 2011⁸⁰, en la cual el Consejo de Estado consideró:

... una vez se haya establecido que la entidad responsable no ha atendido al contenido obligacional o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa, porque ha omitido el cabal cumplimiento de las funciones y obligaciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, habría que precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada.

En este fallo agregó que:

...para que surja la responsabilidad del Estado en estos casos, es necesario verificar la constatación de la ocurrencia de un incumplimiento omisivo al contenido

78 Saavedra, *La responsabilidad extracontractual*, 553.

79 Bustamante, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 52.

80 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente (E): Dra. Gladys Agudelo Ordóñez. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-06706-01(18431). Actor: Luz Fanny Puentes Valbuena y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

obligacional impuesto a la Administración, de un lado, y la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño, de otro. En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión: en primer lugar, la existencia de una obligación atribuida a una entidad pública y a la cual esta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, que habría interrumpido el proceso causal de producción del daño; daño que, no obstante no derivarse, temporalmente hablando, de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado esta.

La Corporación utilizó la teoría de la causalidad adecuada igualmente en la sentencia del 31 de enero de 2011⁸¹, en la cual precisó que:

... para que el hecho de la víctima pueda ser considerado como causal excluyente de responsabilidad, se debe probar, no solo que la víctima participó en la realización del daño, sino que entre su actuación y el daño existe una relación de causalidad adecuada⁸², esto es, la causa idónea, eficiente y preponderante cuya consecuencia directa e inmediata es el daño mismo⁸³.

En las sentencias citadas, se explicó la teoría en los siguientes términos:

... no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño (...) la aceptación de la causa extraña como causal liberatoria de la presunción de responsabilidad es, en el fondo,

81 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "B". Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 31 de enero de 2011. Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00827-01 (18581). Actor: Lisandro de Jesús Castaño Sanín y otros. Demandado: Municipio de Medellín.

82 Consejo de Estado, S. C. A., Sección Tercera, sentencia del 3 de octubre de 2002, Expediente: 14207, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos.

83 Entendida esta como aquella causa idónea, eficiente y preponderante cuya consecuencia directa e inmediata es el daño mismo. Ver sentencia del 30 de julio de 1998, Expediente: 10891, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos; sentencia del 3 de octubre de 2002, Expediente: 14207, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos; sentencia del 18 de octubre de 2000, Expediente: 11981, Consejero Ponente: Alier Hernández.

la consagración de la teoría de la causalidad adecuada... aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal modo, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño⁸⁴.

3.2. La teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia del Consejo de Estado

En pronunciamientos recientes, es posible identificar, por sus elementos esenciales, la aplicación por parte del Consejo de Estado de la teoría de la imputación objetiva, desde la perspectiva tanto de la creación de un riesgo no permitido como desde el desarrollo de la posición de garante, cuyos elementos se analizaron al establecer el marco teórico.

Esta aseveración es corroborada por el tratadista Carlos Enrique Muñoz Pinzón, quien afirma que la jurisdicción contencioso administrativa en los últimos años ha venido aplicando algunos criterios que pertenecen a la dogmática de la imputación objetiva⁸⁵.

Uno de los primeros fallos que abordó el tema es el del 4 de octubre de 2007, expediente No. 15567, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero. En esta oportunidad, se acudió al concepto expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-1184 de 2001 y a la noción que trae Jorge Fernando Perdomo Torres⁸⁶, quien afirma que “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”.

Consideró el Consejo de Estado, en la referida sentencia que:

Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento

84 Consejo de Estado, S. C. A., Sección Tercera, sentencia: 18 de octubre de 2000, Expediente: 11981, Consejero Ponente: Alier Hernández.

85 Pinzón, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 390.

86 Jorge Fernando Perdomo, La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión (Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación de Derecho Penal, 2001), 17-20.

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 hecho⁸⁷.

Para la Corporación el fundamento normativo de la teoría que desarrolla se encuentra en los artículos 2 y 218 de la Carta Política.

En un pronunciamiento posterior⁸⁸, declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por la muerte de un Inspector del Trabajo que fue asesinado en la ciudad de Medellín, con fundamento en la teoría de la imputación objetiva y, específicamente, en la posición de garante, para lo cual delimitó si la Policía Nacional estaba o no compelida a evitar el resultado dañoso.

Así mismo, en sentencia del 26 de marzo de 2009⁸⁹, encontró responsables al Ejército y a la Policía Nacional por la desaparición de tres ciudadanos que se movilizaban desde Villavicencio al municipio de Montfort; ordenó a las entidades demandadas reparar integralmente el perjuicio causado a las víctimas, al comprobar que la Fuerza Pública se encontraba en posición de garante respecto de quienes ocupaban el vehículo de transporte público y, a pesar de haber sido previamente avisada del riesgo, omitió desplegar un comportamiento que evitara el resultado dañoso.

Las consideraciones expuestas en esta oportunidad fueron las siguientes:

... en ese orden de ideas, el hecho de analizar un resultado bajo la perspectiva de ingredientes normativos (v.gr. como la posición de garante), fijados por la ley y la jurisprudencia es lo que permite, con mayor facilidad, establecer la imputación fáctica (atribución material), esto es, se itera, la asignación de un determinado daño en cabeza de un específico sujeto. (...) Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basilares sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su

87 Consejo de Estado, sentencia del 4 de diciembre de 2007, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

88 Consejo de Estado, Sentencia del 4 de diciembre de 2007. Expediente número: 16894. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

89 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009. Expediente: 17994, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada.

A efectos de concretar el análisis a eventos de daños ocasionados en el marco del conflicto armado interno y verificar cómo se ha abordado en estos la relación de causalidad, es importante analizar la sentencia dictada por el Consejo de Estado en la cual se pronunció sobre los hechos ocurridos el 30 de agosto de 1996 en la Base Militar de Las Delicias, oportunidad en la cual aplicó en forma expresa la doctrina de la imputación objetiva.

En efecto, al realizar la valoración integral de las pruebas allegadas a la actuación, concluyó que:

... hay pruebas suficientes para acreditar la omisión de prevenir o atender adecuadamente la situación de riesgo objetivo creada por el Estado, al permitir que un resultado dañoso como el ocurrido en la toma de la Base Militar de las Delicias, lo que no se constituía en un imposible material, militar, ni jurídico...⁹⁰

En esta sentencia se reitera la existencia de únicamente dos elementos de la responsabilidad, el daño y la imputación y se analiza este último a la luz de la teoría de la imputación objetiva, en los siguientes términos:

Cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que 'parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones'. 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 ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de 'cuándo un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta'.

Esto, sin duda, es un aporte que se encuentra descrito por Larenz cuando afirma la necesidad de 'excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que estos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar'. 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

90 Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia del 25 de mayo de 2011, expedientes acumulados 15838, 18075 y 25212.

la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no.

Esta doctrina se reitera en la reciente sentencia del 20 de octubre de 2014, dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la cual se analizan únicamente dos elementos de la responsabilidad: el daño y la imputación, cuando se afirma que: “Para abordar dicho problema jurídico, la Sala examinará en primer lugar si el daño ocasionado al demandante reviste las características de ser antijurídico para, luego de ello, proceder a valorar si el mismo es imputable a la demandada”.

Se aplica la doctrina de la imputación objetiva, al analizar el elemento de la imputación y no de la causalidad, cuando considera que al abordar la atribución de la responsabilidad “... resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado” y se fijan, como fundamento de la teoría aplicable al caso, los precedentes de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual se hace en los siguientes términos:

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia 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 imputación⁹¹.

Como precedentes la CIDH trae a colación que la responsabilidad del Estado, en el marco de un conflicto armado, puede generarse:

... por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también

91 Cabe destacar que la sentencia de la Corte Constitucional que se trae como fundamento para incorporar la teoría de la imputación objetiva es la SU-1184 de 2001, que se analizó en el presente artículo cuando se estudiaron los alcances de la Corte Constitucional y se advirtió la importancia de su estudio al haber generado una significativa influencia de la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado sobre el tema.

en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales. 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.

Es importante anotar que el Consejo de Estado ha aplicado esta teoría en el caso de daños ocasionados por el abandono de material de guerra por parte de los actores armados; en efecto, en sentencia de 22 de enero de 2014, se analizó el daño consistente en la muerte de un joven, ocurrida como consecuencia del abandono de material de guerra después de un combate. La secuencia de los hechos se relató así:

El día 7 de septiembre de 1997, un grupo subversivo perpetró un ataque al Comando de Policía del municipio de Yalí (Ant); ello originó que las autoridades de este municipio solicitaran refuerzos a otras Fuerzas del Estado para repeler el ataque.

1.2. Al lugar de los hechos fueron desplazados efectivos del Comando de Policía Antioquia, y de las Brigadas Cuarta y Décima Cuarta, de Medellín y Puerto Berrío respectivamente, para repeler el ataque y perseguir a los subversivos. El Ejército y la Policía emplearon helicópteros de combate, desde los cuales fueron disparados varios rockets (sic), algunos de estos que no alcanzaron a explotar al caer a tierra.

1.3. El día 3 de octubre de 1997 el joven José Antonio Tobón Rúa se encontraba en la finca ‘La Candelaria’ del municipio de Yalí, de propiedad del señor Carlos Misas, desarrollando actividades agrícolas cuando inconscientemente activó un rocket que allí habían lanzado y disparado los miembros de la Fuerza Pública el 7 de septiembre anterior, artefacto que hizo explosión causándole la muerte en forma inmediata.

Al resolver el caso concreto, el Consejo de Estado consideró que la tesis de conformidad, con la cual a la administración no se le puede exigir la protección de los ciudadanos de todo atentado criminal, ha sido superada, por cuanto la Sala ha aplicado la figura de la “posición de garante”, para efectos de configurar las omisiones de la administración, cuando entra en juego el deber de protección y seguridad.

En este orden de ideas, consideró que el daño, si bien fue generado por un tercero, resulta atribuible a la administración pública, concretamente, por el

desconocimiento del deber de protección y cuidado establecido en el inciso segundo del artículo segundo de la Constitución Política⁹².

En un caso similar se declaró la responsabilidad de la Nación, por la omisión de los agentes de la Policía Nacional, al no informar a la población civil de la posible existencia de elementos bélicos dejados por miembros de la subversión al momento de su huida, oportunidad en la cual, igualmente, utilizó la teoría de la “posición de garante”⁹³.

Reiterando la tesis expuesta, la Sección Tercera declaró la responsabilidad de la Nación - Ejército Nacional, considerando que:

... con aplicación del régimen de la responsabilidad estatal que se hace derivar del riesgo, la entidad pública está obligada a resarcir a los demandantes, puesto que el daño que se trata se produjo como consecuencia del riesgo extremo a que se vieron sometidos los habitantes de la región teatro de los acontecimientos al haber quedado, convertida en vórtice de la guerra fratricida que enfrentaba a las fuerzas de la subversión con las tropas regulares⁹⁴.

Bajo la misma doctrina de la imputación objetiva se han estudiado los daños ocasionados a personas o edificaciones cercanas a estaciones de Policía y otros inmuebles públicos. Al abordar el estudio de este tipo de daños, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha acudido a las teorías del riesgo creado y de la posición de garante, sin realmente brindar claridad en torno a si está estudiando

92 “... 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 esta 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”. Enríquez Hernández y Catalina Franco, *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Bogotá: Ed. Nueva Jurídica, 2007), 52.

93 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia del 25 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

94 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1997. Consejero Ponente: Juan de Dios Montés Hernández.

el elemento de imputación o el de causalidad, los cuales en muchas ocasiones se mezclan sin procurar suficiente rigor conceptual.

En efecto, ha considerado que el debate sobre la responsabilidad estatal, en este tipo de eventos ofrece dificultad al momento de encuadrar el juicio de responsabilidad, pues en muchos casos el daño por el cual se reclama indemnización, ha sido causado por el actuar de los grupos subversivos y no por el de los agentes del Estado, con lo que, aparentemente, se estaría en presencia de una causal eximente de responsabilidad como es el hecho de un tercero, por lo que ha acudido a la teoría de la imputación objetiva.

Al respecto, resulta importante el fallo del 28 de septiembre de 2012⁹⁵, en el cual se encontró responsable al Estado por cuanto miembros de la Fuerza Pública sostuvieron un enfrentamiento armado para repeler el ataque en contra del comando de policía proveniente de un grupo subversivo que incursionó en la población de Siberia, causando perjuicios a quienes residían en inmediaciones al lugar.

El Consejo de Estado consideró que el daño se produjo con ocasión del conflicto armado interno, de tal manera que se impone al Estado la obligación de indemnizar a los actores, pues es al Gobierno, a quien le corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, mantener a la población civil al margen del conflicto y socorrer a sus víctimas, en su condición de garante.

En sentencia del 31 de mayo de 2013⁹⁶ se analizó el daño sufrido por el demandante, consistente en la sustracción del ganado vacuno de su propiedad en noviembre de 1998 por miembros de las FARC en el municipio de San Vicente del Caguán (Caquetá), lugar que hizo parte de la Zona de Distensión establecida por el Gobierno Nacional en el marco del proceso de paz, adelantado con el grupo insurgente⁹⁷.

95 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "B". Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012) Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00725-01(25319) Actora: Claribel Córdoba Almendra. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

96 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación número. 180012331000199900146 01 (25624); Actor: Ismael Díaz Gaitán. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y otros.

97 De acuerdo con la Resolución número. 085 de 1998 dictada por el Presidente de la República de la época Doctor Andrés Pastrana Arango.

Al abordar el juicio de responsabilidad examinó el daño y la imputación al Estado, sin hacer referencia alguna al nexo causal como elemento de la responsabilidad, tampoco hizo alusión a la doctrina de la imputación objetiva, pero sí se referenció la obligación de protección de los ciudadanos en la Zona de Distensión y la obligación del Estado de garantizar su vida, honra y bienes, sin fijar marco teórico o conceptual.

En sentencia del 12 de junio de 2013⁹⁸ se estudiaron los daños ocasionados al demandante en hechos acaecidos en abril de 2004, en el marco del Plan Patriota u Operación J.M., en el cual el Ejército Nacional inició una ofensiva militar contra las FARC en la población de Peñas Coloradas, jurisdicción del municipio de Cartagena del Chairá, Caquetá, daños que consistieron en la retención de maquinaria y herramientas de trabajo, cuando los demandantes fueron desplazados por los combates que se presentaron entre la fuerza pública y el grupo insurgente.

En esta providencia se analizó el incumplimiento de normas del Derecho Internacional Humanitario frente a la obligación de las Fuerzas Armadas de garantizar la seguridad y protección para la recuperación de bienes de personas civiles en el marco del conflicto armado interno, haciéndose expresa referencia al riesgo creado y a la posición de garante.

Los anteriores pronunciamientos y los ejemplos expuestos permiten concluir que la jurisprudencia actual del Consejo de Estado en Colombia presenta una clara tendencia hacia la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, con la cual se ha pretendido superar, definitivamente, la aplicación de las doctrinas de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada.

Tal afirmación quedó expresa en reciente sentencia del 8 de abril de 2014⁹⁹, en la cual se estudiaron los daños causados con ocasión de la muerte de un miembro de la Policía Nacional en hechos ocurridos el 17 de noviembre de 1999, durante el ataque perpetrado por un frente de las FARC al municipio de Dolores, departamento del Tolima.

98 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00246-01 (36415) Actor: José Agustín Agatón y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

99 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 73-00-123-31-000-2000-02837-01 (28318). Actor: Rubia Yaneth Díaz Rocha y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y otros.

Sobre este aspecto, precisó que:

... la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que 'parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones'. 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 ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de 'cuándo un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta'.

Agregó que ello obedece a un aporte de Larenz, cuando afirma la necesidad de "excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que estos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar", concluyendo que, 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.

De la cita transcrita en precedencia se advierte nuevamente la confusión en la doctrina de la Corporación de cierre entre causalidad e imputación, pues si bien aplica la imputación objetiva al analizar la imputación, en ocasiones la califica como un correctivo de la causalidad.

4. CONCLUSIONES

1) La existencia de los tres elementos tradicionales de la responsabilidad que, igualmente, se reconocen en la doctrina española, a saber: (i) La existencia del daño antijurídico o lesión. (ii) La imputación o atribución al Estado. (iii) El nexo causal entre el daño y la imputación.

Tales elementos se desprenden de la redacción que le dio el constituyente al artículo 90 de la Constitución que los consagra expresamente y del cual no les es dable separarse a los interpretes de la Carta ni a los legisladores a la hora de reglamentarla.

En efecto, tal precepto constitucional establece que:

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

Estos requisitos aparecen reiterados en la redacción que el legislador le dio al artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, en la que consagró la acción de reparación directa, haciendo referencia expresa al nexo causal, así:

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual

debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño. La obligación será conjunta y no se dará aplicación a la solidaridad prevista en el artículo 2344 del código civil.

De la redacción de la norma se advierte la consagración expresa del elemento objeto de análisis en forma independiente del daño y de la imputación, con la utilización de expresiones como ‘producidos’, ‘causados’ e ‘influencia causal’, que no permiten al interprete concluir que la imputación y la causalidad puedan considerarse términos sinónimos o equivalentes o que se trata de dos dimensiones de un mismo presupuesto, pues claramente nos encontramos frente a aspectos autónomos de la responsabilidad.

Así, ante tal consagración expresa y la claridad normativa que se advierte de la redacción de los preceptos, no es dable afirmar que el nexo causal no es un elemento autónomo e independiente que exija su concurrencia para elevar el juicio de responsabilidad, como lo ha venido haciendo un sector de la jurisprudencia nacional.

2) No se deben confundir los conceptos de ‘imputación’ y de ‘causalidad’, toda vez que corresponden a elementos claramente diferenciados, cuya concurrencia es indispensable para elevar el juicio de responsabilidad.

Se destaca que la reciente doctrina del Consejo de Estado no aclara con suficiencia conceptual si las causales de exoneración de responsabilidad como el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, que tradicionalmente se han considerado como un rompimiento del nexo causal, desvirtúan el requisito de la imputación o de la causalidad.

3) Se analizó y ratificó la responsabilidad del Estado, con el estudio de casos concretos, la teoría de la imputación objetiva traída de la dogmática del derecho penal y que a su vez la incorporó al derecho civil, por parte del Consejo de Estado.

Sin embargo, se considera necesario advertir que si bien existen coincidencias entre la responsabilidad penal, civil y administrativa, rigen también pautas diferentes que hacen que no en todos los eventos sea posible transpolar la tesis del primero a los segundos.

En efecto, tal como se expuso a lo largo de este artículo, mientras en derecho penal toda responsabilidad va unida al principio de culpabilidad —solo responde penalmente quien no se halle en un error sobre la norma o la prohibición y sea plenamente dueño de sus actos, y solo se responde por los actos propios— en derecho administrativo esos requisitos se atenúan y es posible responder por actos de terceros en virtud de la aplicación de teorías como la posición de garante y el riesgo creado.

4) La Corporación de cierre en materia contencioso-administrativa colombiana, en especial en las providencias que tienen ponencia de los Magistrados Enrique Gil Botero y Jaime Orlando Santofimio, utilizan la teoría de la imputación objetiva al estudiar el elemento de la imputación y no como una teoría de la causalidad, sin que la redacción de los fallos ofrezca suficiente claridad conceptual.

5) La jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en especial la que se analizó en este artículo, que trae expresamente la teoría de la imputación objetiva como respuesta a los eventos de responsabilidad del Estado por el hecho de terceros, tiene una clara influencia en los precedentes de la CIDH y de la Corte Constitucional.

No obstante, dicha jurisprudencia se fundamenta en precedentes en los que la CIDH analizó hechos perpetrados por paramilitares o grupos de autodefensas, en los cuales el argumento fundamental fue la participación, colaboración o aquiescencia del Estado, gracias a la creación de un marco jurídico y a la ayuda de las Fuerzas Militares; lo cual marca una diferencia significativa con los hechos perpetrados por las FARC, en los cuales no ha existido la aquiescencia o colaboración del Estado, ni ha sido creado un marco jurídico que reglamente su funcionamiento y, por ende, se genere un riesgo con el cual se pueda efectuar el juicio de responsabilidad.

6) Finalmente, se advierte la necesidad de evitar los posibles excesos que puede generar la aplicación de la institución jurídica¹⁰⁰, que amplía los casos de res-

100 Como lo señaló la tratadista Margarita Beladiez Rojo, al pretender estructurar con claridad los elementos que debería tener al transpolar la institución al derecho de daños.

ponsabilidad del Estado por hechos de terceros, en tanto que no se puede hacer responsable al Estado en todos los casos, máxime cuando los recursos públicos son limitados en un país como el nuestro que aún no ha logrado un nivel de desarrollo que le permita reparar todos los daños.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, Rafael Roing, R. Claus Roxin y Manuel Atienza, *El derecho contemporáneo. Lecciones fundamentales para su estudio*. México: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2004.
- Arcos, María Luisa. *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia*. Madrid: Editorial Cizur Menor, 2005.
- Arenas, Hugo Andrés. *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Bogotá: Editorial Legis, 2014.
- Arenas, Hugo Andrés. *El régimen de responsabilidad objetiva*. Bogotá: Editorial Legis, 2013.
- Beladiez, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid: Tecnos. 1997 citada por Ramiro Saavedra Becerra en su libro *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Medellín: Editorial Gustavo Ibáñez, 2003.
- Bernal, C, Jorge Zafra. *La filosofía sobre la responsabilidad civil. Estudio sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Bustamante, Álvaro. *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyera. Segunda edición, 2003.
- Cancio, Manuel. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- Diazgranados, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad*. Bogotá: Universidad Javeriana y Universidad del Rosario. Segunda edición, 2008.
- Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto. *Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria*. Barcelona: Indret, 2003, consultado 20 de noviembre, 2014, http://www.indret.com/pdf/180_es.pdf
- García de Enterría, Eduardo y Tomas-Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo II*. Madrid: Editorial Civitas. Segunda edición, 1977.
- Jacobs, Günter. *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires: Editorial Ad Hoc., 1996.
- Hernández, Alier Eduardo y Catalina Franco. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá: Nueva Jurídica, 2007.
- López, Claudia. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Medina, Luis. "Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual y extracontractual". *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*. No. 30 (Segundo Trimestre 2009): 31. Consultado 19 de octubre, 2014, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/RC%2030.pdf>

- Medina, Luis. *Teoría de la pérdida de oportunidad*. Editorial Aranzadi, 2010.
- Papayannis, Diego M. *Comprensión y Justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Editorial Marcial Pons., 2014.
- Perdomo, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación de Derecho Penal, 2001.
- Pinzón, Carlos Enrique. *La responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2014.
- Reyes, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 1996.
- Ricoeur, Paul. *La memoria, la historia, el olvido*. Traducción Agustín Neira. Madrid: Trota, 2003.
- Saavedra, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Medellín: Ediciones Jurídicas Ibáñez, 2003.
- Tamayo, Javier. *De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa*. Santafé de Bogotá: Temis, Segunda edición. Tomo I, vol. 2., 1996.
- Valladolid, Tomás. *Justicia y Memoria. La justicia reconstructiva. Presentación de un nuevo paradigma*. Barcelona: Anthropos. 2011.

Sentencias analizadas

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 31 de enero de 2006. Caso de Pueblo Bello vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 1 de julio de 2006. Caso de Ituango vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 11 de mayo de 2007. Caso de la Rochela vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Caso Campo Algodonero vs. México.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-353 de 2013. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez. Expediente número: 10948 y 11643 (Acum). Actor: Luis Polidora Combita y otros. Contra: la Nación - Ministerio de Defensa Nacional.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C”. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 9 de mayo

- de 2011. Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976). Actor: Valentín José Oliveros y otros. Contra: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "A".
Consejera Ponente: (E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18.965).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: (E) Dra. Gladys Agudelo Ordóñez. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-06706-01(18431). Actor: Luz Fanny Puentes Valbuena y otros. Contra: Nación - Ministerio de Defensa Nacional. - Policía Nacional.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "B".
Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 31 de enero de 2011. Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00827-01(18581). Actor: Lisandro de Jesús Castaño Sanín y otros. Contra: Municipio de Medellín.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2002. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos. Expediente número: 14207.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de octubre de 2000. Consejero Ponente: Alier Hernández. Expediente número: 11981.
- Consejo de Estado, Sentencia del 4 de diciembre de 2007. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente número: 16894.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2009. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente número: 17994.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "C".
Sentencia del 25 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1997. Consejero Ponente: Juan de Dios Montés Hernández.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Daniel Suárez Hernández. Expediente número: 6014. Sentencia del 7 de mayo de 1991. Anibal Orozco Cifuentes. Contra: la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente número: 7136. Sentencia del 29 de abril de 1994. Magistrado Ponente Alier Hernández Enríquez. Nohemí Revelo de Otálvaro. Contra: la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Magistrada Ponente Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Expediente número: 8577. Acción de grupo radicada: 52001-23-31-000-2004-00605-02(AG). Sentencia del 23 de septiembre de 1994. Demandante: Justo Vicente Cuervo Londoño. Contra: la Nación - Ministerio de Defensa Nacional.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 2012. Magistrado Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón. Radicación número: 190012331000199900815 01 (21515) Actora: María Hermenza Tunubala Aranda. Contra: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “B”. Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 28 de septiembre de 2012. Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00725-01(25319) Actora: Claribel Córdoba Almendra. Contra: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “B”. Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, sentencia del 27 de septiembre de 2013. Radicación número: 07001233100020010134502(28711) Actor: Arcadio Bernal Supelano y otros. Contra: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional. Referencia: Acción de reparación directa.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01111-01 (30273). Sentencia del 26 de marzo de 2014. Magistrada Ponente: Olga Mélida Valle de De la Hoz. Actora: Margarita del Carmen Beltrán Vda. De García y otros. Contra: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación número. 180012331000199900146 01 (25624); Sentencia del 31 de mayo de 2013. Magistrada Ponente Stella Conto Díaz del Castillo Actor: Ismael Díaz Gaitán. Contra: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y otros.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00246-01(36415). Sentencia del 12 de junio de 2013. Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón. Actor: José Agustín Agatón Ardila y otros. Contra: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 73-00-123-31-000-2000-02837-01 (28318). Sentencia del 8 de abril de 2014. Actora: Ruby Yaneth Díaz Rocha y otros. Contra: Ministerio de Defensa - Policía Nacional y otros.

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia



Universidad del
Rosario