

PRUEBAS - Prueba trasladada / PRUEBA TRASLADADA - Requisitos / PRUEBA TRASLADADA - Valoración / PRUEBA TRASLADADA - Copia auténtica / DOCUMENTOS PRIVADOS O PUBLICOS - Apreciación probatoria

De conformidad con el artículo 168 del CCA, “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 185 señala que “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”. En relación con la exigencia de allegar al proceso copia auténtica de las actuaciones judiciales, el artículo 254 del C.P.C. establece que tratándose de documentos privados o públicos, estos son, los otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 del C.P.C.), solo pueden ser aducidos o apreciados como prueba dentro del proceso contencioso administrativo, si el secretario del respectivo juzgado realiza diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello, precisando 'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista', según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983. Adicionalmente, el artículo 185 del C.P.C. establece que el traslado de la prueba practicada en el proceso original, solo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. No obstante lo anterior, la Sala ha sostenido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que en tales casos resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión. Las anteriores precisiones resultan pertinentes en el presente asunto habida cuenta que la parte demandada aportó junto con la contestación a la demanda copia auténtica de las diligencias adelantadas por la Fiscalía 46 Seccional del Guamo, Tolima, en relación con la investigación de la muerte de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS. Pues bien, dichas diligencias serán valoradas en el presente asunto habida cuenta que fueron aportadas en copia auténtica por la entidad demandada, igualmente fueron solicitadas en la demanda y, por último, de las mismas se les corrió traslado a las partes mediante auto de 14 de febrero de 2000.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / DECRETO 2148 DE 1983 - ARTICULO 35

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la apreciación probatoria de los documentos privados o públicos, ver sentencias del Consejo de Estado, de mayo 2 de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 31217, y de junio 10 de 2009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 17838. En relación con la valoración de la prueba trasladada, ver sentencias del Consejo de Estado, de febrero 21 de 2002, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. 12789; y de enero 26 de 2011, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez. Exp. 18429.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, ver sentencias de la Corte Constitucional, C-832 de 2001, C-333 de 1996, C-892 de 2001 y C-832 de 2001.

DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto. Noción / ANTIJURIDICIDAD DEL PERJUICIO - Concepto / DAÑO ANTIJURIDICO - Principio de igualdad frente a las cargas públicas / DAÑO ANTIJURIDICO - Principios / DAÑO ANTIJURIDICO - Características

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la, “... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”. Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado, “La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”. De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución”. Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Sobre daño antijurídico, consultar sentencias de la Corte Constitucional, C-254 de 2003, C-285 de 2002, C-333 de 1996, C-918 de 2002, C-285 de 2002, C-333 de 1996 y C-832 de 2001. Así como las sentencias, del Consejo de Estado, de 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG, de septiembre 14 de 2000, exp.12166 y de junio 2 de 2005, exp. 1999-02382 AG.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Principio de imputabilidad / PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD - Concepto / IMPUTACION

- Sustento fáctico y atribución jurídica / IMPUTACION OBJETIVA - Título autónomo de responsabilidad del Estado / IMPUTACION OBJETIVA - Noción

Ahora bien, en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar 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). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las 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 nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de imputabilidad, ver sentencias de la Corte Constitucional, C-254 de 2003,

JUICIO DE RESPONSABILIDAD - Teoría de la equivalencia de las condiciones / JUICIO DE RESPONSABILIDAD - Teoría de la causalidad adecuada / IMPUTACION - Objetiva / IMPUTACION - Principio de proporcionalidad / JUICIO DE IMPUTACION - Noción. Concepto

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. Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Ahogamiento de menor en canal de riego / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DELESTADO - Daño antijurídico / DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto. Noción. Definición / DAÑO ANTIJURIDICO - Deber de reparación integral / INDEMNIZACION DE DAÑOS - Principio de buena fe

A pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”,

no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”. De tal definición fácilmente se extraen las siguientes dos consecuencias, a saber: “a. Solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad” y b. “Que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución)”. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala encuentra suficientemente acreditado el daño antijurídico consistente en la muerte de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS en hechos ocurridos el 6 de noviembre de 1998 como consecuencia de su ahogamiento en el canal de riego “Cucuana” ubicado en la vereda “El jardín” del área rural del municipio del Guamo, Tolima. En efecto, en el caso concreto sí existe daño antijurídico consistente en las consecuencias que se desprenden del deceso de un ser querido, sin que los demandantes estén compelidos u obligados a tolerarlas o soportarlas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: En relación con el concepto de daño antijurídico, ver sentencias del Consejo de Estado, de marzo 2 de 2000, M.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 11945; de noviembre 11 de 1999, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. 11499; de diciembre 5 de 2005, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. 12158; de junio de 2008, M.P. Myriam Guerrero De Escobar. Exp. 15657; y Aclaración de voto del Dr. Enrique Gil Botero, de julio 30 de 2008, exp. 15726. Así mismo, puede consultarse las sentencias de la Corte Constitucional, C-832 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CAUSALIDAD - Noción / IMPUTACION - Noción / CAUSALIDAD E IMPUTACION - Diferencia

Mientras que “La causalidad es un proceso de conocimiento, reconocimiento del mundo externo, con él se busca la explicación fenomenológica de situaciones o eventos, (...) la imputación es un proceso de racionalización de la relación entre una conducta y los actos o hechos desplegados por los sujetos”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre las diferencias de causalidad e imputación, ver sentencia del Consejo de Estado, de enero 24 de 2011, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 15996.

NEXO DE CAUSALIDAD - Concepto / IMPUTACION - Noción / IMPUTACION JURIDICA - Noción / IMPUTACION E IMPUTACION JURIDICA - Diferencia

El nexo de causalidad es un “concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción

u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material” y, por su parte, la imputación jurídica supone “establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico”.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el análisis de imputación, ver aclaración de voto del Dr. Enrique Gil Botero a la sentencia del Consejo de Estado, de septiembre 19 de 2007, exp. 16010.

CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - Efectos

La jurisprudencia nacional ha reconocido la existencia de cuatro causales que impiden la imputación de responsabilidad a la administración, a saber: fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero y hecho de la víctima. En efecto, los aludidos eventos “dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo”.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de las causales eximentes de responsabilidad, ver sentencias del Consejo de Estado, de mayo 26 de 2010, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18800 y de enero 26 de 2011, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez, exp. 18429.

HECHO DE LA VICTIMA - Irresistibilidad imprevisibilidad y exterioridad / HECHO DE LA VICTIMA - Definición / HECHO EXCLUSIVO DE LA VICTIMA - Causal de exoneración de responsabilidad. Menores de edad y dementes / HECHO EXCLUSIVO DE LA VICTIMA - Actuación exclusiva o determinante del daño / HECHO EXCLUSIVO DE LA VICTIMA - Resulta innecesario valorar el elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad a la administración

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado. En reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha reconocido que procede la declaratoria del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad aun tratándose de menores de edad y dementes. En este sentido, esta corporación ha señalado que “la valoración sobre la intervención causal de la víctima se puede declarar aun tratándose de menores de 10 años y de los dementes, quienes si bien no son susceptibles de cometer culpa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2346 del Código Civil, su actuación puede exonerar de responsabilidad a la entidad demandada cuando sea causa exclusiva del daño”. Por último, es preciso resaltar que siempre que la actuación de la víctima sea la causa única, exclusiva o determinante del daño, resulta innecesario valorar el elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad a la administración.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 2346

NOTA DE RELATORIA: Sobre la definición del hecho exclusivo de la víctima, ver sentencias, de abril 26 de 2008, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 16235; y de febrero 18 de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 17179.

IRRESISTIBILIDAD - Concepto. Noción. Definición / IMPREVISIBILIDAD - Concepto. Noción. Definición / CAUSA EXTRAÑA - Exterioridad / EXTERIORIDAD - Noción

La irresistibilidad alude a la “imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—.” La irresistibilidad no supone que la mera dificultad se erija en imposibilidad total, no obstante, “ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano”. Así, en cada caso el Juez deberá interpretar “La imposibilidad de ejecución (...) de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida”. Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de “de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”. En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que “resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”. En tercer lugar, la exterioridad de la causa extraña respecto del demandado “se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que (se) invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente (...) la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada”.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 64

NOTA DE RELATORIA: Sobre la irresistibilidad, la imprevisibilidad y la exterioridad de la causa extraña, ver sentencias del Consejo de Estado, de marzo 26 de 2008, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 16530; de mayo 26 de 2010, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18800; de marzo 26 de 2008, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 16530; Así mismo, consultar sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de enero 26 de 1982.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Causal eximente de responsabilidad / CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD - Hecho exclusivo de la víctima / HECHO EXCLUSIVO DE LA VICTIMA - Ahogamiento de menor en canal de riego / HECHO EXCLUSIVO DE LA VICTIMA - Elementos / HECHO EXCLUSIVO DE LA VICTIMA - Configuración / HECHO EXCLUSIVO DE LA VICTIMA - Menor se arrojó al canal de riego Cucuana sin saber nadar / DAÑO ANTIJURIDICO - No es imputable a la entidad demandada

De una lectura juiciosa del acervo probatorio se desprende que la hipótesis según la cual la occisa resbaló y cayó a las aguas del canal “Cucuana” no se compadece con las reglas de la experiencia habida cuenta del amplio espacio vehicular y peatonal de la vía, así como de la existencia de un montículo natural que separa el paso vehicular y peatonal del canal de riego referido y que cuenta con la altura

suficiente como para detener cualquier cuerpo de mediana estatura en caso de un accidente como el señalado por los testimonios en comento. Así las cosas, en el caso concreto se encuentran acreditados los elementos de irresistibilidad, imprevisibilidad y externalidad propios del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad de la Administración. En efecto, para la entidad demandada resultaba inevitable el acaecimiento del daño, así como de sus nefastas consecuencias, ésta se encontraba en una situación de imposibilidad normalmente insuperable en relación con la muerte de la occisa en las condiciones acreditadas en el presente asunto. Asimismo, que una menor se arroje a un canal de riego como el referido en el presente asunto constituye de suyo un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional y de rara ocurrencia, el cual en todo caso resulta imprevisible para la Administración. Y por último, claramente las entidades demandadas no tienen el deber jurídico de responder patrimonialmente por los perjuicios derivados de la muerte de quien voluntariamente se arroja a un canal de riego, río, caño o, en general, cualquier cauce hídrico. Dado lo anterior, para la Sala resulta diáfano que el resultado dañoso se produjo como consecuencia exclusiva del hecho de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS consistente en arrojarse al canal de riego “Cucuana” ubicado en la vereda “El jardín” del área rural del municipio del Guamo, Tolima, con lo cual deviene innecesario pronunciarse sobre el elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad a la administración. En los anteriores términos, la Sala encuentra acreditada la excepción de hecho exclusivo de la víctima lo cual impide que el daño antijurídico demostrado en el presente asunto sea imputable a la Administración y, en consecuencia, que esté llamada a reparar los perjuicios causados como consecuencia del mismo. En atención a las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida en el presente asunto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil once (2011)

Radicación: 73001-23-31-000-1999-00265-01(19548)

Actor: PEDRO ALEJANDRO GUALTERO MENDOZA Y OTROS

**Demandado: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO URBANO-
INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS –INAT-**

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (SENTENCIA)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 2 de octubre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la que se dispuso:

“NEGAR, las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora.” (Sic)

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Presentación de la demanda

El día 19 de febrero de 1999, los señores PEDRO ALEJANDRO GUALTERO MENDOZA y SOFIA VARGAS CAICEDO, en nombre propio y en representación de sus menores hijos ESPERANZA, LUCRECIA y PEDRO ALEJANDRO GUALTERO VARGAS, mediante apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., mediante la cual solicitaron que se profirieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

“1.1 DECLARAR QUE LA NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, entidad de derecho público del orden nacional, representada por el señor Ministro, o por quién lo reemplace o haga sus veces, y el INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS –INAT-, entidad del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; representada por su Gerente, o por quién haga sus veces, entidades que conforman LA PARTE DEMANDA.; son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a los señores PEDRO ALEJANDRO GUALTERO MENDOZA, quién es mayor de edad, vecino y domiciliado en el Guamo, Departamento del Tolima, identificado con la cédula de ciudadanía número 93.080.075 de El Guamo, SOFIA VARGAS CAYCEDO, mayor de edad, vecina y domiciliada en El Guamo, identificada como aparece al pie de su firma, quienes obran en su propio nombre y como representantes de los menores ESPERANZA GUALTERO VARGAS, LUCRECIA GUALTERO VARGAS y PEDRO ALEJANDRO GUALTERO VARGAS, actualmente con diecisiete (17), trece (13) y diez (10) años de edad respectivamente, quienes conforman LA PARTE DEMANDANTE OCASIONADOS POR FALLA O FALTA DEL SERVICIO O DE LA ADMINISTRACIÓN QUE CONDUJO A LA MUERTE DE LA MENOR VERONICA GUALTERO VARGAS, en hechos acaecidos el día 6 de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1.998) aproximadamente a las diez (10.00) de la mañana, en jurisdicción del municipio de El Guamo.

¹ Fls. 1 a 32 del C. 1.

1.2 *CONDENAR en consecuencia a la NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, entidad de derecho público del orden nacional, representada por el señor Ministro, por quién lo reemplace o haga sus veces, y el INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS –INAT-, entidad del orden nacional adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; representada por su Gerente, o por quién haga sus veces, entidades que conforman LA PARTE DEMANDA:, son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a los señores PEDRO ALEJANDRO GUALTERO MENDOZA, quién es mayor de edad, vecino y domiciliado en el Guamo, Departamento del Tolima, identificado con la cédula de ciudadanía número 93.080.075 de El Guamo, SOFIA VARGAS CAYCEDO, mayor de edad, vecina y domiciliada en El Guamo, identificada como aparece al pie de su firma, quienes obran en su propio nombre y como representantes de los menores ESPERANZA GUALTERO VARGAS, LUCRECIA GUALTERO VARGAS y PEDRO ALEJANDRO GUALTERO VARGAS, actualmente con diecisiete (17), trece (13) y diez (10) años de edad respectivamente, o a quién sus derechos represente, los perjuicios de orden material y moral, objetivados y subjetivos, actuales y futuros, los cuales estiman como mínimo la suma de CIENTO NOVENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS (\$194'469.240.00) moneda corriente, o SUBSIDIARIAMENTE, conforme a los que resulte probado dentro del proceso, o en su defecto, en forma genérica.*

1.3. *La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales a partir del día seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1.998), hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso.*

1.4. *CONDENAR a la parte demandada a pagar las costas del proceso.*

1.5. *LA PARTE DEMANDADA, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.” (Sic).*

1.2. Fundamento fáctico

Según el actor, los hechos que motivaron la presentación de la demanda son los siguientes:

- a) Aproximadamente a las 10.00 a.m., del día 6 de noviembre de 1998, la niña VERÓNICA GUALTERO VARGAS descendió junto con su hermana y otro niño del vehículo que la transportó desde la “ESCUELA NUEVA PRINGAMOSAL CENTRO” hasta la vereda donde residían. Los niños descendieron del vehículo en el borde del canal de riego.

- b) En dicho lugar, el piso se encontraba “resbaloso y el canal presentaba un caudal alto y fuerte” por cuanto el día anterior había llovido.
- c) Por lo anterior, la niña VERÓNICA GUALTERO VARGAS “se resbaló y cayó a las aguas del canal” que arrastraron su cuerpo aproximadamente mil doscientos metros (1.200 mts) hasta un sitio conocido como “zanja seca” ubicado cerca de la casa del señor ALONSO VILLANUEVA.
- d) A pesar de que los menores intentaron ayudarla, les resultó imposible rescatarla.
- e) Ante el llamado de auxilio, varios vecinos concurren al rescate de la menor, sin embargo, únicamente hallaron su cuerpo sin vida. Según el protocolo de necropsia, su deceso se produjo por “asfixia por sumersión en agua dulce (Ahogamiento)”.
- f) Los gastos del funeral de VERÓNICA GUALTERO VARGAS fueron asumidos por su padre, el señor PEDRO ALEJANDRO GUALTERO MENDOZA.

1.3. Fundamento jurídico

Según los demandantes, la muerte de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS es imputable a la falla del servicio de las entidades demandadas consistente en la falta de señalización en la orilla del canal donde ocurrió el deceso, es decir, en la omisión en el cumplimiento del deber de “informar a la ciudadanía, de que existe un peligro acercarse al canal, que dicho riesgo se aumenta durante la época invernal, ya que el piso se torna resbaloso” (Sic). Asimismo, en la demanda se estableció que dicho daño es imputable a la administración habida cuenta de la ausencia de una malla o barra protectora que “que impidiera el paso de cuerpos grandes”

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1. Admisión de la demanda

Mediante providencia de 15 de febrero de 1999, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda de la referencia y ordenó tramitarla conforme a ley².

² Fl. 33 del C.1.

Dicha providencia fue notificada personalmente al Ministro de Agricultura por conducto del Gobernador del Tolima y al Director del Instituto Nacional de Adecuación de Tierras –INAT- el día 26 de mayo de 1999³.

2.2. Contestación de la demanda

El 25 de junio de 1999, el Instituto de Adecuación de Tierras –INAT- presentó escrito de contestación a la demanda por medio del cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda⁴.

La representante de la entidad demandada formuló la excepción de culpa exclusiva de la víctima en atención a que *“VERÓNICA GUALTERO VARGAS por su propia voluntad se metió al canal donde perdió su vida, lo que se encuentra suficientemente acreditado, con la documentación aportada”* (Sic). En efecto, junto con el escrito de contestación a la demanda se aportaron copias auténticas de las siguientes actuaciones:

- a. Informe número 1590 de 9 de noviembre de 1999 proferido por la Unidad de Policía Judicial C.T.I del Espinal, Tolima, en el cual se registró la versión del señor PEDRO ALEJANDRO GUALTERO quien sostuvo que *“LUCRECIA mi hija me dijo que a VERONICA se le había ido una chancla a la canal y ella se había metido a sacarla, VERONICA no sabía nadar (...)”* (Sic).
- b. Informe número 1143 de 30 de noviembre de 1998 expedido por el Departamento administrativo de Seguridad DAS, Seccional Ibagué, Tolima, por medio del cual se señaló que *“(...) pero según la madre de la menor dice que menores no son normales (...) De la misma forma entrevisté a personas moradoras de la misma vereda y me manifestaron que estas niñas eran muy inquietas y no eran normales y confirman lo mismo que manifiesta la señora SOFIA VARGAS”* (Sic).
- c. Resolución inhibitoria de 24 de marzo de 1999 proferida por la Fiscalía 46 Seccional del Guamo, Tolima, mediante la cual se estableció que *“la muerte de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS, se debió a la imprudencia de la menor, al tratar de sacar una chancla que se le había ido al canal, corriendo el riesgo de caer al mismo”*.

³ Fls. 37 y 38 del C.1.

⁴ Fls. 40 a 63 del C.1.

Por último, en relación con la falla del servicio endilgada a la entidad demandada, su apoderado judicial sostiene que *“en la vereda todos su habitantes han transitado por estos caminos sin que se hayan presntado accidentes de esta naturaleza ocasionados por omisión en la señalización, ya que las vallas protectoras a lo largo de todos los canales que conforman los distritos de riego y las obras para hacerlo resultarían de un costo de magnitud inalcanzables para el Estado y que igualmente no garantizarían que las personas por su propio riesgo y culpa se introdujeran a sus canales, como en el caso que nos ocupa, a sacar del canal una chancla”* (Sic).

2.3. Llamamiento en garantía

El día 25 de junio de 1999, el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras -INAT- solicitó al Tribunal llamar en garantía a la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACIÓN DE TIERRAS DE LOS RIOS COELLO Y CUCUANA –USOCOELLO-⁵.

Mediante providencia de 6 de agosto de 1999, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió el llamamiento en garantía y ordenó citar a la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL DISTRITO DE ADECUACIÓN DE TIERRAS DE LOS RIOS COELLO Y CUCUANA –USOCOELLO-⁶.

La entidad llamada en garantía compareció al proceso de la referencia el día 15 de diciembre de 1999⁷. Según USOCOELLO, el llamamiento en garantía resulta improcedente en atención a que la cláusula 19 del Convenio 212 de 1996 suscrito con INAT establece que *“debe EXISTIR CULPA GRAVE, para que USOCOELLO asuma cualquier tipo de responsabilidad civil o penal en el ejercicio de su actividad como delegataria del Estado; hecho que no se presenta en el caso que nos ocupa, pues no puede pregonarse intención alguna de parte de ningún ser, que originase el deceso de la menor VERÓNICA GUALTERO.”*

Además, el representante de la entidad llamada en garantía coincide con la entidad demandada al señalar que el deceso de la menor VERÓNICA GUALTERO

⁵ Fls. 1 y 2 del C.2.

⁶ Fl. 3 del C. 2.

⁷ Fls. 64 a 69 del C.1.

no es imputable a la administración en atención a que se acreditó la causal de exoneración de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima.

3. Periodo probatorio

Por medio del auto de 14 de febrero de 2000, el Tribunal Administrativo del Tolima decretó las pruebas solicitadas por las partes, salvo el testimonio de SOFIA VARGAS CAICEDO y la inspección judicial al lugar de los hechos⁸.

Las pruebas allegadas y practicadas en el proceso de la referencia son:

- a. Oficio número 1999 de la Superintendencia Bancaria de Colombia mediante el cual se allegó copia auténtica de las resoluciones 0996 de 1990 por la cual se adoptó la Tabla Colombiana de Mortalidad de los Asegurados, 0585 de 1994 por medio de la cual se expidió la Tabla de Mortalidad, de invalidez de activos, de mortalidad de inválidos y de rentistas y la 0497 de 1997⁹.
- b. Audiencia de recepción de testimonio de los señores JAIME ALIRIO GONGORA GUAYARA, ISIDRO BONILLA, PEDRO GUTIERREZ DIAZ y HUMBERTO MENDOZA DIAZ. Dicha diligencia se realizó el 30 de mayo de 2000 a instancia del Juzgado Primero Civil del Circuito del Guamo, Tolima¹⁰.
- c. Dictamen pericial presentado el 26 de mayo de 2000 por los Ingenieros Mario Velásquez y María Yolanda Roldán¹¹.
- d. Audiencia de interrogatorio de parte del señor PEDRO ALEJANDRO GUALTERO MENDOZA y de la menor LUCRECIA GUALTERO VARGAS. Dicha diligencia se realizó el 20 de junio de 2000 a instancia del Juzgado Segundo Civil del Circuito del Guamo, Tolima¹².

4. Alegatos de conclusión

El 30 de junio de 2000, el Tribunal Administrativo del Tolima ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión¹³.

⁸ Fls. 70 y 72 del C.1

⁹ Fls. 2 a 18 del C.3.

¹⁰ Fls. 34 a 42 del C.3.

¹¹ Fls. 2 a 9 del C.4.

¹² Fls. 37 a 40 del C.3.

¹³ Fl. 90 del C.1.

El día 14 de julio de 2000, la representante del Instituto de Adecuación de Tierras –INAT- presentó su escrito de alegatos de conclusión mediante el cual solicitó declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y, en consecuencia, absolver a la entidad demandada¹⁴.

A su vez, el 19 de julio de 2000, el representante de USOCOELLO reiteró a cabalidad los argumentos insertos en el memorial de 15 de diciembre de 1999¹⁵.

5. Sentencia de primera instancia

El día 2 de octubre de 1999, el Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia de primera instancia mediante la cual negó las pretensiones de la demanda¹⁶.

Con fundamento en las diligencias aportadas al presente trámite, así como en los testimonios rendidos y en el dictamen pericial practicado, el *a quo* concluyó que “*VERONICA GUALTERO VARGAS fue irresponsable con su actuar, es decir, que no guardo el debido cuidado propio de una actividad cotidiana porque confio imprudentemente en sus capacidades, no fue diligente y no tuvo cuidado al desempeñarse en un sitio peligroso, arriesgándose y exponiéndose convencida de sus propias habilidades*”, en consecuencia, “*no habrá lugar a la presencia del tercer elemento denominado nexa causal, es decir, que no hay motivo ni efecto máxime cuando el daño ocurrió única y exclusivamente por culpa de la víctima*” (Sic).

4. Recurso de Apelación

El 10 de octubre de 2000, el representante de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia¹⁷ el cual fue concedido mediante auto de 19 de octubre del mismo año¹⁸.

El recurrente sustentó dicho recurso mediante memorial de 26 de octubre de 2000¹⁹. En esta oportunidad se cuestionó la sentencia referida por cuanto, en

¹⁴ Fls. 91 a 92 del C.1.

¹⁵ Fls. 93 a 96 del C.1.

¹⁶ Fls. 97 a 103 del C.5.

¹⁷ Fl. 106 del C.5.

¹⁸ Fl. 107 del C.5.

¹⁹ Fls. 108 a 110 del C.5

opinión del representante de los demandantes, “*VERONICA GUALTERO VARGAS, al momento del insuceso contaba con 13 años de edad (...) se encontraba en un estado de incompleto desarrollo de sus facultades mentales, motivo por el que no se podía hablar de responsabilidad, porque a esa edad el menor es incapaz de preveer lo previsible, por su mismo estado de inmadurez o incompleto desarrollo de sus facultades mentales, como para atribuir a ella la causa del insuceso*”.

De otra parte, se sostuvo que en el proceso de la referencia se demostraron los elementos que permiten imputar la muerte de la menor a las entidades demandadas. En efecto, el recurrente afirmó que se “*omitió colocar a lado y lado del canal y especialmente por donde transitan vehículos y personas señales de prevención de peligro, hecho éste plenamente comprobado, si observamos las fotos aportadas como pruebas al proceso, aquí sí se puede hablar de culpa por parte del Ente demandado, porque en su contra está plenamente demostrada la falta de previsibilidad a que está expuesta cualquier persona, al transitar al lado y lado por el canal de irrigación sin que se haya fijado señalización de peligro*” (Sic).

5. Actuaciones en segunda instancia

El 2 de marzo de 2001, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió el recurso de apelación referido²⁰.

A su vez, mediante auto de 30 de abril de 2001, se corrió traslado a las partes por el término común de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión²¹. Dicho término se venció sin que las partes hubiesen presentado memorial alguno y, finalmente, el 30 de abril de 2001 el proceso entró al despacho para que se profiera sentencia²².

CONSIDERACIONES

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo

²⁰ Fl. 115 del C.5.

²¹ Fl. 117 del C.5.

²² Fl. 118 del C.5.

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de 2 de octubre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

2. De la prueba trasladada

De conformidad con el artículo 168 del CCA, *“En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”*.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 185 señala que *“Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*.

En relación con la exigencia de allegar al proceso copia auténtica de las actuaciones judiciales, el artículo 254 del C.P.C. establece que tratándose de documentos privados o públicos, estos son, los otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 del C.P.C.), solo pueden ser aducidos o apreciados como prueba dentro del proceso contencioso administrativo, si el secretario del respectivo juzgado realiza diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello, precisando *'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista'*, según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983²³.

Adicionalmente, el artículo 185 del C.P.C. establece que el traslado de la prueba practicada en el proceso original, solo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. No obstante lo anterior, la Sala ha sostenido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Exp. 31217, y sentencia de 10 de junio de 2009, C.P.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Exp. 17838.

tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo²⁴, considerando que en tales casos resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión²⁵.

Las anteriores precisiones resultan pertinentes en el presente asunto habida cuenta que la parte demandada aportó junto con la contestación a la demanda copia auténtica de las diligencias adelantadas por la Fiscalía 46 Seccional del Guamo, Tolima, en relación con la investigación de la muerte de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS²⁶.

Pues bien, dichas diligencias serán valoradas en el presente asunto habida cuenta que fueron aportadas en copia auténtica por la entidad demandada, igualmente fueron solicitadas en la demanda²⁷ y, por último, de las mismas se les corrió traslado a las partes mediante auto de 14 de febrero de 2000²⁸.

3. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

3.1. Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²⁹ de la responsabilidad del Estado³⁰ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2002. C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ. Exp. 12789.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2011, C.P.: GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ. Exp. 18429.

²⁶ Fls. 47 a 58 del C.1.

²⁷ Fl. 31 del C.1.

²⁸ Fls. 70 y 71 del C.1.

²⁹ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

³⁰ La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”.

de los administrados³¹ y de su patrimonio³², sin distinguir su condición, situación e interés³³. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad³⁴; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”³⁵.

3.2. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³⁶ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁷ tanto por la acción, como por la omisión.

Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

³¹ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

³² “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

³³ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

³⁴ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

³⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

³⁶ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada – en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

³⁷ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

3.3. En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”³⁸.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”³⁹.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁴⁰.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁴¹. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁴², anormal⁴³ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁴⁴.

3.4. Ahora bien, en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar 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). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁴⁵.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁴¹ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁴² Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁴³ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁴⁴ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

3.5. Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴⁶, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴⁷. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁴⁸.

3.6. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁴⁹. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁵⁰.

3.7. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos

⁴⁶ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional 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”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁷ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁸ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁴⁹ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

*imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*⁵¹. 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 no⁵².

3.8. Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵³ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵⁴ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁵⁵.

⁵¹ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵² JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁵³ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62.

⁵⁴ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64.

⁵⁵ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁵⁶ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁵⁷. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁵⁸.*

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“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 sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

*nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.*

⁵⁶ Deberes de protección que 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”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁵⁷ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

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

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

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

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos⁵⁹⁶⁰.

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

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no

⁵⁹ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas (sic) de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión⁶¹. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella”⁶².

3.9. En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

4. Hechos probados

De conformidad con el acervo probatorio se tendrán como hechos probados los siguientes:

- a)** Aproximadamente a las 10.00 a.m., del día 6 de noviembre de 1998, la niña VERÓNICA GUALTERO VARGAS transitaba junto con su hermana

⁶¹ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990.Pag.389.

⁶² Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

LUCRECIA y el menor ANDRÉS BONILLA ORTIZ en la vía paralela al canal de riego “Cucuana”⁶³.

- b) De acuerdo con los informes presentados por el DAS y el CTI, a la niña VERÓNICA GUALTERO VARGAS se le cayó una chancleta en el canal de riego “Cucuana”⁶⁴ y al intentar recuperarla falleció por ahogamiento⁶⁵. La occisa no sabía nadar⁶⁶.
- c) Ante el llamado de auxilio, varios vecinos concurren al rescate de la menor; sin embargo, únicamente hallaron su cuerpo sin vida⁶⁷. Según el protocolo de necropsia, su deceso se produjo por *“asfixia por sumersión en agua dulce (Ahogamiento)”*⁶⁸.
- d) A la fecha de su muerte, la niña VERÓNICA GUALTERO VARGAS tenía 13 años⁶⁹ y cursaba grado primero en la “Escuela Nueva Pringamosal Centro”⁷⁰.
- e) La niña era hija de los señores PEDRO GUALTERO MENDOZA y SOFIA VARGAS CAYCEDO⁷¹, y hermana de ESPERANZA, LUCRECIA Y PEDRO ALEJANDRO GUALTERO VARGAS⁷².
- f) Según el dictamen pericial rendido en el presente asunto⁷³, *“el carretable adyacente al Canal Cucuana en el sitio del hecho, en el K18+688; en el momento actual se encuentra en buen estado de transitabilidad vehicular y peatonal (...) por lo tanto se deduce que la vía tiene un mantenimiento adecuado”*.
- g) Además, los peritos afirmaron que la vía *“tiene un ancho útil de 4.50 mts, más 1.0 mts adicional hasta llegar al borde libre del canal”* y que, en todo caso, *“Podemos conceptuar que la vía dada su composición de la razante, Limo-Arenosa con pequeñas gravas y una pendiente baja, así se haya húmeda la vía, por su rugosidad una persona no se resbala fácilmente”*. Por último, el dictamen concluye que *“difícilmente las condiciones de la vía la niña Verónica Gualtero Vargas se haya resbalado hacía el canal”* (Sic).
- h) No existe ninguna señal de peligro a la orilla del canal en el que ocurrió el deceso de la menor así como ningún tipo de malla o muro de contención

⁶³ Fls. 39 a 57 del C.1, 34 a 42 del C.3 y 33 a 40 del C.4.

⁶⁴ Fls. 39 a 57 del C.1.

⁶⁵ Fls. 14, 15 y 16 del C.1.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Fls. 34 a 42 del C.3.

⁶⁸ Fls. 14 a 16 del C.1.

⁶⁹ Fls. 14 a 16 del C.1.

⁷⁰ Fl. 13 del C.1.

⁷¹ Fls. 4, 7 y 8 del C.1.

⁷² Fls. 10, 11 y 12 del C.1.

⁷³ Fls. 2 a 9 del C.4.

que evite la caída de cuerpos a sus aguas⁷⁴. Según varios testigos⁷⁵, a ese canal se han caído y ahogado animales y una persona más.

- i) No obstante lo anterior, del material probatorio allegado al presente asunto se aprecia la existencia de un montículo natural que separa el paso vehicular y peatonal del canal de riego referido.

5. Problema jurídico

Según el recurrente, la muerte de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS resulta imputable a las entidades demandadas por cuanto al momento de su deceso sólo contaba con 13 años de edad y, por lo tanto, *“a esa edad el menor es incapaz de prever lo previsible, por su mismo estado de inmadurez o incompleto desarrollo de sus facultades mentales, como para atribuir a ella la causa del insuceso”*.

Además, en el escrito de apelación se sostuvo que en el proceso de la referencia se demostraron todos los elementos que permiten imputar la muerte de la menor a la administración. En este sentido, según el recurrente se acreditó con suficiencia que las entidades demandadas no dispusieron la señalización necesaria para informar a la comunidad del peligro que representaba el canal “Cucuana”, así como la construcción de barreras de contención que impidieran la caída de cuerpos a dichas aguas.

Así las cosas, le corresponde a la Sala establecer si la muerte de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS en los hechos ocurridos el día 6 de noviembre de 1998 constituye un daño antijurídico imputable a las entidades demandadas.

5. El daño antijurídico

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”*⁷⁶. En este

⁷⁴ Fls. 17, 18, 19 y 20 del C.1. y 34 a 42 del C. 3.

⁷⁵ Fls. 34 a 42 del C.3.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, C.P.: MAURICIO FAJARDO. Exp. 13168.

sentido se ha señalado que *“en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”*⁷⁷.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado *“responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”*, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*⁷⁸, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”*⁷⁹.

De tal definición fácilmente se extraen las siguientes dos consecuencias, a saber: *“a. Solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad”*⁸⁰ y b. *“Que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución)”*⁸¹.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala encuentra suficientemente acreditado el daño antijurídico consistente en la muerte de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS en hechos ocurridos el 6 de noviembre

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000, C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Exp. 11601.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000, C.P. MARÁ ELENA GIRALDO GÓMEZ. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Aclaración de voto de ENRIQUE GIL BOTERO de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999, C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000, C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Aclaración de voto de ENRIQUE GIL BOTERO de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2005, C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Exp.12158. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-832 de 2001, M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, y C-043 de 2004, M.P.: MARCO GERARDO MONRROY CABRA.

⁸¹ *Ibidem*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de junio de 2008, C.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Exp. 15657.

de 1998⁸² como consecuencia de su ahogamiento en el canal de riego “Cucuana” ubicado en la vereda “El jardín” del área rural del municipio del Guamo, Tolima.

En efecto, en el caso concreto sí existe daño antijurídico consistente en las consecuencias que se desprenden del deceso de un ser querido, sin que los demandantes estén compelidos u obligados a tolerarlas o soportarlas.

7. La Imputación

Se reitera que en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico corresponderá al Estado siempre que concurren el sustento fáctico y la atribución jurídica de la misma⁸³.

En este sentido, es preciso diferenciar los conceptos de causalidad e imputación. Mientras que *“La causalidad es un proceso de conocimiento, reconocimiento del mundo externo, con él se busca la explicación fenomenológica de situaciones o eventos, (...) la imputación es un proceso de racionalización de la relación entre una conducta y los actos o hechos desplegados por los sujetos”*⁸⁴.

En efecto, el nexo de causalidad es un *“concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar*

⁸² Fls. 14 a 16 del C.1.

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Aclaración de voto de ENRIQUE GIL BOTERO a la sentencia de 19 de septiembre de 2007. Exp. 16010. *“Así las cosas, hay que reconocer que desde la estructura moderna de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de conexión, o vínculo que debe existir entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial –el daño en sentido fenoménico y jurídico-, corresponde a la imputación material y/o normativa del mismo, lo que explica precisamente la posibilidad de eximentes de imputación cuando quiera que por alguna circunstancia no es posible hacer esa referibilidad, superando así aún, la problemática que presenta la denominada causalidad de la conducta omisiva y que en el esquema tradicional en vano ha tratado de justificarse acudiendo a todo tipo de distorsiones dialécticas, que lo único que hacen es poner de manifiesto el paralelismo entre physis y nomos. Esa relación en el derecho, tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración o conformación mejor de una realidad, cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese daño al obrar o no del sujeto, lo que constituye la imputación en sentido jurídico; más aún hoy día en que se habla de la crisis del dogma causal en las ciencias de la naturaleza, lo que ha permitido la conceptualización y desarrollo de criterios como el de la imputación objetiva y el deber de cuidado en el campo jurídico, desde luego.”*

⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 24 de enero de 2011, C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Exp. 15996.

–acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material”⁸⁵ y, por su parte, la imputación jurídica supone “establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico”⁸⁶.

Es preciso resaltar que la jurisprudencia nacional⁸⁷ ha reconocido la existencia de cuatro causales que impiden la imputación de responsabilidad a la administración, a saber: *fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero y hecho de la víctima*. En efecto, los aludidos eventos “*dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo*”⁸⁸.

a. Hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado⁸⁹. Tales elementos han sido definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos.

En primer lugar, la irresistibilidad alude a la “*imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos*

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Aclaración de voto de ENRIQUE GIL BOTERO a la sentencia de 19 de septiembre de 2007. Exp. 16010.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18800 y 26 de enero de 2011, C.P.: GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ. Exp. 18429, entre otras.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18800. Cfr. GOLDENBERG, Isidoro H. “*La relación de causalidad en la responsabilidad civil*” Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1989, págs. 141 y ss.”

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16235. Cfr. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, págs. 332 y 333. El hecho de la víctima trae como consecuencia “*la absolución completa*” cuando “*el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima*” (...)“*Para constituir una causa ajena, un acontecimiento, ya se trate de acontecimiento anónimo (caso de fuerza mayor stricto sensu), del hecho de un tercero o de una culpa de la víctima, debe presentar los caracteres de la fuerza mayor (lato sensu); es decir, ser imprevisible e irresistible.*”

efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—. ”⁹⁰

La irresistibilidad no supone que la mera dificultad se erija en imposibilidad total, no obstante, *“ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano”*. Así, en cada caso el Juez deberá interpretar *“La imposibilidad de ejecución (...) de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida”⁹¹*.

Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de *“de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”⁹²*. En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que *“resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”⁹³*.

En tercer lugar, la exterioridad de la causa extraña respecto del demandado *“se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que (se) invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente (...) la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada”⁹⁴*.

A su vez, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha reconocido que procede la declaratoria del hecho exclusivo de la víctima como causal de

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16.530, y Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18800.

⁹¹ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilités*, Bruselas, 1981, pág. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pág. 19.

⁹² Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, pág. 21.

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16.530.

⁹⁴ *Ibidem*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18800.

exoneración de responsabilidad aun tratándose de menores de edad y dementes. En este sentido, esta corporación ha señalado que *“la valoración sobre la intervención causal de la víctima se puede declarar aun tratándose de menores de 10 años y de los dementes, quienes si bien no son susceptibles de cometer culpa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2346 del Código Civil, su actuación puede exonerar de responsabilidad a la entidad demandada cuando sea causa exclusiva del daño”*⁹⁵.

Por último, es preciso resaltar que siempre que la actuación de la víctima sea la causa única, exclusiva o determinante del daño, resulta innecesario valorar el elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad a la administración⁹⁶.

De otra parte, si bien la jurisprudencia ha desarrollado las anteriores definiciones de los elementos del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad, el Consejo de Estado ha reconocido que deberán examinarse por el Juez en cada caso concreto de conformidad con el material probatorio allegado al expediente⁹⁷.

b. Del caso concreto

Según el Tribunal Administrativo del Tolima, en el presente asunto se encuentra debidamente acreditada la excepción de hecho exclusivo de la víctima. En efecto, en la sentencia de primera instancia se sostuvo que *“VERONICA GUALTERO VARGAS fue irresponsable con su actuar, es decir, que no guardo el debido cuidado propio de una actividad cotidiana porque confio imprudentemente en sus capacidades, no fue diligente y no tuvo cuidado al desempeñarse en un sitio peligroso, arriesgándose y exponiéndose convencida de sus propias habilidades”*, en consecuencia, *“no habrá lugar a la presencia del tercer elemento denominado nexos causal, es decir, que no hay motivo ni efecto máxime cuando el daño ocurrió única y exclusivamente por culpa de la víctima”* (Sic).

⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Exp. 17179, entre otras.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 1996, C.P.: CARLOS BETANCUR. Exp. 9616. *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2011, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18940. Entre otras.

Pues bien, una vez analizada la totalidad de las piezas que componen el acervo probatorio del presente asunto, para la Sala deviene forzoso concluir que el resultado dañoso se concretó a partir de la decisión de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS de arrojarse a las aguas del canal “Cucuana” a rescatar una chanclita. En efecto, tanto los informes del CTI y del DAS, así como la resolución inhibitoria de la Fiscalía 46 Seccional del Guamo Tolima, concluyen que el deceso de la menor se debió *“a la imprudencia de la menor, al tratar de sacar una chancla que se le había ido al canal, corriendo el riesgo de caer al mismo, situación que efectivamente ocurrió y que se agravó por el hecho de que la menor no sabía nadar”*⁹⁸.

Ahora, si bien es cierto que los testimonios de PEDRO ALEJANDRO GUALTERO MENDOZA y de la menor LUCRECIA GUALTERO VARGAS, padre y hermana de la occisa respectivamente⁹⁹, señalan que VERÓNICA GUALTERO VARGAS se resbaló y cayó en las aguas del canal como consecuencia del lodazal formado en el área del accidente, dichos testimonios resultan abiertamente contradictorios con las versiones de la madre de la menor accidentada, de su hermana LUCRECIA GUALTERO VARGAS, de ANDRÉS BONILLA ORTIZ y con el dictamen pericial rendido en el presente proceso.

En efecto, la madre de la occisa manifestó a los funcionarios del CTI que *“Mi hija venía en compañía de su hermana gemela llamada LUCRECIA, y de ANDRES BONILLA ORTIZ, quien vive cerca de la casa de nosotros, LUCRECIA mi hija me dijo que a VERONICA se le había caído una chancla a la canal y ella se había metido a sacarla, VERONICA no sabía nadar”*¹⁰⁰.

Por su parte, en diligencia llevada a cabo el día 30 de noviembre de 2008, los funcionarios de la seccional Tolima del DAS establecieron que *“Recibida la misión y enterado de su contenido, me trasladé a la vereda el Jardín donde entrevisté a la señora SOFIA VARGAS CAICEDO CC. No. 65.551.760 del Guamo, a quien se le averiguó por los hechos conocidos y a su vez me manifestó que su hija VERONICA venía con la hermana LUCRECIA GUALTERO VARGAS y un niño ANDRES RODRIGUEZ, y ellos le manifestaron que a la niña VERONICA se le fue una chancla al canal y se tiró a cogerla y a la cual no vieron más (...)*

⁹⁸ Fls. 48 a 55 del C.1.

⁹⁹ Fls. 37 a 40 del C.3.

¹⁰⁰ Fl. 50 del C.1.

entrevisté al menor ANDRES RODRIGUEZ quien dice que a la niña VERONICA se le callo la chancla al canal y se tiro a cogerla y no volvio a salir mas” (Sic)

Por último, el dictamen pericial rendido en el presente asunto concluye que “la vía *“tiene un ancho útil de 4.50 mts, más 1.0 mts adicional hasta llegar al borde libre del canal”* y que, en todo caso, *“Podemos conceptuar que la vía dada su composición de la razante, Limo-Arenosa con pequeñas gravas y una pendiente baja, así se haya húmeda la vía, por su rugosidad una persona no se resbala fácilmente”*. Finalmente, los peritos afirman que *“difícilmente las condiciones de la vía la niña Verónica Gualtero Vargas se haya resbalado hacía el canal” (Sic).*

Además, de una lectura juiciosa del acervo probatorio se desprende que la hipótesis según la cual la occisa resbaló y cayó a las aguas del canal “Cucuana” no se compadece con las reglas de la experiencia habida cuenta del amplio espacio vehicular y peatonal de la vía, así como de la existencia de un montículo natural que separa el paso vehicular y peatonal del canal de riego referido y que cuenta con la altura suficiente como para detener cualquier cuerpo de mediana estatura en caso de un accidente como el señalado por los testimonios en comento.

Así las cosas, en el caso concreto se encuentran acreditados los elementos de irrisitibilidad, imprevisibilidad y externalidad propios del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad de la Administración. En efecto, para la entidad demandada resultaba inevitable el acaecimiento del daño, así como de sus nefastas consecuencias, ésta se encontraba en una situación de imposibilidad normalmente insuperable en relación con la muerte de la occisa en las condiciones acreditadas en el presente asunto.

Asimismo, que una menor se arroje a un canal de riego como el referido en el presente asunto constituye de suyo un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional y de rara ocurrencia, el cual en todo caso resulta imprevisible para la Administración. Y por último, claramente las entidades demandadas no tienen el deber jurídico de responder patrimonialmente por los perjuicios derivados de la muerte de quien voluntariamente se arroja a un canal de riego, río, caño o, en general, cualquier cauce hídrico.

Dado lo anterior, para la Sala resulta diáfano que el resultado dañoso se produjo como consecuencia exclusiva del hecho de la menor VERÓNICA GUALTERO VARGAS consistente en arrojarse al canal de riego “Cucuana” ubicado en la vereda “El jardín” del área rural del municipio del Guamo, Tolima, con lo cual deviene innecesario pronunciarse sobre el elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad a la administración.

En los anteriores términos, la Sala encuentra acreditada la excepción de hecho exclusivo de la víctima lo cual impide que el daño antijurídico demostrado en el presente asunto sea imputable a la Administración y, en consecuencia, que esté llamada a reparar los perjuicios causados como consecuencia del mismo.

En atención a las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida en el presente asunto.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de 2 de octubre de 2000 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el presente asunto.

SEGUNO: REMÍTASE el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala
Con aclaración de voto

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

CON ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

IMPUTACION FACTICA - Propósito. Finalidad / IMPUTACION JURIDICA - Presupuestos / IMPUTACION FACTICA - Concepto. Noción / IMPUTACION FACTICA E IMPUTACION JURIDICA - Diferencias

La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico. En otros términos, la imputación fáctica –y con ella la imputación objetiva del daño– consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico –subjetivo u objetivo - de resarcir el perjuicio. Por lo anterior, la imputación objetiva se abre paso a la hora de definir la imputación fáctica de un resultado y, por lo tanto, de la mano del derecho penal, ha venido impregnando otras ramas como la administrativa y la civil, precisamente para suministrar un conjunto de muy útiles herramientas conceptuales propias y exclusivas de las ciencias sociales, dirigidas a que el operador judicial pueda establecer, al margen de la incertidumbre propia de la causalidad (nexo causal), cuándo un daño es imputable al obrar de un determinado sujeto.

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la diferencia entre el plano material y el jurídico, en este último en el cual se desenvuelve la imputación, ver sentencia del Consejo de Estado, de octubre 15 de 2008, exp. 18586, M.P. Enrique Gil Botero.

TEORIA DE LA IMPUTACION OBJETIVA - Antecedente

La insuficiencia de las teorías causales ha sido puesta de presente por la doctrina mayoritaria penal y, en la actualidad, por los teóricos de la responsabilidad civil quienes, sin renunciar por completo al mal llamado nexo causal sí han reconocido la necesidad de reformular la aplicación de la causalidad para determinar la atribución de un resultado en cabeza de una persona o ente jurídico, razón por la que inclusive en este último campo del derecho se abre paso la teoría de la imputación objetiva para solucionar las deficiencias que se han advertido.

CAUSA EXTRAÑA - Modalidades / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA Y HECHO DE UN TERCERO - Diferencia con la fuerza mayor / IRRESISTIBILIDAD E IMPREVISIBILIDAD - Fuerza mayor

De otro lado, me aparto de la afirmación efectuada en la sentencia, según la cual, la causa extraña en sus diferentes modalidades (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, y hecho de un tercero) deber revestir las características comunes de: i) irresistibilidad; ii) imprevisibilidad, y iii) exterioridad frente al demandado. Discrepo

respetuosamente de la postura mayoritaria, en tanto al hacer extensivos los mismos caracteres de la fuerza mayor, a las otras dos eximentes de la responsabilidad patrimonial, esto es, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, distorsiona cada una de ellas y, por el contrario, las subsume en el espectro de la primera, lo que conllevaría a afirmar sin anfibología alguna que eventos en los cuales el daño proviene de la culpa de la víctima o de un tercero, el demandado debe demostrar, en todos los casos, una fuerza mayor, es decir que el curso de los acontecimientos fue absolutamente imprevisto e irresistible para el mismo, lo cual es inadmisibile en cuanto desdibuja la institución de la causa extraña.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA Y HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO - No requiere demostrar imprevisibilidad e irresistibilidad

Como se aprecia, de aceptarse la necesidad de que el demandado demuestre la imprevisibilidad e irresistibilidad, bien de la culpa exclusiva de la víctima o del hecho del tercero, se haría más riguroso incluso para él acreditar estas modalidades de causa extraña que el caso fortuito que es, de igual manera, una excluyente de responsabilidad en materia contencioso administrativa en aquellos eventos en los cuales se aplica el régimen subjetivo de imputación, esto es, la falla del servicio.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA Y HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO - Se debe acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o del tercero fue decisivo en la producción del daño

En tratándose de la culpa exclusiva de la víctima y del hecho del tercero, no se requerirá constatar que los mismos devengan en irresistibles e imprevisibles para el demandado sino que, este último no haya incidido decisivamente en la producción de los hechos o, de otra parte, no se encuentre en posición de garante, en cuyo caso el resultado le será imputable materialmente (imputatio facti). Así las cosas, lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada (culpa de la víctima) o del tercero fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño.

HECHO DE LA VICTIMA - Se debe individualizar el causante del daño

Me aparto de igual manera, en el caso concreto, de la afirmación que se hace según la cual para que se configure el hecho de la víctima como causal excluyente de responsabilidad no se requiere que el mismo aparezca plenamente identificado en el proceso. En efecto, acerca de este ingrediente que se pretende introducir al estudio de la causa extraña, en su modalidad del hecho de la víctima, discrepo de la mencionada hermenéutica, como quiera que si no existe certeza respecto a quién es imputable el daño, no se podrá decretar una causa extraña sino que la negativa de las pretensiones se impone por ausencia o falta de acreditación de la imputación fáctica. En otros términos, con lo sostenido por la Sala se confunden dos conceptos que, no obstante producir o desencadenar la misma consecuencia absoluta, tienen contenido y alcance distinto. Como se aprecia, la falta de individualización o identificación del causante del daño lo que genera en el plano del juicio de la responsabilidad es la incertidumbre acerca de la autoría en la generación de aquél, razón por la que al juez no le es viable declarar probada la causal exonerativa de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima, sino denegar las súplicas de la demanda por falta de prueba de la imputación fáctica. En consecuencia, siempre que declare que operó el hecho exclusivo y determinante de un tercero como causa extraña será

necesario determinar o al menos individualizar –no necesariamente identificar– la persona, el sujeto, entidad u organización que desencadenó el daño antijurídico.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil once (2011)

Radicación: 73001-23-31-000-1999-00265-01(19548)

Actor: PEDRO ALEJANDRO GUALTERO MENDOZA Y OTROS

**Demandado: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO URBANO-
INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS –INAT-**

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (SENTENCIA)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien comparto la decisión adoptada el 22 de junio del año en curso, aclaro mi voto en relación con dos aspectos de la parte motiva que, de conformidad con la posición mayoritaria, quedaron plasmados en la respectiva providencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

Respecto de la imputación objetiva, se señaló:

“(…) En cuanto a esto cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las

*decisiones*¹⁰¹. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “*atribución*”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “*cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta*”¹⁰².” (Folio 15 de la providencia)

En cuanto al hecho de la víctima, se consideró:

“El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado¹⁰³. Tales elementos han sido definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos” (folio 25 del proyecto).”

2. Razones y fundamentos de la aclaración

2.1 En primer lugar, debo precisar mi posición sobre la afirmación que hizo la Sala en la providencia respecto de la imputación objetiva.

¹⁰¹ “El Derecho se dirige a hombres y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

¹⁰² MIR PUIG, Santiago. Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16235. Cfr. Henri y León MAZAUD, Jean MAZAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, págs. 332 y 333. El hecho de la víctima trae como consecuencia “*la absolción completa*” cuando “*el presunto responsable prueba la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Sino se realiza esa prueba , el hecho de la víctima, cuando sea culposos y posea un vinculo de causalidad con el daño , produce una simple exoneración parcial: división responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima*” (...) “*Para constituir una causa ajena, un acontecimiento , ya se trate de acontecimiento anónimo (caso de fuerza mayor strictu sensu), o del hecho de un tercero o de una culpa de la víctima, debe presentar los caracteres de la fuerza mayor (lato sensu); es decir , ser imprevisible e irresistible*”.

La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico¹⁰⁴.

En otros términos, la imputación fáctica –y con ella la imputación objetiva del daño– consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico –subjetivo u objetivo - de resarcir el perjuicio.

Por lo anterior, la imputación objetiva se abre paso a la hora de definir la imputación fáctica de un resultado y, por lo tanto, de la mano del derecho penal¹⁰⁵,

¹⁰⁴ Acerca de la diferencia entre el plano material y el jurídico, en este último en el cual se desenvuelve la imputación, la jurisprudencia del Consejo de Estado, de forma ilustrativa, señaló: “No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.

“No quiere significar lo precisado que, en este tipo de situaciones, no opere la causa extraña en sus diversas modalidades como causal exonerativa de responsabilidad, sólo que, como se ha venido señalando, la acreditación de la eximente debe hacerse a través de la demostración de que, en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, tal y como lo ha aceptado la doctrina autorizada sobre la materia, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, exp. 18.586, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰⁵ Y si bien, como se ha señalado a lo largo de este documento, el principal desarrollo de la teoría de la imputación objetiva ha provenido del derecho penal alemán, lo cierto es que la génesis del concepto se encuentra en la obra del civilista y reconocido jurista Karl Larenz, como lo pone de presente el profesor García – Ripoll: “El origen más o menos reciente de la teoría de la imputación objetiva se encuentra en la obra del conocido civilista y también filósofo del derecho, Karl Larenz... [para quien] “designamos imputación objetiva

ha venido impregnando otras ramas como la administrativa y la civil, precisamente para suministrar un conjunto de muy útiles herramientas conceptuales propias y exclusivas de las ciencias sociales, dirigidas a que el operador judicial pueda establecer, al margen de la incertidumbre propia de la causalidad (nexo causal), cuándo un daño es imputable al obrar de un determinado sujeto.

La insuficiencia de las teorías causales ha sido puesta de presente por la doctrina mayoritaria penal y, en la actualidad, por los teóricos de la responsabilidad civil quienes, sin renunciar por completo al mal llamado nexo causal sí han reconocido la necesidad de reformular la aplicación de la causalidad para determinar la atribución de un resultado en cabeza de una persona o ente jurídico, razón por la que inclusive en este último campo del derecho se abre paso la teoría de la imputación objetiva para solucionar las deficiencias que se han advertido¹⁰⁶.

2.2. De otro lado, me aparto de la afirmación efectuada en la sentencia, según la cual, la causa extraña en sus diferentes modalidades (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, y hecho de un tercero) deber revestir las características comunes de: i) irresistibilidad; ii) imprevisibilidad, y iii) exterioridad frente al demandado.

Discrepo respetuosamente de la postura mayoritaria, en tanto al hacer extensivos los mismos caracteres de la fuerza mayor, a las otras dos eximentes de la responsabilidad patrimonial, esto es, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, distorsiona cada una de ellas y, por el contrario, las subsume en el espectro de la primera, lo que conllevaría a afirmar sin anfibología alguna que eventos en los cuales el daño proviene de la culpa de la víctima o de un tercero, el demandado debe demostrar, en todos los casos, una fuerza mayor, es decir que el curso de los acontecimientos fue absolutamente imprevisto e irresistible para el

el juicio sobre la cuestión de si un hecho es acto de un sujeto.” GARCÍA- RIPOLL Montijano, Martín Ob. Cit., pág. 1 y 3.

¹⁰⁶ “Según este último enfoque debe reemplazarse la causalidad por la imputación objetiva –nombre con que se denomina también una determinada sistemática del delito, que pretende echar sus raíces en la concepción de Hegel y aun en la de Aristóteles–, criterio a partir del que se determina si un resultado preciso es o no atribuible o imputable objetivamente a un determinado comportamiento; con ello, se da un salto desde las teorías puramente naturalistas hasta las normativistas, aunque la verificación de la causalidad natural es un límite mínimo, pero no suficiente para la asignación del resultado.” VELÁSQUEZ, Fernando “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Comlibros, Cuarta Edición, Medellín, 2009, pág. 586 y 587.

mismo, lo cual es inadmisibile en cuanto desdibuja la instituci3n de la causa extraña.

En efecto, así se desprende de lo expuesto por el doctrinante Tamayo Jaramillo - y que sirvió de fundamento a los planteamientos de la Sala, tal y como se puntualizó anteriormente –, para quien este último concepto presupone el primero, en los términos que se señalan a continuaci3n:

“Cuando la actividad de la víctima puede considerarse como causa exclusiva del daño, habrá exoneraci3n total para el demandado; pero importa el hecho de la víctima sea culposo o no; **en este caso, ese hecho constituye una fuerza mayor que exonera totalmente al demandado...**”¹⁰⁷ (negrillas adicionales).

El problema de la causa extraña debe, por consiguiente, deslindarse de cualquier consideraci3n causal puesto que es esa imbricaci3n avalada por la Sala, la que conlleva a exigir la prueba de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad de la *culpa exclusiva de la víctima* y del *hecho de un tercero*, cuando lo cierto es que ellos se refieren de manera exclusiva a la fuerza mayor, y en menor medida al caso fortuito, pero respecto de aquéllos.

En consideraci3n a lo anterior, vale la pena extraer lo precisado por la doctrina sobre la materia:

“La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta.

“(...) La cuesti3n consiste en determinar si el hecho del tercero debe revestir los caracteres de la fuerza mayor, cuesti3n que presenta un interés de primer plano en el caso de la responsabilidad del demandado sea presunta, y que es muy discutido en esta esfera. En

¹⁰⁷ TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tomo II, Ed. Legis, Bogotá D.C., pág. 60.

otras situaciones, apenas si experimenta dificultades: no se descubre por qué se exigiría del demandado, cuando nada lo designa para que soporte el peso de la responsabilidad, que se hubiera encontrado en la imposibilidad de prever el hecho del tercero y de resistir al mismo; desde el momento en que ese hecho sea la causa del daño, la víctima no hace la prueba que se le exige: no demuestra una relación de causalidad entre el perjuicio y una culpa del demandado”¹⁰⁸

La anterior distinción, se refleja de manera más contundente de la versión original (Francesa) del Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, en la cual los hermanos Mazeaud precisaron, refiriéndose a la diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, lo siguiente:

“Las situaciones son completamente diferentes. La culpa de la víctima no es un caso de fuerza mayor.”¹⁰⁹ (Negrillas adicionales).

Como se aprecia, de aceptarse la necesidad de que el demandado demuestre la imprevisibilidad e irresistibilidad, bien de la culpa exclusiva de la víctima o del hecho del tercero, se haría más riguroso incluso para él acreditar estas modalidades de causa extraña que el caso fortuito que es, de igual manera, una excluyente de responsabilidad en materia contencioso administrativa en aquellos eventos en los cuales se aplica el régimen subjetivo de imputación, esto es, la falla del servicio.

De igual forma, la posición mayoritaria asumida en la providencia, contradice dos recientes pronunciamientos de la misma Sección Tercera¹¹⁰, en los cuales se puntualizó lo siguiente:

¹⁰⁸ MAZEAUD Henri y Léon, André Tunc “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Pág. 38.

¹⁰⁹ MAZEAUD, Henri y Léon « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle » Ed. Librairie du Recueil Sirey, T.II, 1934, Paris.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y de 15 de octubre de 2008, exp. 18.586, M.P. Enrique Gil Botero.

“Ahora bien, en relación con la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad, es importante definir el contenido y alcance de la misma, con miras a establecer qué elementos y características deben estar acreditados a efectos de que se rompa el nexo de imputación con el Estado de manera total o parcial. Lo anterior, toda vez que en materia de responsabilidad de la administración pública derivada de redes eléctricas la víctima puede tener, en un gran número de casos, una participación en los hechos productores del resultado, condición que debe ser valorada para efectos de configurar y delimitar la circunstancia exonerativa.

“Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de *irresistibilidad e imprevisibilidad* de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos.

“En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en *posición de garante*¹¹¹ frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. *A contrario sensu*, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño.

“En ese sentido, la Sala debe precisar y desarrollar la posición jurisprudencial vigente, como quiera que en reciente oportunidad se señaló:

“En este caso, la entidad demandada y las llamadas en garantía alegaron como eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima. Advierte la Sala que el hecho de la víctima, como causa extraña y exclusiva, impone la prueba de que se trató de un acontecimiento que le era imprevisible e irresistible para la

¹¹¹ Acerca del concepto de posición de garante, así como su aplicación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, se pueden consultar las siguientes sentencias: de 4 de octubre de 2007, exp. 15567, de 4 de diciembre de 2007, exp. 16894, y 20 de febrero de 2008, exp. 16696.

Administración. De no ser así, de tratarse de un hecho o acto previsible o resistible para la entidad, se revela una falla del servicio en el entendido de que dicha entidad teniendo un deber legal, no previno o resistió el suceso, pues como lo advierte la doctrina “*sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor.*”¹¹²

“El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “*consigo la absolución completa*” cuando “*el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima*”^{113,114}(Destaca la Sala).

“Sobre el particular, debe advertirse que los propios hermanos Mazeaud rectificaron la doctrina que sobre el particular habían trazado en su obra “*Lecciones de Derecho Civil*” (1960), cuando en su tratado de “*Responsabilidad Civil*” (1963), en relación con la materia objeto de análisis manifestaron:

“1462. ¿Debe ser imprevisible e irresistible el hecho de la víctima? - La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta. No cabría obligar al demandado, según se dice, a precaverse contra los hechos de la víctima, como no cabe obligarse a que se prevenga en contra de los acontecimientos naturales.

“(…)”¹¹⁵ (Negrillas de la Sala).

¹¹² Luis Josserand, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950, pág. 341.

¹¹³ Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, Págs. 332 y 333.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 16235, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹⁵ MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André “*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*”, Tomo Segundo, Volumen II, Ed. Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, Pág. 40.

“Lo anterior no quiere significar en modo alguno, que el hecho de la víctima en ocasiones pueda ser total o parcial, en cuanto se refiere a la materialización del resultado dañoso, motivo por el cual será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

“Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño.

“El principio de confianza conlleva implícito la tranquilidad que tienen las personas que integran la sociedad, de que el Estado prestará adecuadamente sus servicios públicos, por lo que, no cualquier tipo de participación de la víctima, en una actividad riesgosa, reviste la estatus necesario para excluir la responsabilidad de la administración.

“En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquella fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

“Pero la doctrina y la jurisprudencia discuten sobre la necesidad de que ese hecho exclusivo de la víctima sea imprevisible e irresistible. Los Mazeaud sostienen que la “imprevisibilidad y la irresistibilidad no son necesarias al hecho exclusivo de la víctima, para que este exonere de responsabilidad.” TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Ed. Legis, Tomo II, Pág. 61.

“Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis.”(negrillas y cursivas del original - subrayado adicional).

Por lo tanto, desde mi perspectiva, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero como causales eximentes de la responsabilidad no pueden ser reconducidas por la doctrina y jurisprudencia nacional, con miras a someter bajo un mismo prisma los requisitos y elementos que gobiernan a la fuerza mayor, so pena de desdibujar los entornos delimitantes que existen entre uno y otro evento de los diversos que componen el concepto genérico de “causa extraña”.

Una visión como la sostenida por la posición mayoritaria parte de una visión causalista de la responsabilidad en donde, el juez no atribuye resultados o consecuencias a partir de la verificación de la existencia de un daño, sino que, supuestamente, actuaría a partir de la constatación de la naturaleza, en busca de la causa o el origen de las cosas, en este caso del resultado, lo cual traduce una labor experimental - científica, que no es la propia de un operador de las ciencias sociales.

La labor del juez, a partir del análisis fáctico y probatorio de los hechos, es establecer a quién le resulta material y jurídicamente imputable el daño, para lo cual cuenta con todos los elementos y herramientas que le brinda el ordenamiento jurídico a efectos de endilgar la mencionada responsabilidad, tarea que no se acompasa con una labor naturalística (verificación material y externa) sino que, por el contrario, corresponde a una actividad racional e inteligible (*logos*) en la que se analizan los supuestos de hecho para luego, previa la interpretación de normas y principios jurídicos, inferir un determinado resultado que, en el caso concreto, será la obligación de reparar integralmente el perjuicio.

De otro lado, en tratándose de la culpa exclusiva de la víctima y del hecho del tercero, no se requerirá constatar que los mismos devengan en irresistibles e

imprevisibles para el demandado sino que, este último no haya incidido decisivamente en la producción de los hechos o, de otra parte, no se encuentre en posición de garante, en cuyo caso el resultado le será imputable materialmente (*imputatio facti*). Así las cosas, lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada (culpa de la víctima) o del tercero fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño.

Me aparto de igual manera, en el caso concreto, de la afirmación que se hace según la cual para que se configure el hecho de la víctima como causal excluyente de responsabilidad no se requiere que el mismo aparezca plenamente identificado en el proceso.

En efecto, acerca de este ingrediente que se pretende introducir al estudio de la causa extraña, en su modalidad del hecho de la víctima, discrepo de la mencionada hermenéutica, como quiera que si no existe certeza respecto a quién es imputable el daño, no se podrá decretar una causa extraña sino que la negativa de las pretensiones se impone por ausencia o falta de acreditación de la imputación fáctica. En otros términos, con lo sostenido por la Sala se confunden dos conceptos que, no obstante producir o desencadenar la misma consecuencia absolutoria, tienen contenido y alcance distinto.

Como se aprecia, la falta de individualización o identificación del causante del daño lo que genera en el plano del juicio de la responsabilidad es la incertidumbre acerca de la autoría en la generación de aquél, razón por la que al juez no le es viable declarar probada la causal exonerativa de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de la víctima, sino denegar las súplicas de la demanda por falta de prueba de la imputación fáctica. En consecuencia, siempre que declare que operó el hecho exclusivo y determinante de un tercero como causa extraña será necesario determinar o al menos individualizar –no necesariamente identificar– la persona, el sujeto, entidad u organización que desencadenó el daño antijurídico.

En los anteriores términos dejo planteada mi posición.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra