

**ANALISIS DOGMATICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS
DAÑOS OCASIONADOS A LOS RECLUSOS EN COLOMBIA**

**DOGMATIC ANALYSIS OF STATE LIABILITY FOR THE DAMAGES CAUSED TO
PRISIONERS IN COLOMBIA**

¹Vita Paola Reyes Acosta

²Giovanni Rada Herrera³

RESUMEN

El Estado como ente jurídico es posible que responda patrimonialmente por los daños antijurídicos ocasionados en razón de las distintas actividades que desarrolla. Todo depende de las exigencias dogmáticas para acreditar la responsabilidad del Estado en su aspecto sustancial general que establece un régimen de responsabilidad objetiva y otro régimen de responsabilidad subjetiva. Este último régimen con número adicional de categorías dogmáticas adicionales al primero y por ende más exigente trayendo consigo que se amplíen entonces los eventos de ausencia de responsabilidad del Estado. Uno de los distintos tipos de responsabilidad del Estado en la parte sustancial especial es el de los daños ocasionados a los reclusos. Menester es precisar a qué régimen de responsabilidad obedece este último. A lo que concluimos que el régimen de responsabilidad subjetiva es el pertinente para ese debate. Y dado que al hablar de responsabilidad subjetiva no se refiere a nexo psicológico entre el sujeto y el resultado sino en realidad a la culpa

¹.Abogada titulada, Especialista en Derecho Administrativo, egresada de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar-seccional Barranquilla.

Email: vitapaolareyesacosta@hotmail.com

².Abogado titulado, Especialista en Derecho Administrativo, egresado de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar-seccional Barranquilla.

Email: gioradah@gmail.com

³ Ferney Rodríguez, docente y tutor de la presente investigación.

como un elemento objetivo y normativo es menester traer a colación los criterios ordenados de la teoría de la imputación objetiva del penalista Alemán Gunther Jakobs para establecer entonces además de la relación de causalidad entre la actividad del Estado y en daño antijurídico que la culpa haya sido determinante en el resultado con los criterios de posición de garante, creación del riesgo jurídicamente relevante y realización del riesgo en el resultado.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad, causalidad, imputación y Daño.

ABSTRACT

The State as legal entity is possible that respond patrimonially for unlawfull damages caused by reason of the different activities it develops. It all depends on the dogmatic demands to accredit the state liability in its general substancial aspect that establishes a objective liability regime and other subjetive liability regime. This last regime with additional number of dogmatics categories additional to the first and therefore more demanding bringing with it let the expand so absence events of state liability. One of the different kinds of state liability in the special sustancial part is the damages caused to prisoners. It's necessary to specify to which liability regime obey the latter. To what conclude that the subjective liability regime is the relevant for that debate. And given that when we talking of subjective liability doesn't refer to psychological link between the subject and autcome but rather actually to blame as an objective and normative element it is necessary to bring up the ordered criteria of the theory of objective imputation of the German criminal lawyer Gunther Jakobs for establish in addition to the causal relationship between the state activity and in unlawful damage that the fault has benn determinant in the autcome with the guarantor position criteria, of the legally relevant risk creation and risk realization in the autcome.

KEY WORDS: Responsibility, causality, imputation and damage.

INTRODUCCIÓN

Las cárceles en Colombia son un Estado inconstitucional de cosas declarado así por el Tribunal Constitucional Colombiano en sentencias (T-388-2013 y T-267-18) en razón que en nuestras conocidas mazmorras se mansilla, de manera insolente y a la luz de la comunidad nacional e internacional la dignidad de los seres humanos depositados en ellas. Estos seres humanos a los cuales se les castra el sagrado derecho a la libertad ven como se le conculcan otros derechos que no aparecen en el pacto social como afectables como consecuencia de haber sido hallados responsables de la realización de una conducta punible.

Es por lo anterior que se justifica establecer una posición en lo que respecta a la responsabilidad del Estado por daños sufridos a los reclusos en su cautiverio ya que cuando el Estado asume la custodia de seres humanos en calidad de imputados, acusados o condenados estos entran en su ámbito de responsabilidad y por consiguiente el Estado puede llegar a responder por las acciones u omisiones de sus servidores públicos encomendados para estas lides.

Establecer entonces con claridad cuáles son los ámbitos de competencia de la responsabilidad del Estado y cuales son aquellos ámbitos en que una persona recluida simplemente sufre un daño como consecuencia de su propio ámbito de dominio, establecer cuándo estamos en presencia de una actividad del Estado y cuando no, precisar cuándo esta actividad se ha desarrollado de acuerdo a las expectativas que la sociedad tiene o cuando esta actividad ha defraudado esas expectativas, establecer cuando la defraudación de expectativas ha sido determinante en el resultado y cuando ese resultado se considera daño antijurídico y cuando no, establecer cuando se exige un régimen de responsabilidad objetiva y cuando y cuando un régimen de responsabilidad subjetiva en los distintos tipos especiales de responsabilidad son hoy por hoy cuestionamientos necesarios cuando

hablamos de responsabilidad extracontractual del Estado cuando analizamos no solo la responsabilidad del Estado por los daños a los reclusos sino cualquier otra tipología de responsabilidad.

En ese entendido al establecer las anteriores categorías dogmáticas se establecen entonces por un lado cuales son las garantías que rodean al Estado y por otro lado las garantías de las personas que acuden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en razón de que por una u otra razón al perder su libertad y pernoctando en las mazmorras en comento padecieron una carga que no tenían el deber de soportar. Tener claro los elementos estructurales que se requieren para poder acreditar o desacreditar la responsabilidad del Estado en los eventos en que un recluso sufre un perjuicio es en sumo beneficioso por cuanto el objeto del debate en cuanto a las fuentes del derecho está claro desde un principio y se sabe entonces cuales son los escenarios de discusión a acreditar y cuales sus exigencias dogmáticas.

Con base en la anterior exposición conceptual, el presente trabajo está dirigido a establecer ¿Desde la jurisprudencia cual es la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los reclusos en Colombia 2015-2019? Por tal razón resulta oportuno como primera medida analizar el concepto de responsabilidad del Estado, como segunda medida examinar los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, como tercer propósito examinar el concepto doctrinal de responsabilidad de Estado por daños a los reclusos y cuarto examinar los fallos de la jurisdicción de contencioso administrativo que den cuenta de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los reclusos en Colombia 2015-2019.

La presente investigación se abordó desde un enfoque cualitativo. Se trata de una investigación jurídica donde las fuentes empleadas son secundarias y la técnica de investigación utilizada fue el

análisis de texto, mientras que el instrumento empleado fue el formato de análisis de norma y formato de análisis de jurisprudencia.

1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:

En sus inicios las funciones del Estado residían en una sola persona: el monarca. Quien no solo hacía las leyes, las ejecutaba y sancionaba a quien no las cumplía sino que también heredaba por sangre y en nombre de alguna deidad ese mayúsculo poder. Poder sin limitaciones y sin control alguno incluso cuando ese poder se desbordaba cada vez que sus caprichos así lo exigían. El Rey era dueño de la vida de sus súbditos, no existía el concepto de ciudadano y mucho menos que ese Estado representado en esa configuración humana que tenía la particularidad que por sus venas circulaba sangre azul y además instituido de cuasi divinidad heredando un poder que venía de Dios respondiera por daño alguno en razón del ejercicio de ese mandato divino. No se cuestionaba absoluto su comportamiento, no había ámbito de responsabilidad alguno de aquello que enmarcado en una sola persona se le llamaba Estado. La lucha por la libertad y por la igualdad llevó que, sin complejo alguno, de ser llamados como en la actualidad de terroristas, se conquistara la consagración de libertades y garantías.

Pero si bien esa parte dogmática de derechos, libertades y garantías fue una conquista importante no fue menos que con el pasar del tiempo y de contiendas ideológicas fratricidas se pudo establecer no solo que el poder no venía de deidad alguna sino de aquello que los científicos políticos modernos le llaman pueblo y que el hacer las leyes y administrar justicia ya no era facultad de quien ostentaba en el pasado el nombre de rey. Pero en esa insaciable búsqueda se logró, que así como el poder no venía de cielo u olimpo alguno, que este poder no era vitalicio y cada determinado tiempo y sin renovación en el cargo, el pueblo señalaría quien dirigiría el Estado, ya

no siendo esa persona el Estado mismo sino solo su rector y con las limitaciones ya antes enunciadas.

Pero solo hasta 1873 en el mundo y concretamente en Francia se comienza a establecer que el gran “leviatán” respondería por daños causados en ejercicio de sus actividades, “el fallo blanco” emitido por el tribunal de conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873 rompe el paradigma de la irresponsabilidad del Estado, en este orden de ideas Vega & Suárez (2014) señalan que el régimen de responsabilidad del Estado “se nutrió de responsabilidad civil en cuanto a las condiciones de (daño, hecho dañoso y nexo causal) bajo las modalidades de (con culpa o sin culpa del agente) en que puede producirse una reparación”.(p.245).

Dadas las condiciones que anteceden Vega & Suárez (2014) exponen que “fue el Consejo de Estado Francés quien creo por vía perentoria la responsabilidad por culpa, afincada en el régimen de falla en el servicio como incumplimiento de un deber jurídico a cargo de la administración”. (p.245). Por consiguiente Vega & Suárez (2014) señalan claramente que en Colombia se “instituyó la dualidad de jurisdicciones, es decir, un fenómeno en que la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado asumían funciones de máximo tribunal de lo contencioso en temas de responsabilidad estatal”.(p.247). Actualmente el régimen de responsabilidad del Estado se encuentra consagrado en el artículo 90 de nuestra constitución de (1991) y este otorga a los ciudadanos protección cuando han sufrido un daño antijurídico ya sea por acción u omisión de los agentes del Estado, el mecanismo idóneo para demandar es a través del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del actual código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo ley 1437 de 2011.

Como pudo observarse anteriormente, el concepto la responsabilidad del Estado evolucionó significativamente por tal razón resulto oportuno traer a colación el concepto de Vega & Suárez (2014) donde señalan que la responsabilidad “se traduce en la obligación de reparar y de satisfacer a otro por el daño que se le ha causado con un hecho realizado libremente”. (p.248).

1.1 Clasificación de la Responsabilidad del Estado: Importante es entender las clases de responsabilidad del Estado por cuanto sus requisitos sustantivos y adjetivos son distintos y que se han entendido como: la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

1.1.1 Responsabilidad Contractual:

La responsabilidad contractual es aquella que como la etimología de su nombre lo indica proviene de un contrato y se demanda a través del medio de control de controversias contractuales, esta acción se encuentra consagrada en el artículo (141 de la ley 1437 de 2011) actual código de procedimiento administrativo de y de lo contencioso administrativo.

1.1.2 Responsabilidad Extracontractual:

La responsabilidad extracontractual del Estado en materia sustancial tiene su fundamento constitucional en el artículo 90 de la constitución de 1991 y en esta materia el mecanismo legal idóneo para solicitar que el Estado responda es a través del medio de control denominado reparación directa consagrado en el artículo (140 de la ley 1437 de 2011) En este mismo sentido Vega & Suarez (2014) afirman lo siguiente:

“La responsabilidad concebida en el artículo 140 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo como la obligación que tiene el Estado de asumir los pagos

tendientes a reparar perjuicios que sean atribuibles por su actividad oficial, encuentra fundamento en los artículos 2 y 90 de la carta política, consagra como primera norma los fines esenciales del Estado, servir a la comunidad y garantizar los derechos de los asociados, mientras que el artículo 90 de manera expresa instituye la responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos que le sean imputables por acción u omisión de las autoridades”.(p.251).

Ahora es menester también aclarar que hay dos regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado que desarrollaremos a continuación de este acápite. A uno de esos regímenes se le denomina responsabilidad objetiva y al otro régimen responsabilidad subjetiva. Estos regímenes a nuestro entender comportan categorías dogmáticas que en lo cuantitativo son más exigentes en el régimen subjetivo. Nosotros proponemos esta pedagogía como imperativo en los procesos jurídicos, so pretexto que de tener claro los objetos de discusión y de prueba al interior de los procesos no solo en cuanto a la composición de los elementos estructurales (categorías dogmáticas) de cada régimen sino de que se sepa de antemano por jueces y partes en conflicto cual es el régimen atinente a la tipología de responsabilidad que se debatiendo y no quede supeditado a la discrecionalidad del juez cual es el régimen que se aplicara al caso concreto y así evitar el pragmatismo y las soluciones caso por caso. Al tener claro los escenarios de discusión identificados como elementos estructurales o categorías dogmáticas tendremos identificado entonces cuales son los problemas jurídicos que subyacen al interior de cada uno y así podemos entonces saber cuáles son las fuentes del derecho aplicables o que rigen dicha estructura de responsabilidad.

La responsabilidad objetiva es un régimen que está compuesto por categorías dogmáticas idénticas en lo fundamental a la subjetiva. Pero este último régimen de responsabilidad exige para su configuración categorías dogmáticas adicionales como veremos más adelante.

1.1.2.1 Responsabilidad Objetiva:

Es aquella que desarrolla el régimen de responsabilidad “sin culpa” y sus dos especies son el daño especial y riesgo excepcional. En lo que respecta a la definición de daño especial Arenas (2017) sostiene que es el “sacrificio especial o principio de igualdad frente a las cargas públicas, se trata de actividades correctas de la administración que provocan consecuencias especialmente graves a determinados sujetos” (p.147). Por tal razón y en lo que refiere a daños a los reclusos (Arenas, 2017, p.173) señala “en los casos de fallecimiento o lesiones entre los compañeros de internamiento una persona privada de la libertad o por la guardia carcelaria en uso de legítimo de la fuerza, el título de imputación aplicable sea el “daño especial” puesto que la principal consecuencia de la relación especial de sujeción pone al ciudadano en una situación de indefensión mayor a la de cualquier ciudadano”. En otro contexto como segundo título objetivo de imputación se consagra el riesgo excepcional por el cual Arenas (2017) sostiene “la actuación de la administración genera riesgos que pueden producir graves daños aunque se han tomado todas las medidas o precauciones pertinentes para lograr evitarlo”.

A nuestro criterio la estructura de la responsabilidad objetiva estaría compuesta por una serie de elementos ontológicos y jurídicos que solo enunciaremos en este acápite y desarrollaremos más adelante.

1.1.2.2 Responsabilidad Subjetiva:

La responsabilidad subjetiva es aquella en la cual no basta la relación de causalidad entre el daño antijurídico y la actividad del Estado sino que es menester demostrar “la culpa del Estado” es decir, que la culpa debe ser determinante en la producción del daño antijurídico.

En este orden de ideas es menester precisar que cuando se habla de culpa en este régimen de responsabilidad subjetiva no se está hablando de la culpa como culpa en sentido psicológico, es decir previsibilidad y/o evitabilidad, o nexo psicológico imprudente o representación psicológica por cuanto en esta discusión al estar refiriéndonos a un ente abstracto como el estado que pese a ser persona no tiene configuración humana no podremos hablar de atribución de culpa como nexo psicológico ya que en él no se puede predicar exigencias de manifestaciones de voluntad.

Cuando se habla entonces de culpa en este régimen de responsabilidad subjetiva se habla de culpa en sentido jurídico o normativo y es por ello que nosotros manifestamos que el termino de responsabilidad subjetiva para denominar este régimen no es preciso por cuanto lo subjetivo tiene que ver con los niveles de representación y dirección de voluntad de un sujeto cuando previamente se ha demostrado que ha exteriorizado un comportamiento.

En este entendido para dilucidar lo anterior se propone que para estimar la culpa se traerá a colación los criterios esbozados por el tratadista Gunther Jakobs quien explica las imputaciones de la conducta y la imputación del resultado con su teoría de la imputación objetiva cuyos elementos son: las posiciones de garante, la creación del riesgo jurídicamente desaprobando y la realización del riesgo en el resultado.

2. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.

Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado dependen indefectiblemente del tipo de responsabilidad extracontractual que se está estudiando en el caso concreto sometido análisis, porque en este tipo de responsabilidad denominada extracontractual tal y como se ha

tocado tangencialmente en acápites anteriores se divide en responsabilidad extracontractual objetiva y subjetiva.

2.1. Elementos de la Responsabilidad Objetiva: Obsérvese que en este régimen de responsabilidad del Estado encontraremos elementos normativos y un elemento ontológico. La actividad del Estado (termino propuesto por nosotros para la existencia y etiquetamiento de este escenario de discusión) y el daño antijurídico como elementos normativos; y el nexo causal como elemento ontológico traído de una ciencia natural como lo es la física.

2.1.1. Actividad del Estado:

Es toda actividad que desarrolla el Estado para alcanzar sus objetivos o fines esenciales y en el desarrollo de dichas actividades este puede ocasionar daños a los asociados ya sea por acción o por omisión de las autoridades públicas de conformidad con el artículo 90 de la constitución.

2.1.2. Daño Antijurídico:

El daño es el elemento principal de la responsabilidad del Estado, el artículo 90 de la constitución de 1991 consagra el daño antijurídico y señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por acción o la omisión de la autoridades públicas”. Hecha la observación anterior se considera que el daño antijurídico es la afectación que sufre una persona que no se encuentra en obligación de soportarlo, en este orden de ideas, se puede recalcar que todos los daños no son resarcibles si no aquellos que tengan de calidad de “antijurídico” y que cumpla con los requisitos de cierto, personal y concreto. De manera semejante el maestro Herrera (2012) con su pluma precisa enseña que el daño antijurídico “puede entenderse como la carga especial impuesta a un asociado cuando legalmente no está obligado a soportarla”. (p.480).

De igual manera, es conveniente precisar que el doctor Tamayo (citado por Arenas, 2017) se refiere a el daño antijurídico como “aquel que el Estado, en el ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar. O de igual manera cuando el Estado causa un daño que no tenía derecho a causar, es responsable”. (p.75).

En este mismo sentido Arenas (2018) en su obra el régimen de responsabilidad subjetiva afirma que “para comprender la definición de daño antijurídico es necesario examinar la de daño, que el fenómeno inherente al ser humano y puede tener diversas manifestaciones. Según (Henaó, citado por Arenas, 2018) “se entiende como cualquier aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (p. 131).

En este orden de ideas se puede citar a (Arévalo, 2002, p.117) quien comparte la tesis de la sección tercera del consejo de Estado sobre el daño antijurídico y aclara lo siguiente: Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nuevo nexo de causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de resarcimiento.

2.1.3. Nexo Causal:

Es un elemento traído de las ciencias naturales concretamente de la física. Este elemento ontológico naturalística que en el caso particular de la temática de la responsabilidad del Estado, une o conecta al daño antijurídico con la actividad del Estado, consiste en establecer una relación fáctica entre la causa y un resultado y que en algunos tipos de responsabilidad extracontractual del Estado no es suficiente para atribuir el daño antijurídico a la actividad Estatal.

2.2 Elementos de la Responsabilidad Subjetiva:

Ya hemos precisado con anterioridad que este régimen de responsabilidad no trata de nexo psicológico alguno sino de determinar jurídicamente la culpa. Por lo que para ese efecto acudiremos a juicios de valor como ya lo habíamos anticipado. Por otro lado reiteramos que los elementos de responsabilidad objetiva, tales como acreditar que estamos en presencia de una actividad del Estado, el daño antijurídico y la relación causal entre uno y otro elemento estructural ya estudiados en el acápite anterior son fundamentales e indefectibles pero no suficientes. Es decir también se estudian en el régimen de responsabilidad subjetiva pero es menester como ya se ha dicho acreditar la culpa y que esta sea determinante en la producción del daño antijurídico. A continuación tocaremos tangencialmente estos conceptos porque para dar contenido a los mismos en espacios inmediatos acudiremos a la teoría de la imputación objetiva antes mencionada.

2.2.1. La Culpa, falta o falla en el servicio.

Tal como lo enseña Arévalo (2002) “la responsabilidad requiere del soporte de la falla en el servicio, la existencia del daño y el nexo causal entre los dos, si logramos demostrar los tres elementos, hay que declarar la responsabilidad, pero si no se demuestran ni peligro que se deba declarar”. En ese mismo sentido (Arévalo, 2002) recalca “siempre que hay responsabilidad hay falla en el servicio, pero no siempre que haya falla del servicio cargamos con responsabilidad, entonces hay falla en el servicio cuando el servicio no se presta, cuando se presta de forma irregular y cuando se presta tardíamente”.

De manera semejante compartimos lo sostenido por el tratadista Arenas (2018) quien afirma lo siguiente “la presencia de la culpa es uno elementos indispensable para atribuir la responsabilidad a las Administraciones públicas, con la cual se está ante un régimen de responsabilidad predominantemente subjetivo o culpabilístico”. Además afirma Arenas (2018) “la presencia de la

culpa por parte del Estado y de sus agentes, en cualquiera de sus diversos ordenes, es el elemento subjetivo requerido para que se origine la responsabilidad y la obligación de indemnizar”.

Por su parte el ensayista (Ruiz, 2019, p.2) sostiene lo siguiente: “la falla en el servicio corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de sus funciones, retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado. Son entonces acciones u omisiones que se predicán de la administración y que, en su funcionamiento, resultan en cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al Estado”

2.2.2. La Culpa, falta o falla del servicio debe ser determinante en la producción del daño antijurídico.

No es suficiente con hacer la atribución de culpa a la actividad del Estado, ni que esta actividad culposa explique desde lo causal el daño antijurídico es menester probar que la culpa fue determinante desde lo jurídico para la producción de dicho daño.

Por todo lo anterior se justifica que traigamos a colación los criterios ordenados de imputación objetiva con los cuales en derecho penal ante la exigencia de la norma rectora de conducta punible del artículo 9 de la ley 599/00 “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado” obliga a que se adopten criterios normativos en esa área del derecho y es nuestra propuesta que para lo atinente al daño a los reclusos se traiga a colación para imputar el daño antijurídico a la actividad del Estado la moderna teoría de la imputación objetiva al campo del derecho administrativo. Veamos entonces en que consiste y su aplicación práctica al tema que nos concierne:

2.2.2.1. La Imputación Objetiva:

Esta teoría que es el epicentro de los esquemas del delito funcionalistas moderado y radical de Roxin y Jakobs respectivamente en derecho penal consistente en criterios normativos para poder atribuir como propio una conducta y un resultado desvalorado por el ordenamiento jurídico. Pero que según nuestro concepto tiene mayor capacidad de rendimiento la teoría de la imputación objetiva del funcionalismo radical por cuanto al prescindir de elementos ontológicos en su estructura, contrario a lo esbozado por Roxin, le permite con los márgenes de error propios de su aplicación en penal , poder explicar la responsabilidad de la persona jurídica incluso.

Según opinión del autor (Arenas, 2018, p.280) esta teoría desarrollada por la dogmática penal Alemana, se separa de las teorías que sostienen que la comprobación de la relación de causalidad debe hacerse desde una perspectiva fáctica o naturalística, sin consideraciones jurídicas que puedan distorsionar las conclusiones a las que lleguen los jueces. Al contrario propone que la verificación de causalidad es una cuestión jurídica, puesto que se trata de dar una calificación jurídica a un conjunto de hechos con base en lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

A nuestro juicio se considera que son una serie de criterios jurídico-normativos que se utilizan para poder atribuir un resultado y en el caso del derecho administrativo atribuir el daño antijurídico desde el punto de vista jurídico-normativo a la actividad Estatal, precisando entonces que según el profesor Gunther Jakobs habla de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo en el resultado.

Observemos que con los elementos de imputación objetiva podemos establecer cada una de las categorías dogmáticas que conforman la responsabilidad subjetiva; por ejemplo en la actividad del Estado podemos saber con el elemento de imputación objetiva de la posición de garante si estamos

en un ámbito de competencia propio del Estado y con los elementos de creación del riesgo jurídicamente relevante y la realización del riesgo en el resultado , si hubo culpa y si esta fue determinante jurídicamente en la producción del resultado o daño antijurídico.

Veamos entonces la moderna teoría de la imputación objetiva y su aplicación al régimen de responsabilidad subjetiva del Estado:

2.2.2.1.1. Posición de Garante

En este aparte se traerá a colación la teoría del tratadista Gunther Jakobs donde se establecen dos ámbitos de competencia desde los que se edifica la teoría de la imputación objetiva. Uno es la competencia por institución y la otra competencia por organización que se desarrollaran más adelante.

Observese que en el derecho penal concretamente en el artículo 25 de la ley 599/00 código penal colombiano se desarrolla el concepto de posición de garante “acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedara sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la constitución o la ley. (...)” e incluso la corte suprema de justicia sala de casación penal desarrolla el concepto al campo penal claro está (CSJ, cas. Penal, Sent. Abr. 4/2003, Rad.12742. M.P. Álvaro Orlando Pérez pinzón). (CSJ, Cas. Penal, SENT, jul.27/2006, Rad.25536. M.P. Álvaro Orlando Pérez pinzón) El maestro Pérez pinzón en su ponencia nos enseña de donde surgen las posiciones de garante en nuestro ordenamiento jurídico ubicando los artículos 1 y 95-2 “(...).

En términos generales la posición de garante se refiere a que los sujetos tienen marcados ámbitos de competencia en los que el sujeto tiene que tener un deber muy específico de evitar determinado resultado. Un daño antijurídico se le atribuirá a un sujeto si está dentro de su ámbito de competencia evitarlo. Los ámbitos de competencia son entonces competencia por institución y competencia por organización:

2.2.2.1.1.1. Competencia por Institución:

La competencia por institución se entiende como deberes positivos, López (2006) señala que “los deberes positivos no se pueden definir de acuerdo con la organización incorporada en una institución ni con la asunción autónoma si no que lo decisivo es la configuración de instituciones”. (p.200). Y cita el siguiente ejemplo “no se puede confiar en un policía sino en la policía, no se confía en un médico, sino en la clínica, no se confía en un juez sino en la administración de justicia. Además señala que las instituciones a las que hace referencia son las siguientes: “las relaciones paterno filiales, el matrimonio, la confianza especial, los deberes estatales”. Entonces si un recluso se enferma a media noche con fuerte dolor abdominal primero que todo el centro de reclusión de disponer de un médico que atienda al recluso y pueda determinar el grado de exigencia médica que amerita el dolor. Si el Estado tiene bajo su custodia a un recluso él tiene el deber de actuar basado primero en nombrar profilácticamente a un profesional que este en capacidad de solventar cualquier emergencia médica y segundo que este médico inmediatamente despliegue su capacidad en pos de cumplir con su rol.

2.2.2.1.1.2. Competencia por Organización:

En cuanto a la competencia por organización o deberes negativos López (2006) señala que “los deberes negativos constituyen el sinalagma de la libertad de organización de la persona. Los delitos

que resultan de la infracción a una relación negativa se denominan delitos por organización y pueden ser cometidos por cualquier persona”. En este orden de ideas señala que existen deberes de aseguramiento y de deberes de salvamento. Con relación a los deberes de aseguramiento afirma “sin sobrepasar el riesgo de lo permitido”, y en lo respecta a los deberes de salvamento expone “se fundamentan en la usurpación de la organización ajena, así se realice el salvamento por otra persona, no siempre se priva de la competencia a quien realizó el comportamiento precedente”. (p.198, 199)

En este mismo sentido el tratadista Gunther Jakobs señala que la competencia por organización se refiere “a la libertad para configurar el mundo y control de una fuente de peligro”, en este mismo sentido señala que surgen dos deberes, primero el deber de aseguramiento y segundo el deber de salvamento. Con respecto al deber de aseguramiento hace referencia a que “se tienen que adoptar medidas especiales para mantener el riesgo que se creó dentro de los límites de lo permitido”. Y el segundo deber de salvamento hace referencia “cuando el riesgo sale de control y amenaza con producirle daño a otro o lo produce, el garante tiene la obligación de revocarlo”. A nuestro juicio, en el caso concreto un ejemplo claro sería el guardia del INPEC que se encuentra maniobrando su arma de dotación oficial en los pasillos del pabellón de la cárcel X y con tan mala suerte que el arma se dispara y lesiona a un recluso, en el presente caso el guardia sobrepasó los límites de lo permitido, es decir violó los deberes de aseguramiento y por lo tanto este tiene la obligación de revocar ese daño prestando la ayuda inmediata.

2.2.2.1.2 .Creación de un riesgo Jurídicamente Desaprobado:

Para explicar el presente criterio de imputación objetiva el profesor Jakobs muestra como necesario utilizar cuatro criterios o categorías tales como, el riesgo permitido, el principio de

confianza, la prohibición de regreso y las acciones a propio riesgo que destruyen el concepto de riesgo jurídicamente desaprobado. Este nivel de imputación objetiva consiste en que quien tiene una posición de garante en una situación concreta y no adopta una conducta acorde con las expectativas que la sociedad manifiesta esta persona habrá creado un riesgo jurídicamente desaprobado así por ejemplo si el médico designado para solventar una emergencia médica de un recluso no realiza lo pertinente habrá creado un riesgo jurídicamente desaprobado.

Veamos con más detalle la aplicación de este nivel de imputación objetiva al caso que nos atañe estudiando los distintos criterios para determinarlo o excluirlo;

2.2.2.1.2.1. Riesgo Permitido:

La postura del autor López (2006) respecto a este criterio es la siguiente “el riesgo permitido se refiere más a la identidad de la sociedad que procesos de ponderación de bienes jurídicos”. En este orden de ideas continúa argumentando que “para decir si estamos en presencia de una conducta que sobrepasa el riesgo permitido y por lo tanto es peligrosa se suele acudir al pensamiento de la adecuación”. De este modo “se dice entonces que una conducta es peligrosa cuando es generalmente adecuada para la causación de un resultado típico. Y es adecuada cuando se aumenta de manera significativa la posibilidad de producción de ese resultado” (p. 226).

En otro contexto Serrano & Tejada (2017) afirman que “la sociedad reconoce determinado riesgo que es permitido en todos los ámbitos vitales, pues el riesgo es inherente a la configuración social. Consecuente con esto, no forma parte del rol de cualquier ciudadano que elimine cualquier riesgo de lesión a otro” (p.277).

En efecto, López (2004) sostiene que “ante la imposibilidad de prohibir toda conducta que representa peligro para los bienes jurídicos, la sociedad señala pautas de seguridad en la

administración de riesgos. Si el ciudadano se comporta observado los deberes de seguridad, el riesgo que pueda crear esta jurídicamente permitido” (p.112).

Así entonces si ante la eventualidad de una emergencia médica por un ataque al corazón los médicos dispuestos por el centro de reclusión agotan todos los recursos que exigen los protocolos y el paciente fallese, ese resultado muerte no le será imputable jurídicamente al Estado y este no responderá. Así como dentro del riesgo permitido ocurre el daño sufrido por un recluso en el caso en el cual se presenta una muerte en el patio del reclusorio, donde los días domingos como es costumbre los internos realizan ejercicio al aire libre, de repente sobreviene una tormenta eléctrica y cae un rayo y mata a un recluso.

2.2.2.1.2.2. Principio de Confianza:

La doctrinante López (2006) respecto a este criterio señala “en este caso se responde únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte del rol de ciudadano controlar todos los posibles peligros que se pueden originar en la conducta de terceros”. De manera semejante López (2006) continúa argumentando que “cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos, pero no es su deber preocuparse porque los demás observen el mismo comportamiento”. (p.234). Teniendo en cuenta los planteamientos expuestos por el autor se puede inferir que este principio se desarrolla bajo el principio de autorresponsabilidad.

Desde la concepción de Serrano & Tejada (2017) el principio de confianza se refiere que “en los distintos contactos sociales, no forman parte del rol de ciudadano controlar permanentemente todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de los demás, pues debe existir

la confianza de esperar que los demás se comportarán conforme a las exigencias de su rol” (p. 277).

En este orden de ideas se puede citar a López (2004) quien considera que este principio se “fundamenta en la autorresponsabilidad y la principal consecuencia, es que la del ámbito de responsabilidad del cada uno se limita su propia conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otros”. En este mismo sentido afirma que “cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos” (p.120). En nuestro juicio, el principio de confianza significa entonces, esperar de los demás un comportamiento adecuado conforme a los roles que cada uno desempeña.

En nuestras palabras y tratando de parafrasear a los distintos maestros y maestras que hemos tenido la oportunidad de estudiar se puede decir entonces que el principio de confianza es una expectativa legítima de comportamiento por parte de nosotros hacia los demás ciudadanos que están desempeñando al igual que nosotros una actividad peligrosa.

Por ejemplo en medio de una riña en el centro de reclusión resulto herido un interno en su pierna izquierda y tubo que se llevado al hospital de inmediato donde le tomaron una radiografía de la pierna lesionada, pero el radiólogo le entrega al médico operante la radiografía equivocada de otro paciente y el medico opera es la pierna derecha). Tal como se observa solo se excluye la responsabilidad al médico operante pero se configura la responsabilidad del Estado por la inoperancia del radiólogo. En efecto el médico que amputa la pierna actuó dentro del principio de confianza pero esto no exonera al Estado de su responsabilidad por cuanto otro agente si defraudo las expectativas de comportamiento.

2.2.2.1.2.3. Prohibición de Regreso:

Desde la óptica de López (2006) la prohibición de regreso se refiere “aquellos casos en los que el comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece, en su significado objetivo, a ese delito”. Así mismo señala que “la prohibición de regreso configura el ámbito de intervención no delictiva en el suceso y determina en el campo de la no participación” (p.237).

Según opinión del autor Serrano & Tejada (2017) respecto a este criterio sostienen que la prohibición de regreso se “refiere a aquellos casos en los que se alcanzan consecuencias delictivas con la intervención causal de varias personas, en los que el autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona que per se no tiene sentido delictivo, y desvía ese comportamiento hacia lo delictivo” (p.278).

Por su parte López (2004) en su obra introducción a la imputación objetiva sostiene que “la teoría de prohibición de regreso en la actualidad se trata de ámbito de colaboración dolosa y culposa de un tercero en la realización del tipo penal, sin que exista responsabilidad para ese partícipe”. En este mismo sentido señala que “son casos de participación aparente en los que no es imputable la creación de una situación que favorece la comisión de un delito” (p.130).

Ahora bien, en el caso concreto de la responsabilidad del Estado en lo atinente a daños a los reclusos se considera, que el Estado hace un aporte a que ocurra un daño antijurídico pero como lo hizo dentro del riesgo permitido, no se le puede atribuir ese daño antijurídico al comportamiento o actividad del Estado. Por ejemplo: los reclusos se amotinaron dentro del pabellón de la cárcel x, como consecuencia de ello, el Estado impone la medida de restringir las visitas conyugales a los reclusos durante cuatro fines de semana seguidos, por tal medida un interno entra en depresión por no poder ver a sus familiares y se suicida. En el presente caso hay un daño y hay una relación

causal entre la actividad del Estado y el resultado que es la muerte del recluso, pero el Estado actuó dentro de lo que se denomina comportamiento socialmente adecuado o dentro del riesgo permitido porque que esa sanción tiene un fin, entonces se estaría frente a lo que se le llama prohibición de regreso ya que no se le puede atribuir el resultado de un daño al Estado cuando el aporte que está haciendo lo hizo dentro del riesgo permitido.

2.2.2.1.2.4. Acciones a Propio Riesgo:

Por su parte López (2006) en su obra acciones a propio riesgo afirma lo siguiente: Los presupuestos para que se configure la acción a propio riesgo son “(1) la víctima debe tener bajo su control del sí y del como del desarrollo de la situación peligrosa, (2) la víctima debe ser sujeto autoresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo y (3) el tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico” (p.236).

En cuanto a este criterio de imputación Serrano & Tejada (2017) han expresado lo siguiente: “se analiza la incidencia que desde el punto de vista normativo tiene la conducta de la víctima en la configuración de un contacto social, de tal manera que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, o que está en la posición de víctima por obra del destino”. (p.279).

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando López (2004) afirma que dentro del concepto de acciones a propio riesgo “se agrupan todos aquellos casos en que un tercero favorece o crea una situación en la cual el titular de bien jurídico, realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El riesgo solo se concreta por la conducta de intermediación de la propia víctima”. (p.141).

A nuestro juicio, trayendo este criterio al derecho administrativo en lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado por daños ocasionados a los reclusos se considera que acción a propio riesgo es cuando la víctima se autopone en peligro por ejemplo cuando el recluso de manera perniciosa comienza a manipularse la tráquea, se la lesiona y como consecuencia de esto muere. Allí se configura la acción a propio riesgo ya que no hay lugar a una culpa, falta o falla en el servicio porque esa situación estaba dentro del ámbito de dominio de la víctima dado que el recluso tiene bajo su control la decisión de manipular su tráquea, además estamos frente a un sujeto autoresponsable es decir no estamos en presencia de un trastornado mental o inmaduro psicológico que requirieran un trato humanitario severo para evitar que atentara contra su propia vida y en consecuencia el Estado pese que tiene posición de garante frente al reo no tiene ese deber específico de protección como lo es ciertas actividades perniciosas de manipulación. Pero caso contrario se presenta cuando uno de los reclusos comparte sendas botellas de licor con sus custodios que lo trasportan hacia una población donde se va a desarrollar una audiencia pertinente a su caso, y el recluso viene platicando desde la orilla de la puerta del bus con el custodio conductor, que entre otras se abstuvo de tomar licor, cuando de repente se resbala, cae y muere. En ese caso no se constituye acción a propio riesgo y por ende el daño antijurídico no le es imputable a la víctima en este caso, ya que no hay igualdad de conocimiento entre victimario (Estado) y víctima (recluso).

2.2.2.1.3. Realización de Riesgo en el resultado:

El presente acápite consta de cuatro criterios que establecen la relación del riesgo en el resultado tales como el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma, el nexo de determinación y por último la culpa exclusiva de la víctima que se explicaran a continuación:

2.2.2.1.3.1. Incremento del Riesgo:

Ahora bien, según López (2004) recalca que la tesis que tiene más aceptación a cerca de elevación del riesgo es la de Claus Roxin ya que este afirma “es posible imputar el resultado aunque con gran probabilidad también se hubiera producido con un conducta reglamentaria, para él, lo determinante es precisar si la conducta contraria al cuidado ha elevado el riesgo de producción del resultado”. (p.182).

En este orden de ideas, compartimos lo sostenido por López (2006) quien tiene en cuenta “que en esta hipótesis, el autor ha infringido un deber de cuidado, sin embargo, se demuestra que con seguridad, o con gran probabilidad, el mismo resultado se habría producido si se hubiera observado el deber de cuidado”. (p.240).

Por lo anterior resulta oportuno que se observe el siguiente ejemplo: (un recluso consumió en exceso sustancias alucinógenas y alcohol que lo dejan practicante al borde la muerte debido a una intoxicación en la sangre, los médicos del Inpec lo atienden de inmediato para tratar de salvarle la vida y le colocan un medicamento muy fuerte y el recluso fallece). El anterior ejemplo enseña que el mismo resultado se hubiera producido si observaba el deber de cuidado es decir, si el medico hubiese colocado un medicamento menos fuerte.

2.2.2.1.3.2. Fin de protección de la norma:

De acuerdo con el punto de vista del autor López (2004) este sostiene que puede ser “considerado como le criterio más relevante para resolver casos de realización de riesgos. Su contenido básico consiste en que las normas de cuidado no están instituidas para disminuir toda clase de riesgos, si no para evitar la realización de determinados resultados”. (p. 175).

En el estudio realizado por López (2006) el fin de protección de la norma se refiere a que “si el resultado producido no es aquello que la norma trataba de evitar, ese resultado no se le puede imputar al autor así haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado”. En este mismo sentido, el autor plantea el siguiente ejemplo “un cirujano concurre en estado de embriaguez a la sala de cirugía intervine a un paciente, la operación fue éxito, pero por descuido de la enfermera se deja una gasa en el vientre del paciente y este muere a consecuencia de una infección por elemento extraño que queda en su cuerpo”. Tal como se observa en el ejemplo expuesto por la doctrinante el medico que operó creó un riesgo jurídicamente desaprobado pero ese riesgo no es el mismo que se concretó en la producción del resultado. (p. 239).

En el orden de las ideas anteriores resulta oportuno el siguiente ejemplo: El guardia del Inpec que infringió la norma administrativa y asistió al centro de reclusión en estado de embriaguez, le entrega las llaves de la celda a la persona encargada del aseo y está por descuido propio deja los candados abiertos y como consecuencia de ello un recluso emprende la huida y a la salida un carro lo atropella ante la imprudencia del interno. Como pudo observarse el guardia creó un riesgo jurídicamente desaprobado, pero ese riesgo no es el mismo que se concretó en el resultado ya que se trata de un riesgo distinto porque la fuga se concretó por descuido de la aseo y la muerte por imprudencia del propio reo.

2.2.2.1.3.3. Nexos de Determinación

El nexo de determinación, conducta alternativa conforme a derecho, nexo de antijuridicidad o nexo de evitación es un criterio de imputación objetiva, en el segundo nivel denominado realización del riesgo en el resultado, que consiste en una supresión mental hipotética del comportamiento defraudador de expectativas (conducta fuera del riesgo permitido, conducta

creadora del riesgo jurídicamente desaprobado o conducta infractora del deber objetivo de cuidado) y se remplaza por una conducta conforme a derecho para observar sí en ese ejercicio hipotético el resultado desaparece o permanece. Sí el resultado permanece la conclusión es que la conducta defraudadora de comportamientos no fue determinante en el producción del resultado. A contrario sensu, sí el resultado desaparece es porque la conducta defraudadora de expectativas fue la que determino jurídicamente el resultado. Lo anterior comulga con lo afirmado por (Quintero, 1999, p.57) quien ante las críticas hechas por la doctrina al criterio de nexo de determinación , entre ellos Gimbernat y Roxin, en que el nexo de determinación nos llevaría a cursos causales hipotéticos infinitos y que cualquier análisis hipotético nos llevaría a la duda, este autor manifiesta “esto nunca lo ha dicho la teoría del nexo de determinación; porque en ultimas esta siempre se ha valido de lo que hubiera sucedido suprimiendo solo la actuación imprudente, y sustituyéndola por una actuación cuidadosa”. Es decir el nexo de determinación no consiste en suprimir cualquier condición sino solo aquella defraudadora de expectativas.

2.2.2.1.3.4. Culpa Exclusiva de la Víctima.

Para explicar la culpa exclusiva de la víctima fue necesario traer a colación el estudio realizado por (López, 2004, p.186) quien cita el siguiente ejemplo:

Quien maneja objetos peligrosos debe evitar que otras personas ocasionen un daño con el uso indebido de estos instrumentos; si el propietario del arma descuida su custodia y un tercero la utiliza para cometer un delito doloso, el garante (es decir, quien tiene el deber de custodia del objeto peligroso) responde como cómplice porque el riesgo creado por él es el mismo que se concretó en el resultado.

Respecto al comportamiento incorrecto o de un tercero o de la víctima el autor López (2006) señala “Después de originado el peligro jurídicamente desaprobado, la víctima o el tercero contribuyen dolosa o culposamente a la producción de un resultado más grave que el que conlleva el peligro inicial”. Al mismo tiempo el citado autor expone le siguiente ejemplo: “A lesiona a B en el brazo y este muere en el hospital como consecuencia de una (intoxicación en la sangre) producida por el descuido del médico”. (p. 241). De acuerdo con lo expuesto en el presente ejemplo se puede observar claramente que A solo sería responsable de las lesiones personales mientras que el médico tendría que responder por homicidio culposo ya que hizo más gravosa la situación.

Por lo anterior se observará el siguiente ejemplo de responsabilidad del Estado por daño a reclusos en la cárcel distrital de mujeres una reclusa en estado de embarazo consume excesivamente medicamentos prescritos por el galeno de turno y como consecuencia pierde él bebe. Esa situación se encuentra dentro del propio ámbito de la víctima debido a su comportamiento imprudente.

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS A LOS RECLUSOS

Ya en este acápite no estamos refiriéndonos a las clases o regímenes de responsabilidad, en este estadio nos referimos a una de las tantas tipologías de responsabilidad del Estado que existen o tales como la responsabilidad por privación injusta de la libertad, por daños ocasionados al medio ambiente, por actos terroristas, por actos de los servidores públicos, por actividad medica estatal, por daños ocasionados a los conscriptos pero el tema que nos concierne en la presente investigación es la responsabilidad por los daños ocasionados a los reclusos, motivo de nuestra investigación y a la que nos referiremos a continuación:

La responsabilidad del Estado por daños sufridos a los reclusos enmarca una serie de derechos y deberes, es decir, las personas que se encuentran privadas de su libertad están sometidas a un reglamento disciplinario impuesto por Inpec que reglamenta el comportamiento de los internos dentro del centro carcelario. Por lo anterior es conveniente precisar que la constitución nacional en su (artículo 12) prohíbe todo acto de tortura por lo cual Ruiz (2016) “infiere que el sometiendo al ayuno prolongando o una alimentación inadecuada en los centros de reclusión es un vejamen a la dignidad humana, un atentado a la salud y a la integridad de una persona que desde luego puede catalogarse como tortura”. (p.271).

En el orden de las ideas anteriores y siguiendo la tesis del autor Ruiz (2016) recalca que en este tipo de responsabilidad “no puede dejarse de lado el régimen subjetivo fundamentado en la falla en el servicio cuya aplicación es irrefutable de evidenciarse que la administración penitenciaria funcionó anormalmente o con negligencia en el cumplimiento de sus deberes”. (p.284). Es evidente entonces según lo citado que el régimen subjetivo se aplica por ejemplo en casos de responsabilidad medica donde deberá demostrarse la falla en el servicio para poderle imputar la responsabilidad al Estado. Cabe agregar a juicio del autor Ruiz (2016) que la jurisprudencia ha dicho que “para casos de responsabilidad por daños a los reclusos el régimen sigue siendo objetivo, en el cual Estado solo exonera por causa extraña, esto es fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho determinante de un tercero”.(p.284).

4. DISTINTOS FALLOS DE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR DAÑOS A LOS RECLUSOS 2015-2019

Primer análisis jurisprudencial:

A través de la Sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Administrativo del Cauca, expediente (190011333100620130011001) se examinó un caso en el cual se exonera al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, por configurarse la causal de eximente de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima, los hechos señalan que el recluso se encontraba privado de su libertad en un centro carcelario de Popayán a cargo del INPEC, durante la permanencia en el denominado centro carcelario se solicitó ser cambiado de Patio, situación que no fue atendida a pesar que presentó problemas de convivencia. Además manifestó que fue agredido en dos oportunidades y en la última agresión se le causaron autolesiones. Mediante escrito de contestación la entidad demandada se opuso a las pretensiones, propuso la excepción de culpa exclusiva de la víctima, pues en la primera riña fue generada por las propias acciones y culpa y en la segunda procedió a lesionarse con la cuchilla de la máquina de afeitar. La Sentencia en primera instancia declaró la responsabilidad del INPEC frente a la lesión. En segunda instancia el Tribunal Administrativo del Cauca, consideró los siguientes aspectos para denegar las pretensiones y configurarse la excepción de culpa exclusiva del demandante. Si bien es cierto en relación con los daños antijurídicos provenientes de lesiones o la muerte, sufrida por personas que se encuentran privadas de la libertad, “la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que surge a cargo del Estado una responsabilidad de naturaleza objetiva, en la medida que recae sobre él una obligación de vigilancia y protección sobre tales personas y tiene a su cargo velar por la vida e integridad física de las mismas”.

En este caso no existe prueba de los porcentajes de la pérdida de la capacidad, lo cual conlleva a inaplicar la tabla de reparación del daño moral elaborada por el Consejo de Estado y quedó demostrado en el proceso que la herida fue debidamente tratada y que no existió Secuela, así mismo se descartó el título de imputación de responsabilidad a título de falla del servicio

(responsabilidad subjetiva), porque el solo hecho que la historia clínica señale que fue producida con un objeto cortopunzante, no significa que se trate de elementos prohibidos al interior del establecimiento carcelario (Maquina de afeitar) de igual manera analizando el título de imputación a título objetivo.

Segundo análisis Jurisprudencial:

En este segundo análisis jurisprudencial se trae a colación una sentencia del juzgado primero administrativo oral de Barraquilla de fecha del (6) de mayo de (2016) expediente (08-001-33-31-001-2014-00191-00) donde se demanda al instituto nacional penitenciario y carcelario por la muerte de un recluso en medio de un motín, los hechos apuntan que dentro del centro penitenciario se presentó una riña entre los internos del penal y con arma blanca hieren gravemente a un interno y trajo como consecuencia la muerte del recluso.

Por lo anterior es importante señalar que Convención Americana de los Derechos Humanos ha recalcado que “el Estado debe garantizar el derecho a la vida e integridad personal, en razón de que se encuentra en posición especial de garante con respecto de dichas personas porque las autoridades penitenciarias ejercen control sobre estas”. (p.15) los hechos anteriormente descritos fueron imputables jurídicamente a la entidad demanda por omisión puesto que el interno se encontraba bajo su custodia cuidado y vigilancia, por tal razón se declara al instituto nacional penitenciario y carcelario responsable del daño antijurídico.

Tercer análisis Jurisprudencial:

En este tercer análisis jurisprudencial resulta oportuno agregar la sentencia del (3) de junio de (2016) expediente (08-001-33-33-001-2015-00055-00-00) donde se demanda al INPEC por un incendio producido en la cárcel distrital el Bosque de Barraquilla al parecer por enfrentamientos

entre los reclusos, hecho que cobro la vida del familiar de los demandantes y de otras personas que se encontraban privadas de su libertad. Frente al presente caso el despacho se centró en que hubo falla en el servicio puesto que “resulta deficiente la capacidad de reacción y actividad preventiva, ya que no se demostró tener planes de contingencia que contemple situaciones en las que el personal interno se encontraba en situación de vulnerabilidad”. (p.19) Además el despacho se basa en lo preceptuado por el Consejo de Estado donde señala que los centros de reclusión “deben garantizar la integridad física y la vida de los internos”. (p. 21).

Cuarto análisis Jurisprudencial:

El Tribunal Administrativo del Cauca el (6) de octubre de 2017 expediente (19-001-33-31-003-2013-00272-01) decide sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada sobre la sentencia que declaró administrativamente responsable al INPEC, en esta ocasión los hechos señalan que una persona que se encontraba privada de su libertad intento fugarse y recibió un impacto de arma de fuego por parte de los guardianes del INPEC que le produjo la muerte. Del planteamiento antes expuesto la sala señala que el honorable Consejo de Estado ha señalado en diversas ocasiones lo siguiente: “en los eventos de muertes o lesiones de personas privadas de la libertad el régimen aplicable es el objetivo en aplicación a la teoría de daño especial con fundamento en la relación especial de sujeción que existe entre la administración y el interno”. (p.8). Por lo anterior la sala se centró en la siguiente tesis para resolver el presente caso:

Aplicando los elementos jurisprudenciales respecto de la operatividad de la de la culpa exclusiva de la víctima tenemos que la conducta del recluso resulto ser irresistible e impredecible pero con relación a la exterioridad de la causa extraña invocada por el demandado, argumentando que es un suceso por la cual la accionada no tenía deber jurídico de responder, el INPEC tenía el

deber de protección y cuidado con respecto al interno en tanto este se encontraba en relación especial de sujeción que existe entre el Estado y los reclusos y al hacer uso de armas correspondientes a afrontar una agresión, solo es en el evento que el fugitivo las portare (p.2). Por tal razón se confirmar la sentencia donde se condena al INPEC al pago de los perjuicios.

Quinto análisis Jurisprudencial:

De acuerdo con el razonamiento que se ha venido realizando se procederá analizar la apelación de sentencia del Consejo de Estado del 14 de marzo de (2018) expediente (41548) donde se reflejada la vulneración de los derechos fundamentales de una persona que se encuentra privada de su libertad, el centro penitenciario y carcelario lo sometió a una requisita que lo despojo totalmente de su ropa dejándolo completamente desnudo, procedimiento que es considerado indigno. En esta ocasión el Consejo de Estado se pronunció señalando lo siguiente:

“En el caso concreto el daño alegado por el demandante es la vulneración a los derechos fundamentales a la dignidad humana, y a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos y degradantes los cuales fueron trasgredidos por parte del INPEC”. Además señala que la corte constitucional ha precisado que si bien se pueden hacer requisitas tanto a los reclusos como a los visitantes pero estas no deben ir más allá de los límites de los derechos fundamentales y dignidad humana”. Por lo cual la sala considera que entidad demanda incurrió en la falla en el servicio debido al mal procedimiento de la requisita efectuada. Se puede observar en la presente sentencia que las personas que se encuentran privadas de su libertad además de tener limitado el derecho a la libertad, también se ven sometidas a privación de distintos derechos fundamentales como el de la dignidad humana, como en el presente caso que desencadeno el daño antijurídico y por tan razón se condena al Inpec al pago de los perjuicios morales.

Sexto análisis jurisprudencial:

Juzgado primero administrativo oral de Barranquilla (30) de mayo de 2018 expediente (08-001-33-33-001-2017-00295-00) haciendo una breve síntesis de los hechos señalados en la presente sentencia se puede observar que una persona que se encontraba reclusa en un centro penitenciario y carcelario ingreso en perfecto estado de salud, pero tiempo después de estar recluso presentó problemas en su visión por lo cual se le practicó una cirugía de cataratas, el juzgado de ejecución de penas en atención al diagnóstico médico emitido por Caprecom ordenó la remisión del interno al establecimiento de salud para que se practicarán exámenes, el juzgado de ejecución de penas indicó al director donde estaba recluso el recluso para que fuere valorado por un especialista, el medico del INPEC informo al juzgado de ejecución del penas que el recluso tenia masas múltiples, en el cuello y en la axila izquierda por lo cual acudió de urgencias donde fue valorado y le practicaron una ecografía dicha ecografía reporto adenopatías y surgió biopsia de las masas, el interno tuvo que ser internado y posteriormente se produjo el deceso del mismo.

En el orden de las ideas anteriores, cabe resaltar que la sección tercera del Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones y a través de “sentencia del 28 de septiembre de 2017 expediente (45485) señala lo siguiente: Surge para el Estado los deberes de garantizar los derechos fundamentales de los reclusos a la vida e integridad personal”. (p.16). Además recalca “la responsabilidad del INPEC se ve comprometida cuando no se le presta a un recluso la atención médica adecuada y diligente”. (p.16). Sin embargo la tesis central del Consejo de Estado para resolver el presente caso fue la siguiente “cuando se encuentra acreditado el daño antijurídico causado en la integridad del recluso, la sala ha manifestado que el mismo resulta imputable al Estado bajo el régimen objetivo”. (P.16). Pero en esta ocasión el Estado se exonera de la

responsabilidad argumentando que no se acreditó la falla en el servicio, puesto que no se acreditaron los presupuestos para la declarar la responsabilidad patrimonial.

Séptimo análisis jurisprudencial:

La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas el (3) de mayo de 2019 expediente (17-001-33-33-004-2014-00172-03) decidió sobre un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del juzgado tercero del circuito administrativo que negó las pretensiones de la demanda, el presente fallo trae a colación un caso sobre el suicidio por ahorcamiento de una persona mientras se encontraba privada de su libertad, cabe agregar que el interno había intentado suicidarse en varias ocasiones dentro del establecimiento penitenciario y carcelario. La sala en esta ocasión recalca lo siguiente: “Considera aplicar el título de imputación objetivo, en tanto el Estado tiene el deber de garantizar la seguridad personal así como otros derechos, en especial la vida e integridad de los internos, por tratarse de sujetos en estado de indefensión”(p.7). En este mismo sentido recalca la sala que el honorable Consejo de Estado ha mencionado que “en caso de presentarse un evento imprevisible habría lugar a declarar la culpa exclusiva de la víctima que rompería el nexo causal”. (p.14). Pero en el caso en concreto “no da lugar a eximentes de responsabilidad del Estado puesto que instituto penitenciario y carcelario pudo prever la muerte del interno teniendo en cuenta que este había intentado quitarse la vida en determinadas ocasiones”.

Octavo análisis jurisprudencial:

Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera (3) de octubre de (2019) expediente (48049) los hechos jurídicamente relevantes en la presente sentencia señalan que la policía nacional le impuso medida de retención preventiva a un joven por el delito de hurto y que luego

fue trasladado a una celda de la estación de policía donde se suicidó. En el caso concreto la sección tercera de esta corporación ha dicho lo siguiente:

Para que surja el deber del Estado de reparar el daño causado por el suicidio de un recluso es necesario acreditar que el trato que recibía en el establecimiento penitenciario lo indujo a adoptar dicha decisión o que la persona padecía un trastorno síquico o emocional que hacía previsible el hecho y aun así las entidades encargadas no brindaron la médica o tomaron las medidas necesarias para alejarlo de la situación de tensión o peligro, si la persona no se encontraba en las situaciones antes descritas, su decisión de causarse daño no está proscrita en la ley y el Estado no se hace responsable de su decisión. (p.35, 36).

Así mismo señalo que en “aquellos eventos en los cuales el daño que se alega está constituido por el suicidio de una persona que se encontraba vigilancia de una entidad estatal, salvo que se logren probar circunstancias especiales, que se tratara de una persona mentalmente afectada, que requiere cuidados especiales, se trata de un hecho exclusivo del occiso- pues no cabe hablar propiamente de culpa exclusiva de la víctima, que impide por lo tanto imputarle la responsabilidad a la administración”.(p.36). En el presente caso se configuro la causal de exoneración de responsabilidad hecho exclusivo de la víctima porque la muerte del joven no fue causada por una falla en el servicio de la policía sino por suicidio voluntario.

5. CONCLUSIONES

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado debe haber clara delimitación en la parte sustantiva, construyendo una parte general y una especial. Es decir en la primera que se describan claramente cuáles son las distintas categorías dogmáticas que conforman las distintas estructuras sean estas objetiva o subjetiva y en consecuencia la parte negativa de estas categorías

como son las causales o circunstancias de ausencia de responsabilidad, y en la especial que se desarrollen claramente los distintos tipos de responsabilidad por ejemplo por privación injusta de la libertad, por daños a los conscriptos, a los reclusos etc. Pero todo lo anterior debe ser regulado por una ley en sentido formal para mayor estabilidad jurídica.

Obsérvese, como coloquio de discusión, que el honorable Consejo de Estado no ha entrado a regular cual es el régimen aplicable a la responsabilidad del Estado por daños ocasionado a los reclusos no existiendo entonces un título de imputación específico que se le imponga a los jueces contenciosos administrativos para mediar este tipo de casos. No ofrece garantías de manera alguna el que no esté clara la estructura sustantiva del debate y esta quede supeditada a la discrecionalidad del juez contencioso administrativo cuando por el contrario de antemano tanto el ciudadano como el Estado deben saber cuáles son los escenarios de discusión, trayendo una verdadera seguridad jurídica.

En armonía con lo anterior de tener que establecer una estructura de responsabilidad por daños sufridos a los reclusos debe de ser estructura “subjetiva”. Pero es menester precisar que la responsabilidad subjetiva como tal es subjetiva solo en la denominación, pues esta estructura de responsabilidad sigue siendo objetiva, ya que no apela a los procesos internos o de representación del sujeto con el resultado o daño antijurídico. Porque entre otras cosas ese ejercicio de establecer el nexo psicológico entre el Estado y el resultado sería imposible no solo al Estado sino a cualquier otra persona jurídica. Porque hablar del plano subjetivo solo puede ser objeto de estudio en la persona natural. El concepto de culpa que entonces se maneja es normativo y no psicológico.

La estructura de la responsabilidad subjetiva obedece también a criterios objetivos solo que además del criterio ontológico de nexo causal entre categorías dogmáticas de la actividad del

Estado y el daño antijurídico que trae la responsabilidad objetiva se le suman los criterios también normativos de culpa, falta y falla en el servicio y que los anteriores deben ser determinantes jurídicamente en la producción del daño antijurídico. Entendiendo entonces que la responsabilidad subjetiva tendrá más requisitos para acreditar la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los reclusos.

Para establecer la imputación jurídica de la actividad del Estado se debe acudir a los criterios ordenados de imputación objetiva pero visión del profesor Jakobs. Remplazando o nutriendo la culpa, falta o falla del servicio con los criterios de creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la determinación de la culpa en el daño antijurídico los criterios de realización del riesgo en el resultado.

Con la teoría de la imputación objetiva del profesor Jakobs podemos establecer claramente los ámbitos de competencia del Estado por institución o por organización. Lo que traerá precisión para determinar si hay o no posición de garante en el caso concreto puesto a análisis de la jurisdicción contenciosa administrativa.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Arenas, H. (2018) El régimen de la responsabilidad subjetiva, Bogotá, Colombia segunda edición, legis editores S.A

Arenas, H. (2017) El régimen de la responsabilidad objetiva, Bogotá, Colombia segunda edición, legis editores S.A

Arévalo, H. (2002) Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, Bogotá, Colombia segunda edición, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.

Constitución política de Colombia, (2016). Primera edición, (pág. 31) legis editores s. A

Corte Constitucional Colombiana, (10) de Julio de (2018). Magistrado ponente. Carlos Bernal Pulido. Sentencia (T-267-2018) expediente (T-6.406.431)

Corte Constitucional Colombiana, (28) de Junio de (2013). Magistrado ponente. María Victoria Calle Correa. (T-388-2013)

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera subsección A, consejero ponente: Marta Nubia Velázquez Rico (3) de octubre de (2019). Radicación (48049)

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera subsección A, consejero ponente: María Ardían Marín (14) de marzo de (2018). Radicación (41548)

Consejo de Estado, sala de contencioso administrativo, sección tercera, (28) de septiembre de 2017 expediente 25000-23-26-000-2011-00052-01 N° (45485)

Código Penal ley 599 del 2000, editorial legis 2020.

CSJ, cas. Penal, Sent. Abr. 4/2003, Rad.12742. M.P. Álvaro Orlando Pérez pinzón

CSJ, Cas. Penal, SENT, jul.27/2006, Rad.25536. M.P. Álvaro Orlando Pérez pinzón

Herrera, A. (2012) Aspectos generales del derecho administrativo colombiano. Colección jurídica, (pág. 480) tercera edición revisada y aumentada, universidad del norte editorial, grupo editorial Ibáñez. Barranquilla-Bogotá Colombia

Hernández, S. (1991) metodología de la investigación. México (pág. 358). McGraw-Hill.

López, C. (2006) acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad. Universidad externado de Colombia

López, C. (2004) introducción a la imputación objetiva. Universidad externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Munar, L. & Ortiz, L. (2017) derecho procesal administrativo y de lo contencioso administrativo. Bogotá, Colombia: editorial Temis S.A segunda edición

Nuevo foro penal, revista del centro de estudios penales de la universidad de Antioquia (61) mayo-agosto 1999 editorial Temis. El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal. Alfonso Cadavid Quintero.

Rama judicial, Consejo superior de la judicatura, juzgado primero administrativo oral del circuito de Barranquilla, juez: Guillermo Alonso Arévalo Gaitán (30) de mayo de (2018). Radicación 08-001-33-33-001-2017-00295-00

Rama judicial, jurisdicción contenciosa administrativa, juzgado primero administrativo oral de Barranquilla, juez: Guillermo Alonso Arévalo Gaitán, (6) de mayo de (2016).Radicación (08-001-33-31-001-2014-00191-00)

Rama judicial, juzgado primero administrativo oral de Barranquilla, juez: Guillermo Alonso Arévalo Gaitán, (3) de junio de (2016). Radicación (08-001-33-33-001-2015-00055-00-00)

Ruiz, W. (2019) Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá, cuarta edición, Ecoe ediciones limitada.

Ruiz, W. (2016) Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogotá, tercera edición, Ecoe ediciones limitada.

Serrano, L. & Tejada, C. (2017) la responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá DC, ediciones doctrina y ley Ltda. Segunda edición

Tribunal administrativo de Caldas, sala de decisión, magistrado ponente: Dohor Edwin Varón Vivas (3) de mayo de (2019). Radicación 17-001-33-33-004-2014-00172-03.

Tribunal administrativo del Cauca, magistrado sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo, (6) de octubre de (2017). Radicación (19-001-33-31-003-2013-00272-01)

Tribunal administrativo del Cauca, Popayán. Magistrado Ponente: Naum Mirawal Muñoz Muñoz (5) de febrero de (2015). Expediente 190011333100620130011001

Vega, M. & Suárez, J. (2014) derecho procesal administrativo conforme con el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Bogotá, Colombia: editorial Leyer cuarta edición, (pág. 246-247-248-277)