

resumen

La doctrina cercana a la cultura jurídica nacional ha venido ignorando, tal vez deliberadamente, las múltiples inconsistencias y contradicciones que encierra el difícil asunto de la causalidad.

No obstante, en otras ramas del saber jurídico han existido cambios fundamentales en su entendimiento. Por esta razón, surgen inquietantes dudas en torno al manejo teórico que durante el último siglo se le dispensó al asunto causal por parte de los civilistas y por ello es probable que la doctrina actual de la responsabilidad civil cabalgue sobre una figura etérea que no termina por explicar satisfactoriamente las razones por las cuales debe tenerse la relación causal como elemento suficiente o necesario para que se condene a una persona a indemnizar perjuicios.

Palabras clave: Nexo de causalidad, daño, imputación, daño, Estado Social de Derecho, Soberanía Popular.

abstract

Applying causal nexus in the state's civil responsibility is inoperant

The doctrine concerning national judicial culture has been ignoring, perhaps deliberately so, the many inconsistencies and contradictions enclosing the difficult matter of causality.

Nevertheless, fundamental changes have been made in understanding them in other branches of judicial knowledge. Disturbing theoretical doubts have thus emerged during the last century regarding the management which has been accorded to the causal matter by lawyers specialising in civil law. It is therefore probable that the current doctrine of civil responsibility staying abreast of an ethereal figure cannot end up by providing a satisfactory explanation for the reasons which the causal relationship must have as a sufficient or necessary element for condemning a person to have to compensate for damages.

Key words: causal nexus, damage, imputation, social state of right, popular sovereignty.

resumo

A inoperante aplicação do nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado

A doutrina concernente à cultura jurídica nacional vem ignorando, talvez deliberadamente, as múltiplas inconsistências e contradições relativas ao difícil assunto da causalidade.

Não obstante, em outros ramos do saber jurídico têm ocorrido mudanças fundamentais no seu entendimento. Por essa razão, surgem inquietantes dúvidas quanto ao direcionamento teórico, que durante o último século, foi dispensado ao assunto causal por parte dos civilistas e por isso é provável que a doutrina atual da responsabilidade civil cavalgue sobre uma figura etérea que não explica satisfatoriamente as razões pelas quais a relação causal deve ser tida como elemento suficiente ou necessário para que se condene uma pessoa a indenizar prejuízos.

Palavras chave: Nexo de causalidade, dano, imputação, dano, Estado Social de Direito, Soberania Popular.

La inoperante aplicación del nexo de causalidad en la responsabilidad civil del Estado

ERIC ALEXÁNDER LEIVA RAMÍREZ*

Introducción

Es común hallar en los textos y manuales de responsabilidad civil, al igual que en un alto número de providencias de los máximos Tribunales de Administración de Justicia tanto nacionales como algunos internacionales, la enumeración repetitiva de los requisitos necesarios para que se declare que una persona está obligada a indemnizar un daño. La trilogía: *daño, culpa*¹ y *nexo o relación de causalidad*, sirve de sustento a la denominada «Responsabilidad Administrativa»².

En cualquier caso, la responsabilidad no será declarada por los Jueces si no concurre la necesaria relación de causalidad entre la culpa y el daño o entre la acción u omisión y el daño inferido. Este ligamen es el objeto del presente estudio, pero dada la brevedad de estas notas, solo se expondrá sucintamente el tema.

La doctrina –especialmente la colombiana– y buena parte de la doctrina extranjera cercana a la cultura jurídica nacional ha ignorado, tal vez deliberadamente, las múltiples inconsistencias y contradicciones que encierra el difícil asunto de la causalidad. No es exageración afirmar que el nexo causal presenta hoy en el campo de la responsabilidad por daños una lozanía envidiable.

No obstante, en otras ramas del saber jurídico ha habido cambios fundamentales en su entendimiento, por ejemplo, el *Dogma cau*

¹ Desde luego, no solo la falla del servicio es «criterio de imputación» en la responsabilidad administrativa, también lo son el daño especial, el riesgo excepcional, el riesgo creado (actividades peligrosas) y, en general, las «causales de imputación» que en palabra de García de Enterría podrían agruparse en tres (3) categorías: a) los casos de realización directa y legítima del daño por la administración, b) la actuación ilícita de la Administración y c) el riesgo creado por la Administración. La responsabilidad patrimonial de la administración. Oriol Mir Puigpelat. Prólogo, p. 23.

² En otros ordenamientos jurídicos se le denomina Responsabilidad Civil de la Administración.

* Abogado, especialista en Docencia Universitaria, magíster en Derecho Administrativo. Docente universitario e investigador. Tratadista de Derecho Público.

CORREO-E: eric.leiva@ugc.edu.co

Recibido: octubre de 2009 / Aprobado: noviembre de 2009

CORREO IMPRESO: Calle 44 No. 53-37 CAN, ESAP, Bogotá D. C., Colombia.

Leiva Ramírez, Eric Alexander. 2009. La inoperante aplicación del nexo de causalidad en la responsabilidad civil del Estado. *Administración & Desarrollo* 37 (51): 161-174.

sal, como se le conocía desde la primera mitad del siglo XIX, hoy se encuentra casi marchito. Por esta razón, surgen inquietantes dudas en torno al manejo teórico que durante el último siglo se le dispensó al asunto causal por parte de los civilistas y por ello es probable que la doctrina actual de la Responsabilidad Civil cabalgue sobre una figura fantasmal, etérea e incompleta que no termina por explicar satisfactoriamente las razones por las cuales debe tenerse la relación causal como elemento suficiente o necesario para que se condene a una persona a indemnizar perjuicios.

Parece absolutamente evidente que el demandado en acción de reparación directa sólo pueda ser condenado en la medida que el daño causado pueda relacionarse de manera directa con su acción u omisión, o, dicho de otra manera, que el daño sea el resultado de su conducta activa u omisiva, esto es, que el daño pueda atribuírsele, que el resultado (el daño) sea, en último término, un efecto; y que, como tal, tenga una causa (la acción u omisión del demandado). De modo que si el resultado dañoso existe, pero no debido a la conducta del demandado, no habrá relación o nexo de causalidad, lo cual impediría que se declare la responsabilidad.

Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. Es preciso determinar ante todo, qué se entiende por causa y qué significa relación de causalidad. Estos tópicos han sido abordados desde tiempos remotos, fundamentalmente en los campos de las ciencias exactas, la filosofía y, por supuesto, en el ámbito jurídico.

1. El sistema causal

La causa irrumpe en el mundo jurídico impulsada por la preexistencia sólida del concepto en las ciencias naturales: todo fenómeno o acontecimiento de la naturaleza es un efecto que debe tener su propia causa, pues todo efecto se encuentra necesariamente antecedido por una causa. De igual forma, ha tratado de explicarse desde hace varios siglos que el fenómeno natural no puede ser extraño al campo del Derecho, y así el artículo 1524 del Código Civil colombiano³ señala: *No puede haber obligación sin causa real y lícita...*; ello quiere significar que en el mundo jurídico, al igual que en el físico, el concepto de causa-efecto campea libremente, con la misma

fuerza determinante: si una persona resulta obligada (efecto), ello debe tener origen en un hecho o acto que le sirva de explicación racional (causa). Si la causa de la aparente obligación no existe, es porque la «obligación» no es tal.

A diferencia del campo jurídico, en el mundo de las ciencias el concepto de causa, y con él, la relación de causalidad ha experimentado, especialmente, en las últimas seis décadas, una serie de transformaciones aun hoy inacabadas. Sólo el Derecho Penal ha sido receptivo a esos cambios sustanciales y ha reelaborado varias veces sus planteamientos dogmáticos, pues, el diverso entendimiento de la relación de causalidad incide de forma directa en la formulación misma de la teoría del delito. Pero la incidencia de la crisis causal en el Derecho Penal no fue circunstancial ni intempestiva, obedeció previamente al enjuiciamiento de la causalidad en terrenos que le han sido propios: la filosofía y las ciencias exactas, especialmente la física.

1. 1. El causalismo en la filosofía y en las ciencias exactas

Brevemente se expone que los cultores de la Filosofía, desde que se tiene noticia de su existencia, han afrontado el análisis de la causalidad. Los presocráticos⁴ expusieron sus propios puntos de vista, pero es Aristóteles quien da alcance y amplía la explicación del concepto de causa, a tal punto que se identifica la causa con toda razón del ser. A partir de su conocido ejemplo de la escultura de Apolo⁵ y las derivadas causas material, final, formal y eficiente (la segunda y la última son causas del devenir, en tanto que la primera y la tercera del ser) (García Vélez 2005) se expone por primera vez el doble carácter que durante muchos siglos constituyó punto central del debate:

La causalidad pertenece al mundo del ser es un concepto mecánico-naturalista, es un concepto ontológico⁶, es decir, es el estudio de la esencia.

³ Generalmente, los Códigos de tradición neorrománica, *verbi gracia*, el Código Civil español que señala en su artículo 1261 lo siguiente: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes...3. causa de la obligación que se establezca”. El Código Civil de Vélez Sarfield establece en su artículo 499: “No hay obligación sin causa...”.

⁴ Para Tales de Mileto consideró que el agua es la causa de todas las cosas. Anaxímenes consideraba al aire como principio. Heráclito, por su parte, señalaba que el fuego etéreo es la causa y sustancia inicial del cosmos.

⁵ Si se está ante la estatua de Apolo, existe una causa material: el bronce o el mármol, una causa eficiente: el propio escultor, una causa final que reside en la idea o concepto que persigue el artista y una causa formal que justamente es el modelo o forma que se tomó en consideración previamente. Tamayo Lombana 1997.

⁶ “La ontología, antes de ser una ciencia, es la continuación misma de la realidad; la verdad –la idea– es la realidad misma, es intrínsecamente entitativa. Pero, en este caso ¿cómo se alcanza? ¿cómo se relaciona con

1. La causalidad se halla en el mundo de las ideas, es un concepto puramente metafísico⁷.
2. A medida que transcurren los siglos, los teóricos, científicos o filósofos se alinearán y acomodarán a una causalidad metafísica. Para el efecto, en cada momento cobra importancia el desarrollo de la ciencia; si esta logra explicar con exactitud los fenómenos, nada haría pensar que la causalidad pudiese reinar en el mundo de las ideas.

Ya en el siglo XVI, Descartes afirmaba la naturaleza mecanicista de la causalidad y reconocía la incapacidad de la mente humana para comprender las leyes que regulan el universo:

“[...] debemos contentarnos con considerar ciertos acontecimientos como más allá de nuestro poder de explicación y referirlos como a los misteriosos caminos de la Divina Providencia...” (Descartes 1995).

Contrario a este pensamiento, Leibnitz considera que lo importante no es la causa sino la «razón suficiente», pues así lo define en sus Escritos en torno a la libertad, el azar y el destino, cuando dice “...*todo acontece por razones determinantes cuyo conocimiento –si lo tuviéramos– nos daría noticia a un mismo tiempo de por qué ha ocurrido tal cosa y de por qué no ha sido de otra manera*” (Leibnitz 1990).

Con el mismo ímpetu con que los grandes científicos de la humanidad hacen su aparición desde mediados del siglo XVI, también florecen las ideas acerca del

«determinismo causal» y de la inequívoca explicación científica de la razón de todas las cosas: “*No debemos para las cosas naturales admitir más causas que las verdaderas y suficientes, para explicar sus fenómenos...*” (Sepúlveda Medina), escribía sir Isaac Newton en las “Reglas para Filosofar”, consignaba en su obra «Principios Matemáticos de la Filosofía Natural (Newton 1995)» “[...] *Por consiguiente, debemos asignar tanto como sea posible a los mismos efectos las mismas causas*”.

Pero, por esta misma época, surgen opiniones contrarias al determinismo de claro corte naturalista, que vuelven a ubicar el tema de la causalidad en un plano metafísico; incluso se llega a negar su existencia en el terreno de los hechos. El clérigo irlandés Berkeley afirma que la causalidad verdadera pertenece al mundo de los espíritus (Strathern 2004). Pero, sin duda, es el empirismo de Hume (García-Borrón 1985), aunque parezca increíble, donde se niega rotunda y definitivamente la causalidad como principio real, válido y determinista. En efecto, Hume señala que a lo sumo el ser humano es capaz de percibir ciertos fenómenos que siguen unos a otros y que se repiten invariablemente, que nos llevan a asociar ideas, y así se termina por señalar al fenómeno precedente como causa del consecuente, pero sin que exista certeza absoluta sobre la relación que vincula los fenómenos observados. De modo que el análisis realizado por el pensador inglés lleva la causalidad al terreno mental asociativo, una forma como el ser humano concibe y percibe naturalmente el mundo, pero jamás a una explicación determinante y cierta de los efectos.

No en vano, se le atribuye a Hume trasladar el fenómeno de la causalidad de un terreno objetivo a uno eminentemente subjetivo y separar el efecto de la causa, que hasta ese momento se hallaban ligados por fuertes lazos de relación material y sustancial.

Por su parte Kant, que siguió de cerca las ideas de Hume, caracterizó la causalidad como producto de una facultad sintética de la imaginación y anotó que la percepción material de los fenómenos solo muestra un precedente que se llama causa y un consecuente que se cree y se llama efecto, pero nunca se ve la verdadera relación que media entre ambos, que solo es inferida por la razón, siendo, en consecuencia, un producto de la conciencia, es decir, un concepto puro (Bruera 1944).

El avasallador desarrollo de la ciencia en los siglos XVIII y XIX, particularmente, en la física y química

el *nous*? Esta es la aporía central del *Parménides*. La solución Platónica parte de la interpretación ontológica del alma: el alma también es idea. Por consiguiente, la solución de la aludida dificultad remite a la cuestión de la relación entre las ideas. A esta relación o comunicación Platón la llama *koinonía*. Ahora bien, la *koinonía* entre ideas sólo es posible si el nexa mismo es asegurado por una realidad de la que las ideas proceden: el nexa se subjetiviza a su vez como realidad fontal común y, por tanto, capaz de sentar el nexa como relación derivada de las ideas, que también ahora son realidades derivadas (la unidad de las ideas es superideal. Es este uno de los puntos de que arranca Plotino)” neग्रillas fuera del texto. (Polo 1995).

⁷ “[...] La metafísica, lo que está más allá de la física, la filosofía primera, como dice Aristóteles, es un nombre acertado si se tiene en cuenta el planteamiento, pues la física y la psicología no se ocupan de lo primario. Lo metafísico, podríamos decir, es lo metapráctico y lo metaorgánico. Como, a su vez, parece claro que la psicología no se agota en la física, sino que el movimiento humano se diferencia de las piedras, se organizan las ciencias colocando a la psicología como un saber entre la física y la metafísica. Se ordena así el conocimiento filosófico en su primer momento de madurez, que es Aristóteles...La Filosofía es ciencia: propiamente, la ciencia primordial o de los primeros principios, de lo fundamental, es la metafísica. Las filosofías segundas permiten, a su vez, el desarrollo de saberes científicos que contribuyen a mantener la vigencia de la filosofía primera”. (Polo 1995).

ca, así como en la astronomía, condujo a que quizá sea el momento cumbre de la causalidad. En esta época los científicos, de quienes se puede resaltar a Laplace y Lavoiser, fueron seducidos por “cantos de sirena” que mostraban que la naturaleza, el mundo y el universo, obedecían a fuerzas causales y que, por esa razón, tan pronto el conocimiento humano lo permitiese, sería posible predecir el futuro. El determinismo causal andaba a la orden del día; los científicos estaban demostrando que todo obedecía a leyes naturales inmutables, invariables y exactas, que todo efecto tenía una necesaria causa (Sepúlveda Medina).

Como es explicable, la filosofía responde⁸ con un alinderamiento teórico consecuente con las nuevas «verdades» de las ciencias exactas. Comte, padre del Positivismo, aboga por la elaboración de un concepto de causa libre de las referencias “antropomórficas” introducidas por los filósofos anteriores a su tiempo⁹. El concepto metafísico de causa debe ser destruido y reemplazado por la idea de una relación constante entre fenómenos –ley–. En este ambiente, la Filosofía pasa a un segundo plano y la Epistemología adquiere relevancia en un mundo seducido por las verdades irrefutables de las ciencias. A tal punto fue el sometimiento de las otras ramas del saber, que se llegó a pensar que el comportamiento del hombre obedecía a las mismas leyes físicas que se conocían, y que obraban sobre la materia existente en el cosmos y que, al actuar humano, le eran aplicables las mismas leyes de causalidad.

Pero la alegría que embriagaba al científico del siglo XIX estaba por llegar a su fin. Increíblemente es en el propio campo de las ciencias exactas en el cual el concepto de causalidad sufre su más grave crisis, de la cual no ha logrado recuperarse a pesar de haber transcurrido casi un centenario desde el momento de su derrumbe¹⁰. La fe absoluta en la causalidad de las leyes físicas, elaboradas con fundamento en princi-

pios clásicos que hacían de la física una ciencia aparentemente perfecta, comenzó a socavarse luego de los experimentos de algunos científicos de las postrimerías del siglo XIX.

Medicaciones como la de Michelson y Morely, respecto de la velocidad de la luz en la dirección del movimiento de la tierra, el descubrimiento de los rayos X por Roentgen en 1895 y la separación del radio por los Curie, indicaban que los postulados hasta ahora indiscutibles de la física clásica presentaban inconsistencias antes no observadas. Pero es con la formulación de la teoría cuántica de Max Planck que se determina que algunos principios fundamentales de la física clásica eran errados. El hecho concluyente de que no se pudiera determinar la posición exacta de las partículas subatómicas, sino cuando sólo existe la probabilidad de que se encuentren en cierto punto o de que sigan determinada trayectoria, aunado a la formulación del principio de incertidumbre de Heisenberg, condujo al rompimiento causal.

La aparente regularidad del mundo fenoménico y su relación con las supuestas causas que la producen eran asuntos del pasado. La inexplicable situación llevó a los científicos a aceptar, en contra de todas sus convicciones, que muchos acontecimientos de la naturaleza sucedían por azar, dentro de un reino de incertidumbre. El mismo Einstein, señala Hawkins, en un principio se resistía a creer la validez de las conclusiones de los estudios de Plank, Heisenberg, Ludwig y otros, lo cual dejó en claro en su famosa expresión: “Dios no juega a los dados”. Años más tarde tendría que reconocer su error, pero fue reacio a ello, ya que la aceptación de la teoría expuesta por la física cuántica implica, como hoy se sabe, la invalidez de la teoría de la relatividad, mejor dicho, ambas teorías no pueden ser ciertas a la vez.

Finalmente, en la década de los años 30 del siglo pasado, surge la mecánica ondulatoria que relega definitivamente al ostracismo al determinismo causal, el cual es reemplazado por conceptos de probabilidad y estadística.

En el mismo movimiento pendular que guiaba a los filósofos de los siglos XVIII y XIX, conforme la senda que trazaba la ciencia, algunos pensadores de la primera mitad del siglo XX llegaron a abjurar por completo de la causalidad: “Creo que la ley de causalidad, como muchas de las cosas en que aún se interesan los filósofos, es una reliquia de tiempos pasados, que sobrevive como la monarquía, solo porque, erróneamente, se supone que no hace daño”, afirmaba Russell (1959) en 1929.

⁸ “La filosofía es imprescindible porque, ante la crisis de la racionalidad científica, la alternativa es vivir como si fuéramos animales irracionales, o recuperar nuestra condición humana conscientemente ¿Qué ayuda proporciona la admiración, qué puede hoy aportar la filosofía al bien del hombre? Consolidar el respeto a la realidad”. (Polo 1995).

⁹ “[...] La segunda mitad del siglo XIX es la época del desprestigio de la Filosofía, porque es positivista. Positivismo es un término ambivalente: enfoque empirista de la realidad frente al idealismo alemán, y racionalismo que confía sólo en la matemática”. (Polo 1995).

¹⁰ “[...] La ciencia progresa, con ella se descubren más verdades, pero sobre todo se consigue mejorar la situación del hombre. La ciencia con cita metas, ambiciones, ilusiones, que no carecen de justificación. Sin embargo, como saber teórico-práctico, la ciencia positiva no es completa...”. *Ibidem*.

2. La causalidad en el campo de la responsabilidad por daños

Con los antecedentes reseñados, ¿Cuál es la razón o fundamento para que la relación de causalidad perviva en la teoría del derecho de daños? ¿Por qué motivo buena parte de la doctrina y jurisprudencia nacional han pretendido ignorar las contradicciones e inconsistencias no solo científicas sino filosóficas del nexo causal? ¿Cómo puede ser posible que la relación causal continúe siendo elemento fundamental de la Responsabilidad Civil, sin haber experimentado cambio alguno en más de un siglo?

Seguramente en estas breves líneas no se podrá responder debidamente los interrogantes planteados, pero es pertinente considerar e impulsar la depuración del concepto causal para su correcto encuadramiento dentro de una teoría coherente en el campo de la Responsabilidad Civil. Lo que no puede seguir ocurriendo es que la jurisprudencia y la doctrina sigan utilizando la relación de causalidad, exclusiva y unitariamente en sentido naturalístico y mecánico.

El Derecho exige actualmente abandonar criterios de necesidad científico-naturales, dejando de lado la terminología arcaica que se ha venido utilizando, la cual no responde ni a las necesidades ni a los conocimientos actuales. Pero el asunto no es sólo terminológico, pues existe una costumbre en la que el nexo causal aparece concurriendo como elemento estructurador en un caso particular fallado por los tribunales, con la sola mención de su existencia, pero sin que en verdad se aprecie en su dimensión lógico-formal, en su sentido lógico-explicativo y, lo que es peor aún, sin que realmente concurra en la forma empírica en que lo siguen entendiendo muchos jueces. Aquí se podrían citar miles de providencias judiciales en que se señala la existencia del ligamen causal, pero sin explicación siquiera elemental sobre su real concurrencia. Se ha vuelto el nexo causal, en el campo de la Responsabilidad Civil, una de las ideas que, como las mentiras, de tanto repetirse se vuelven “verdades” aparentes (Sepúlveda Medina); y esta es, justamente una de esas verdades con origen dudoso, trasegar pacífico y utilidad cuestionable.

Ciertamente, un gran número de los casos fallados por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia pudieron ser igualmente condenatorios al margen del nexo de causalidad. Nada más evidente que la inutilidad absoluta de la relación de causalidad en los procesos adelantados por Responsabilidad Civil

Administrativa ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En los eventos en que es condenado el Estado por daño especial y riesgo excepcional, lo que se trata es reparar un daño inferido a un particular (o administrado) por la Administración Pública, el cual es producido en ejercicio legítimo o lícito de una actividad estatal. No está de más aclarar, que el daño que se irroga se deriva del normal funcionamiento del servicio público, pero debe ser indemnizado a quien lo sufre, en la medida de que no hacerlo conlleva al rompimiento del equilibrio ante las cargas públicas¹¹. Se trata entonces de un daño que se imputa a la Administración Pública, pero que no es “causado” por ella. Aquí, el derecho de daños no solo cumple funciones reparatorias sino distributivas de daños.

Por supuesto que no es exclusivo del régimen jurídico colombiano el que se dicten providencias judiciales haciendo abstracción del nexo de causalidad, aunque de ello no se percaten los operadores jurídicos. Ejemplo de ello fue el conocido caso ocurrido en España, donde se presentó una de las mayores condenas producidas a la Administración Pública española en el siglo XX, la cual se realizó al margen del nexo de causalidad. El caso en referencia es el muy conocido de intoxicación por aceite de Colza¹².

¹¹ Consejo de Estado colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 1993. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancourt Jaramillo. Al respecto, en esta Providencia se dijo lo siguiente:

[...] El daño, como es obvio, debe sufrirlo alguien. Con él, se rompe el principio de no hacer daño a nadie. Y el daño tiene que ser antijurídico, o sea, causado por el comportamiento irregular de la administración (irregularidad o falla que se puede dar por acción u omisión) o por una conducta que, aunque regular, sea lesiva del principio constitucional de la igualdad frente a las cargas públicas, derivación del principio general de la igualdad ante la ley... (Cursivas fuera del texto).

¹² STS, 2ª, 26.9.1997. Magistrado ponente: Don Gregorio García Ancos. Al respecto se menciona lo siguiente:

El Estado, es decir, los contribuyentes fueron condenados a pagar medio billón largo de pesetas –3.005.060.521 euros– a varios millares de víctimas del envenenamiento por aceite de colza desnaturalizado: es la mayor indemnización por responsabilidad civil concedida por una Sentencia del Tribunal Supremo en toda su historia. Puso fin a un largo caso:

En la década de los setenta, el Estado español permitía la importación de aceite de colza para la industria, pero (por motivos protectionistas) lo prohibía para el consumo humano. Para ello, el aceite de colza era obligatoriamente “desnaturalizado” con ricino. El ricino era caro y, en 1973, algunos de los industriales interesados pidieron a la Administración que les autorizara sustituirlo por aceites minerales nafténicos, Azul de Ceres o aceite de anilina, un producto tóxico para el consumo alimenticio humano, pero más barato que el

Colza I plantea una importante cuestión dogmática: ¿Se puede apreciar la concurrencia del requisito de la causalidad cuando, como sucedió en este caso, el curso causal entre el consumo del producto y la producción del daño no se ha podido establecer claramente desde un punto de vista científico? Esta cuestión ya había sido discutida por el *Bundesgerichtshof*, Tribunal Supremo federal alemán en la sentencia *Lederspray*¹³ en la cual estableció:

[...] En el caso, se trataba de la relación de causalidad entre las enfermedades de las víctimas y el empleo de un spray destinado al cuidado y limpieza de zapatos y otros objetos de cuero. En 1980, diversas personas sufrieron trastornos respiratorios, tos, náuseas, fiebre y, en algunos casos, edemas pulmonares, tras rociar varios artículos de piel con el spray. A la vista de las primeras reclamaciones se modificó la composición del producto, pero los daños siguieron produciéndose. La empresa fabricante encargó una serie de investigaciones a varios expertos, sin que pudiera determinarse la toxicidad del spray. A la vista de estos resultados, en mayo de 1981 la Junta de accionistas de la sociedad decidió no retirar el producto y continuar su comercialización. El Tribunal Supremo Federal Alemán consideró probada la relación existente entre la aplicación del spray y los daños producidos. Aunque no pudo establecerse cuál fue la sustancia concreta del pro-

ricino. El Laboratorio Central de Aduanas, un órgano dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, informó que no veía inconvenientes en el cambio. Los nuevos desnaturalizantes, indicó, podían identificarse fácilmente y convertían el aceite de colza en un producto inapropiado para la alimentación. A uno de estos industriales se le ocurrió invertir el proceso de desnaturalización y vender luego a buen precio el aceite resultante como comestible, pero algo —oscuramente relacionado con los procesos de refinado o de almacenamiento y transporte del aceite desnaturalizado— falló, cientos de personas murieron y miles quedaron gravemente afectadas.

Los tribunales penales condenaron a los particulares responsables del criminal desvío (Sentencia de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992, RAJ 6783). Sin embargo, los responsables y sus empresas resultaron poco menos que insolventes y las víctimas o sus allegados no obtuvieron indemnización suficiente por los ingentes daños sufridos. Entonces los herederos de las víctimas mortales y el resto de los afectados unieron sus fuerzas en búsqueda de un segundo responsable que, además, fuera solvente y buscaron conseguir una segunda resolución judicial que responsabilizara penalmente a algún funcionario de la Administración con el objeto principal de conseguir, al mismo tiempo, la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la propia Administración. Y así fue: primero, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo 1996, y recurrida esta, la del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1997, que condenó finalmente al antiguo Director del Laboratorio Central de Aduanas, por imprudencia temeraria, al autorizar la desnaturalización de aceite de colza con anilina, y declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

¹³ BGH, NJW 1990, 2560, 2562.

ducto que había causado los daños, el Tribunal resolvió que la causalidad debía entenderse probada siempre que se demostrara la conexión entre el producto y los daños y pudiera excluirse como causa del daño cualquier otro factor. “Nada cambia porque todavía no haya sido posible identificar exactamente desde el punto de vista científico natural esa sustancia o combinación de sustancias. (...) Como se ha constatado de manera jurídicamente correcta que alguno de los componentes integrantes del producto fue el causante de los daños, para demostrar la relación de causalidad no es preciso que además se compruebe por qué esas sustancias han podido causar esos daños.

En España, Colza I¹⁴, planteó la misma cuestión: resultó probado que todas las víctimas habían consumido aceite de colza desnaturalizado, mas no pudo demostrarse científicamente cuál fue el concreto agente causante del daño (y, por otro lado, hubo personas que consumieron aceite de colza desnaturalizado y no contrajeron ninguna enfermedad). Pero ello no impidió a la Audiencia Nacional¹⁵ apreciar el nexo causal entre el consumo de aceite desnaturalizado y la producción del daño. En el recurso de casación, uno de los imputados alegó la falta de prueba de la causalidad entre el daño y alguna concreta molécula con significación toxicológica (sic), pero el Tribunal Supremo aplicó la doctrina desarrollada por el Tribunal Federal alemán y consideró probada “la correlación existente entre el antecedente de la ingestión y las consecuencias de la muerte o las lesiones”, así como que los peritos “no han podido proponer ninguna causa alternativa que explique razonablemente el suceso”:

[...] Para la determinación de una ley causal natural, al menos en el sentido del derecho penal, no es necesario que se haya podido conocer el mecanismo preciso de la producción del resultado (en este caso la toxina que ha producido los resultados típicos) en tanto se haya comprobado una correlación o asociación de los sucesos relevantes y sea posible descartar otras causas que hayan podido producir el mismo.

En el célebre caso *Contergan* o de la Talidomida (Alemania 1970), se discutió sobre los efectos de la ingesta del medicamento del mismo nombre, prescrito como antiemético y sedante a mujeres embarazadas. El nacimiento de niños con graves deformaciones (fémur y radio extremadamente cortos, ausencia de dedos u orejas, etc.), así como con anomalías cardíacas y urinarias, que en muchos casos concluían con las muer-

¹⁴ La STS, 1ª, de 23.4.1992, es decir, de 23 de abril de 1992.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 20.5.1989.

te de los recién nacidos, sin contar con padecimientos de las madres, se dio con una frecuencia inusitada durante el período en que el fármaco permaneció en el mercado. Así, si antes de su comercialización los casos de Focomelia eran rarísimos (1 en 4 millones), en el período entre los ocho a nueve meses desde su introducción en el mercado alemán y los ocho a nueve meses que siguieron al término de su expendio, esto es, entre 1958 y 1962, se conocieron al menos 845 casos, a lo que debe agregarse que en países vecinos en los cuales el medicamento no fue distribuido, como fue el caso de Francia o de la antigua República Democrática Alemana, no se registró un fenómeno semejante. Con todo, nunca se pudo establecer con precisión el mecanismo causal supuestamente desencadenado por el producto. Al cabo de una investigación de más de seis años, el Ministerio Público acusó a los directivos de la empresa farmacéutica por diversos delitos asociados a los efectos mencionados. Entre otras muchas cuestiones, en el juicio se debatió arduamente –a través de peritos de la más alta calificación internacional– sobre la existencia de un vínculo causal entre la ingesta del producto y las malformaciones y anomalías. En definitiva, al cabo de más de dos años de juicio oral, la causa fue sobreseída en virtud de un acuerdo que incluía el pago de importantes indemnizaciones a las víctimas, no sin que antes el Tribunal Estadual de Aachen declarara acreditado el referido nexo causal, decisión que provocó una gran controversia doctrinaria que probablemente marca el punto de partida del debate actual¹⁶.

En el *Common Law*, la doctrina procesal civil en materia de prueba es que el demandado debe ser condenado si la probabilidad de que haya causado el daño es mayor que 0.5 ó 50% (*Preponderance Evidence Rule o Preponderancia de la Probabilidad Positiva*), es decir, si es más probable que haya causado el daño que lo contrario. Esta tesis es polémica:

¹⁶ La sentencia, de 18 de diciembre de 1970, se encuentra publicada en JZ 1971, p. 507 (hay traducción castellana parcial –del apartado II, referido precisamente a la causalidad– en Gómez Benítez. Causalidad, Pág. 123 y siguientes; algunos pasajes pueden verse también en Torio López, Ángel. “Cursos causales no verificables en derecho penal”. ADPCP, 1983, Pág. 221, nota al pie 16. La literatura sobre el caso es enorme. Especialmente instructivo es el citado artículo de Kaufmann, “Tatbestandsmäßigkeit”, Pág. 569 (también la nota introductoria de la traducción castellana, NPP, 1973, p. 7 y siguiente). Véase también Maiwald, Manfred. Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz. Göttingen: Schwartz, 1980, p. 92 y siguiente (hay versión italiana: Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto. Trad. D’usseaux. Milano: Giuffrè, 1999).

- a) Para algunos, la regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es correcta. Así, supóngase (Salvador 2002, 3) un caso en el que el daño es de 100 €, pero la probabilidad de que el demandado lo haya causado es sólo del 40%. Si se aplica la regla, el demandado será absuelto, pero a costa de un error probable de 40 € ($0.4 \times 100 = 40$). Sin embargo, supóngase ahora que rige una regla de responsabilidad proporcional a la probabilidad de haber causado el daño, es decir, bastará con que la probabilidad sea mayor que cero, pero el importe de la condena se graduará de acuerdo con aquella. Entonces, en el caso anterior el tribunal condenará al demandado a pagar 40 € al demandante, pero el coste del error esperado será 48 € en vez de 40 € (hay un 40% de probabilidad de que el demandado fuera el causante del daño; entonces, si causó daños de 100 €, es condenado a pagar 40 y deja de pagar 60: el coste de error esperado es de $0.4 \times 60 = 24$. Pero también hay un 60% de probabilidad de que el demandado no causara daño alguno, en cuyo caso pagará de más los 40 € a que será condenado: aquí el coste del error esperado es de $0.6 \times 40 = 24$. La suma de ambos errores, fruto de la aplicación de la regla de la responsabilidad proporcional es de $24 + 24 = 48$. Hay una pérdida esperada neta de 8). La regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es también defendida por otros (Salvador 2002, 4), que entienden que incentiva a los actores para que traten de reducir la incerteza del juicio aportando más pruebas. Por último, la regla mencionada puede reducir los costes de litigación, aunque sólo sea porque habrá menos casos que litigar (Salvador 2002, 4).
- b) Otros, en cambio, critican la tesis de la preponderancia de la probabilidad y favorecen una regla de responsabilidad proporcional. Supóngase (Salvador 2002, 4), un caso de concurrencia de causas, en el que hay 1) una infinidad de pequeños productores cuyas cuotas de mercado y probabilidad individual de causar daños son muy bajas; y 2) un gran productor con una cuota de mercado de más del 50%. Dado un daño imputable a alguna empresa de la industria y en ausencia de prueba sobre qué empresa lo causó, la regla tradicional llevará a que los pequeños productores sean infraincentivados a adoptar las precauciones justas, pues fácilmente evadirán toda responsabilidad, dadas las reducidas probabilidades de haberlos causado efectivamente. En cambio, el

productor principal será sobreincentivado, pues, como autor de más del 50% de los daños probables no podrá evitar la condena por la totalidad. Por eso, Shavell propone imponer responsabilidad en proporción a la probabilidad de causación de cada cual, por pequeña que resulte (*market share liability*). La tesis de Shavell apunta a un inconveniente claro de la regla de la preponderancia de la probabilidad: distorsiona los incentivos de quienes sabiendo que es muy poco probable que su comportamiento genere algún daño lo llevan a cabo sistemáticamente, en la suposición de que nunca serán condenados (así, en el ejemplo del apartado anterior el demandado nunca sería condenado, pues la probabilidad de que su conducta causara el daño es sólo del 0'4. La doctrina suele referirse a esta cuestión con la expresión *recurring misses*, fallos repetidos).

- c) Como señala Ben-Shahar (Salvador 2002, 3) las posiciones del debate reflejan dos puntos de partida distintos en materia de causalidad: quienes favorecen la primera tesis privilegian una perspectiva *ex post* del derecho de daños y quienes son partidarios de la segunda ponen el acento en una visión *ex ante*, centrada en la idea de prevención de daños. Una síntesis de ambas ha sido intentada por Porat y Stein (Salvador 2002, 7), quienes se pronuncian por una regla de responsabilidad por incerteza (*Liability for uncertainty*): responderá por un daño cuya causa es incierta la parte que originó o tuvo la mejor oportunidad de evitar la incerteza, ello llevaría a las partes a optimizar sus inversiones y despejar *ex ante* la incertidumbre, de forma que *ex post*, la aplicación de las reglas ordinarias de responsabilidad, ya se encargarían de generar los incentivos óptimos para reducir el daño primario. Responde así quien está en mejor condición de preconstruir la prueba (*Cheapest evidence providers*).

Como se puede observar, en la práctica jurídica, ya no se trata de un problema de causalidad, sino de un asunto estadístico o probabilístico, en cualquier caso, especulativo.

3. La imputación objetiva como criterio idóneo de declaración de responsabilidad estatal

Podría llamar la atención el interés puesto en la cuestión de la causalidad en una época en la que dicha ca-

tegoría ha perdido largamente el sitio que tuvo en la dogmática jurídica de buena parte del siglo XX. Superadas, en efecto, las diversas variantes del causalismo, apenas se discute hoy que la imputación jurídica de un daño ha de basarse en definitiva en criterios normativos y no *naturalísticos*, como necesariamente es, en rigor¹⁷, el de la causalidad. Más aún, de modo creciente se alzan voces a favor de desterrar definitivamente la categoría del ámbito de la teoría de la Responsabilidad Civil Estatal.

Ahora bien, dentro de la doctrina jurídica entra a jugar un papel muy importante (especialmente en la Dogmática Penal), la teoría de la Imputación Objetiva, la cual, contribuiría superar de manera considerable el nexo de causalidad como criterio de imputación de daño por acción u omisión de parte del Estado.

Por la brevedad de estas líneas no se entrará a esbozar ampliamente en qué consiste la Imputación Objetiva. Sin embargo, se hará mención de aquellos aspectos que tengan relación con el tema y propuesta aquí expuesta.

Según se expuso, la Teoría de la Imputación no es otra cosa que el intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales:

Quando en derecho se plantea: A envía a B al bosque con la esperanza de que le alcance un rayo, cosa que efectivamente sucede. La pregunta no es si A ha causado la muerte de B. Ello es evidente desde un punto de vista causal de las ciencias de la naturaleza. Pero la pregunta debería ser si a A se le puede imputar objetivamente el hecho como propio, o si, por el contrario, este debe ser visto como una consecuencia accidental de una constelación de factores. La pregunta, por consiguiente, no es una pregunta causal sino una cuestión de imputación (Bustos y Larrauri 1989, 6).

Como solo la voluntad puede dirigir un proceso causal (de la manera en que se formula la teoría aquí examinada) “sólo la voluntad tiene la posibilidad de transformar las consecuencias en un hecho propio. Por consiguiente, la imputación de un hecho es la relación del acontecimiento con la voluntad” (Bustos y Larrauri 1989, 7).

Desde luego, se considera la existencia de un hombre libre, pues esa libertad plasmada en sus actos es

¹⁷ Que con la introducción de “correctivos” normativos a la causalidad – como era característico de las llamadas teorías individualizadoras – en realidad se abandonaba el terreno propio de la misma, es precisamente una de las constataciones iniciales de la teoría de la imputación objetiva (del resultado).

la que hará que se determine la imputación de ellos con sus respectivos resultados. Precisamente ese es el punto de partida del pensamiento desarrollado por Larenz y Honig, a quienes la doctrina acostumbra citar como precedentes inmediatos de la Teoría de la Imputación Objetiva (Bustos y Larrauri 1989, 7).

Un primer elemento definitorio de lo que es la teoría objeto del presente estudio lleva a presentar lo que se conoce como riesgo jurídicamente desaprobado, que a su vez, parte de lo que debe entenderse como riesgo permitido:

Para que un riesgo pueda ser considerado como permitido no basta tan solo con que la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad, sino que es indispensable la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas de ese riesgo residual; por ello, en el hipotético evento de que anticipadamente pudieran ser individualizadas las víctimas de una actividad peligrosa ella debería ser prohibida porque su desarrollo no puede prevalecer frente a la inminente lesión de un individuo (Reyes 1994, 93).

Así, tal como lo señala Reyes Alvarado, cuando una actividad se desarrolla dentro de un riesgo socialmente visto como permitido, “no puede dar lugar a reproche jurídico, de ninguna naturaleza, aun en el evento de que se generen lesiones a particulares” (Reyes 1994, 93).

Es importante aclarar que para la Imputación Objetiva todo elemento de subjetividad dentro de la acción queda excluido (quedando el dolo y la culpa dentro de la culpabilidad, sea, la imputación subjetiva). Por lo tanto, si una lesión o cualquier resultado con importancia para el Derecho y la sociedad son consecuencia de una actividad desarrollada dentro del riesgo permitido, la intención o negligencia del sujeto pierden toda importancia.

Para la teoría de la Imputación Objetiva, el criterio del riesgo permitido es y debe ser aplicable para toda conducta culposa o dolosa, siendo esto “importante consecuencia del reconocer que la calificación de una conducta como permitida o desaprobada no depende de la intención del autor” (Reyes 1994, 86).

El riesgo permitido, dentro de la Teoría del Delito, forma parte del injusto (no de la imputación subjetiva, culpabilidad) y es aplicable a todo tipo de delito y a las tentativas en sí.

Como se mencionó anteriormente, el riesgo desaprobado parte del riesgo permitido. Una vez expuesto

este, a grandes rasgos, cabe decir que los riesgos desaprobados “son todos aquellos riesgos que provienen de conductas desarrollados por fuera de los límites del riesgo permitido” (Reyes 1994, 106).

Para la fijación de un riesgo como desaprobado, la Teoría de la Imputación Objetiva toma como parámetro el consenso social dentro de límites especiales y temporales, puesto que es el grupo social el que debe fijar cuáles riesgos son soportados y cuáles no, en virtud de acciones socialmente necesarias, útiles o peligrosas¹⁸.

El problema de la aplicación del riesgo desaprobado, según el criterio de la Imputación Objetiva está en cómo demostrar que una conducta está en lo correcto dentro del medio social “siendo aplicable el *in dubio pro reo* en todas aquellos casos en que no exista certeza sobre si determinada actividad es considerada en su medio social o profesional como la indicada para la situación concreta es que se haya desarrollado” (Reyes 1994, 107).

Dentro de las soluciones llamadas “normativas” está, en primer término, el recurrir a las normas escritas, no escritas, etc., como indicadoras de si la actuación fue o no conforme a un deber.

La valoración del riesgo, según la situación concreta, no aleja a este del punto objetivo, ya que no se explora dentro de la subjetividad del autor del hecho para determinar el tipo de riesgo, sino que la Imputación Objetiva recurre a un análisis de la conducta que le era exigible a todos aquellos sujetos que dentro de las mismas circunstancias en que estaría el autor, se hubiesen enfrentado a la situación dada.

Los criterios para la determinación de la conducta como creadora o no de un riesgo desaprobado son: la exigibilidad personal (sea, la exigible a cada persona según su rol social); la exigibilidad temporal (qué era y qué no era exigible en ese momento; es decir, si socialmente una conducta era vista como aprobada o desaprobada); y, la abstracción de riesgos residuales permitidos o niveles de riesgo que no se pueden eliminar del todo.

3.1. Principio de confianza

Un supuesto importante para la teoría estudiada –en la actuación de cada sujeto en una sociedad– es el llamado principio de confianza.

¹⁸ Este concepto serviría para aplicarlo a la Doctrina de la Responsabilidad Administrativa, frente a la vulneración de las cargas públicas.

Este principio enuncia, en forma general, que cada persona puede “organizar el propio comportamiento sobre el supuesto de que los demás actuarán reglamentariamente.”

Es aplicado, por ser parte del riesgo permitido, a todo tipo de delito, teniendo como limitación básica el que deja de ser aplicable cuando a una persona se le exige una actuación determinada, como cuando se prevé que un tercero actuará indebidamente.

En su total desenvolvimiento o con sus limitaciones, el principio de confianza es siempre aplicable cuando hay una pluralidad de personas relacionándose en todo campo de la vida social.

Para la determinación de riesgos, jurídicamente desaprobados, toman en cuenta los autores aquellas situaciones donde se dan variaciones internas de riesgos y cambio de riesgo (sea elevación del riesgo o aceleración del resultado). En ambos supuestos debe analizarse la situación para establecer si sigue persistiendo el mismo o en realidad se creó un nuevo riesgo jurídicamente desaprobado.

Otro supuesto donde es relevante el trato del riesgo desaprobado, es en aquellas acciones denominadas de *propio peligro*, es decir, aquellas en que “el daño es producto de la imprudencia del titular del bien, relevando de responsabilidad al causante de él” (Reyes 1994, 167).

En estas acciones, será responsable del daño quien tenía en sus manos el poder de evitarlo, siendo que, si el titular del bien era quien podía evitar el daño y no lo hizo, el autor de la acción es totalmente irresponsable del hecho. Por ejemplo, si un sujeto se lanza bajo las llantas traseras de un automóvil con la intención de suicidarse, evitando que el conductor observe su actuación, la muerte consecuencia de este acontecimiento no será reprochable al conductor.

Una vez planteada, desde el punto de vista de la Imputación Objetiva, la creación de un riesgo desaprobado como criterio mismo de imputación, debe analizarse el segundo criterio: la realización de dicho riesgo en el resultado.

Esta impugnación, proveniente del campo del finalismo a la teoría de la imputación objetiva, (Frisch 1995, 2663) ha merecido como respuesta por parte de Jakobs una solución de *compromiso* (presentada como coherente por sus discípulos) (Peñaranda 1998, 96-98) definiendo al *sujeto* de forma normativa a través de rol social que debe cumplir, interpretando así de modo objetivo general la comunicación del com-

portamiento del sujeto que posee dicho rol. (Jakobs 1995, 49) De esta forma, y según su decir, lo decisivo es definir al sujeto que actúa en sociedad (rol), pues esta definición ofrecerá las pautas para interpretar de manera objetiva cuáles de sus conocimientos son relevantes en la imputación.¹⁹ Es conocido al respecto el ejemplo de Jakobs sobre el mozo, estudiante de biología, que advierte en la ensalada un componente venenoso, pero de todas formas sirve la ensalada al comensal. La solución a la que arriba el autor citado, dentro de la teoría del *rol*, es que el comportamiento se ha desarrollado dentro del marco del *riesgo permitido* pues “no ha quebrantado el rol en el que se mueve”. (Jakobs 1996, 63)

Esta solución objetiviza el conocimiento (aspecto subjetivo) de quien realiza el hecho, y lo excluye por superfluo, pues no se encuentra exigido por el *rol* que motiva ese comportamiento.

Con cierta razón se han levantado críticas a tal postulado, pues no solo compartimenta los roles sociales, sino que define de forma estrecha el *riesgo* por el cual es competente quien tiene el dominio del hecho. Sobre lo primero se ha dicho:

Esto es así porque los roles son banales en abstracto pero siempre se asumen en circunstancias concretas, y en estas pueden no ser inocuos. Pero lo que sustancialmente pasa por alto esta tesis es que cuando el agente asume el dominio del hecho de un injusto penal, cambia su rol. Los roles de buen camarero, de buen capataz, de buen vecino o de buen policía, saltan en pedazos cuando, por efecto de asumir el dominio del hecho, el agente asume el rol de homicida o de terrorista. (Zaffaroni 2000, 454).

En cuanto a lo segundo, es decir, la estrecha definición del rol, también puede ser apreciada modificando las bases del ejemplo dado, pues el camarero no se limita a servir los alimentos a los comensales, sino a servir alimentos aptos para el consumo humano. Si al llevar el pedido advirtiera que el mismo se encuentra en un estado de evidente putrefacción, no

¹⁹ En palabras del autor: “partiendo de esta situación, es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, este no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho, como personas”. Jakobs 1996.

podría servir el plato, de la misma forma que no podría hacerlo si fuera advertido por una tercera persona respecto de que la ensalada contiene un producto venenoso (similar a advertirlo por conocimientos especiales propios).

En todo caso, en el mundo objetivo el camarero ha servido un alimento no apto para el consumo humano, y desde esa perspectiva ha quebrantado su *rol* consistente en suministrar alimentos aptos para el consumo, pues la norma de no servir alimentos contaminados existe como tal. (Zaffaroni 2000, 453) La diferencia, por lo tanto, será *subjetiva*, excluyéndose la tipicidad por un desconocimiento sobre la existencia de un elemento contaminado. (Zaffaroni 2000).

Esta precaria frontera entre el mundo objetivo y subjetivo puede evidenciarse con otro ejemplo, sobre el cual no existen mayores divergencias entre los partidarios de la teoría de la imputación objetiva, representado por el conocido caso de quien manda a otro a viajar en avión, con la esperanza de que en el mismo haya una bomba que al estallar le provoque la muerte. En este caso es unánime la respuesta que determina la actuación del primer sujeto dentro del riesgo permitido, pues se dice que viajar en avión es un riesgo propio de la vida social. Lo particular del caso es que si el primer sujeto conocía efectivamente que existía una bomba en el avión, las mismas voces ahora exponen que este creó un riesgo prohibido. (Silva Sánchez 1992, 403). Este caso resulta extraño dentro de la explicación que dan los partidarios de la imputación objetiva, pues si viajar en avión es un riesgo propio de la vida social, también deberá serlo el mandar a una persona a viajar en avión (con independencia de sus conocimientos especiales). Pero si estos conocimientos especiales (la real colocación de una bomba), determinasen que se actúa dentro del marco del riesgo prohibido, algo falla en la solución del primer caso, pues lo objetivo se ha mantenido inalterado (avión con una bomba en su interior). En realidad en ambos casos se trata de riesgos prohibidos, pues, objetivamente, es un riesgo prohibido mandar a alguien a viajar en un avión donde se ha colocado una bomba, lo que fallará es la imputación subjetiva si el primer agente desconoce la existencia del artefacto explosivo, lo cual queda demostrado por la completa imputación en el caso de conocer la existencia de dicho mecanismo. (Silva Sánchez 1992, 403).

Otro caso que llama la atención se encuentra constituido por la llamada *conducta de la víctima* sobre sus ámbitos de responsabilidad en actividades arriesga-

das. Aquí se ha argumentado que los conocimientos existentes del autor y de la víctima, en realidad conjugan objetivamente un elemento denominado *actuación conjunta* (Cancio Meliá).

Lo particular del caso es que en la medida que los conocimientos del autor sean superiores a los de la víctima existirá la imputación, la cual decaerá cuando el mismo sea superado por el que posee la víctima.²⁰ Esto demuestra lo endeble de dicha teoría, y de la confusa solución de objetivar lo subjetivo. Ciertamente este *tipo subjetivo de la víctima* constituirá un elemento negativo del *tipo objetivo del autor*, pero solamente podrá evidenciarse su importancia cuando se refleje en el tipo subjetivo del autor. Para ponerlo en palabras de Sancinetti:

Es decir, que si el autor sabe (o cree) que la víctima conocía (al menos) su modo arriesgado de comportamiento sexual actúa sin dolo, en caso contrario, realiza el ilícito, cualquiera que sea la situación real en la cabeza de la víctima. (Sancinetti 1997, 133).

Si el mayor aporte que ha traído consigo la “imputación objetiva”, es la de aquella parte que puede ser considerada como “teoría” (sic), delimitando normativamente la conducta prohibida (la conducta dominable = Tentativa acabada), esta nueva escuela robustece el postulado que se hallaba en el fundamento final de las posiciones subjetivistas, consistente en que el ilícito estaba definido por la infracción a la norma, y que no puede existir mayor infracción a la norma que la existente en la tentativa acabada, lo demás sobra, salvo que se entienda consumación como “el haber quebrado la vigencia de la norma con la acción”. Para ponerlo en palabras de Jakobs: “La teoría del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación”, otras aportaciones del mismo autor pueden robustecer el mismo postulado (Sancinetti 1997, 64).

²⁰ El respecto esta ha sido la justificación dada por el BGH (*Bundesgerichtshof* – Tribunal Supremo Alemán), en la solución del caso de la “jeringuilla” (BGH St 32 pp. 262 a 267). En este caso el acusado había hecho entrega de una jeringuilla a otro sujeto drogadicto que no podía conseguirla por sí, pues era conocida su reputación de drogadicto. Ambos sujetos se inyectan la droga perdiendo el conocimiento, falleciendo aquél que no podía conseguir las jeringuillas. Aquí el BGH dijo, para absolver por homicidio al imputado: “*la punibilidad puede comenzar en estos supuestos a partir del momento en el que el partícipe aprehende mejor que quien se pone a sí mismo en peligro, por disponer de conocimientos superiores en la materia; sin embargo, no concurren en el caso indicios que eso fuera así*”.

Si se formula la conclusión alcanzada de modo tradicional conforme una teoría de los imperativos, el mandato no puede rezar *no causes la lesión de un bien*, sino que debe decir “no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho”. (Sancinetti 1997, 29). Y, definitivamente: Si lo decisivo es la protección de normas y no de bienes prendados, entonces, según reza la objeción principal, puede protegerse cualquier orden normativo, por medio del Derecho Penal; el Derecho Penal, por consiguiente, perdería su potencial crítico. Esta objeción es errónea porque tampoco la teoría de la protección de bienes jurídicos conoce potencial crítico alguno: lo que no existe no puede perderse. (Sancinetti 1997, 53).

Queda así establecido el horizonte de una teoría de la imputación objetiva, entendida solamente como *imputación del comportamiento* que quebrante la vigencia de la norma en su faz objetiva; quebrantamiento que constituirá un ilícito en la medida que haya sido realizado con conocimiento sobre los elementos de la acción que la quebranta (dolo), lo demás sobra; y es de esperar un núcleo teórico en el desarrollo de la imputación objetiva, en la medida que separándose del mundo naturalístico, que contiene el *mito del resultado*, abandone definitivamente la tópica en que se encuentra enredada al pretender imputar como agravante²¹, efectivas lesiones a bienes jurídicos.

3.2. La imputación objetiva y su aplicación en la responsabilidad del Estado

La Imputación Objetiva es concebida inicialmente para el Derecho Civil (López Díaz 1998, 51); sin embargo, ha sido el Derecho Penal quien más la ha desarrollado y aplicado, especialmente, en el Derecho Europeo. Ahora bien, la posibilidad de aplicación de esta teoría en el Derecho Administrativo (y todo aquel que tenga relación con la Responsabilidad Civil por daños) no es del todo descabellada.

Aplicando los criterios anteriormente referenciados, se puede decir que el Estado colombiano debe cumplir un rol social. Eso se establece en el artículo 2 de la Constitución Política:

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y ga-

rantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

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

Dentro de esta óptica y aplicando la teoría de la imputación objetiva se observa que el Estado, como producto de la sociedad misma²², también cumple unos roles, los cuales se encuentran plasmados, especialmente, en el artículo constitucional anteriormente referenciado.

En concordancia con lo anterior, al no existir una actuación legítima del Estado, no puede aplicarse el régimen de responsabilidad objetiva (para este caso, el daño especial). Lo cual llevaría a buscar en el régimen de responsabilidad subjetiva una posible responsabilidad estatal. Es aquí donde se presenta la oportunidad de aplicar la teoría de la Imputación Objetiva²³, pues de aplicarse esta, no se entraría a analizar si entre el daño causado y el hecho generador existe nexo de causalidad, sino, si el Estado (representado en este caso, por la fuerzas armadas) actuó según su rol social, es decir, buscó garantizar la vida, honra y bienes de sus ciudadanos (Artículo 2 Constitucional) y si sus autoridades actuaron de la misma manera.

Desde luego, en el caso planteado, tal rol no se cumple, pues la familia falleció como producto de dicha retaliación. Por lo tanto, y aplicando la teoría de la Imputación Objetiva, el Estado debe ser condenado y, en consecuencia, resarcir los daños causados a la

²¹ Si el ilícito se encuentra completo, como quebrantamiento a la norma, con la tentativa acabada, el resultado solo puede ser entendido como un agravante a la perfecta infracción a la norma (tentativa acabada). Agravante por demás injustificado.

²² Al respecto Habermas dice lo siguiente: “la garantía de supervivencia de la pretensión de validez o legitimidad del sistema jurídico descansa en la posibilidad de que los ciudadanos elaboren las propias normas a las cuales deberán sujetarse...Pero, la validez social y el seguimiento fáctico de las normas varía con la fe en su legitimidad por parte de los miembros de la comunidad jurídica (entiéndase sociedad organizada políticamente, es decir, Estado), y esa fe se apoya a su vez en la suposición de legitimidad, es decir, de la fundamentabilidad de las normas de que se trate”. (Habermas 1998, 91).

²³ No quiere esto decir que en el régimen de responsabilidad objetiva no pueda aplicarse la Imputación Objetiva. Al contrario, también es un escenario propicio para hacerlo, especialmente cuando por una actuación legítima o no del Estado, se causa un daño.

sociedad misma²⁴ y, repararla, para así tratar de volver las cosas a su estado de normalidad, es decir, que regresen a como se encontraban antes de dicho acontecimiento.

Igual ocurriría de aplicarse el Principio de Confianza, pues, tal y como se mencionó anteriormente, este consiste, en forma general, en que cada persona puede organizar el propio comportamiento sobre el supuesto de que los demás actuarán reglamentariamente.

Un administrado confía en que la Administración Pública actuará según los parámetros establecidos en la Constitución, la Ley y los Actos Administrativos, es decir, cumpliendo el Principio de Legalidad. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha dicho:

El principio de legalidad consiste en el hecho de que, a partir de la soberanía popular, cada una de las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado (artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123 constitucionales). El artículo 3º de la Carta afirma que todos los poderes constituidos de la República se ejercen en los términos consagrados en la Constitución, de suerte que el único soberano es el pueblo. Ello constituye una diferencia respecto del régimen del siglo XIX, en el cual el poder legislativo era soberano. Hoy en día, entonces, el propio Congreso se encuentra, como los demás órganos del Estado, sujeto a los límites que la Carta le establece²⁵.

En virtud y concordancia con lo dicho por el Tribunal Constitucional colombiano, es el pueblo soberano (Preámbulo y artículo 3 de la Constitución Política) quien crea y establece las instituciones y órganos del Estado. A su vez, el pueblo le define una Carta Política con la cual el Estado debe actuar. Entonces, cuando la Administración Pública (así como la Rama Judicial y Legislativa del Poder Público) no actúa según estas directrices, no solo no cumple su rol, sino que, al mismo tiempo, desconoce el Principio de Confianza (desarrollado por la Imputación Objetiva) consistente en que los administrados confían en que las Ramas del Poder Público cumplirán su función estatal, pues la conocen.

Lo particular del caso es que, en la medida que los conocimientos del autor (el Estado) sean superiores a

los de la víctima (particular, gobernado, administrado, etc.), existirá la imputación, la cual decaerá cuando el mismo sea superado por el que posee la víctima.

Si se está en un Estado Social de Derecho, con Soberanía Popular, en el cual, se parte de la premisa de que cada ciudadano es titular de una parte de la Soberanía y que por lo tanto tiene derecho de ejercerla de manera directa (Rey Cantor 2000, 43). El soberano, entonces, otorga mandato y no representación a quien resulta electo, lo cual hace viable la intervención del ciudadano en la toma de decisiones públicas, así como en la participación, fiscalización y control de la gestión pública (artículo 103 de la Constitución Política).

Lo anterior, permite afirmar que el *riesgo permitido* lo debe definir la sociedad misma y no la Administración. Así, por ejemplo, las Ramas del Poder Público y los distintos órganos estatales, son los que deben consultar al detentador de la soberanía (el pueblo) en aquellas determinaciones que le afecten directa o indirectamente.

Conclusiones

Parece ser este el momento en que se deba comenzar a entender que la causalidad es apenas un criterio de imputación, pero, de entre varios, el peor con el cual se tenga que imputar daños y obligar a reparar perjuicios. Al parecer la causalidad, en los eventos de responsabilidad por daños, cobra importancia sólo cuando es intrascendente dada su evidente configuración, de modo que cualquier discusión sobre el particular luciría superflua, inútil e innecesaria.

Para concluir (aunque sería faltar a la verdad decir tal afirmación, cuando el tema es complejo), se puede considerar que la responsabilidad por daños se debe estructurar a partir de dos elementos comunes a todo tipo de responsabilidad: el daño y su imputación. Este último requisito deberá articularse y definirse en una teoría única de la imputación que adecue y ubique, en el lugar relegado que le corresponde, a la relación de causalidad.

La conclusión es una decisión que no competen al investigador, sino al lector. Además, las investigaciones nunca concluyen. Por esta razón, a los planteamientos aquí desarrollados les queda bastante por desarrollar. Esta es la más importante conclusión.

²⁴ Es de anotarse que cuando el Estado es condenado, lo que se busca es que resarza a la sociedad que lo ha creado, es decir, vuelvas las cosas al estado natural en el cual se encontraba, antes de causar tal daño.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

REFERENCIAS

Bruera, José Juan. 1944. *El concepto filosófico jurídico de causalidad*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Bustos Ramírez, Juan y Elena Larrauri, 1989. *La imputación objetiva*. Bogotá D. C.: Editorial Temis.

Cancio Meliá, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. Madrid: Ediciones Bosh.

Descartes, René. 1995. *Los principios de la filosofía*. Madrid: Alianza Universidad.

Frisch, Wolfgang. 1995. *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Colex.

García-Borrón, Juan Carlos. 1985. *Empirismo e ilustración inglesa de Hobbes a Hume*. Madrid: Editorial Cincel.

García Vélez, Lucila María. 2005. *Aproximación hermenéutica a las meditaciones metafísicas de Descartes: Una experiencia de lectura filosófica*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

Habermas, Jürgen. 1998. *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta.

Jakobs, Günther. 1995. "Representación del autor e imputación objetiva". En *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Ediciones Universidad Autónoma de Madrid UAM.

_____. 1996. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. Madrid: Ediciones Cuadernos Cívitas.

_____. 1996. *Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Buenos Aires: Manuel Ediciones ad hoc.

Leiva Ramírez, Eric. 2007. "¿Cómo hacer Estado y Justicia? Una debida aplicación de la Acción Comunicativa". *Revista Verba Iuris*.

López Díaz, Claudia. 1998. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.

Newton, Isaac. 1995. *Principios matemáticos de filosofía natural*. Madrid: Editorial Alianza.

Peñaranda Ramos, Enrique Suárez González. 1998. *Un nuevo sistema del Derecho Penal*. Lima: Ediciones Grijley.

Polo, Leonardo. 1995. *Introducción a la filosofía*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S. A.

Tamayo Lombana, Alberto. 1997. *Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Bogotá, D. C.: Editorial Temis S. A.

Reyes Alvarado, Yesid. 1994. *Imputación objetiva*. Bogotá, D. C.: Editorial Temis.

Rey Cantor, Ernesto. 2000. *Referendo, Asamblea Nacional Constituyente y Plebiscito*. Bogotá, D. C.: Ediciones Ciencia y Derecho,

Russell, Bertrand. 1959. *El conocimiento humano: su alcance y sus limitaciones*. Traducción de Antonio Tovar. Editorial Taurus.

Salvador Coderch, Pablo. 2002. *Causalidad y responsabilidad*. Barcelona: Working Paper No. 94,

Sancinetti, Marcelo A. 1997. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires: Ediciones Ad Hoc.

_____. 1997. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ediciones Ad Hoc.

Sepúlveda Medina, Henderson. 2004. "Responsabilidad por daños dogma causal: La absurda vigencia de un principio en crisis secular". *Revista Nueva Época* No. 22: 161.

Silva Sánchez, Jesús María. 1992. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Ediciones Bosh Editor.

Strathern, Paul. 2004. *Berkeley en 90 minutos*. Madrid: Editorial Siglo XXI.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. 2000. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediciones Ediar.

para citar el presente artículo:

Estilo Chicago autor-fecha:	Estilo APA:	Estilo MLA:
Leiva Ramírez, Eric. 2009. La inoperante aplicación delnexo de causalidad en la responsabilidad civil del Estado. <i>Administración & Desarrollo</i> 37 (51): 161-174.	Leiva Ramírez, E. A. (2009). La inoperante aplicación delnexo de causalidad en la responsabilidad civil del Estado. <i>Administración & Desarrollo</i> , 37 (51), 161-174.	Leiva Ramírez, Eric. "La inoperante aplicación delnexo de causalidad en la responsabilidad civil del Estado." <i>Administración & Desarrollo</i> 37.51 (2009): 161-174.