

JAVIER ANDRÉS GARCÍA ÁVILA

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO
ADMINISTRATIVO

MODALIDAD PROFUNDIZACIÓN

PROMOCIÓN 2018 – 2019

BOGOTÁ D.C., MARZO, 2022

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN

DERECHO ADMINISTRATIVO

MODALIDAD PROFUNDIZACIÓN

Rector: Dr. Hernando Parra Nieto

Secretario General: Dr. José Fernando Rubio

Director Departamento de Derecho

Administrativo Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Director de Tesis: Dr. Bernardo Carvajal Sánchez

Examinadores: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Dr. Héctor Santaella Quintero

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	13
1.1 ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	14
1.2 PRINCIPIOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	19
1.3 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN COLOMBIA	25
1.4 EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO Y LA CREACIÓN DEL RIESGO ANTI JURÍDICO EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	28
1.5 LA POSICIÓN DE GARANTE EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	33
CAPÍTULO II: LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO CONFORME A LA POSICIÓN DE GARANTE DEL SERVIDOR PÚBLICO	40
2.1 IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO: POSICIÓN DE GARANTE DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS TIPOS ABIERTOS Y TIPOS CERRADOS	40
2.2 JUICIO DE CULPABILIDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESO	47
CONCLUSIONES	51
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUCCIÓN

La presente monografía tiene como propósito determinar la aplicación de la “teoría de la imputación objetiva” en el Derecho Disciplinario, la cual, al ser una figura jurídica propia del derecho penal, parte del desarrollo doctrinal y jurisprudencial que en esa materia han desarrollado las Altas Cortes.

Del tema en cuestión, se considera, en primer lugar, la necesidad apremiante de calificar esta rama del derecho como autónoma, dadas las características propias que la representan y diferencian de otras formas de ejercicio del “*ius puniendi*”. Debe reconocerse la evolución que desde la Constitución de 1991 se ha consolidado para el Derecho Sancionador, a partir de la aplicación y explicación de los elementos que lo componen, tal como son, la infracción al deber funcional, tipicidad, antijuridicidad de las faltas y la ilicitud sustancial.

El examen del “*ius puniendi*”, como la facultad que posee el Estado para sancionar las faltas contra el orden normativo, se enmarca en una serie de reglas procedimentales y sustanciales que permiten concentrar la atención en las diferencias y similitudes existentes entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal, para los cuales, las diversas construcciones jurídicas y aplicación de principios varían, ya que el primero, corresponde a la relación de especial sujeción de los servidores públicos y el segundo, se extiende a todos los administrados.

Continuando el derrotero de este texto, el Derecho disciplinario comprende un conjunto de normas jurídicas y principios que ofrecen al Estado la potestad sancionatoria sea por “omisión, acción, o extralimitación en el ejercicio de las

funciones de los servidores públicos”¹, claramente, atendiendo para ello principios rectores como el debido proceso, la investigación integral, el poder disciplinario preferente, la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción, legalidad, entre otros. Por otra parte, la falta disciplinaria surge por el “incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de funciones y derechos, o por violación de una inhabilidad, incompatibilidad y/o conflicto de intereses”², entendida en las modalidades de dolo o culpa (grave o gravísima) y cuyos sujetos procesales son el investigado, el defensor y el Ministerio Público.

La “teoría de la imputación objetiva” es una técnica que como se mencionó, se remonta específicamente al Derecho Penal, y su desarrollo tendrá mayor connotación con Claus Roxin, quien reemplazó el criterio de “infracción al deber objetivo de cuidado” por la llamada “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”, a través del cual menciona que el ordenamiento jurídico junto con el principio de confianza está basado en el funcionalismo.

Así las cosas, la “teoría de la imputación objetiva” es una técnica que evalúa tres requisitos indispensables para su configuración: Primero, la “creación de un riesgo jurídicamente no permitido” o la creación de un “riesgo jurídicamente permitido” cuando la actividad es altamente peligrosa, lo que lleva consigo el “deber de cuidado”; segundo, que el agente tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado; tercero, que se ostente la “posición de garante”. Con estos tres elementos citados, la aplicación de esta técnica influye en el juzgamiento y

¹ COLOMBIA, Constitución Política. Artículo 6. “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Cartilla de Derecho Disciplinario. s.f., p. 1 -27.

sanción del agente, en particular, para las conductas de “omisión impropia” o en la “comisión por omisión”.

La materialización normativa de la “teoría de la imputación objetiva” en Colombia se dio a través de la “Ley 599 de 2000”, en la cual se especificó que la causalidad en sí misma no es suficiente para imputar jurídicamente un resultado; aún así, la delimitación clara y precisa de ésta en función del Derecho Disciplinario amerita un estudio acucioso e integral por el desbalance de conceptos y estructuras con el ámbito penal, sobre todo porque: “En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”³; así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-155 de 2002:

“Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que “el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican *mutatis mutandi* en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”⁴.

³ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 200 (28, julio, 1995). Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único. Diario oficial. Bogotá D.C., 1995. No. 41.946.

⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-155 (5, marzo, 2002). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680.

Así las cosas, se itera, esta monografía pretende determinar la aplicación de la “teoría de la imputación objetiva” en el Derecho Disciplinario a través de la evolución doctrinal y jurisprudencial que ha tenido la mencionada institución, para demostrar la hipótesis a través de la cual se considera que la configuración de algunas faltas disciplinarias requiere la exigencia de un resultado, en cuyo caso, aplicar la teoría de la imputación objetiva del derecho penal resulta útil e idóneo, veamos:

“En materia disciplinaria lo injusto tiene como base el desvalor de la acción y en la vulneración de la norma subjetiva de determinación, pues es un hecho cierto que las infracciones disciplinarias por regla general son de mera conducta y, en casos excepcionales, algunas de ellas requieren para su configuración un resultado, más allá de que cuando este se presenta, casi siempre es considerado como un factor o condición objetiva de punibilidad”⁵.

Resulta necesario aplicar la “imputación objetiva” en el Derecho Disciplinario porque a pesar de ser una figura técnica del Derecho Penal, permite al Derecho Sancionador evaluar posibles escenarios en los cuales hay faltas disciplinarias de los servidores públicos que requieren de un resultado para su configuración, tales como la “comisión por omisión” u “omisión impropia” dado que este tipo de conductas están relacionadas directamente con la “posición de garante” de los servidores públicos en determinadas circunstancias respecto del ejercicio de sus funciones. Por ende, el Derecho Disciplinario puede nutrirse de los elementos doctrinales del Derecho Penal para juzgar y sancionar razonablemente las

⁵ BERDUGO, Andrés et Al. La imputación objetiva en el Derecho Disciplinario. En: Revista Derecho Penal y Criminología, julio-diciembre, 2013, vol. 34, n.º 97, p. 113-157.

conductas desplegadas por los servidores públicos, procurando garantizar el análisis objetivo de la responsabilidad frente a la falta disciplinaria, sobre todo, para las infracciones al deber funcional de vigilancia y control.

Para efectos de esta monografía, el estudio versará en la imputación objetiva en lo atinente a la comisión por omisión u omisión impropia, es decir, en la posición de garante de los servidores públicos; pues esta puede ser aplicada en otros tipos disciplinarios, como en las faltas disciplinarias que requieren para su estructuración de un resultado, situaciones en las que el resultado es una condición de agravación de la conducta o en los casos cuando el servidor público está obligado a prevenir la ocurrencia de resultados, es necesario que se analice no solo la causalidad entre la conducta y dicho resultado, sino la relevancia típica disciplinaria y si, además, dicho resultado puede ser atribuible a la inobservancia del desvalor de acción desde el punto de vista funcional y normativo, siguiendo y aplicando algunos principios de la imputación objetiva, teoría desarrollada de forma mucho más avanzada y profunda por el Derecho Penal.

En Colombia, su aplicación podría garantizar, entre otras cosas, la posibilidad que la “teoría de la imputación objetiva” juzgue la “posición de garante” de servidores públicos de alta jerarquía institucional frente a omisiones en su deber de vigilancia y control, por ejemplo, en actos de corrupción o aquiescencia de funcionarios frente a faltas en los manuales y reglamentos, y en el mayor de los casos, en faltas que incluyan violencia o participación en el conflicto armado interno.

De lo anterior, se desprende la pregunta de investigación ¿Cómo se determina la aplicación de la teoría de imputación objetiva en el Derecho Disciplinario? Observando en especial los escenarios en los cuales hay faltas disciplinarias de los servidores públicos que requieren de un resultado para su configuración,

incluso en la “comisión por omisión” también llamada “omisión impropia”, pues la imputación objetiva está relacionada con las conductas culposas y omisiones impropias, debido a la posición de garante de los servidores públicos en determinadas circunstancias.

Se arriba a esta pregunta de investigación en razón a que no basta con el mero examen de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en el momento de determinar la falta disciplinaria, porque hay escenarios en los cuales existen faltas disciplinarias de los servidores públicos que requieren de un resultado para su configuración, no solo única y exclusivamente el acometimiento de una conducta; y en estas circunstancias de “posición de garante” resulta indispensable conocer un instrumento tan valioso del Derecho Penal que, trasladado al Derecho Disciplinario, permitirá el juzgamiento y sanción racional, lógico y oportuno para este tipo de faltas de resultado.

Aunado a esto, la “teoría de la imputación objetiva”, tiene su utilidad para delimitar la responsabilidad disciplinaria frente a resultados indeseados en la función pública que no puedan ser atribuibles a las conductas desplegadas por los servidores públicos. También se aclara que con esta teoría no se pretende afirmar que el derecho disciplinario también está fundamentado en el desvalor de resultado.

En efecto, a pesar de la diferencia entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, pues el primero protege bienes jurídicos y el segundo se estructura para el cumplimiento adecuado de los deberes funcionales del servidor público -

tal como es enunciado en los artículos 122⁶ y 123⁷ de la Carta Política-, los tipos penales y disciplinarios guardan similitud en su estructura descriptiva, siendo sus elementos: objetivos, subjetivos y normativos.

“Son objetivos los que corresponden a elementos con existencia material, perceptibles por los sentidos; subjetivos, el conjunto de procesos y fenómenos que, relacionados con la conducta, se originan en la conciencia del sujeto que la realiza; y normativos, aquellos conceptos que para su comprensión requieren de remisión a disciplinas particulares del conocimiento, definitivamente ajenos a la misma norma”⁸.

Es preciso aclarar que la jurisprudencia revisada en esta monografía, versa sobre las decisiones de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Colombia en materia de Derecho Penal, es decir, pronunciamientos que dieron origen a la inserción de la “teoría de la imputación objetiva” en el ordenamiento interno del país. De allí brotan los postulados de esta figura que no pertenece al Derecho Disciplinario porque ha sido usada para determinar la forma de juzgar y evaluar las conductas típicas y antijurídicas, es decir, los delitos cometidos en virtud del Código Penal vigente. Sin embargo, resulta indispensable conocer el avance temporal jurisprudencial, dado que gracias a este se pueden extraer los

⁶ COLOMBIA, Constitución Política. Artículo 122: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)”.

⁷ COLOMBIA, Constitución Política. Artículo 122: “(...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (...)”.

⁸ ESCOBAR, César & GUTIÉRREZ, Fabián. La teoría del delito y la Teoría de la falta disciplinaria en el derecho positivo colombiano (análisis comparativo). En: Revista Derecho y Realidad, julio-diciembre, 2010, n.º 16, p. 217-236.

postulados, elementos y argumentación para indicar que la “teoría de la imputación objetiva” sí puede ser aplicada en el Derecho Sancionador, en especial, para los servidores públicos que ostentan la “posición de garante” en la ejecución de sus funciones.

La anterior precisión, se realiza en aras de garantizar la comprensión total del tema de investigación aquí revisado, ya que en materia disciplinaria no existe jurisprudencia que pueda ser estudiada conforme a la “teoría de la imputación objetiva”, por ser una figura reciente que ha ganado espacios en el Derecho Disciplinario.

Por otro lado, se diferencia la “teoría de la imputación objetiva” de la “responsabilidad objetiva” pues esta última está proscrita por la Constitución Política de Colombia⁹. En este sentido, en el Derecho Disciplinario también está prohibida la “responsabilidad objetiva” dado que nuestro sistema jurídico se funda en la “culpabilidad”, verbigracia, en que esta es un “supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”¹⁰.

Entonces, mientras la “teoría de la imputación objetiva” es una técnica que puede usarse para juzgar y sancionar en términos razonables a los servidores públicos

⁹ “La Constitución proscrib[e] las formas de responsabilidad objetiva y exige un derecho penal de culpabilidad, pues el hecho punible, para ser sancionable, debe ser imputable a la persona no sólo de manera objetiva (autoría material), sino también subjetiva (culpabilidad), como expresión del reconocimiento al sujeto de su dignidad y libertad en los artículos 1º y 16 de la Constitución”. (Corte Constitucional de Colombia, T-330 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (04 de mayo de 2007) Sentencia No. T-330. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

que ostentan la “posición de garante” en las conductas de “comisión por omisión u omisión impropia”, considerándose un instrumento teórico permitido en nuestro ordenamiento jurídico y desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia; por su parte, la “responsabilidad objetiva” es un modelo no permitido en Colombia, que se prohíbe porque no es suficiente que el individuo sujeto a la “ley disciplinaria o penal” haya ejecutado una “conducta tipificada” para considerarlo responsable, sino que es requisito “*sine qua non*” la comprobación del elemento subjetivo, es decir, valorar la conducta para probar la “culpabilidad”, lo que arrojará como resultado, que fruto de estas dos verificaciones, se endilgue la “comisión de una conducta” disciplinaria o penalmente sancionable.

Se precisa, finalmente, que un modelo disciplinario o penal de “responsabilidad objetiva” vulneraría uno de los principios considerados como postulados máximos el cual es el “*nullum crimen sine culpa*”, cuyo contenido significa que no puede existir responsabilidad penal o disciplinaria sin que exista “dolo” o “culpa”, con fundamento en que el elemento subjetivo de la responsabilidad es indispensable.

Sin lugar a dudas, aunque el Derecho Disciplinario es autónomo por ser una rama esencial al funcionamiento del Estado en tratándose de aquel conjunto integrado de normas (tanto sustanciales como procesales), mediante las cuales se hacen exigibles los debidos comportamientos constitucionales, legales y reglamentarios de los servidores públicos en ejercicio de sus funciones; también es cierto que muchos de los postulados, instituciones, figuras jurídicas y desarrollo (jurisprudencial o doctrinal) del Derecho Penal puede ser aplicado al Derecho Disciplinario vía “*mutatis mutandis*”, para lo cual su implementación podrá acomodarse al régimen disciplinario vigente, admitiendo la posibilidad de “excepciones, atenuantes, agravantes o contenidos” diferenciales que mejor se adecúen a esta rama del Derecho.

En el presente trabajo académico, se pretende exponer la posibilidad de integrar la “teoría de la imputación objetiva” al Derecho Disciplinario, en virtud de esta conexión que existe entre ambos para complementarse y desarrollarse mutuamente.

Precisando que el método de investigación es cualitativo de línea descriptiva, basado en dos capítulos a desarrollar, cuyo contenido es, en primer lugar, establecer la evolución teórica de la imputación objetiva para conceptualizar y delimitar el tema de estudio -explanando parámetros dinámicos y orientadores que iluminarán el tema-, los cuales brotan desde el Derecho Penal y que requieren ser expuestos para determinar el funcionalismo que aplica para el deber de cuidado o la posición de garante de los servidores públicos o de los particulares que asumen funciones públicas y que están sometidos al Derecho Disciplinario; recordándose que solo se analizarán dos elementos de la imputación objetiva por razones metodológicas, pues existen muchos otros puntos que la componen. En segundo lugar, exponer los pronunciamientos de las Altas Cortes para focalizar el estudio en una línea jurisprudencial. En un tercer punto, señalar la manera adecuada de aplicar la teoría de la imputación objetiva en el Derecho Disciplinario conforme a la posición de garante del servidor público. Por último, se argumentan las conclusiones resultantes del tema.

CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Este capítulo atiende el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la imputación objetiva, con la finalidad de obtener los conceptos y definiciones estructurales que con el paso del tiempo se han insertado en el Derecho Sancionador.

1.1 ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

El término “imputación objetiva” hace parte de un conjunto de postulados y criterios con los cuales se determina si una conducta puede ser catalogada bajo la tipicidad objetiva. Claus Roxin explicó el término indicando que: “la teoría de la imputación objetiva tiene como finalidad excluir del tipo objetivo (a diferencia de la causalidad) las lesiones de bienes jurídicos producidas por causalidad o como consecuencia de una conducta antijurídica cualquiera, no referida al tipo concreto (*versari in re illicita*)”¹¹. En el entendido de esta teoría, es un instrumento de interpretación de normas penales, de conductas que conforme a su contexto se le pueden endilgar como resultado a un sujeto, por la tipicidad y antijuridicidad atribuible objetivamente.

En otras palabras, la “teoría de la imputación objetiva” corresponde a una visión teleológica de los tipos penales (en principio) y disciplinarios (posteriormente, conforme a su desarrollo temporal), por tanto, debe cumplir con dos características: primero, “que el comportamiento haya creado un riesgo típicamente relevante”¹², y segundo, “que ese riesgo sea el que se haya realizado en el resultado lesivo”¹³. En conclusión, esta teoría tuvo su inicio de aplicación en los tipos penales de resultado, porque claramente, en los tipos penales de mera actividad no puede usarse ya que no se requiere una consecuencia en ellos, sino que se agota con el mero proceder o realización de la acción. En cambio, para los

¹¹ ALCOCER, Wilmer. Teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. Desarrollo jurisprudencial a partir del año 2011. En: Revista Derecho y Cambio Social. 2005, pp. 1-55.

¹² ALCOCER, Wilmer. Teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. Desarrollo jurisprudencial a partir del año 2011. En: Revista Derecho y Cambio Social. 2005, pp. 1-55. (B).

¹³ ALCOCER, Wilmer. Teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. Desarrollo jurisprudencial a partir del año 2011. En: Revista Derecho y Cambio Social. 2005, pp. 1-55. (C).

delitos de resultado la estructura lógica que los compone son la acción, la imputación objetiva y su resultado.

Claus Roxin manifiesta que esta teoría se configura a partir de dos principios, por un lado, el “principio de la confianza” que permite establecer reglas para evitar poner en peligro un bien jurídico; y por otro lado, el “principio del riesgo permitido” que se alimenta del “principio de proporcionalidad”, es decir, una ponderación para permitir riesgos, actividades peligrosas, comportamientos creadores de riesgo con la finalidad del progreso social, siempre y cuando se tengan en cuenta los bienes jurídicos, derechos y libertades frente al riesgo permitido. Entonces, la imputación objetiva se atribuye a los peligros creados que no están cobijados por el riesgo permitido, por ende, son riesgos jurídicamente desaprobados que han producido un resultado típico y antijurídico. Sin embargo, resulta un requisito *sine qua non* comprender que los orígenes de esta teoría en cuestión, se remontan a períodos anteriores de Roxin, verbigracia, con Hegel, Larenz y Honig, con quienes:

“la imputación objetiva tuvo como misión determinar cuándo una conducta es obra de una persona o cuándo no; es decir, cuándo o con qué criterios es posible aseverar que un específico comportamiento le pertenece -como obra suya- a un sujeto. Para tales efectos, estos autores utilizaron en esencia el criterio de dominabilidad (previsibilidad y evitabilidad) del resultado asignándole la función de ser un criterio esencial a la hora de establecer la pertenencia de ese resultado al sujeto investigado”¹⁴.

¹⁴ PELÁEZ, José María. La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal. En: Revista Derecho (Valdivia), Vol. 31, No. 2, pp. 295-320. Online. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000200295>.

La teoría de la imputación objetiva tiene su antecedente en la filosofía hegeliana, cuya premisa indica que al sujeto se le podrán imputar las acciones que sean resultados de su obrar, analizada a partir de dos juicios: “el primero referido a la imputación del hecho (ilícito), lo que se denomina “imputación objetiva” y, un segundo juicio, referido a la imputación de la culpabilidad”¹⁵. Así las cosas, en la filosofía de Hegel, la “causalidad de la voluntad” permite su atribución, es decir, esa voluntad de forma consciente produce la exteriorización de los actos que son atribuibles al sujeto por haber condicionado su realización conforme a la libre voluntad expresada, enfatizando que:

“La “causalidad de la voluntad” significa, según Hegel, la “atribuibilidad” (Zurückführbarkeit) de un suceso externo a la voluntad seguida de manera final. En ella se distinguen dos momentos: el primero, el del conocimiento, o sea la “previsión” (Voraussicht) del curso causal; el segundo, el de la “causalidad de la voluntad”, o sea, la capacidad fundada en el conocimiento obtenido del curso causal para dar la dirección deseada. Ambos producen el concepto de “artífice” (Urheber) o, como Kant acertadamente llama: la “causa libera”¹⁶.

Brota de esta teoría el concepto de dolo como criterio de imputación, es decir, la subjetividad de la voluntad debe existir y cumplir su propósito de acción y, por ende, incluye los resultados previstos y aquellos que no, porque aunque el sujeto es el dueño de su voluntad, no lo es de los efectos o modificaciones que esta cause en la naturaleza exterior producida, en conclusión, “la imputación objetiva

¹⁵ CORDINI, Nicolás Santiago. Delito y pena en la teoría de la imputación según Hegel. En: Revista Derecho y Ciencias Sociales. No. 22, pp. 18-39. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

¹⁶ CORDINI, Nicolás Santiago. Delito y pena en la teoría de la imputación según Hegel. En: Revista Derecho y Ciencias Sociales. No. 22, pp. 18-39. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. (B).

en Hegel comprende la atribución de un “suceso” (Geschehen) a un sujeto como su “hecho” (Tat), es decir, como su “acción” (Handlung)”¹⁷

Por otro lado, el filósofo Franz Ritter Von Lizst, explicó en la “Teoría de la Equivalencia de Condiciones” que la imputación objetiva implica *per se* la acción antijurídica, para él debe existir una distinción entre la actividad voluntaria objetiva y la actividad voluntaria subjetiva, la primera “supondría la consideración naturalística referida a la causación o no impedimento de un resultado”¹⁸, y la segunda, “surgiría cuando el resultado se previó o pudo haber sido previsto (dolo y culpa) y por ende, debería ser objeto de un análisis normativo dentro de la culpabilidad”¹⁹.

Posteriormente, Hans Welzel destacó en su teoría que el plano intencional es un criterio que deslinda al derecho del plano meramente de los fenómenos naturales, y, por tanto, aquello que sea exclusivamente causal debe ser excluido de la valoración jurídica en razón a la ausencia del elemento de la intención. Así mismo, señala que los bienes jurídicos son dinámicos y la infracción que se cometa contra los mismos depende de lo que socialmente se considera adecuado o no, es decir, el interés del derecho penal se activa únicamente si la interrelación de la sociedad con los bienes jurídicos es relevante y considerada socialmente rechazada dicha infracción.

¹⁷ CORDINI, Nicolás Santiago. Delito y pena en la teoría de la imputación según Hegel. En: Revista Derecho y Ciencias Sociales. No. 22, pp. 18-39. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. (C).

¹⁸ REYES, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. Universidad Santo Tomás, Bogotá-Colombia, pp. 933 – 968.

¹⁹ REYES, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. Universidad Santo Tomás, Bogotá-Colombia, pp. 933 – 968. (B).

La percepción de Welzel aparejó dos conceptos, uno de ellos es la “finalidad potencial” del sujeto y el otro, “el deber objetivo de cuidado”, expuestos así:

“Si bien quien comete un delito culposos no tiene la voluntariedad de causar el nocivo resultado, su conducta le debe ser penalmente reprochable en cuanto podía y debía haberse comportado en forma diversa para evitarlo; pese a que esa “finalidad potencial” debería estar referida a la posibilidad concreta de actuación del autor, era forzoso reconocer que ella conducía en los delitos culposos, a admitir que el resultado es producto de la “causalidad ciega” que el finalismo combatía, y que, además generaba un claro rompimiento entre las concepciones dogmáticas de los delitos culposos y dolosos, afectando la unidad del sistema. La incompatibilidad de una “finalidad potencial” con la intencionalidad propia de su sistema, hizo que pronto Welzel abandonara este intento de solución reemplazándolo por uno diverso que descansa sobre la noción del “deber objetivo de cuidado”²⁰.

En síntesis, el “deber objetivo de cuidado” se refiere al reproche del delito culposos, comprendido desde la óptica del deber del sujeto al cuidado en el desarrollo de su actuar. A esta evolución teórica se suman los postulados de Von Kries, los cuales tenían como centro gravitacional que una condición se consideraba adecuada cuando es causa de un resultado, es decir, se basa en criterios de suficiencia y aumento de posibilidad de ocurrencia.

Sin embargo, Karl Larenz y Honig mencionan la “imputación objetiva”, desde el Derecho Civil y el Derecho Penal respectivamente, diferenciándola del valor moral

²⁰ REYES, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. Universidad Santo Tomás, Bogotá-Colombia, pp. 933 – 968. (C).

endilgado a una acción y vinculada con la creación de un riesgo jurídicamente relevante que provoca la lesión típica de un bien jurídico.

Es necesario recapitular que la “teoría de la imputación objetiva” no requiere de la comprobación de un nexo causal sino en establecer criterios que permitan la imputación de resultados a un sujeto por el deber de cuidado. Aunado a lo anterior, se enfatiza que esta teoría proporciona los axiomas necesarios para que un determinado comportamiento en un contexto social específico se considere objetivamente delictivo o no; en palabras de Garrido: “un conjunto de principios de naturaleza normativa dirigidos a establecer cuándo un resultado causado por el comportamiento de un sujeto puede objetivamente atribuírsele”²¹.

Las características que apareja esta teoría son, en primer lugar, la creación de un riesgo típicamente relevante; en segundo lugar, que el riesgo haya producido el resultado lesivo; y, en tercer lugar, que la interpretación teleológica del tipo penal o del derecho sancionatorio sea para delitos o infracciones de resultado, pues respecto a aquellos que pertenecen al grupo de mera actividad no es posible el uso de esta teoría dado que la sola realización de la acción agota el contenido del tipo, por tanto, no se requiere la obtención de un resultado para su existencia.

1.2 PRINCIPIOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La observación de la “teoría de la imputación objetiva” amerita el estudio de los principios que en su evolución doctrinal se han anexado a la misma y permiten la comprensión total de esta, siendo el “principio de la confianza”, “uno de los

²¹ GARRIDO MONTT, Mario. 2003: “Derecho Penal. Parte general”, Tomo II. Chile: Editorial Jurídica de Chile, impresores: Salesianos S.A.

critérios negativos de imputación objetiva debiéndose, por lo tanto, comenzar por clarificar lo que tal nivel de adscripción significa, para luego ahí sí delimitar el problema jurídico en cuestión”²².

Continuando la línea argumentativa, se tiene que un hecho causado por un agente le es jurídicamente atribuible cuando con su comportamiento ha creado un peligro no permitido acaeciendo un resultado concreto,

“La imputación del resultado requiere además verificar si la acción del autor ha creado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro—jurídicamente desaprobado—creado por la acción. Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal”²³.

Entonces el “principio de confianza” se define como que a cada individuo se le impone la satisfacción de determinados roles por existir en una sociedad organizada y estructurada en sus instituciones, deberes y formas de comportamiento esperados de sus sujetos, por tanto, existe la carga correlativa de confiar en que los demás actúen bajo las condiciones de respeto a las normas,

²² PELÁEZ, José María. Configuración del principio de confianza como criterio negativo de tipicidad objetiva. En: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Vol. XIX, No. 37, pp.15-35. 2016. Online. Disponible en: DoI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677>

²³ PELÁEZ, José María. Configuración del principio de confianza como criterio negativo de tipicidad objetiva. En: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Vol. XIX, No. 37, pp.15-35. 2016. Online. Disponible en: DoI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677> (B).

roles y formas de actuar preestablecidos por los requerimientos socioculturales y jurídicos existentes en la convivencia social.

Adicionalmente, el “principio del riesgo permitido” se define: “lo conlleva la carga correlativa de confiar en que en idénticas condiciones los demás actúen de acuerdo con los requerimientos socioculturales impuestos por la comunidad en que conviven”²⁴. Se conjuga al análisis, la relación costo-beneficio, verbigracia, que la permisión de un riesgo depende de la ponderación de intereses o beneficios que una actividad genere versus la posibilidad de generar un resultado lesivo con la ejecución de dicha actividad. Este entramado argumentativo se completa con el “análisis de tolerancia” que realiza la sociedad cuando justifica la cometida de posibles perjuicios individuales frente a intereses superiores de bien común.

Razón por la cual, es necesario condensar que el “riesgo permitido” no se basa en la prevención de toda acción que pueda producir un riesgo sino en la tolerancia jurídica-social al respecto:

“La tesis respecto del riesgo permitido a fundamentar en lo que sigue reza: el riesgo permitido tiene que entenderse como la tolerancia del ordenamiento a la limitación de la capacidad de acción basado en el presupuesto que no es posible prevenir todo riesgo. Como no es posible evitar todo riesgo, entonces las exigencias de cuidado se estructuran

²⁴ REYES ÍTALO, Romero. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. En: Revista *Ius et Praxis*. Vol.21, No.1, Talca. 2015. Pp. 137-170. Online. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100005>

como incumbencias razonables que siempre implican un riesgo residual de resultado lesivo pero carente de responsabilidad”²⁵.

El debate sobre la “teoría de la imputación objetiva” puede verse, a similitud de un poliedro, desde perspectivas distintas conforme al filósofo del Derecho que defienda uno u otro argumento, uno de ellos es Claus Roxin, quien fue citado en párrafos anteriores y “reemplaza el criterio de “infracción al deber objetivo de cuidado” por el nivel actual de “creación de un riesgo jurídicamente desaprobado””²⁶, menciona que el ordenamiento jurídico junto con el principio de confianza está basado en el funcionalismo, y para ilustrar representa el riesgo permitido versus el principio de confianza en las actividades de circulación como son situaciones de tráfico, cuidado de niños, peatones en situación de fragilidad o personas desorientadas; en conclusión,

“los peligros inevitables se asumen o soportan en atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza ofrece también en este terreno. [...] La solución no consiste, por tanto, en una prohibición absoluta de regreso, sino que se trata de trazar los límites del principio de confianza y por tanto del riesgo permitido”²⁷.

²⁵ REYES ÍTALO, Romero. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. En: Revista Ius et Praxis. Vol.21, No.1, Talca. 2015. Pp. 137-170. Online. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100005>. (B).

²⁶ PELÁEZ, José María. Configuración del principio de confianza como criterio negativo de tipicidad objetiva. En: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Vol. XIX, No. 37, pp.15-35. 2016. Online. Disponible en: Doi: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677> (C).

²⁷ ROXIN, Claus. (1997). Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas.

En virtud de la discusión, Gunter Jakobs divide la teoría en: la “imputación objetiva del comportamiento” y la “imputación objetiva del resultado”; adelantándose a mencionar que el principio de confianza se clasifica en dos modalidades:

“Primera, cuando alguien actuando como tercero genera una situación que es inocua, pero si y solo si el autor que actúa a continuación cumple con sus deberes. Segunda, la confianza irá guiada a que una determinada situación, previamente dada, haya sido dispuesta correctamente por parte de un tercero, de modo que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con su rol no generará daño alguno (p. ej. el cirujano que confía en la esterilización de sus herramientas)”²⁸.

Uno de los postulados más importantes en Gunter Jakobs es que el “principio de confianza” se diferencia de la “prohibición de regreso” porque el agente es garante para evitar la “causación de un daño” y el curso en la producción del daño deja su carácter lesivo cuando todos los intervinientes se comportan conforme lo esperado para la evitación del mismo.

Autores más recientes como Manuel Cancio Meliá, parte de la concepción que considera a la “teoría de imputación objetiva” aplicable a todos los tipos penales, es decir, de medios y de resultados, conforme con esto clasifica el comportamiento, por un lado, con “las situaciones que vienen a ser permitidas en ciertas circunstancias especiales debidamente reglamentadas (por el legislador u organismos similares) o inclusive sin reglamentación expresa pero aun así

²⁸ PELÁEZ, José María. Configuración del principio de confianza como criterio negativo de tipicidad objetiva. En: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Vol. XIX, No. 37, pp.15-35. 2016. Online. Disponible en: Doi: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677> (C).

claramente parametrizadas (como por ejemplo la *lex artis* de la medicina)²⁹, y por otro lado, cataloga a “aquellos eventos cuya normalidad social constituye el elemento preponderante para estimarlos como riesgos permitidos”³⁰. Finalmente, integrará el principio de confianza al riesgo permitido, es decir, no continúa con la línea de separación, sino que los integra en un solo elemento.

A manera de colofón, Diego-Manuel Luzón Peña expone que la aplicación de la “teoría de imputación objetiva” con sus postulados del “principio de confianza” y el “riesgo permitido” es posible únicamente en delitos culposos y no es permitido cuando otro sujeto inició su actuar bajo la imprudencia.

Así las cosas, se determinó la evolución doctrinal de la “teoría de la imputación objetiva” cuyo origen se remonta al Derecho Penal, razón por la cual es indiscutible que los principios, elementos, categorías diferenciadoras y argumentos a favor o en contra de la misma alimentarán su aplicación en el Derecho Disciplinario, que en este texto académico se manifestarán entendiendo el funcionalismo a partir del deber de cuidado y posición de garante también para la acción del servidor público o del particular que ejerce funciones públicas, y cuya responsabilidad por los daños acaecidos en virtud de su conducta pueden estructurarse en la imputación objetiva, siendo propio establecer “la necesaria correlación que explique en forma satisfactoria por qué el resultado es producto de la infracción del deber del servidor público”³¹.

²⁹ CANCIO, Manuel. (2001). Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

³⁰ CANCIO, Manuel. (2001). Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo. (B).

³¹ BERDUGO, Andrés et Al. La imputación objetiva en el Derecho Disciplinario. En: Revista Derecho Penal y Criminología, julio-diciembre, 2013, vol. 34, n.º 97, p. 113-157. (B).

1.3 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN COLOMBIA

Este subcapítulo pretende determinar el desarrollo jurisprudencial de la imputación objetiva con el propósito de reconocer -a través de los pronunciamientos judiciales- la estructura de esta teoría y su aplicación en Colombia.

Anteriormente, se estableció que la “teoría de la imputación objetiva” nace de la “teoría del delito de la Escuela Finalista”, en principio, utilizada en el Derecho Penal desde dos perspectivas:

“(..) la primera a través del diseño finalista en correspondencia con el delito culposos, sin marcar notablemente una diferencia con el casualismo, producto de una acción creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, concretándose en el resultado, postura acogida mayoritariamente. (...) La segunda perspectiva, es determinada por la acción desplegada por un sujeto, sin obedecer a hechos de la naturaleza sino vista desde un mecanismo de control social, descartándose la noción ontológica del resultado, postura de la cual no se hará mayor énfasis, toda vez que la acogida por la Corte Suprema de Justicia y por el Derecho Contemporáneo es la analizada en primer plano”.³²

Frente al tema de estudio, es necesario reiterar que la evolución jurisprudencial de esta teoría debe hacerse desde la Corte Constitucional y la Corte Suprema de

³² BARACALDO, José Ricardo. Teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, sala de casación penal. Universidad Santo Tomás. Especialización en Derecho Público. Tesis. Online. Bogotá. (2020) Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/22564/2020jos%c3%a9baracaldo.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Justicia, dado que su estructura original pertenece al Derecho Penal; por ende, desconocer su origen impediría la vista panorámica y su incidencia en el Derecho Sancionador. Expuesto lo anterior, se inicia con la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia del proceso de Casación No. 22941 del 20 de abril del año 2006 del Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón, a través de la cual se realizó un estudio del artículo 9º del Código Penal que indica “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”³³, para determinar que,

“la teoría de la imputación objetiva permite determinar los eventos en los cuales una acción causal puede ser considerada típica, pues para esta corriente doctrinal aunque el nexo causal constituye presupuesto esencial de toda imputación, no es suficiente para considerar realizado el tipo objetivo porque, adicionalmente, se requiere, i) que el agente haya creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido, ii) que se concrete el resultado y, iii) que no se haya materializado una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro”³⁴.

Sin embargo, aunque este pronunciamiento es, en sentido estricto, el primero en profundizar sobre la imputación objetiva con el nuevo Código Penal, también es cierto que existieron otros fallos que lo precedieron, por ejemplo, la “sentencia radicado No. 9973 de 1995”³⁵, en la cual se evalúa el concepto de “creación de riesgo” y la peligrosidad del comportamiento que expone a lesión o peligro por

³³ CÓDIGO PENAL. Ley 599 de 2000. Congreso de la República de Colombia.

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (20 de abril de 2006) Sentencia No. 22941. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (14 de septiembre de 1995) Sentencia No 9973. Magistrado Ponente: Edgar Saavedra Rojas.

desbordarlo; adicionalmente, la “sentencia No.16.636 de 2003”³⁶, menciona que “el riesgo jurídico desaprobado o socioculturalmente prohibido” es el exceso del riesgo permitido en el desarrollo de una actividad peligrosa; y, finalmente, en la “sentencia No. 22.511 del 2005”³⁷, se analiza la creación del riesgo y el “principio de confianza” al cual también le es aplicable la “compensación de culpas” y la “conurrencia de conductas”.

También en el pronunciamiento del año 2006, en la “sentencia No. 41245 de la Corte Suprema de Justicia”, se expresó que “el resultado lesivo debe ser consecuencia del riesgo asumido y no de acciones adicionales no asumidas por la víctima, pues, si concurren otros factores, el daño se concreta en razón a éstos y no exclusivamente al peligro aceptado”³⁸. Por otro lado, afirmó que “no basta con que un agente asuma voluntaria y conscientemente el riesgo a que otra persona lo somete, sino que, además, se requiere que el mismo no se incremente con acciones diversas no consideradas ni consentidas por la víctima”³⁹; y una acotación importantísima es la necesidad de la existencia del pleno conocimiento del riesgo, con el objetivo de “excluir la imputación jurídica, condición que comporta que la víctima esté en condiciones de discernir y de valorar ex ante el peligro al que se somete”⁴⁰.

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (20 de mayo de 2003) Sentencia No. 16636. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (11 de mayo de 2005) Sentencia No. 22511. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (20 de abril de 2006) Sentencia No. 41425. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (20 de abril de 2006) Sentencia No. 41425. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. (B).

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (20 de abril de 2006) Sentencia No. 41425. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. (C).

De conformidad con el derrotero que en este texto se desarrolla, la “sentencia No. 27357 del 22 de mayo de 2008”⁴¹ refleja una carga argumentativa evolutiva para la imputación objetiva, porque: “el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro”⁴². Infiere que el resultado lesivo es consecuencia también de la inobservancia al “deber objetivo de cuidado”, verbigracia, en la “*lex artis*” de la medicina.

1.4 EL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO Y LA CREACIÓN DEL RIESGO ANTIJURÍDICO EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Posteriormente, la “decisión 38904 del año 2013”⁴³ explana que no basta con la verificación de la infracción al “deber objetivo de cuidado” o el “incremento del riesgo permitido”, afirma además que la conducta debe ser determinante del resultado. Así mismo, la “sentencia No 36842 de 2013”⁴⁴ se refirió a que,

“parte de considerar la existencia de una serie de actividades cotidianas que, aunque generan riesgos jurídicamente relevantes deben ser permitidas, siempre y cuando se respeten las reglas de cuidado previstas en la ley o el reglamento, a efectos de garantizar la convivencia social, verbi gratia, el tráfico automovilístico, aéreo,

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (22 de mayo de 2008) Sentencia No. 27357. Magistrado Ponente: José Enrique Socha Salamanca.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (22 de mayo de 2008) Sentencia No. 27357. Magistrado Ponente: José Enrique Socha Salamanca. (B).

⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (26 de junio de 2013) Sentencia No. 38904. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (27 de noviembre de 2013) Sentencia No.36842. Magistrado Ponente: María Del Rosario González Muñoz.

marítimo, las actividades deportivas, las intervenciones médicas, entre otras”⁴⁵.

A su vez, reitera que “autoponerse en peligro”, se concreta cuando: “i) el agente se pone en riesgo a sí mismo o ii) cuando, con plena conciencia de la situación, se deja poner en dicha situación por otra persona, eventos en los cuales no puede imputarse al tercero el tipo objetivo”⁴⁶.

Acto seguido, la “sentencia No. 41245 de 2016” demostró que la posición de garante repercute en la imputación objetiva porque “haber dejado de actuar estando en la obligación legal de evitar el resultado es la condición para la imputación de la conducta por omisión impropia o comisión por omisión”⁴⁷.

Conforme con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, la “sentencia No. 47100 del 2017”, desató el *quid* del asunto aduciendo que la “conducta tiene que necesariamente crear un riesgo, lesión o puesta en peligro a un(os) bien(es) que protege el Derecho Penal, la Constitución misma y que dicha situación sea desaprobada por el ordenamiento jurídico”⁴⁸.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (27 de noviembre de 2013) Sentencia No. 36842. Magistrado Ponente: María Del Rosario González Muñoz. (B).

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (27 de noviembre de 2013) Sentencia No. 36842. Magistrado Ponente: María Del Rosario González Muñoz. (C).

⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (29 de junio de 2016) Sentencia No. 41245. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (18 de enero de 2017) Sentencia No. 47100. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuellar.

También en la “sentencia de casación No. 32.582 de 2018” se enmarca la estructura de la imputación objetiva indicando que: “se permite la creación de riesgos jurídicamente permitidos cuando la actividad es altamente peligrosa lo que lleva consigo que el deber de cuidado que tiene el agente debe ser mayor” ⁴⁹, reiterando:

“La Sala reiteradamente ha señalado los presupuestos para pregonar la configuración de una acción a propio riesgo, así:

Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella” ⁵⁰.

En la “sentencia No. 49680 del 25 de abril de 2018” expresa que la “posición de garante” está contenida en el artículo 25 del Código Penal Colombiano, explayando que tiene posición de garante quien: “por competencia derivada de organización, de institución o injerencia, tiene el deber jurídico de proteger un bien tutelado por la ley, de modo que debe conjurar los resultados lesivos dentro de su órbita de responsabilidad” ⁵¹. Por lo cual se ejemplifica que la “competencia por

⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (28 de octubre de 2018) Sentencia No. 32582. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (28 de octubre de 2018) Sentencia No. 32582. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. (B).

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (25 de abril de 2018) Sentencia No. 49680. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández.

organización” es porque las personas están facultadas para poner en riesgo bienes jurídicos, verbigracia, “con la construcción de viviendas, la aviación, el tráfico automotor, etc., pero a cambio deben asumir unos deberes de seguridad en orden a evitar la creación o aumento de riesgos más allá de lo jurídicamente permitido”⁵². Por otro lado, la “competencia por injerencia tiene sustento en normas jurídicas que establecen obligaciones especiales de orden institucional, por ejemplo, el artículo 2° de la Constitución Política”⁵³. Así las cosas, “los deberes institucionales se estructuran, aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad”⁵⁴. En otras palabras, la “competencia por injerencia” supone que el sujeto que ha causado un peligro anterior a bienes jurídicos debe conjurar las consecuencias producidas mediante “deberes de salvamento”.

En la “decisión No. 54804”, la Corte Suprema de Justicia, consideró que:

“El juicio de reproche no recae sobre la acción en sí misma, sino en la forma en que se ejecuta, esto es, «infringiendo las reglas de cuidado propias de la actividad realizada, valga decir, los reglamentos de tránsito, las reglas de la experiencia propias de cada profesión u oficio —lex artis— y, si no las hay, las pautas de comportamiento social del

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (25 de abril de 2018) Sentencia No. 49680. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández. (B).

⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (25 de abril de 2018) Sentencia No. 49680. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández. (C).

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (25 de abril de 2018) Sentencia No. 49680. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández. (D).

hombre promedio. O creando un riesgo jurídicamente desaprobado a partir de la ejecución imprudente de una acción normalmente trivial”⁵⁵

Al mismo tiempo, en el “fallo No. 56299 del año 2020”, recalcó el examen del juzgador para cada caso en concreto donde se active la imputación objetiva en razón a que:

“(…) dada la naturaleza imprevisible de las innumerables interrelaciones que a diario se presentan en el intercambio social de las personas, las acciones imprudentes susceptibles de reproche penal no están definidas en la ley, razón por la cual, en cada caso concreto le corresponde al juzgador determinar si el comportamiento investigado se ejecutó de manera imprudente, esto es, superando el riesgo permitido con infracción del deber objetivo de cuidado”⁵⁶.

En el año 2021, por la “sentencia No. 48768” se consideró que “la imputación del resultado al agente se mantiene, aunque en tales eventos la concurrencia infractora del perjudicado podrá incidir en la valoración de la gravedad del injusto y en la determinación de la responsabilidad patrimonial del primero”⁵⁷.

Se concluye con el examen de los pronunciamientos aquí analizados expedidos por la Corte Suprema de Justicia que, para atribuir un resultado a un agente, este ha debido crear o incrementar un “riesgo jurídicamente desaprobado”, a su vez,

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (21 de octubre de 2020) Sentencia No. 54804. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera.

⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (6 de mayo de 2020) Sentencia No. 56299. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (3 de febrero de 2021) Sentencia No. 48768. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.

este riesgo creado se debe realizar en el resultado típico, lo cual puede provenir de la competencia organizacional o de la competencia por injerencia, establecidas en el artículo 25 del Código Penal.

A manera de colofón, la atribución jurídica de la responsabilidad culposa exige su estructuración a partir del comportamiento imprudente del agente con el cual se creó o se extendió un riesgo no permitido y que tiene como consecuencia un resultado lesivo, no bastando la “mera causalidad”, sino que es requisito el establecer el nexo causal entre el comportamiento y el resultado lesivo.

Al respecto, Esiquio Sánchez en su más reciente obra sostiene que “desde el ámbito de la imputación objetiva resulta claro que la responsabilidad disciplinaria como interviniente de una conducta constitutiva de falta no se determina por la sola contribución causal a la generación de un resultado, sino que es imprescindible que tal contribución tenga un significado socialmente ilícito...”⁵⁸

1.5 LA POSICIÓN DE GARANTE EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Ahora bien, la Corte Constitucional Colombiana también ha establecido una serie de disposiciones para la “teoría de la imputación objetiva”, en especial, construida sobre las “posiciones de garante” para “delitos de acción y omisión”, que se relatarán a continuación, expresando que la valía de esta teoría no radica en la situación de configuración fáctica sino en demostrar el cumplimiento o no de los deberes que orbitan por dicha postura.

⁵⁸ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. (2020). Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

El primer pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia al respecto, se realizó a través de la “sentencia SU1184 del 13 de noviembre de 2001”, allí resaltó que la “teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, es predicable tanto de los delitos de acción como de omisión”⁵⁹, verbigracia, es predicable para los miembros de la fuerza pública porque “un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal”⁶⁰.

De esta decisión se condensa un argumento importantísimo jurisprudencialmente para Colombia, exponiendo que las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del “derecho internacional humanitario -DIH” incluso en tiempos en los que se decreten los estados de excepción, por ende: “Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante”⁶¹, finalmente, para los delitos de lesa humanidad, la forma de intervención en el delito es irrelevante porque tan solo se requiere la aseveración de la “posición de garante”:

“La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (13 de noviembre de 2001) Sentencia No.SU1184. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (13 de noviembre de 2001) Sentencia No.SU1184. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. (B).

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (13 de noviembre de 2001) Sentencia No.SU1184. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. (C).

de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho”⁶².

En esta decisión, la Corte Constitucional realiza un recorrido interesante de manera histórica y doctrinal por la “teoría de la imputación objetiva”, recordando autores que en este texto ya se han desarrollado en capítulos anteriores, siendo la nueva “escuela de Bonn por Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling”, la más relevante, para concluir que una omisión de un integrante de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio cuando:

“i) las que se producen en el contexto de una operación que ab initio buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho) o ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate) o iii) cuando no se impiden las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (un miembro de la fuerza pública que tiene el deber de

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (13 de noviembre de 2001) Sentencia No.SU1184. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. (D).

evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado)”⁶³.

En la “sentencia C-115 del 13 de febrero de 2008”, en la cual se debatió la constitucionalidad de los artículos 110 y 121 de la “Ley 599 de 2000, Código Penal” cuyas consideraciones versaron sobre el desarrollo doctrinal de tipificar los “delitos culposos”, expresando que en Colombia:

“la forma de tipificar y punir los delitos culposos, se dio un paso entre la culpa prevista en el Código Penal anterior (Decreto Ley 100 de 1980) y la contemplada en la Ley 599 de 2000, considerándose en la primera que el agente incurría en culpa cuando realizaba el “hecho punible por falta de previsión del resultado previsible” o cuando “habiéndolo previsto” confiaba en poder evitarlo (art. 37), mientras que en el texto que ahora rige se acogió, además de la previsibilidad que se le exige al agente, la “infracción al deber objetivo de cuidado” (art. 23)”⁶⁴.

Se deduce que la visión legislativa y jurisprudencial con la normatividad vigente apela por la “teoría de la imputación objetiva”, que “un hecho causado por el agente le es jurídicamente atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto”⁶⁵, también se adujo que es el juez quien debe hacer una valoración sobre la creación o no del “riesgo jurídicamente

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (13 de noviembre de 2001) Sentencia No.SU1184. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. (D).

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (13 de febrero de 2008) Sentencia No.C-115. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (13 de febrero de 2008) Sentencia No.C-115. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. (B)

desaprobado” teniendo que usar la “perspectiva *ex ante*”, es decir, retrotraerse al momento de realización de la acción, examen de conocimientos especiales que debió tener el agente e incluso si el hecho fue suficiente y adecuado para producir el “resultado típico”. Aunado a lo anterior, el juez debe sumar la “perspectiva *ex post*”, o sea, “el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas”⁶⁶

La creación del “riesgo jurídicamente desaprobado” o no permitido, se da cuando se infringen las normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado producido, también si existe “elevación del riesgo”, que se configura cuando se supera el “riesgo tolerado” por lo cual se transgrede el límite aceptado e intensifica la “causación del daño” a partir del criterio de imprudencia, falta a la “*lex artis*”, entre otros.

Posteriormente, la “sentencia C-233 del 29 de mayo de 2019” de la Corte Constitucional, a través de la cual se desató el *quid* sobre los “artículos 389A de la Ley 599 de 2000”, resalta que la “teoría de la imputación objetiva” toma relevancia desde dos puntos de vista, el primero de ellos es el causal, por lo que “se requiere que el agente haya activado la cadena de acontecimientos que dan lugar al efecto previsto en el tipo penal, y que, dentro del curso regular de los mismos, el comportamiento, positivo o negativo, se traduzca en dicho resultado”⁶⁷; el segundo, es el punto de vista de la imputación, en el cual “se requiere que el

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (13 de febrero de 2008) Sentencia No.C-115. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. (C)

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (29 de mayo de 2019) Sentencia No.C-233. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

efecto típico contemplado en la disposición penal sea atribuible a una acción que genera un peligro no permitido o que sea jurídicamente desaprobado”⁶⁸.

Se concluye de los pronunciamientos anteriores que Colombia es un Estado social y democrático de Derecho, lo cual significa que preserva los bienes jurídicos a través de las obligaciones constitucionales e institucionales derivadas por la pertenencia a la sociedad y a los roles que cada asociado cumple dentro del sistema funcional, lo cual apareja consigo deberes de estricto cumplimiento, incluso con tratados internacionales de derechos humanos. Ahora bien, la “teoría de la imputación objetiva” nace en la “teoría del delito” para el ámbito del Derecho Penal, en el cual se debe analizar la conducta conforme a los fines y funciones, a la creación del “riesgo jurídicamente desaprobado” o a su aumento, así como a condiciones posteriores que determinarán la “causación del daño”.

Hasta este punto, se debe subrayar la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, en razón a que en el primero, se protegen bienes jurídicos, mientras que, en el segundo, el fin es procurar la buena administración pública, es decir, un cumplimiento acertado de las funciones del servidor público conforme a los deberes funcionales que le han sido asignados conforme a su posición, sin embargo, su punto de encuentro es la investigación y sanción de conductas, por supuesto, con las divergencias correspondientes que son inolvidables e imprescindibles.

En este orden de ideas, para el caso de las faltas disciplinarias que requieren para su estructuración de un resultado,

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (29 de mayo de 2019) Sentencia No.C-233. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. (B)

“situaciones en las que el resultado es una condición de agravación de la conducta o en los casos cuando el servidor público está obligado a prevenir la ocurrencia de resultados, es necesario que se analice no solo la causalidad entre la conducta y dicho resultado, sino la relevancia típica disciplinaria y si, además, dicho resultado puede ser atribuible a la inobservancia del desvalor de acción desde el punto de vista funcional y normativo, siguiendo y aplicando algunos principios de la imputación objetiva, teoría desarrollada de forma mucho más avanzada y profunda por el derecho penal”⁶⁹.

Diáfanoamente, se comprende que la sanción disciplinaria administrativa tiene por finalidad el logro del buen proceder en el ejercicio de la función pública y, en la visión comparativa con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional de Colombia, se devela que la finalidad de la “teoría de la imputación objetiva” es dar prevalencia a los deberes constitucionales y funcionales institucionales, así como propender por evitar la creación de “riesgos desaprobados jurídica o socialmente”. Por tanto, se recopilan tres postulados: El primero es que, se tiene que un hecho causado por un agente le es jurídicamente atribuible cuando con su comportamiento ha creado un peligro no permitido acaeciendo un resultado concreto; el segundo, por el cual la posición de garante repercute en la “imputación objetiva” sea a través de la “omisión impropia” o en la “comisión por omisión”; Finalmente, es el juez quien debe hacer una valoración sobre la creación o no del “riesgo jurídicamente desaprobado” teniendo que usar la “perspectiva *ex ante*” junto con la “perspectiva *ex post*”.

⁶⁹ BERDUGO, Andrés et Al. La imputación objetiva en el Derecho Disciplinario. En: Revista Derecho Penal y Criminología, julio-diciembre, 2013, vol. 34, n.º 97, p. 113-157.

CAPÍTULO II: LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO CONFORME A LA POSICIÓN DE GARANTE DEL SERVIDOR PÚBLICO

Este capítulo tiene por objetivo exponer la “teoría de imputación objetiva” de cara al Derecho Disciplinario para comprender su aplicación conforme a la posición de garante del servidor público en Colombia.

En materia disciplinaria, se ha puesto de relevancia que la “falta disciplinaria” acaece en virtud de la “infracción de unos deberes constitucionales, legales o funcionales del servidor público, así que “para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente”⁷⁰; esta afirmación tiene sustento en el argumento cuya base es el principio de la culpabilidad aplicado para las conductas de los servidores públicos que infringen las normas y se hacen merecedores de las sanciones previstas.

2.1 IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO: POSICIÓN DE GARANTE DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN LOS TIPOS ABIERTOS Y TIPOS CERRADOS

En el capítulo precedente se ha advertido que el fin del Derecho Disciplinario es el buen funcionamiento del Estado, un cumplimiento fiel al contenido de los principios y fines del mismo a través de las funciones endilgadas a los servidores públicos; por tanto, las faltas correspondientes en la ley disciplinaria son tipos

⁷⁰ ACOSTA, Marly Lucey. El Principio de la Culpabilidad en el Derecho Disciplinario. Universidad Militar Nueva Granada. Especialización en Derecho Sancionatorio. Tesis. Online. Bogotá. (2014) Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11552/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20CULPABILIDAD%20EN%20EL%20DERECHO%20DISCIPLINARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

cerrados (“*numerus clausus*”) y tipos abiertos (“*numerus apertus*”), estos últimos otorgan al fallador un margen amplio de valoración y apreciación en la tipificación:

“el régimen disciplinario se caracteriza especialmente porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están establecidas en tipos abiertos, en razón a la dificultad e imposibilidad de contar con un preciso y detallado listado de comportamientos donde se plasmen todas aquellas conductas que están prohibidas a los destinatarios del Derecho Disciplinario o de los actos antijurídicos en que los servidores públicos puedan incurrir”⁷¹.

Continuando el derrotero que en este texto se desarrolla, se parte de tres postulados: el primero de ellos es que el orden de gravitación del Derecho Disciplinario es la “infracción al deber funcional”; el segundo, es la característica de “ser un régimen de responsabilidad subjetiva, distinto a los regímenes sancionadores de responsabilidad objetiva”⁷²; y, el tercero, su tipicidad se basa en “*numerus apertus*”, la antijuridicidad se realiza a través del dolo y la culpa, pero enfatizando que “descansan sobre los conceptos de previsión efectiva y diligencia exigible”⁷³. Aunado a lo anterior, al desglosar la terminología propia del Derecho Disciplinario, se detalla que:

⁷¹ VELASCO, Brigitte & ANGEL, Luz Karyme. Sistema de incriminación en materia disciplinaria – Numerus Apertus. Universidad Militar Nueva Granada. Online. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17426/VelascoAndradeBriggiteKarool2013.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

⁷² BERDUGO, Andrés et Al. La imputación objetiva en el Derecho Disciplinario. En: Revista Derecho Penal y Criminología, julio-diciembre, 2013, vol. 34, n.º 97, p. 113-157.

⁷³ GUERRERO, Oscar Julián. Panorámica general de la reforma. Procuraduría General de la Nación. Conferencia de la Dogmática del Derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia. 5 de marzo de 2002.

“el fundamento de la estructura de la responsabilidad en el derecho disciplinario está edificada en el concepto de la infracción sustancial de los deberes funcionales, aspecto que en la teoría de la norma se reconduce a la infracción de las normas subjetivas de determinación a las que están obligados los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, por lo que basta únicamente la comprobación del desvalor de acción, sin que sea necesaria la comprobación de un desvalor de resultado, dualidad que bien puede ser razonable para determinar lo injusto de la conducta en otras especies de derecho sancionador, como lo es el derecho penal”⁷⁴.

En principio, podría comprenderse que el Derecho Disciplinario realiza un juicio para el “desvalor del acto”; sin embargo, esta tesis impediría la aplicación de la “teoría de la imputación objetiva” a menos que se inserte en su contenido el “desvalor del resultado”, entendiendo a este último no como una duplicidad en el juicio sino diferente porque el primero, lo contiene la “deontología” y al segundo, la “axiología”.

En Colombia, los servidores públicos deben acatar los mandatos constitucionales y legales, cuya responsabilidad brota desde el artículo sexto de la Constitución Política, indicando: "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"⁷⁵. *Prima Facie*, se deduce que la producción de un resultado lesivo es ajeno al Derecho Disciplinario porque no opera para él ni la protección a bienes jurídicos

⁷⁴ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de segunda instancia del 11 de enero de 2011. Proceso disciplinario 021-151885-06.

⁷⁵ COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (20, julio, 1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. No. 116.

(lo que se evalúa son el cumplimiento y faltas a los deberes) ni el “principio de lesividad” (“solo puede existir un delito cuando las acciones ejecutadas por un individuo afectan al derecho de otro; en consecuencia, el poder punitivo del Estado se manifiesta sólo cuando la conducta de un sujeto afecta a los demás”⁷⁶).

Sin embargo, esta conclusión primaria tiene “zonas de penumbra” ⁷⁷ porque se validarían algunos interrogantes como ¿si existe la posibilidad de la configuración de faltas disciplinarias que requieran de un resultado o de evitar un resultado? y, por otro lado, ¿en el Derecho Disciplinario existe la posibilidad de cometer faltas a título de “comisión por omisión” u “omisión impropia”? Así las cosas, desde la “Ley 734 de 2002”⁷⁸ y ahora con la “Ley 1952 de 2019”⁷⁹ se indica exactamente el mismo contenido, expresando

“Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”⁸⁰.

⁷⁶ VEGA, Víctor. Blog de Derecho Penal. Principios Constitucionales del Derecho Penal-Principio de Lesividad. Disponible en: <https://sites.google.com/site/derechopenalvictorvega/principios-constitucionales-del-derecho-penal/principio-de-lesividad>

⁷⁷ Como lo manifestó H.L.A. Hart en su teoría de la discrecionalidad judicial para los casos con zonas de penumbra y núcleos de certeza. HART, H.L.A, El concepto de Derecho (BUENOS AIRES: Abeledo- Perrot., s. f.).

⁷⁸ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 (13 de febrero, 2002). Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002.

⁷⁹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1952 (28 de enero, 2019). Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. Diario Oficial No. 50.850 de 28 de enero de 2019.

⁸⁰ Contenido idéntico del artículo 27 en la “Ley 734 de 2002” y en la “Ley 1952 de 2019”.

Aunado a lo anterior, se constata que las faltas disciplinarias sí pueden realizarse a título de “comisión por omisión” u “omisión impropia”, por lo cual, es necesaria la producción de un resultado o la evitación de un resultado, es decir, por “*mutatis mutandis*”⁸² se deja desde ya por sentado que, el Derecho Disciplinario exige un resultado en la imputación de la conducta para algunos casos en específico, por tanto, debe remitirse al Derecho Penal para partir desde la premisa en la cual “un resultado es un hecho o consecuencia atribuible a un comportamiento”⁸³ y sobre todo, que el resultado es jurídicamente desaprobado, por ende, existen deberes de protección por parte del autor de la conducta lo que inmediatamente encaja con la “posición de garante”.

Al respecto de la “posición de garante”, se explana:

“En lo referente a la posición de garante, el profesor Muñoz Conde ha precisado que a diferencia de lo que sucede en el delito de acción, para imputar un resultado al sujeto de la omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto al efecto producido a la evitabilidad del mismo. Afirma que es preciso, además, que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedirlo, en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión”⁸⁴.

⁸² Expresión latina que hace referencia: “únicamente haciendo los cambios necesarios”.

⁸³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). Diccionario Panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/delito-de-resultado>

⁸⁴ S.N. Autoría mediata en estructuras de poder organizado. En: Revista JUS Penal. Vol.18, No.2, Bogotá. 2015. pp.19-25. Online. Disponible en:

Concatenado al párrafo citado, se observa que en el ámbito de la Administración Pública existe el “control jerárquico o control de tutela”, por ende, se reafirman los deberes de vigilancia y control, propios de la posición de garante, por ejemplo, en los niveles jerarquizados del servicio, la “delegación”, “desconcentración” y “descentralización”. No obstante, el tratadista Gómez Pavajeau resalta que la “teoría de la imputación objetiva” frente a los servidores públicos debe tener presente dos escenarios: El primero, es la asunción de la “posición de garante” del “artículo 27 del Código General Disciplinario” de acuerdo con los deberes de vigilancia y control en la Administración Estatal; el segundo, es la graduación del “deber objetivo de cuidado” por criterios como la “prudencia objetiva”, “ignorancia supina”, “falta a la lex artis”, entre otros⁸⁵.

En tales condiciones, se concluye que las conductas culposas de los servidores públicos y las “omisiones impropias”, se vinculan directamente con el modelo objetivo de imputación y resulta totalmente razonable el uso de este tipo de criterios para atribuir un resultado acaecido a un comportamiento (por acción u omisión) que trasciende en el ámbito jurídico a través del Derecho Disciplinario y que produce una explicación apropiada para la imputación de determinada falta y su posterior sanción.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la “creación del riesgo jurídicamente desaprobado” al ser parte del “injusto ilícito” también puede ser modificado por la disminución o el aumento en el riesgo, criterios que deben examinarse

https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/17906/1/Autoria-mediata-en-estructuras-de-poder-organizado_Cap02.pdf

⁸⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Jurisprudencia y Dogmática Disciplinarias*. Ediciones: Nueva Jurídica, Bogotá D.C., 2013, pp. 290-300.

acuciosamente por el fallador, verbigracia, la modificación del “curso lesivo” que se puso en marcha o las modificaciones para que la situación de la víctima o “potencial víctima” mejoren o empeoren después de iniciado el comportamiento (acción u omisión). Asimismo, se resalta “la prohibición del regreso”, que:

“Debe concebirse como el mecanismo por el cual se pretende determinar bajo qué circunstancias se entenderá libre de responsabilidad penal al sujeto que actúa como interviniente causal sobre el comportamiento de quien -en provecho de la referida actuación- desarrolla una conducta delictiva, la cual puede presentarse de manera dolosa o imprudente”⁸⁶.

Existen varios ejemplos de aplicación de la teoría de la imputación objetiva en el Derecho Disciplinario, piénsese por ejemplo cuando -aunque no se imparten órdenes directas desde una posición jerárquica superior en las fuerzas militares-, las acciones de los subordinados oficiales van en contravía de los derechos fundamentales de la población civil, aunque no se expidió una orden directa, el superior jerárquico tiene el deber de vigilancia y control sobre aquellos que están a su mando (Téngase en cuenta las “ejecuciones extrajudiciales en el marco del conflicto armado en Colombia”⁸⁷).⁸⁸ Otro caso podría ser cuando hay abuso de la

⁸⁶ LEÓN QUIROGA, Juan David. Sitio Web: Diálogos Punitivos. La prohibición de regreso como límite de la participación punible del empresario. Disponible en: <https://www.primeralineaco.com/la-prohibicion-de-regreso-como-limite-de-la-participacion-punible-del-empresario/>

⁸⁷ Según informe presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte IDH el 14 de abril de 2016, las llamadas ejecuciones extrajudiciales o “falsos positivos”, ocurrieron con ocasión del conflicto armado en Colombia “caracterizadas por la muerte de civiles durante operativos (...) posteriormente presentados como miembros de grupos armados ilegales dados de baja en combate”. Es decir, se logró establecer en distintas investigaciones que algunos miembros de las fuerzas militares mataron civiles para luego alterar la escena del crimen (vestirlos como combatientes, ponerles armas, y llevarlos a zonas de combate) y finalmente, hacerlos pasar como miembros de grupos armados “dados de baja” en operaciones oficiales, con el objetivo de recibir cierta clase de incentivos o prebendas por parte de sus superiores en la institución.

⁸⁸ Melgarejo, C. (18 de mayo de 2020). Por “falsos positivos” van 1.740 condenas. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/falsos-positivos-suma-1-740-condenas-496312>

fuerza policial, por ejemplo, disparar apresuradamente sin que la víctima tenga propósito de huir, es decir, situaciones de fuerza desproporcionada frente a la defensa de quien está capturado (Véase el “Caso Javier Ordóñez en Bogotá”).⁸⁹

Se puede seguir profundizando en la ejemplarización, en casos de corrupción, esta teoría tendría gran relevancia, verbigracia⁹⁰, si no se lleva a cabo la vigilancia y control sobre un contrato que se ha otorgado en una “licitación pública” o “contratación directa”⁹¹. Incluso, una situación hipotética mucho más ordinaria, como el deber de un servidor público de vigilar y controlar las “mesas de escrutinio” en un día electoral, cuando ha sido designado para dichos fines, y que incumple este deber permitiendo que los jurados de votación realicen maniobras fraudulentas.

Incluso, otra ilustración de esta teoría⁹², es la falta a los deberes del servidor público que no autoriza oportunamente la remisión de un enfermo a un centro médico por un estado de salud gravísimo y que muere esperando el traslado, la conducta del personal que retrasó injustificadamente el transporte del enfermo se convierte en negligencia respecto a la “posición de garante” en sus deberes funcionales.

2.2 JUICIO DE CULPABILIDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESO

⁸⁹ Procuraduría General de la Nación. (2020, Octubre). Procuraduría sancionó con destitución e inhabilidad de 20 años a patrulleros de la Policía por la muerte del ciudadano Javier Humberto Ordóñez Bermúdez. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/-Procuraduria-sanciono-con-destitucion-e-inhabilidad-de-20-anos-a-patrulleros-de-la-Policia-por-la-muerte-del-ciudadano-Javier-Humberto-Ordenez-Bermudez.news>

⁹⁰ Caso Hipotético.

⁹¹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Radicado Disciplinario 161-6439 (IUS-2013-349446 / IUC-D-2013-878-645794), seguido contra alcalde de Suárez Cauca. 30 de enero de 2018.

⁹² Caso Hipotético.

En otras palabras, la “prohibición de regreso” es una teoría para determinar la responsabilidad, que se basa en la neutralidad de la conducta de un agente que realiza un “rol estereotipado”; “La prohibición de regreso es una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación”⁹³.

Con las anteriores apreciaciones, es ineludible resaltar que la posición de garante” es aquella que vincula directamente la “teoría de la imputación objetiva” al Derecho Disciplinario, dado que es aquella situación, en virtud de la cual, una persona tiene el deber jurídico de evitar la producción de un “resultado típico o riesgo jurídicamente desaprobado”, por ende, se presuponen tres elementos para la configuración de la “comisión por omisión”:

i) el sujeto activo (omitente) siempre tiene la posición de garante; ii) se obliga al garante a evitar la producción de un resultado; iii) se castiga la infracción al deber de actuar, y iv) se produce un resultado que el sujeto activo (omitente) tenía la capacidad de evitar”⁹⁴.

Se reitera que la actividad del servidor público está enmarcada por las funciones que la ley y los reglamentos le endilgan dependiendo del cargo que ocupe, en dicho sentido, la inobservancia de sus deberes acarreará las sanciones propias

⁹³ LA LEY. (Perú). Corte Suprema ¿Qué es la prohibición de regreso? (20 de febrero, 2019). Disponible en: <https://laley.pe/art/7271/corte-suprema-que-es-la-prohibicion-de-regreso>

⁹⁴ SARAIVA CÁRDENAS, María Fernanda. Posición de garante, artículo 25 del Código Penal Colombiano numeral 4: “cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico correspondiente”. Universidad Autónoma de Bucaramanga. Disponible en: https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/11895/200812_Revista_Estrado_Vol_7_no-12_10-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y

de la culpa gravísima o el dolo, por tanto, aplica el “principio de confianza” porque tal como se expuso en subcapítulos precedentes, para la función pública en particular, el servidor también puede esperar que los demás se comporten conforme al fiel seguimiento de sus deberes y que guarden la compostura frente al ordenamiento jurídico, afirmación validada por la Procuraduría General de la Nación:

“ahora bien, producto de esta conclusión, de la cual se debe dar total recibo a los argumentos expuestos por la defensa, surge un segundo problema jurídico: ¿puede o no haber responsabilidad disciplinaria a título de omisión impropia de quien debe ejercer el control jerárquico en virtud de las funciones que están desconcentradas en funcionarios subalternos. Para la Sala la respuesta es afirmativa. En efecto, los jefes de las administraciones no solo deben responder por aquellas funciones que han sido delegadas, sino por aquellas funciones que están desconcentradas en cabeza de quienes precisamente son objeto del control jerárquico por ser sus subordinados”⁹⁵.

En conclusión, la “posición de garante” también está unida al “principio de confianza” porque quien ostenta el “deber de vigilancia y control” espera que el comportamiento de sus subalternos sea el adecuado conforme a los mandatos legales y constitucionales impuestos para la ejecución de los deberes del cargo que ocupa. Así las cosas, la falta disciplinaria se constituye por acción, omisión o extralimitación de las funciones del servidor público, sea con culpa o dolo y que activa el derecho disciplinario “como modalidad del Derecho Administrativo Sancionador el cual pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía,

⁹⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Sala Disciplinaria. Proceso Disciplinario 2010-143714-IUC 792-267728. Fallo de segunda instancia del 20 de diciembre de 2012.

celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública”⁹⁶; motivo por el cual realiza la descripción legislativa de una “serie de conductas que estima contrarias a ese cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen”⁹⁷. Resalta la Corte Constitucional de Colombia que el “Derecho Disciplinario” regula:

“(i) Las conductas -hechos positivos o negativos- que pueden configurar falta juzgable disciplinariamente. Es así, como la violación de los deberes, de las prohibiciones o de las inhabilidades o incompatibilidades, a que están sujetos los funcionarios y empleados públicos, es considerado por el respectivo estatuto disciplinario como falta disciplinaria.

(ii) Las sanciones en que pueden incurrir los sujetos disciplinados, según la naturaleza de la falta, las circunstancias bajo las cuales ocurrió su comisión y los antecedentes relativos al comportamiento laboral.

(iii) El proceso disciplinario, esto es, el conjunto de normas sustanciales y procesales que aseguran la garantía constitucional del debido proceso y regulan el procedimiento a través del cual se deduce la correspondiente responsabilidad disciplinaria”⁹⁸.

Por tanto, ante la pregunta ¿Cómo se determina la aplicación de la “teoría de imputación objetiva” en el Derecho Disciplinario? la respuesta es que su aplicación es posible en los escenarios en los cuales hay faltas disciplinarias de

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (18 de febrero de 2003) Sentencia No. C-125 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (18 de febrero de 2003) Sentencia No. C-125 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. (B).

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (25 de noviembre de 2015) Sentencia No. C-721. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

los servidores públicos que requieren de un resultado para su configuración tales como la “comisión por omisión” u “omisión impropia”, pues la “imputación objetiva” está relacionada directamente con la “posición de garante” de los servidores públicos en determinadas circunstancias respecto del ejercicio de sus funciones.

A manera de colofón, el Derecho Disciplinario puede nutrirse de los elementos doctrinales del Derecho Penal para juzgar y sancionar razonablemente las conductas desplegadas por los servidores públicos, procurando garantizar el análisis objetivo de la responsabilidad frente a la falta disciplinaria, sobre todo, para las infracciones al deber funcional, de vigilancia y control, de lo contrario, se puede llegar a suscitar el “mero causalismo” que no resulta útil ni justo para la ontología y categoría normativas del Derecho Sancionador.

CONCLUSIONES

En primer lugar, se resalta que el Derecho Disciplinario es una rama autónoma del Derecho, que se consolida a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, entendido como un conjunto de normas jurídicas y principios que ofrecen al Estado la “potestad sancionatoria” sobre los servidores públicos ya sea por omisión, acción, o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, desde la óptica de la culpabilidad.

Por otro lado, la “teoría de la imputación objetiva” es una técnica cuyo origen se remonta al Derecho Penal, desarrollada por varios académicos que a través de sus postulados estructuran y dan cuerpo a este instrumento de juicio para los falladores penales y posteriormente, utilizada por “mutatis mutandis” en el

Derecho Disciplinario. Esta técnica, requiere de la verificación de la “creación de un riesgo jurídicamente no permitido” o la creación de un “riesgo jurídicamente permitido” cuando la actividad es altamente peligrosa, de que el agente tenga el poder de asunción del riesgo y el resultado y, finalmente, contar con la “posición de garante”.

Se revisaron doctrinas de Claus Roxin, Franz Ritter Von Lizst, Franz Ritter Von Lizst, Karl Larenz y Honig y, por supuesto, el contenido jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, de las cuales se extraen los postulados y axiomas más importantes del Derecho Penal para su aplicación en el Derecho Disciplinario sobre la “teoría de la imputación objetiva”.

Este trabajo de estilo monografía, permite concluir que es necesario aplicar la “imputación objetiva” en el Derecho Disciplinario porque a pesar de ser una figura técnica del Derecho Penal, permite al Derecho Sancionador evaluar posibles escenarios en los cuales hay faltas disciplinarias de los servidores públicos que requieren de un resultado para su configuración, estos son: la “comisión por omisión” u “omisión impropia” directamente vinculados con la “posición de garante” de los servidores públicos. Conforme a esta panorámica académica, se respondió a la pregunta de investigación: ¿Cómo se determina la aplicación de la teoría de imputación objetiva en el Derecho Disciplinario?, indicando que es útil la “imputación objetiva” en los tipos abiertos de Derecho Sancionador que requieren por parte del juzgador un incremento en la argumentación lógica y racional para conductas que pueden ser atribuibles con la producción de un resultado, no solo bajo la ejecución de un comportamiento.

Especialmente, se expuso la doctrina y jurisprudencia conforme a los elementos más importantes de la “teoría de la imputación objetiva” para demostrar que es

diferente a la “responsabilidad objetiva”, dado que la primera es una técnica para la atribución de la responsabilidad y sanción de faltas penales o disciplinarias y, la segunda, está proscrita en Colombia en razón a que el régimen jurídico del país se basa en considerar también el elemento subjetivo (volitivo-cognoscitivo) llamado: culpa.

Otra de las conclusiones de este trabajo es la consideración de la “teoría de la imputación objetiva” a una visión teleológica de los tipos penales (en principio) y disciplinarios (posteriormente, conforme a su desarrollo temporal), cumpliendo con las características de que el comportamiento haya creado un “riesgo típicamente relevante” y, que ese riesgo sea el que se haya realizado en el “resultado lesivo”.

También se concluyó que la atribución jurídica de la responsabilidad culposa exige su estructuración a partir del comportamiento imprudente del agente con el cual se creó o se extendió un riesgo no permitido y que tiene como consecuencia un resultado lesivo.

Posteriormente, se reafirmó que esta teoría aplica únicamente para los “tipos penales o disciplinarios de resultado”, porque claramente, en los tipos de mera actividad no puede usarse ya que no se requiere una consecuencia en ellos, sino que se agota con el mero proceder o realización de la acción. En cambio, para los delitos de resultado la estructura lógica que los compone son la acción, la imputación objetiva y su resultado.

Adicionalmente, el “principio de confianza, el principio de riesgo permitido y el principio de culpabilidad” nutren la “teoría de la imputación objetiva” como

indicadores en la valoración de las conductas desplegadas. Definiendo el “principio de confianza” como que a cada individuo se le impone la satisfacción de determinados roles por existir en una sociedad organizada y estructurada en sus instituciones, deberes y formas de comportamiento esperados de sus sujetos, por tanto, existe la carga correlativa de confiar en que los demás actúen bajo las condiciones de respeto a las normas, roles y formas de actuar preestablecidos por los requerimientos socioculturales y jurídicos existentes en la convivencia social.

Por consiguiente, el “principio del riesgo permitido” es la permisión de un riesgo que depende de la ponderación de intereses o beneficios que una actividad genere versus la posibilidad de ocasionar un resultado lesivo con la ejecución de dicha actividad.

En palabras de Esiquio Sánchez “El riesgo permitido es entonces ese margen de determinación de lo aceptable, de lo admisible, lo que torna innecesaria la intervención del derecho disciplinario en el ámbito de la función pública”.⁹⁹

En tratándose que Colombia es un Estado social y democrático de Derecho, es deber del fallador penal o disciplinario hacer una valoración sobre la creación o no del “riesgo jurídicamente desaprobado” teniendo que usar la “perspectiva ex ante” y la “perspectiva ex post”.

La “falta disciplinaria” se constituye por “acción, omisión o extralimitación” de las funciones del servidor público, sea con culpa o dolo y activa el derecho disciplinario como modalidad del “Derecho Administrativo Sancionador”, el cual

⁹⁹ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. (2020). Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios constitucionales.

El Derecho Disciplinario realiza un juicio para el “desvalor del acto”, sin embargo, esta tesis impediría la aplicación de la “teoría de la imputación objetiva” a menos que se inserte en su contenido el “desvalor del resultado”, entendiendo a este último no como una duplicidad en el juicio sino diferente, porque el primero lo contiene la “deontología” y al segundo, la “axiología”. Razón por la cual, los servidores públicos están sometidos a cumplir con las normas constitucionales, legales y reglamentarias, que no solo endilgan meros comportamientos sino también la evitación de resultados. Así las cosas, la falta disciplinaria constituye la infracción de los deberes, pero también debe mencionarse que es falta incurrir en aquellos comportamientos calificados expresamente como faltas en las normas disciplinarias que aplican a los servidores públicos (Código Disciplinario Único, Código General Disciplinario, reglamentos de las entidades públicas).

La “teoría de la imputación objetiva” en el Derecho Disciplinario resulta como un instrumento necesario para tener en cuenta en el binomio de “ilicitud sustancial” y “culpabilidad”, no solo visto desde el causalismo de que quien comete una conducta falta a sus deberes como funcionario público, sino teniendo en cuenta, modelos de argumentación para responsabilidades sobre resultados antijurídicos que puedan producirse en el ámbito de la Administración Pública.

Las infracciones al “deber funcional” resultan, pues, concomitantes con la falta a aquellos mandatos constitucionales en los cuales el servidor público no solo responde por acción sino también por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones, es innegable que las conductas por omisión revelan la corrupción en nuestro país, y que esta figura de la “imputación objetiva” permitiría sancionar

a aquellos que en ese deber de vigilancia, control y supervisión, no cumplen con estos postulados que resultan vitales para la protección de los ciudadanos y del erario público.

Adicionalmente, se demostró que los principios de la “imputación objetiva” han tenido un correlativo desarrollo tanto en el Derecho Penal como el en Derecho Disciplinario, lo cual resulta pertinente para la comprensión de esta técnica más allá de la novedad, pues su contenido estructural, como los principios de confianza, prohibición de regreso o posición de garante ya se han tenido en cuenta para el mejoramiento de la Administración Pública.

Continuando, se diferenció el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, en razón a que el objetivo del primero es proteger bienes jurídicos, mientras que, en el segundo, el fin es procurar la buena administración pública, es decir, un cumplimiento acertado de las funciones del servidor público conforme a los deberes funcionales que le han sido asignados conforme a su posición.

Aunado a lo anterior, sí es posible cometer faltas disciplinarias a título de “comisión por omisión” u “omisión impropia”, por lo cual, es necesaria la producción de un resultado o la evitación de un resultado, es decir, por “*mutatis mutandis*” se deja desde ya por sentado que, el Derecho Disciplinario exige un resultado en la imputación de la conducta para algunos casos en específico, por tanto, debe remitirse al Derecho Penal para partir desde la premisa en la cual “un resultado es un hecho o consecuencia atribuible a un comportamiento” y sobre todo, que el resultado es jurídicamente desaprobado, por ende, existen deberes de protección por parte del autor de la conducta lo que inmediatamente encaja con la “posición de garante”, verbigracia, permite la imputación a los funcionarios públicos de mayor jerarquía.

En el encauzamiento de la “ley disciplinaria” hacia el cumplimiento de los objetivos para la que fue diseñada, resulta indispensable contar con modelos que ontológicamente, abarquen situaciones de conductas omisivas por parte de los servidores públicos en “posición de garantes”, razón por la cual, este texto versa sobre dicha necesidad de perspectiva jurídica correlacionada con el Derecho Penal. Finalmente, es posible la “sanción disciplinaria administrativa” para mantener el buen proceder en el ejercicio de la función pública, a fin de dar prevalencia a los “deberes constitucionales y funcionales” y, con el uso de la “teoría de la imputación objetiva” para propender por evitar la creación de “riesgos desaprobados jurídicamente.

La propuesta de este trabajo corresponde a permitir abrir la puerta a la “teoría de la imputación objetiva” en el Derecho Disciplinario, que además de ser novedoso, resulta necesario para nuestro sistema jurídico colombiano, en el intento de salvaguardar los fines del estado a través de la ejecución de funciones de los servidores públicos, aparejando los conceptos y desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha decantado esta figura en el Derecho Penal y cuyos principios resultan invaluable para los falladores que podrían encontrar argumentos acertados en los casos de atribución de resultados jurídicamente inaceptables en los tipo abiertos disciplinarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Normativas

COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (20, julio,1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional. No. 116.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 200 (28, julio, 1995). Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único. Diario oficial. Bogotá D.C., 1995. No. 41.946.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. CÓDIGO PENAL. Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 (13 de febrero, 2002). Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1952 (28 de enero, 2019). Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. Diario Oficial No. 50.850 de 28 de enero de 2019.

Jurisprudenciales

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (14 de septiembre de 1995) Sentencia No 9973. Magistrado Ponente: Edgar Saavedra Rojas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (13 de noviembre de 2001) Sentencia No.SU1184. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-155 Expediente D-3680. (5, marzo, 2002). M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (20 de mayo de 2003) Sentencia No 16636. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (18 de febrero de 2003)
Sentencia No. C-125 Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (20 de abril de 2006)
Sentencia No. 22941. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (11 de mayo de
2005) Sentencia No 22511. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (20 de abril de 2006)
Sentencia No. 41425. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (04 de mayo de 2007)
Sentencia No. T-330. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (22 de mayo de
2008) Sentencia No. 27357. Magistrado Ponente: José Enrique Socha
Salamanca.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (13 de febrero de 2008)
Sentencia No.C-115. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (26 de junio de 2013)
Sentencia No. 38904. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (27 de noviembre de
2013) Sentencia No.36842. Magistrado Ponente: María Del Rosario González
Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (25 de noviembre de
2015) Sentencia No. C-721. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (29 de junio de 2016)
Sentencia No. 41245. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (18 de enero de
2017). Sentencia No. 47100. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuellar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (28 de octubre de 2018) Sentencia No. 32582. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (25 de abril de 2018) Sentencia No. 49680. Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. (29 de mayo de 2019) Sentencia No.C-233. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (21 de octubre de 2020) Sentencia No. 54804. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (6 de mayo de 2020) Sentencia No.56299. Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (3 de febrero de 2021) Sentencia No. 48768. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Fallo de segunda instancia del 11 de enero de 2011. Proceso disciplinario 021-151885-06.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Sala Disciplinaria. Fallo de segunda instancia del 20 de diciembre de 2012. Proceso Disciplinario 2010-143714-IUC 792-267728.

Doctrinales

ALCOCER, Wilmer. Teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. Desarrollo jurisprudencial a partir del año 2011. En: Revista Derecho y Cambio Social. 2005, pp. 1-55.

ACOSTA, Marilly Lucey. El Principio de la Culpabilidad en el Derecho Disciplinario. Universidad Militar Nueva Granada. Especialización en Derecho Sancionatorio. Tesis. Online. Bogotá. (2014) Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11552/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20CULPABILIDAD%20EN%20EL%20DERECHO%20DISCIPLINARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BARACALDO, José Ricardo. Teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, sala de casación penal. Universidad Santo Tomás. Especialización en Derecho Público. Tesis. Online. Bogotá. (2020) Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/22564/2020jos%c3%a9baracaldo.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

BERDUGO, Andrés et Al. La imputación objetiva en el Derecho Disciplinario. En: Revista Derecho Penal y Criminología, julio-diciembre, 2013, vol. 34, n.º 97, p. 113-157.

BERDUGO, Andrés et Al. La imputación objetiva en el Derecho Disciplinario. En: Revista Derecho Penal y Criminología, julio-diciembre, 2013, vol. 34, n.º 97, p. 113-157.

CANCIO, Manuel. (2001). Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Cartilla de Derecho Disciplinario. s.f., p. 1-27.

CORDINI, Nicolás Santiago. Delito y pena en la teoría de la imputación según Hegel. En: Revista Derecho y Ciencias Sociales. No. 22, pp. 18-39. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

ESCOBAR, César & GUTIÉRREZ, Fabián. La teoría del delito y la Teoría de la falta disciplinaria en el derecho positivo colombiano (análisis comparativo). En: Revista Derecho y Realidad, julio-diciembre, 2010, n.º 16, p. 217-236.

GARRIDO MONTT, Mario. 2003: "Derecho Penal. Parte general", Tomo II. Chile: Editorial Jurídica de Chile, impresores: Salesianos S.A.

GUERRERO, Oscar Julián. Panorámica general de la reforma. Procuraduría General de la Nación. Conferencia de la Dogmática del Derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia. 5 de marzo de 2002.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición, (2011). Bogotá D.C., pág. 19

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Jurisprudencia y Dogmática Disciplinarias. Ediciones: Nueva Jurídica, Bogotá D.C., 2013, pp. 290-300.

HART, H.L.A, El concepto de Derecho (BUENOS AIRES: Abeledo- Perrot., s. f. LA LEY. (Perú). Corte Suprema ¿Qué es la prohibición de regreso? (20 de febrero, 2019). Disponible en: <https://laley.pe/art/7271/corte-suprema-que-es-la-prohibicion-de-regreso>

LEÓN QUIROGA, Juan David. Sitio Web: Diálogos Punitivos. La prohibición de regreso como límite de la participación punible del empresario. Disponible en: <https://www.primeralinea.co/la-prohibicion-de-regreso-como-limite-de-la-participacion-punible-del-empresario/>

PELÁEZ, José María. La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal. En: Revista Derecho (Valdivia), Vol. 31, No. 2, pp. 295-320. Online. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000200295>.

PELÁEZ, José María. Configuración del principio de confianza como criterio negativo de tipicidad objetiva. En: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Vol. XIX, No. 37, pp.15-35. 2016. Online. Disponible en: Doi: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). Diccionario Panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/delito-de-resultado>

REYES, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. Universidad Santo Tomás, Bogotá-Colombia, pp. 933 – 968.

REYES ÍTALO, Romero. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. En: Revista *Ius et Praxis*. Vol.21, No.1, Talca. 2015. Pp. 137-170. Online. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100005>

ROXIN, Claus. (1997). Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas.

SARAVIA CÁRDENAS, María Fernanda. Posición de garante, artículo 25 del Código Penal Colombiano numeral 4: “cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico correspondiente”. Universidad Autónoma de Bucaramanga. Disponible en: https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/11895/200812_Revista_Estrado_Vol_7_no-12_10-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y

S.N. Autoría mediata en estructuras de poder organizado. En: Revista *JUS Penal*. Vol.18, No.2, Bogotá. 2015. pp.19-25. Online. Disponible en: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/17906/1/Autoria-mediata-en-estructuras-de-poder-organizado_Cap02.pdf

VEGA, Víctor. Blog de Derecho Penal. Principios Constitucionales del Derecho Penal-Principio de Lesividad. Disponible en: <https://sites.google.com/site/derechopenalvictorvega/principios-constitucionales-del-derecho-penal/principio-de-lesividad>

VELASCO, Brigitte & ANGEL, Luz Karyme. Sistema de incriminación en materia disciplinaria – Numerus Apertus. Universidad Militar Nueva Granada. Online. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17426/VelascoAndradeBriggiteKarool2013.pdf?sequence=2&isAllowed=y>