

# LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO\*

*Andrés Eduardo Berdugo Angarita\*\**

*Manuel José Cadrazco Blanquicet\*\*\**

*Eduardo Corredor Baldeón\*\*\*\**

*Julio Alberto Duarte Acosta\*\*\*\*\**

*Digna Jimena Mena Martínez\*\*\*\*\**

---

\* Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2013. Fecha de modificación: 5 de diciembre de 2013. Fecha de aprobación: 16 de diciembre de 2013. Para citar el artículo: BERDUGO ANGARITA, ANDRÉS E.; CADRAZCO BLANQUICET, MANUEL J. et al. “La imputación objetiva en Derecho Disciplinario”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, n.º 97, julio-diciembre de 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 113-157.

\*\* Abogado de la Universidad Santo Tomás, con especializaciones en Derecho Constitucional, en la Universidad del Rosario, y en Derecho Penal, en la Universidad del Rosario. Empleado de la Fiscalía General de la Nación. Correo-e: berdugo182@hotmail.com.

\*\*\* Abogado de la Universidad Nacional, con especialización en Derecho Penal de la misma Universidad. Correo-e: itemk@yahoo.com.

\*\*\*\* Abogado de la Universidad de La Sabana, con especializaciones en Derecho Internacional Humanitario, en la Universidad Externado de Colombia; en Transporte Marítimo, en la Universidad Externado de Colombia; en Ciencias Penales, en la Universidad Militar Nueva Granada, y en Derecho Administrativo, en la Universidad Libre. Asesor jurídico del Ministerio de Defensa Nacional. Correo-e: eduardocorredorbaldeon@gmail.com.

\*\*\*\*\* Abogado de la Universidad La Gran Colombia, con especializaciones en Gerencia y Administración Tributaria, en la Universidad Externado de Colombia, y Contratación Estatal, en la Universidad Externado de Colombia. Asesor de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación. Correo-e: julioalberto66@hotmail.com.

\*\*\*\*\* Abogada de la Universidad Central del Ecuador, con especialización en Derecho Tributario, en la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito (Ecuador). Abogada de los Juzgados y Tribunales de Justicia del Ecuador. Correo-e: jimenamena1@gmail.com.

*John Harvey Pinzón Navarrete* \*\*\*\*\*

*Cheryl Vergara Pérez* \*\*\*\*\*

**Resumen:** El Derecho disciplinario ha tenido un importante desarrollo, al punto en que hoy en día se puede hablar de una especie de Derecho sancionador autónoma e independiente, con características y fundamentos propios que la distinguen del Derecho administrativo y del Derecho penal, ramas estas últimas que en anteriores épocas eran su base y soporte. Dicha evolución se ha reflejado predominantemente en las categorías dogmáticas que conforman la estructura de la responsabilidad disciplinaria, aspectos sustanciales que día a día son objeto de los más variados estudios por parte de la doctrina especializada. Pues bien, uno de los temas fundamentales de la responsabilidad disciplinaria que hasta el momento no ha sido tan explorado es el de la imputación objetiva, teoría que ha influido de manera muy profunda en las principales instituciones del Derecho penal. Si bien hoy ya casi nadie duda respecto de las profundas diferencias entre Derecho penal y Derecho disciplinario, ello no significa que esta última rama esté ajena a la doctrina de la imputación objetiva, pues la configuración de algunas faltas disciplinarias exige la presencia de determinados resultados, siendo apenas comprensible que la imputación de ellas no puede limitarse a un enfoque causal y naturalístico, sino, por el contrario y como ocurre con el Derecho penal, con criterios funcionales y normativos. De esa manera, la teoría de la imputación objetiva, aplicada al campo del Derecho disciplinario, servirá para que en cada uno de los casos se demuestre la responsabilidad disciplinaria o su exclusión, respecto de las conductas cometidas por quienes actúan a nombre del Estado.

**Palabras clave:** Imputación objetiva; Derecho disciplinario; Relación especial de sujeción; Función pública; Ilícito disciplinario.

## THE OBJECTIVE IMPUTATION THEORY IN DISCIPLINARY LAW

**Abstract:** Disciplinary law has been object of substantial development during the last years, even to the point that we can today categorize it as some sort of penal, self-employed and independent law, with similar characteristics and

---

\*\*\*\*\* Abogado de la Universidad La Gran Colombia, con especializaciones en Derecho Constitucional, en la Universidad del Rosario; Derecho Administrativo, en la Universidad del Rosario, y en Derecho Disciplinario, en la Universidad Externado de Colombia. Asesor de la Procuraduría General de la Nación. Docente de la especialización en Derecho Sancionatorio de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo-e: johnharvey06@yahoo.com.

\*\*\*\*\* Abogada de la Universidad del Atlántico con especialización en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana. Defensora pública de la Defensoría del Pueblo, Regional Córdoba. Correo-e: cheryltiegs-vergara@hotmail.com.

fundamentals to those that are traditionally attributed to administrative right and criminal law, these two areas of law that were previously the support and basis of disciplinary law. The two areas that were previously the support and basis of disciplinary law. This evolution is reflected principally in the dogmatic categories that make up the structure of disciplinary responsibility, which are topics subject to a wide variety of research studies and analysis in a daily basis by the specialized doctrine. In this sense, one of the fundamental topics of disciplinary responsibility that has not been given so much attention in the academia is that referred to objective imputation, a theory that has deeply influenced the main criminal-law institutions. Although it is true that almost no one actually fails to recognize the profound differences between criminal law and disciplinary law, that does not imply that disciplinary law is oblivious to the objective imputation doctrine, because the configuration of some disciplinary offence demands the presence of some determined results, being barely comprehensible that the imputation of those offences cannot limit to a causal focus and to a naturalistic focus, but conversely, and like it occurs in criminal law, with functional and normative criteria. In this manner, the theory of objective imputation, applied to the field of disciplinary law, will be useful in determining the disciplinary responsibility of each of these cases or its exclusion, with regard to the conducts committed for those who act in behalf of the State.

**Keywords:** Objective imputation; Disciplinary Law; Holding special relationship; Public function; Illicit discipline.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho público, uno de los hechos trascendentales y que no admite discusión es el enorme desarrollo que ha tenido el Derecho disciplinario, al punto en que hoy en día se puede hablar de una especie de Derecho sancionador, autónoma e independiente, con características y fundamentos propios que la distinguen del Derecho administrativo y del Derecho penal, ramas estas últimas que en anteriores épocas eran su base y soporte.

Sin temor a equívocos, esta autonomía e independencia, desde el plano doctrinal, se debe en enorme medida al tratadista CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. En efecto, y como prueba de que esta afirmación está lejos de ser un simple y acomodado “cumplido”, valga citar los dos primeros párrafos de la primera edición de la obra *Dogmática del Derecho Disciplinario*, cuya publicación fue en el mes de abril del año 2001. Han pasado cerca de trece años y la contundencia de dichas palabras premonitorias concuerda con la realidad presente:

En la doctrina y jurisprudencia actuales se presenta, a simple vista, una perniciososa identificación: derecho penal y derecho disciplinario. Dos instituciones esenciales para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho,

superpuestas de tal manera que lo que se predica de una se predica de la otra, confundiendo así sus cometidos específicos.

Es imperioso, por tanto, dotar al derecho disciplinario de un perfil propio<sup>1</sup>.

Ahora bien, sería injusto no reconocer que tal evolución se ha debido igualmente a los pronunciamientos de las altas cortes –en especial la Corte Constitucional y el Consejo de Estado–, a las decisiones de la Procuraduría General de la Nación y a todos aquellos otros aportes que desde la doctrina varios profesionales han hecho, los cuales, día a día y de manera grata y satisfactoria, se han venido incrementando<sup>2</sup>.

En fin, puede decirse que el actual estado del arte, resultante del esfuerzo doctrinal y de las pautas fijadas por la jurisprudencia, consiste en demostrar que estamos ante una disciplina con características y fundamentos propios, que la hacen una especie de Derecho sancionador que se puede diferenciar de otras manifestaciones del ejercicio del *ius puniendi*.

Así, pues, la doctrina y la jurisprudencia coinciden, en primer lugar, en que el fundamento del Derecho disciplinario es la infracción del deber funcional, cuyo vínculo de obligatoriedad tiene su explicación en una categoría especial denominada *relación especial de sujeción*. En segundo lugar, y para diferenciar el Derecho disciplinario de otras expresiones de Derecho sancionador, es sabido por todos que aquel se caracteriza por ser un régimen de responsabilidad subjetiva, distinto a los regímenes sancionadores de responsabilidad objetiva. Y en tercer lugar y en lo que tiene que ver con las características de cada categoría dogmática que compone la responsabilidad disciplinaria, las diferencias se van acrecentando: en materia de tipicidad, la mayoría de faltas están contenidas en tipos abiertos; en cuanto a la antijuridicidad, el Derecho disciplinario tiene una categoría propia que es el eje más importante y que corresponde al fundamento de lo injusto o ilícito: la ilicitud sustancial; en materia de culpabilidad y a pesar de que se mantienen los mismos títulos de imputación subjetiva que en el Derecho penal –a excepción de la preterintención–, el dolo y la culpa descansan sobre los conceptos de previsión efectiva y diligencia exigible<sup>3</sup>, premisas sobre las cuales se

---

1 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, primera edición, abril de 2011, Bogotá, p. 19. En la actualidad, esta obra cursa por su quinta edición.

2 Como prueba de ello, valga resaltar los innumerables trabajos de investigación a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación; los de los Institutos de origen privado, como el Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario y el Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario.

3 GUERRERO, ÓSCAR JULIAN, “Panorámica general de la reforma”, conferencia dictada el 5 de marzo de 2002, Plan general de capacitación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, 4ª ed., Bogotá, 2007, pp. 421 y 422.

puede concluir que el servidor público tiene un mayor grado de exigibilidad que el de cualquier persona, en virtud de la citada relación especial de sujeción.

En suma, son muchas las características propias del Derecho disciplinario. Por ende, entre más se analice cada uno de los conceptos antes referidos, nos daremos cuenta de que las bases teóricas y los fundamentos de esta “joven” disciplina son iguales o más profundos y extensos a los de cualquier rama del Derecho, incluso, y sin ser pretensiosos, con la misma amplitud que la del mismo Derecho penal, rama a la que tantos años de estudio se le ha dedicado en todos los rincones del orbe<sup>4</sup>.

En tal sentido, una de las cuestiones más importantes que ha sido objeto de estudio por parte del Derecho disciplinario es responder a la pregunta sobre cuáles son los fundamentos y las categorías que conforman lo injusto de la conducta. A esta respuesta, después de varios años, se ha llegado con la fórmula de la “ilicitud sustancial”, la cual fue elevada a principio rector desde la expedición de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002.

Sin embargo, la utilización de la expresión “ilicitud sustancial” no solo es un mero referente idiomático, para que simplemente sea una nota diferenciadora y lingüística entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario. La expresión “ilicitud sustancial”, que propiamente debería denominarse “ilicitud disciplinaria”,<sup>5</sup> significa mucho más, y corresponde a la comprobación verídica de que un servidor público –o, en términos generales, un sujeto disciplinable– ha infringido sus deberes funcionales de manera sustancial, por lo cual se considera que en ese caso se da la configuración de un injusto o ilícito disciplinario. Pero, si ahondamos en las razones que soportan dicha contrariedad, injusto o ilicitud, se llegará a la conclusión de que su base se encuentra, desde el punto de vista de la teoría del valor, en el desvalor de acción y, desde el punto de vista de la teoría de las normas, en la vulneración de la norma subjetiva de determinación.

---

4 Y no es para menos. Muy a pesar de que faltan demasiados años de estudio en el Derecho disciplinario, válido es reflexionar que esta rama tiene una característica que marca diferencia con cualquier otra, la cual es que el Derecho disciplinario es “multidisciplinario”; esto es, se relaciona con varias disciplinas jurídicas y no jurídicas. Piénsese, a manera de ejemplo, en los distintos regímenes disciplinarios: los de los servidores públicos en general, los de los militares y miembros de la Policía Nacional, los de los funcionarios judiciales, los particulares que cumplen funciones públicas, los notarios, los abogados, entre muchos otros. Ahora, imaginemos las diferentes clases de faltas: las relacionadas con derechos humanos, contratación estatal, hacienda y economía y temas administrativos. Incluso, por vía de lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 48 del Código Disciplinario Único, buena parte del derecho penal especial está conectado con el Derecho disciplinario.

5 Concepto mucho más amplio y propio del Derecho disciplinario, para diferenciar en qué casos cuando puede considerarse que una ilicitud (disciplinaria) es sustancial o cuando esa misma ilicitud no lo es. Pues recuérdese que puede haber ilicitudes meramente formales, que no dejan de ser contradicciones de orden legal sin un contenido claro y con una razón de ser.

La anterior conclusión ha sido utilizada por la doctrina especializada cuando de manera gráfica, sobre los conceptos desvalor de acto y norma subjetiva de determinación, sostiene lo siguiente<sup>6</sup>:

Desvalor de acto.

Ilicitud sustancial. *Por su relación con la ética se considera que la conducta es contraria al deber funcional.* Objeto de protección: deberes funcionales. *La sola conducta estructura el ilícito anticipándose al resultado.* El ilícito mira el texto de la ley. *No necesariamente debe haber daño material, un perjuicio, sino simplemente atentar contra los fines que rigen el cabal funcionamiento de la función pública,* por ello reciben el nombre de tipos de mera conducta.

Normas subjetivas de determinación.

La norma presupone la configuración del ilícito disciplinario, en ese contexto ese ilícito se manifiesta en la *infracción sustancial del deber funcional, de ahí que es puro desvalor de acto, no requiriéndose el desvalor de resultado,* que funciona como condición objetiva de punibilidad. El derecho disciplinario a través de sus disposiciones encauza la conducta de los servidores públicos para que se abstengan de infringir sus deberes (destacado fuera de texto).

De la misma manera, los recientes pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación destacan el fundamento de lo ilícito en materia disciplinaria de la siguiente manera:

Aquí conviene recordar que 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<sup>7</sup> (destacado fuera de texto).

Ahora bien, obsérvese que a pesar de que el fundamento del ilícito disciplinario debe seguir siendo el desvalor de acto, el profesor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU ha

6 SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIVO MANUEL, *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario*. Preguntas y respuestas, 3ª ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2012, pp. 53 y 54.

7 Despacho del procurador general de la nación. Fallo de segunda instancia del 11 de enero de 2011. Proceso disciplinario 021-151885-06.

señalado que la ilicitud disciplinaria está sometida a un doble juicio, como lo son el juicio deontológico y el juicio axiológico. Sobre el particular, ha enseñado lo siguiente:

De allí que una vez verificada tempranamente la tipicidad, que envuelve provisionalmente lo ilícito, por lo general *se tiene la ilicitud típica con resultado del juicio deontológico*, no obstante habrá casos en los cuales muy a pesar de la apariencia ilícita de la conducta, contraria a la norma, si se somete al tamiz *del juicio axiológico* puede determinarse que la misma no resulta contraria a derecho, esto es, podemos encontrar que se halla ausente de ilicitud sustancial<sup>8</sup>.

No obstante, es válido aclarar que el doble juicio no corresponde al reconocimiento del desvalor de acto y de resultado, como si se tratase de dos elementos co-fundantes de lo ilícito en materia disciplinaria. En consecuencia, la razón de lo antijurídico debe seguir siendo el desvalor de acto, muy a pesar de ese doble juicio que se plantea: uno normativo y otro axiológico. Por ello y en cuanto a la anotada cita doctrinal, hemos dicho en otro trabajo lo siguiente:

Personalmente y con las limitaciones que me impone mi función de relator, *considero que ese doble juicio –tanto deontológico como axiológico– debe recaer únicamente en el desvalor de acción como fundamento del ilícito disciplinario, siendo indiferente el desvalor de resultado* como un supuesto elemento co-fundante del ilícito. Igualmente, por estas razones, entre muchas otras, considero que el concepto de bien jurídico es ajeno al derecho disciplinario<sup>9</sup> (destacado fuera de texto).

Así las cosas, está claro que en materia disciplinaria lo injusto de la conducta está soportado en el desvalor de 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.

Pese a todo lo anterior, la evolución del Derecho disciplinario no se ha detenido. De manera reciente, el mismo profesor CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, quien ha defendido la tesis del desvalor de acción y la vulneración de la norma subjetiva de determinación

---

8 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Fundamentos del Derecho Disciplinario*, Colección de Derecho Disciplinario, vol. 4, Ediciones Nueva Jurídica, 2012, pp. 146 y 147.

9 *Reflexiones académicas en Derecho disciplinario y Contratación Estatal*, vol III. Procuraduría General de la Nación, IEMP ediciones. Bogotá, diciembre de 2012. Mesa Redonda del quinto eje temático. Moderador JOHN HARVEY PINZÓN NAVARRETE. Tema: Del injusto penal al ilícito disciplinario. p. 379.

como fundamento de lo injusto en el Derecho disciplinario, ha desarrollado algunas bases para la aplicación de la teoría de la imputación objetiva del Derecho disciplinario<sup>10</sup>.

Al respecto, es necesario advertir que esta explicación está lejos de querer destacar una supuesta contradicción, porque realmente no la hay. En efecto, lo que se quiere es todo lo contrario: si se revisa la mayoría de textos y artículos relacionados con el Derecho disciplinario podremos observar, sin temor a equivocarnos, que casi nada se ha escrito acerca de la imputación objetiva relacionada con el Derecho disciplinario, por lo que es válido mostrar la novedosa propuesta del ilustre profesor.

En tal sentido, el solo nombre que lleva el presente trabajo –La imputación objetiva en el Derecho disciplinario– puede en principio crear desconcierto, pues cuando generalmente se habla de imputación objetiva, de inmediato asociamos dicho concepto – como, en efecto, consideramos tiene que serlo– a la existencia de un resultado. No obstante, pensamos que este título puede generar también un inusitado interés para adherir, polemizar o rebatir las ideas que se van a exponer en el presente documento, elaborado por quienes cursamos la maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas en la Universidad Externado de Colombia.

En ese orden de ideas, efectuada la descripción en términos muy generales del estado del arte del Derecho disciplinario como disciplina autónoma, elaboraremos algunas ideas en forma de planteamiento de problema; después haremos algunas reflexiones acerca la imputación objetiva, y seguidamente, expondremos la relación de la imputación objetiva con el Derecho disciplinario.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como se pudo observar en la introducción, está claro que el fundamento de lo ilícito es el desvalor de acción, por lo que para verificar la antijuridicidad o ilicitud bastará que se compruebe que el sujeto disciplinable inobservó la norma subjetiva de determinación, esto es, aquel precepto de mandato que le exige al servidor público lo siguiente:

1. Cumplir sus deberes; 2. No incurrir en prohibiciones; 3. No extralimitarse en el ejercicio de derechos y funciones; 4. No violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, y 5. No incurrir en los comportamientos que el legislador taxativamente consideró como realización de faltas disciplinarias<sup>11</sup>.

---

10 “Deber objetivo de cuidado o Tuciorismo Jurídico. Un problema entre diligencia vs. eficacia en el Estado Moderno”, en *Jurisprudencia y Dogmática Disciplinarias*, de cuyos subcapítulos se denomina “La teoría de la imputación objetiva y el derecho disciplinario”, Ediciones Nueva Jurídica, Primera edición, 2013, Bogotá, pp. 271-350.

11 Conforme a los artículos 23, 48 y 50 de la Ley 734 de 2002, por medio de la cual se expidió el Código Disciplinario Único.

De esa manera, una conclusión *prima facie* sería que el resultado es ajeno al Derecho disciplinario y más cuando se tiene claro que en esta especie de Derecho sancionador no opera el principio de lesividad y que no existen en estricto sentido bienes jurídicos que sean objeto de protección por parte del Derecho disciplinario, pues a este solo le debe interesar el cumplimiento de los deberes funcionales de los servidores públicos y demás sujetos disciplinables.

Pero, ¿qué sucede cuando hay algunas faltas disciplinarias que sí requieren de un resultado para su configuración? o ¿qué ocurre con la comisión por omisión u omisión impropia, donde la forma de realización de este comportamiento consiste en que precisamente no se impidió un *resultado*, teniendo el deber jurídico de evitarlo, y pudiendo hacerlo?

Frente a la primera hipótesis, piénsese por ejemplo en la falta disciplinaria consistente en las lesiones personales que un servidor público le podía causar a un particular o a otro servidor. En tal caso, no podría sostenerse que existe falta disciplinaria por las lesiones personales (art. 111 y siguientes del Código Penal, por vía de lo dispuesto en el numeral 1.º del art. 48 del Código Disciplinario Único –CDU–), aun en el caso de que no haya incapacidad médico legal y que, so pretexto de que en el Derecho disciplinario por regla general no se exige ningún resultado, se insista en que hay infracción del deber funcional por esta precisa conducta típica. En este caso, sin la incapacidad médico legal –la cual da muestra de un “resultado lesiones”–, llegaríamos a la conclusión de que tanto en el Derecho penal como en el Derecho disciplinario hay atipicidad de la conducta respecto del delito o falta disciplinaria, respectivamente.

En el segundo ejemplo, el tema es todavía más complejo. En efecto, analicemos lo que establece el segundo inciso del artículo 27 del Código Disciplinario Único:

Quando se tiene el deber jurídico de impedir un *resultado*, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo (destacado fuera de texto).

De ese modo, debemos observar que, contrario a la regla general del solo desvalor de acción, las faltas disciplinarias realizadas a título de omisión impropia sí requieren de un resultado. Y en tal sentido, el solo resultado no es suficiente, pues es claro que los condicionamientos de “no evitarlo, *pudiendo hacerlo*”, contenidos en la anterior disposición, son muestra de que también se requiere una debida imputación.

Pero antes de resolver todas las dudas que pueden surgir de esa precisa forma de comportamiento, lo primero que debemos preguntarnos es lo siguiente: ¿a qué o cuál *resultado* se refiere el inciso segundo del artículo 27 del Código Disciplinario Único? Una respuesta sin mayor análisis podría encajar en que el resultado podría ser cualquier hecho o consecuencia atribuible a un comportamiento, y más cuando en el Derecho penal ello es así, a partir de los resultados lesivos que se pueden dar por la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, respecto de bienes jurídicos cuya protección tiene a cargo el respectivo autor o por quien tenga deberes de vigilancia y control en virtud

de la posición de garante, todo ello de conformidad con lo señalado en el artículo 25 del actual Código Penal.

Pero, en materia disciplinaria, la comisión por omisión o la omisión impropia va mucho más allá, pues la organización y funcionamiento en el ámbito de la función pública muestra que respecto de los servidores públicos existen unos niveles jerarquizados, por lo cual es comprensible y necesario que algunos de ellos tengan deberes de vigilancia y control respecto de otros, tal y como sucede primordialmente cuando respecto de dichas relaciones existen los controles jerárquicos o de tutela en los sistemas de organización administrativa conocidos como delegación, desconcentración y descentralización<sup>12</sup>.

Lo anterior equivale a decir que el resultado en las faltas disciplinarias a título de comisión por omisión u omisión impropia corresponde a la infracción del deber funcional de otro servidor público, sometido al control jerárquico o de tutela que ejerce un inmediato superior. En otras palabras, paradójicamente el resultado que se debe atribuir en este tipo de faltas es el desvalor de acción de otro servidor público, sobre el cual se tiene la obligación de ejercer los deberes de vigilancia y control, situación que se da con un especial énfasis en las relaciones entre el delegante y delegatario<sup>13</sup>.

Pero no siempre, por el hecho de que existan esas relaciones, fundamentadas en los deberes de vigilancia y control, es acertado concluir que todo “resultado” –infracción del deber funcional del servidor público vigilado– deba siempre y en todos los casos atribuirse al servidor público que tiene esos deberes de vigilancia por estar en una posición de garante. Al respecto, piénsese en el siguiente ejemplo:

¿Podrían imputarse a un gobernador de determinado departamento las infracciones cometidas por un secretario de obras públicas, relacionadas con la tramitación irregular de una licitación, cuando, muy a pesar de la permanente y correcta vigilancia y control, este servidor público vigilado comete conductas fraudulentas, sigilosas y de difícil detección?

Sin duda alguna, no sería correcto atribuir, en el caso propuesto, el anterior resultado a un servidor público que cumple razonablemente su deber funcional, muy a pesar de que el segundo funcionario –al que debe vigilar y controlar– contraría deliberadamente el ordenamiento jurídico<sup>14</sup>.

12 “La Comisión por omisión en el ejercicio de la función administrativa con énfasis en la actividad contractual”. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU y MARIO ROBERTO MOLANO LÓPEZ. GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Asuntos Disciplinarios* 1. Praxis y Jurisprudencia, Ediciones Jurídicas Axel, Bogotá, 2008, pp. 25-64.

13 “La delegación es una de las formas de organización administrativa que genera un vínculo más estrecho entre el titular de la función y el delegado”. *Ibidem*. p. 41.

14 Se daría lo que a manera de conclusión expone el profesor GÓMEZ PAVAJEAU, conocido como la prohibición de regreso, principio básico de la imputación objetiva: “(11) Si pese a estas medidas el delegado

En estos dos ejemplos, cuyas conductas necesitan de la configuración de un resultado, aparece necesario auscultar qué tanta aplicación puede tener la imputación objetiva en el Derecho disciplinario, pues, si solo se aplican criterios puramente causales o naturalísticos, se podían atribuir de manera errada e injusta algunos resultados a ciertos comportamientos, por lo que es necesario que ese “resultado” se impute tanto normativa como funcionalmente.

Debido a esta necesidad de clarificación es que la propuesta del tratadista GÓMEZ PAVAJEAU apunta a dos escenarios bien diferenciados<sup>15</sup>:

1. La posición de garante de que da cuenta el inciso 2.º del artículo 27 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el deber de vigilancia y control y supervisión del jefe respecto de sus subordinados a que se refiere el numeral 10.º del artículo 34 del mismo estatuto; y
2. Los criterios de imputación fundados en módulos de prudencia objetiva que sustentan de manera expresa el deber objetivo de cuidado, cuando se mencionan los conceptos de ignorancia supina, desatención elemental, violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento e inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, títulos todos de imputación subjetiva culposa, de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único.

En total acuerdo con lo expuesto, la imputación objetiva está directamente relacionada con los casos de conductas culposas y omisiones impropias en virtud de la posición de garante que ostentan los servidores públicos en determinadas circunstancias.

Sin embargo, cómo no pensar también en que excepcionalmente se podría dar casos de incorrecta imputación de resultados en faltas dolosas, por faltar precisamente la imputación objetiva. En efecto, pensemos en el tradicional ejemplo de las lesiones sobre una persona hemofílica y ajustémoslo al campo de la función pública:

Un capitán de la policía, que quiere probar la fortaleza y valentía de un subalterno, le propina una herida leve en un brazo y con una navaja a un miembro de una unidad a su mando, pero con la mala fortuna de que este es hemofílico y, como resultado de este acto contrario al deber funcional, le produce la muerte.

---

desvía arbitraria y clandestinamente el aporte del delegante hacia un curso dañoso para la Administración, sin que este tenga la posibilidad de enterarse de lo que está sucediendo, solo aquel responde, *pues en favor del delegante se configura una prohibición de regreso*”. *Ibíd.* P. 62.

15 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Jurisprudencia y Dogmática Disciplinarias*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2013, p. 299-300.

En este caso, y a pesar de la configuración de una conducta dolosa, sería bien difícil, o al menos dudoso, concluir que se pueda atribuir normativa y funcionalmente el resultado “muerte” al respectivo autor.

En resumen, todo lo anterior demuestra que la necesidad del estudio de la imputación objetiva en el Derecho disciplinario puede ser mucho mayor de lo que se pensaba. Es innegable que en el escenario de la función pública se pueden dar casos en los que, a veces, el Derecho disciplinario aparece con toda su rigidez para que determinados resultados se atribuyan a las conductas de los servidores públicos, pero que dicha imputación puede ser insuficiente o incorrecta por faltar criterios funcionales y normativos que expliquen razonablemente por qué se debe atribuir dicho resultado a un respectivo comportamiento.

En ese orden de ideas, será necesario efectuar un recuento del actual estado del arte de la imputación objetiva en el Derecho penal, para que a partir de dichas reflexiones hallemos un pertinente punto de encuentro con el Derecho disciplinario. Solo así podremos comprobar qué tanto de esta teoría es aplicable al Derecho disciplinario y concluir –siendo tal vez lo más importante– qué casos podrían significar la responsabilidad disciplinaria o su exclusión, a partir de la verificación o descarte de la imputación objetiva para cierto tipo de faltas disciplinarias.

### **3. DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL**

#### **3.1 Orígenes del concepto y relación con el Derecho disciplinario**

El iusfilósofo alemán KARL LARENZ acuñó el concepto de *imputación objetiva*, aunque aplicado al ámbito civil. Por su parte, HONIG lo tomó para el Derecho penal, con el fin de complementar la teoría causal de la acción<sup>16</sup>. Sin embargo, quienes de manera relativamente reciente le dieron cuerpo a la imputación objetiva en el Derecho penal fueron los juristas alemanes CLAUS ROXIN y GÜNTER JAKOBS.

El primero de ellos como precursor del funcionalismo moderado, cuya idea central tiene las siguientes características: a. El Derecho Penal se enriquece con los aportes de la política criminal; b. La piedra angular o el núcleo del Derecho penal es el bien jurídico, y c. Hay delito cuando a un sujeto se le atribuye un resultado debido a que con su conducta ha creado un peligro no cubierto por el riesgo permitido.

---

16 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, 1ª ed., Bogotá, 1996, p. 51.

Por su parte, JAKOBS distingue que la prevención general de la pena deviene en positiva y negativa: positiva en cuanto a la confianza en la vigencia de la norma, mientras que negativa porque ella se traduce en intimidación<sup>17</sup>. En tal sentido, la responsabilidad jurídico penal estriba en el quebrantamiento de un rol, en la defraudación de una expectativa y no en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado. A diferencia de ROXIN, para quien la intervención del Derecho penal es necesaria cuando se ha producido o puesto en peligro el bien jurídico, para JAKOBS es relevante únicamente la defraudación de expectativas, o lo que se conoce como la infidelidad a la norma<sup>18</sup>.

En uno u otro sentido, la orientación actual del Derecho penal es de corte funcionalista, bien a la manera moderada de ROXIN o en la forma radical de JAKOBS, pero con el elemento común de que las categorías dogmáticas no pueden elaborarse solo con criterios prejurídicos u ontológicos. Por el contrario, los elementos de la teoría del delito tienen que ser interpretados de conformidad con los fines y funciones que cumple el Derecho en la sociedad y su contenido dependerá de la misión que se asigne al Derecho penal, bien para proteger bienes jurídicos o para dirigir las conductas con el fin de estabilizar las expectativas sociales.

Por lo anterior, tiene razón la doctrina penal cuando expone que con la imputación objetiva “se da un salto desde las teorías puramente naturalistas hasta las normativas, aunque la verificación de la causalidad natural es un límite mínimo, pero no suficiente para la asignación del resultado. Dicho de otra forma: la teoría de la imputación objetiva no entra en contradicción con las construcciones de la causalidad ya mencionadas sino que, por el contrario, acoge sus planteamientos, los completa y los mejora; por ello, se ha calificado como una ‘teoría de la adecuación continuada’ o como ‘teoría de la relevancia desarrollada’”<sup>19</sup>.

De esa manera, la imputación objetiva en el Derecho penal dirá que “para poderle atribuir una consecuencia a un sujeto determinado es indispensable que –objetivamente hablando– el resultado a imputar implique la realización de un riesgo jurídicamente relevante, cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto”<sup>20</sup>.

Es decir, la imputación objetiva es un examen de la teoría del delito que, por un lado, no solo puede conformarse con los criterios prejurídicos u ontológicos, sino que debe

---

17 JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A. Trad. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. (Universidad de Extremadura), Madrid, 1995, pp. 9-26.

18 VELÁSQUEZ V, FERNANDO, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 610.

19 *Ibidem*. p. 587.

20 *Ibidem*.

observar adicionalmente las categorías dogmáticas con un enfoque normativo y, por el otro, dicho análisis debe atender los fines y funciones que cumple el Derecho en la sociedad y especialmente la misión que se le asigne al Derecho penal.

Es por lo anterior que la doctrina mayoritaria considera que hay dos categorías sucesivas e independientes en el tipo penal: *la relación de causalidad y la imputación*, con lo cual se puede hablar de la imputación objetiva.

La anterior idea puede apreciarse de forma mucho más fácil en los delitos de resultado, en los cuales la consumación de la acción punible depende de la realización del resultado típico<sup>21</sup>. Así, acción y resultado no pueden ser considerados de manera separada, sino que deben estar en relación mutua, en la cual el resultado se le pueda imputar al autor como el producto de su comportamiento<sup>22</sup>.

De ese modo, la comprobación de la causalidad no es suficiente en lo que respecta a la imputación objetiva, porque las conductas base de las tipificaciones penales no se dirigen contra cualquier acción, sino sobre aquellas que no se encuentran en el marco del riesgo permitido o sobrepasan la medida de dicho riesgo.

En ese orden de ideas y a partir de las anteriores consideraciones, surge el siguiente interrogante: ¿Podría, entonces, tener alguna relación la teoría de la imputación objetiva con el Derecho disciplinario, en la medida en que esta expresión de Derecho sancionador cumple, al igual que el Derecho penal, una especial función dentro del sistema jurídico y está soportada principalmente en categorías puramente normativas?

Si hay algo de lo que no debe quedar duda es que el Derecho disciplinario cumple una función concreta, pues en el ámbito especial de la función pública su misión principal es encauzar las conductas de los servidores públicos para que cumplan fielmente sus deberes funcionales y, de esa manera, se procure la buena marcha de la administración pública y el respeto de los principios que la gobiernan. En otras palabras, el análisis de las normas sobre las que se soporta la realización de las faltas disciplinarias también debe atender los especiales fines para los que se concibió un Derecho sancionador autónomo e independiente, como lo es el Derecho disciplinario, medio efectivo de lucha contra la corrupción y como instrumento eficaz para procurar “la previsión efectiva y diligencia exigible”<sup>23</sup> de cada una de las actuaciones de los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones.

---

21 Ver, a manera de ejemplo, para los delitos de resultado: FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Editorial Marcial Pons, Barcelona (España), 2004.

22 Como decía HEGEL: “...la voluntad es responsable del hecho en la medida en que la existencia alterada lleva en sí el abstracto predicado de lo mío”. HEGEL, FRIEDRICH, *Principios de la filosofía del Derecho*, Edhasa, Barcelona, 1999, p. 209.

23 GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN, en GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Universidad Externado de Colombia, Cuarta edición, Bogotá, 2007, pp. 421 y 422.

Recuérdese que la imputación objetiva sirve para limitar la responsabilidad penal<sup>24</sup>. Así, “con base en un sistema coherente de interpretación que se infiere de la función que desempeña el Derecho penal en la sociedad, su finalidad es analizar el sentido social de un comportamiento; precisar si se encuentra o no socialmente prohibido, y si tal prohibición es relevante para el tipo penal”<sup>25</sup>.

En tal forma, no cabe duda de que en el Derecho disciplinario también es necesario preguntarse si la consagración de las faltas disciplinarias es coherente con la función que debe desempeñar un Derecho sancionador cuyo componente es únicamente ética juridizada; si, desde el punto de vista del deber funcional y de la ética, determinados comportamientos deben ser reprochados o no, y si algunas obligaciones o prohibiciones son relevantes o no conforme a la finalidad que se persigue en términos de la protección y garantía de la función pública.

De la misma manera, es indiscutible que la responsabilidad disciplinaria está concebida por categorías que estructuralmente han sido construidas por criterios puramente normativos, pues la configuración del ilícito disciplinario está soportado en el concepto de la infracción del deber funcional, cuya delimitación es producto de un juicio previo del *deber ser* a partir de datos éticos que han sido elevados a una norma legal, por cuya inobservancia se genera un reproche.

En ese orden de ideas y a pesar de las diferencias entre Derecho penal y Derecho disciplinario, está claro que cada una de estas expresiones de Derecho sancionador cumple una función específica dentro del sistema jurídico y que la construcción de las categorías que conforman la estructura de la responsabilidad en una y otra especie no pueden conformarse solo con simples “modificaciones del mundo exterior ocasionadas por una manifestación de voluntad del sujeto”<sup>26</sup>, a la manera como se concebía antes, cuando la acción se entendía únicamente a partir de datos ontológicos y naturalísticos.

Por el contrario, tal parece que en el Derecho disciplinario no solo es necesario considerar la causalidad sino también la imputación, en términos funcionales y normativos, sobre todo en aquellos eventos en los cuales el servidor público comete una falta disciplinaria que requiere para su configuración la realización de un resultado. Sin duda alguna, sería injusto, o cuando menos carente de una explicación satisfactoria, que determinados resultados puedan ser atribuidos apenas desde el punto de vista causal

---

24 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, Primera edición, Bogotá, 1996, pp. 54 y 55.

25 *Ibidem*.

26 AGUDELO BETANCUR, NODIER, *Curso de Derecho Penal (Esquemas del Delito)*, Ediciones Nuevo Foro, Cuarta edición, Medellín, 2011, pp. 55 y 57.

a un comportamiento del servidor público, pero que normativamente no encuentren una adecuada relación en la medida en que se haya evitado un resultado mucho más lesivo o porque el resultado no haya estado cobijado por la norma que fundamenta la realización de la respectiva falta disciplinaria, por enumerar tan solo dos posibilidades.

Dentro del anterior contexto, analicemos a continuación los elementos básicos de la imputación objetiva en el Derecho penal, para que de manera posterior precisemos cuáles de esos enunciados podrían ser aplicados y desarrollados en el Derecho disciplinario.

### 3.2 Elementos básicos de la doctrina de la imputación objetiva en el Derecho penal

Son varias las teorías del Derecho penal que a su vez desarrollan múltiples elementos que conforman lo que se conoce como la teoría de la imputación objetiva. Por ello, y conforme al orden sugerido por la doctrina nacional<sup>27</sup>, entre los elementos de la imputación objetiva se destacan los siguientes: a. La relación de causalidad; b. La creación de un riesgo jurídico penalmente relevante para el bien jurídico; c. La concreción del riesgo en el resultado o la relación de riesgo; d. El alcance del tipo o fin o ámbito de protección de la norma; e. El principio de confianza; f. El principio de insignificancia; g. El principio de la adecuación social, y h. La prohibición del regreso.

#### 3.2.1 La relación de causalidad

En párrafos anteriores dijimos, acudiendo a la doctrina penal, que la causalidad natural es un límite mínimo, pero no suficiente para la asignación del resultado. Así mismo, que la teoría de la imputación objetiva no entra en contradicción con las construcciones de la causalidad ya mencionadas sino que, por el contrario, acoge sus planteamientos, los completa y los mejora.

Lo anterior significa que para que se pueda dar la imputación es necesario, primero que todo, verificar la relación de causalidad. En otras palabras, la imputación objetiva es una fórmula acumulativa de dos conceptos: *causalidad e imputación*.

Conforme lo desarrolla CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ,<sup>28</sup> el punto de partida de la relación de causalidad es la teoría de la equivalencia de las condiciones o simplemente teoría de la condición, pero debe limitarse en su alcance: no toda causa en sentido natural es

27 VELÁSQUEZ V, FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, Cuarta edición, Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, pp. 585 a 614.

28 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, 1ª ed. Bogotá, 1996, pp. 54 y 55.

relevante para el Derecho penal. Por ello, surgen unas fórmulas complementarias, conocidas como las teorías de la *causalidad adecuada* y la *relevancia típica*.

En cuanto a la primera –teoría de la causalidad adecuada–, el avance más significativo, según JAKOBS<sup>29</sup>, hacia una restricción de la pura causalidad a la causalidad imputable objetivamente, se debe a la teoría de la adecuación o causalidad adecuada, cuyo autor fue VON KRIES, de origen alemán. Según esta teoría, en Derecho penal únicamente se tiene como causante aquella conducta que de acuerdo con la experiencia general de la vida, ostenta una tendencia general hacia el logro del resultado típico. En consecuencia, las condiciones que han colaborado por el azar al logro del resultado son consideradas jurídicamente irrelevantes.

Para materializar esa experiencia general, KRIES se basó en la posibilidad y en la probabilidad. De esta forma, el cálculo de probabilidad ha de hacerse *ex ante*, y esencialmente desde el punto del sujeto que actúa u omite, el juicio de adecuación no debe basarse en la absoluta certeza, sino en la estadística, y fundamentalmente conforme a la experiencia de la vida. Han de considerarse las condiciones que el agente conocía en el momento de obrar (en los delitos dolosos) o en lo que el sujeto podía y debía conocer (en los delitos culposos).

Según esta teoría, una causación solo es jurídicamente relevante cuando no es improbable; en otras palabras, una condición es adecuada cuando ha incrementado considerablemente la posibilidad de realización del resultado.

La causalidad adecuada pasa por dos fases diferenciables: primero, comprobar una relación de causalidad, y segundo, examinar si esta relación es típicamente relevante. Por lo tanto, la teoría de la adecuación no es una alternativa de la equivalencia, sino más bien su complementación.

Sobre tal aspecto, recordamos un ejemplo propuesto por el profesor FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL para diferenciar lo posible de lo probable, al cual le hacemos algunas variantes<sup>30</sup>. Así, posible es que un individuo realice un disparo al aire en un área rural sin que, en una distancia considerable alrededor, haya personas o viviendas y que, al mismo tiempo, un individuo descienda en paracaídas y que ese proyectil precisamente lo impacte y le quite la vida. Sin embargo, tal situación, analizada *ex ante*, es improbable por lo que pudiera considerarse que esa conducta no es adecuada por no haber incrementado considerablemente la posibilidad de realización del resultado.

---

29 *Ibidem*, pp. 38 y 39.

30 Ejemplo dado en la cátedra de Revisión Penal, de la Maestría de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, 2013.

En lo que concierne a la teoría de la relevancia típica<sup>31</sup>, constituye un escalón más en la evolución de las teorías de la causalidad, puesto que considera que los principios de la adecuación no son suficientes para la determinación de la relación causal. Así, el punto está en una interpretación más exacta del tipo penal.

Por ello, la relevancia típica es considerada como la precursora de la teoría de la imputación objetiva, en razón a que acertadamente hace una diferencia entre *causalidad* e *imputación*. La relación causal es solo parte de la fundamentación de la responsabilidad por el resultado, por lo que adicionalmente se requiere la relevancia jurídico penal del nexo causal. Esto último implica una interpretación correcta del sentido del tipo penal. Hay que precisar cuál o cuáles de las condiciones que han contribuido a la producción del resultado son relevantes para el Derecho penal.

En tal sentido, es cierto que el presupuesto de la relación de causalidad es la teoría de la equivalencia de las condiciones, en la que en principio todas las condiciones pueden contribuir a la producción de un determinado resultado. Por ejemplo, el oficial que ordena a dos soldados que se desplacen en un vehículo de unas instalaciones militares a otras. Si en el recorrido dichos soldados sufren un atentado terrorista y como consecuencia mueren, podríamos decir que tanto el accionar delictivo como la orden del superior son condiciones para haberse producido dicho resultado. Sin embargo, la orden del superior, sin ninguna consideración adicional, no es relevante típicamente –ni desde el punto de vista del Derecho penal ni del Derecho disciplinario– para la producción del resultado.

### 3.2.2 La creación de un riesgo jurídico penalmente relevante para el bien jurídico

La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es un elemento general del injusto, es decir, un segmento transversal a toda clase de ilícitos: dolosos y culposos; de acción y de omisión<sup>32</sup>. Con esto se explica que no toda conducta que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos es relevante para el tipo penal, porque se requiere un elemento adicional: el peligro debe estar desaprobado por el ordenamiento jurídico<sup>33</sup>.

En tal forma, para que pueda considerarse la existencia de un riesgo jurídico penalmente relevante se deben observar dos aspectos: uno, la aportación del riesgo, y dos, el riesgo permitido. Dicho de otro modo, la conducta debe someterse al análisis de estos dos

---

31 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, 1ª ed., Bogotá, 1996, pp. 43 y 44.

32 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, 1ª ed. Bogotá, 1996, p. 106.

33 *Ibíd.*

criterios, pues de lo contrario no habrá “la creación de un riesgo jurídico penalmente relevante” y, en consecuencia, no habrá la referida imputación objetiva.

En cuanto a la aportación del riesgo, siguiendo el orden y algunas pautas propuestas por el profesor FERNANDO VELÁSQUEZ, se deben mirar las siguientes situaciones<sup>34</sup>:

a. Los eventos de disminución de riesgo

Se trata de aquellas situaciones en las que se da una intervención que modifica un curso causal lesivo ya puesto en marcha, que mejora la situación de la víctima.

Ejemplo: la persona que empuja a otra causándole lesiones personales para evitar que sea alcanzada por un proyectil de un arma que ejecutó un tercero.

En todo caso, se debe tratar de una efectiva “disminución de riesgo”, pues no podría aceptarse una conducta que cree un mismo riesgo o que este fuera mucho mayor, como el caso de aquella persona que empuja a otra desde un quinto piso porque iba a ser agredida por un perro.

b. Los casos de acciones que no suponen una creación “jurídicamente” significativa del riesgo

Son aquellos eventos en los cuales las personas realizan comportamientos cotidianos y normales, calificables de espontáneos o rutinarios, los cuales no tienen una significación o relevancia jurídico penal por realizarse dentro de un contexto de normalidad<sup>35</sup>.

En otras palabras, todos los días estamos expuestos ante riesgos y somos generadores de muchos ellos, y no por ello estamos desplegando conductas típicamente relevantes. De no ser así, cualquier comportamiento podría ser objeto de reproche penal, con lo cual sería inviable el desenvolvimiento de las personas y de la misma sociedad.

Como lo explica JAKOBS acudiendo a variados ejemplos, “todo contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: a través de un apretón de manos puede que se trasmita, a pesar de todas las precauciones, una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente que era inevitable, al menos mientras exista tal tráfico; un alimento servido por alguien puede estar en mal estado sin que sea posible percibirlo; una anestesia indicada médicamente y realizada conforme a la *lex artis* puede provocar una lesión; un niño puede tener un accidente en su camino

---

34 VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, pp. 587-614.

35 *Ibíd.*, pp. 591.

a la escuela aunque en éste se hayan establecido medidas de seguridad adecuadas y, al menos, para personas de edad, puede que un acontecimiento que es motivo de alegría sea demasiado excitante”<sup>36</sup>.

#### c. Situaciones de creaciones de riesgo “insignificantes”

A diferencia de los eventos descritos en el literal anterior, aquí cabe destacar algunas situaciones que sí son constitutivas de riesgo; es decir, no son situaciones cotidianas o que ocurran dentro del contexto de la normalidad. Sin embargo, son insignificantes, muy a pesar de que la conducta causalmente realice el resultado. Dicho de otro modo, son comportamientos que generan riesgos o los aumentan, pero que no tienen la trascendencia desde el punto de vista normativo para considerarse que puedan atentar o poner en peligro el respectivo bien jurídico.

Los siguientes ejemplos expuestos por VELÁSQUEZ<sup>37</sup> son situaciones que obedecen más a la imaginación que a la realidad misma, pero bastante gráficos e ilustrativos para entender cuándo a una conducta no se le puede atribuir normativamente un resultado, a pesar de que ella es la creación de un riesgo y la causa material de un resultado: el primer caso es el de aquella persona que “levemente chuza con un alfiler” a otra, la cual previamente había sufrido unas lesiones considerables. Si se produce el resultado muerte, podríamos sostener que causalmente ese resultado es atribuible al aumento del riesgo, pero llegándose a la conclusión de que la conducta de chuzar levemente a alguien con un alfiler es una situación insignificante respecto de la protección del bien jurídico. El segundo evento es aquella persona que vierte un balde de agua en una presa que estaba a punto de reventar pero que estalla en el momento en que el sujeto deposita ese mínimo de agua, resultado que no podría atribuirse objetivamente.

#### d. Los cursos causales hipotéticos

A nuestro juicio, WOLFGANG FRISCH es uno de los autores que de mejor manera explica los cursos causales hipotéticos o lo que él denomina “las causas sustitutivas hipotéticas”<sup>38</sup>. Se trata de aquellos casos en los que el perjuicio o resultado producido por el sujeto se habría ocasionado al mismo tiempo, o si acaso muy poco después, por sucesos naturales o por el comportamiento lícito o ilícito de terceros. Así las cosas, para

36 JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1994, reimpr. febrero de 1995, p. 37.

37 VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 592.

38 FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 595-602.

saber si al comportamiento típico debe imputarse el resultado, nos debemos preguntar si ese mismo resultado se hubiere producido hipotéticamente por causa de sucesos naturales o del comportamiento lícito o ilícito de terceros.

Para entender lo anterior, citemos el ejemplo que trae este autor: una persona coloca una bomba en un avión y explota, con lo cual se produce la muerte de todas las personas. Sin embargo, se determina después que en todo caso la aeronave se iba a caer y morirían todos porque había fallas gravísimas en el avión que le iban hacer explotar o precipitarse, con la fatal consecuencia. ¿Se podría imputar el resultado? La respuesta del autor es que sí porque la pérdida inminente del bien no constituye un motivo adecuado para anular frente a todos la pretensión del respeto del bien.

En tal forma, la anterior respuesta es producto de una ponderación por lo grave del comportamiento desplegado, porque se podría pensar que la conclusión es diferente si nos situáramos en el ejemplo del conductor que arrolla a un ciclista y si, por ejemplo, se determinara que de todas maneras había una falla en los frenos de la bicicleta o algo parecido. Es decir, no es lo mismo poner una bomba en un avión que una imprudencia al conducir un vehículo.

En tal sentido, para efectos de saber si se imputa o no el resultado en los demás casos, el autor hace diferencia en si, de todas maneras, se hubiere presentado el resultado por el comportamiento lícito o ilícito de terceros. En ese orden de ideas, se razonaría así:

1. Si alguien comete un comportamiento típico y con ello se produce un resultado, habrá lugar a la imputación del resultado si de todas maneras hipotéticamente el resultado se hubiere producido por la intervención *ilícita* de un tercero. Piénsese que en el ejemplo de la persona que pone la bomba, y de todas maneras, si no lo hubiese hecho, se hubiere presentado el resultado porque otra persona hubiere puesto una segunda bomba.

2. Por el contrario, si alguien comete un comportamiento típico y con ello se produce un resultado, es posible que *no haya lugar* a la imputación del resultado si hipotéticamente el resultado se hubiere producido sin la intervención del autor y por la aparición de sucesos naturales o intervenciones *lícitas* de terceros ya en curso.

Al respecto, WOLFGANG FRISCH destaca que estos casos de causas sustitutivas hipotéticas son tan solo excepcionales, pues por regla general es que se deben imputar los resultados a los comportamientos típicos. Dicho de otro modo, el resultado sirve para demostrar lo disvalioso de la conducta.

En el ejemplo de la eutanasia, este caso indica un acortamiento de la vida que debe considerarse como conducta típica. Obsérvese que si A le pone una inyección a B para que muera y acabe con sufrimientos intensos, de todas maneras hipotéticamente el resultado muerte se hubiere producido días después por causa de un suceso natural sin la intervención del autor. Aquí entonces no cabría aplicar una supuesta no imputación

del resultado, en la medida en que el resultado muerte de todas maneras se produciría días después.

Entonces, ¿en qué casos podría una causa sustitutiva hipotética generar la no imputación objetiva del resultado? La respuesta puede darse con el siguiente ejemplo de laboratorio: una persona A por imprudencia le propina un disparo a un sujeto B, el cual estaba a punto de dispararle a otra persona C. No obstante, en ese momento, un policía D, justo antes del disparo por imprudencia, tenía en la mira al sujeto B y estaba a punto de dispararle para contrarrestarlo. Es decir, la intervención del policía D, que al final no se dio, es la causa sustitutiva hipotética que podría descartar la imputación objetiva del resultado causado por el comportamiento imprudente del sujeto A.

De esa manera, los cursos causales hipotéticos o las causas sustitutivas hipotéticas son eventos que excepcionalmente podrían demostrar la no imputación del resultado pese a lo disvalioso de determinada conducta, en especial cuando se trata de comportamientos generados por la imprudencia del sujeto. Un ejemplo más: si una persona va con exceso de velocidad por una vía de la ciudad y por esa razón atropella y da muerte a un sujeto peligroso que en ese momento huía de las autoridades, el cual muy seguramente iba a morir a causa de algunos disparos que minutos antes le había propinado la Policía, es posible que pese al comportamiento típico no sea adecuado imputar dicho resultado.

#### e. El riesgo permitido

Finalmente, en cuanto al riesgo permitido, y conforme lo explica CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, la creación de peligros –o riesgos– es inherente a toda forma de interacción de una comunidad organizada. La principal fuente para establecer la permisión de un riesgo es la configuración social, porque a través de la interacción se van legitimando históricamente los peligros. En esta valoración entran en consideración diferentes criterios: la utilidad social, la inevitabilidad del riesgo, la necesidad de determinadas empresas, y la habitualidad general del peligro<sup>39</sup>.

Por lo tanto, es inconcebible la vida en sociedad sin la creación de riesgos, y todo contacto supone la puesta en peligro de los bienes jurídicos. Ante tal realidad, lo adecuado es limitar el peligro (a través de los deberes de seguridad), y permitir la actividad dentro de determinados límites. El residuo de peligro socialmente tolerado es lo que, en términos generales, se conoce como *riesgo permitido*<sup>40</sup>.

---

39 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, Bogotá, 1ª ed. 1996, 4ª reimpr., junio de 2004, pp. 107 y 108.

40 *Ibíd.*, p. 111.

Cuando el ciudadano se comporta observando los deberes de seguridad, el riesgo que puede crear está jurídicamente permitido y, en consecuencia, no le son imputables los peligros o lesiones que ocasione a los bienes jurídicos. Estos daños son atípicos. Así, para determinar en un caso concreto el riesgo permitido, se han fijado las siguientes pautas: las normas jurídicas, las normas técnicas y la *lex artis*, la figura del modelo diferenciado, los deberes de advertencia del peligro y los deberes de información, el significado social del comportamiento y el principio de confianza<sup>41</sup>.

Conforme a lo anterior, el ordenamiento jurídico recoge las pautas de comportamiento que han de seguir los ciudadanos en la vida de relación. A su turno, las normas técnicas y la *lex artis* son pautas de seguridad en el tráfico creadas por agremiaciones particulares que, sin tener la fuerza vinculante de la norma jurídica, pueden ser tenidas en cuenta por el juez como indicadoras del cuidado exigido en una situación concreta.

Por su parte, el modelo diferenciado corresponde a la pauta de comportamiento que debe inferirse de la conducta que hubiere desplegado una persona perteneciente al mismo ámbito de relación del autor; así, el referente no es un hombre cualquiera, sino el titular de un arte u oficio idéntico al desempeñado por quien ejecutó la conducta<sup>42</sup>.

En cuanto a los deberes de información, CLAUS ROXIN afirma que quien algo no sabe, tiene que informarse; quien algo no puede, tiene que dejarlo. En el significado social del comportamiento, la permisión del peligro de un bien jurídico no debe exceder de manera proporcional al beneficiado obtenido<sup>43</sup>.

### 3.2.3 La concreción del riesgo en el resultado o la relación de riesgo

Una vez se verifique la relación de causalidad entre la acción del sujeto y el resultado y, además, se compruebe que dicho comportamiento aportó un riesgo típicamente relevante, se deberá examinar si la realización del riesgo se ha plasmado en el resultado. Es lo que se conoce como el nexo de antijuridicidad o relación de realización<sup>44</sup>.

Como lo anota FRISCH, la relación causal es necesaria, pero no suficiente. Y la razón es que el resultado necesita imputarse normativa y funcionalmente, de lo cual no debe acudirse a una mera relación naturalística entre la acción y resultado, sino que es necesario emplearse una imputación normativa y funcional<sup>45</sup>. Por ello se dice también

---

41 Ibídem, p. 112.

42 Ibídem, pp. 113 a 116.

43 Ibídem, p. 118.

44 VELÁSQUEZ V, FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 596.

45 FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 556 a 567.

que “este elemento permite establecer un nexo entre la conducta creadora del riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante”<sup>46</sup>.

FRISCH trae a colación el ejemplo de una persona que le dispara a otra, por lo que se necesita que se le traslade en ambulancia al hospital. Durante el trayecto dicha persona muere como consecuencia de un accidente de la ambulancia. Obsérvese que desde el punto de vista causal, tal vez el resultado sería atribuible al accidente y no al que disparó. Sin embargo, este autor resalta que se creó un primer riesgo (el disparo), en tanto que seguidamente se creó otro riesgo (el traslado en ambulancia), destacando que el segundo riesgo debe considerarse irrelevante frente al primer riesgo que sí es totalmente prohibido, por lo que el resultado muerte se debe imputar al primer riesgo (disparo) y no al segundo.

En tal forma, la conducta típica tendría varias dimensiones de riesgo por lo que es probable que una conducta desencadene plurales cadenas de sucesos. En el ejemplo de la ambulancia, mírese cómo un disparo a otra persona activó varios procesos causales, entre ellos el que la persona fuera llevada en un vehículo con destino al hospital. Así las cosas, bastará únicamente para determinar si se ha realizado un riesgo atribuible a la conducta si se ha materializado o no una de esa cadena de sucesos.

Además de lo anterior, FRISCH pone de relieve, entre otras, dos consideraciones así:

1. Entre la acción y el resultado debe haber una prueba de explicación para determinar la correlación entre ambas categorías y, en especial, para determinar unos criterios para perfilar las dimensiones de una creación de riesgo.

2. La prueba de explicación deberá preguntarse si esa conducta era *necesaria e idónea* para la producción de los determinados cursos causales que se activan con la realización de esa conducta.

Así las cosas, entendemos que además de que la conducta debe corresponder a un riesgo típicamente relevante y que debe existir un nexo de causalidad entre el comportamiento y el resultado, se tiene que verificar una correlación, desde el punto de vista normativo y funcional, entre la conducta y el resultado, y además preguntarse si esa conducta era *necesaria e idónea* para la producción de determinados resultados.

Aportemos dos ejemplos para explicar lo anterior. En el primero de ellos, puede ocurrir que en una fiesta dos sujetos se peleen, en la cual uno de los dos lleve la peor parte y quede con algunas heridas, aunque leves. Esas heridas necesariamente no deben ser atendidas en un hospital y de forma inmediata. Sin embargo, este sujeto decide acudir

---

46 REYES ALVARADO, YESID, *Derecho Penal Contemporáneo*, Editorial Legis (número 14), Bogotá, 2006, p. 36.

al hospital y en el trayecto sufre un accidente y muere. ¿Hasta dónde a la conducta desaprobada del otro sujeto, que sin duda es típicamente relevante y es el nexo causal del resultado, podría tener una relación de realización desde el punto de vista normativo con el resultado muerte? Dicho de otro modo, unos golpes, empujones y heridas leves que posiblemente pueden activar varios procesos causales jamás podrán considerarse desde el punto de vista normativo y funcional como una conducta creadora de un riesgo que necesaria e idóneamente pueda producir un resultado muerte.

El segundo ejemplo es más complicado, en la medida en que tiene que ver con la necesidad. Es decir, se trata de un comportamiento que causalmente produzca un resultado que típicamente sea relevante y que además sea idóneo, pero que propiamente no sea el necesario para producir el resultado, y por ello se pueda descartar la imputación objetiva. Así, piénsese en que una enfermera que después de revisar a un paciente, quien presenta un cuadro clínico de depresión, deja por descuido un bisturí. En esa hipótesis, el paciente, con ese peligroso instrumento, decide quitarse la vida. Sin duda es un comportamiento que hizo parte del proceso causal, relevante desde el punto de vista típico e idóneo normativamente. Sin embargo, en el caso se demuestra que en esa misma habitación había otro bisturí o un cuchillo al alcance de ese paciente, de donde razonablemente se podría inferir que también con cualquier otro instrumento se iba a quitar la vida. De esa forma, la conducta de haber dejado el bisturí, pese a lo idónea, ya no es necesaria, en la medida en que había otro instrumento en la habitación, variante con la cual podría sostenerse que no hay una relación de realización entre conducta y resultado.

Por otra parte, una posibilidad adicional de falta de relación de realización son los eventos de realización de una conducta alternativa conforme a Derecho. Es decir, aquellas situaciones en las que el sujeto de forma imprudente causó un resultado lesivo que de todas maneras tampoco se hubiere evitado así la persona se hubiese comportado en forma correcta<sup>47</sup>. El ejemplo común de la doctrina es el de aquel conductor que no guarda la distancia permitida, conducta con la cual atropella a un ciclista. Sin embargo, se determina que este ciclista iba en estado de embriaguez y que realizó un giro brusco, situación que permite afirmar que así el conductor hubiese respetado las normas sobre la distancia, de todas maneras se habría producido el resultado.

Podría decirse que se trata de casos bastante polémicos, en la medida en que la regla general es que los resultados son atribuibles a los comportamientos típicos, por la teoría del incremento del riesgo. Es decir, si con la conducta se incrementa el riesgo para el bien jurídico, la consecuencia que generalmente se da es que los resultados son atribuibles a las conductas creadoras de riesgo. No obstante, se presentan casos como los de los accidentes de tránsito en los que muy a pesar de que el sujeto hubiese actuado

---

47 VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 599.

conforme a Derecho, de todas maneras el resultado se hubiese producido, con lo cual no es posible imputar objetivamente los resultados a determinadas conductas.

### 3.2.4 *El alcance del tipo o fin o ámbito de protección de la norma*

La doctrina considera el fin de protección de la norma de cuidado como el criterio más relevante para resolver los casos de realización de riesgos. Consiste en que las normas de cuidado no están instituidas para disminuir toda clase de riesgos, sino para evitar la realización de determinados resultados. En consecuencia, si el resultado producido no es de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado, no le es imputable a quien ha originado el riesgo jurídicamente desaprobado<sup>48</sup>.

ESQUIVO MANUEL SÁNCHEZ, en el campo penal académico, expone que este criterio opera cuando se determina que el legislador no quiso hacer responsable de la conducta a la persona que la realiza, poniendo como ejemplo aquel caso de la madre que recibe una noticia de que su hijo ha sido atropellado por un vehículo, lo que le produce un *shock* nervioso a consecuencia de lo cual fallece<sup>49</sup>.

Además de los casos de *shock*, CLAUX ROXIN señala otros cuatro eventos que no estarían cobijados por el tipo o por fuera del fin o ámbito de protección de la norma<sup>50</sup>:

#### a. La participación en una autopuesta en peligro

Se trata de aquellos casos en los que, pese a la intervención del sujeto, la misma víctima que sufre el resultado se ha autopuesto en peligro. Como lo expone VELÁZQUEZ<sup>51</sup>, si A incita a B para que se tire a nadar en un charco muy profundo de un río caudaloso, en cuyo evento B es conocedor del peligro y para lo cual asume dicho riesgo, el eventual resultado muerte de B no podrá imputarse objetivamente al sujeto A.

48 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, Bogotá, 1ª ed. 1996, 4ª reimp., junio de 2004, p. 175.

49 SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIVO MANUEL, "Imputación objetiva y delito imprudente", en *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. Lección 27, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., Bogotá, 2011, p. 462.

50 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, Bogotá, 1ª ed. 1996, 4ª reimp., junio de 2004, p. 80 a 84.

51 VELÁZQUEZ V., FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 600.

Al respecto, son muy dicentes los elementos señalados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de septiembre de 2012<sup>52</sup>:

1. Conocimiento del peligro por parte del sujeto pasivo de la conducta o capacidad para conocerlo.
2. Poder de control del sujeto pasivo acerca de la asunción de dicho riesgo.
3. Ausencia de posición de garante respecto del sujeto agente.

En tal forma, si quien incita a que se nade en aguas peligrosas está en posición de garante, el resultado sí le podrá ser atribuido, muy a pesar del conocimiento del peligro por parte del sujeto pasivo y del poder de control que este tenga respecto de la asunción de dicho riesgo.

b. El consentimiento en una autopuesta en peligro.

Son eventos en los que el sujeto no se arriesga por sí mismo, pero en los que se hace poner en peligro por otra persona, teniendo consciencia del riesgo existente<sup>53</sup>. Así, “el que realiza una conducta que pone en riesgo a otra persona, con la aceptación de ésta, no ejecuta un comportamiento que le sea imputable objetivamente”<sup>54</sup>.

El ejemplo de ROXIN, reiterado por CLAUDIA LÓPEZ y FERNANDO VELÁSQUEZ<sup>55</sup>, es bastante ilustrativo: si una persona, conocedora de que su pareja es enferma de SIDA, consiente en tener relaciones sexuales con ella, por lo cual se infecta, el resultado no puede atribuirse al portador del virus, pues el sujeto pasivo consintió libremente en hacerse poner en peligro de un tercero.

---

52 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de septiembre de 2012. Sala Penal. M.P.: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. Radicado 36.824.

53 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, Bogotá, 1ª ed. 1996, 4ª reimpr., junio de 2004, p. 82.

54 VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 601.

55 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, Bogotá, 1ª ed. 1996, 4ª reimpr., junio de 2004, p. 82. Y VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 601.

### c. El traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno

CLAUDIA LÓPEZ, siguiendo de nuevo a ROXIN, señala que son eventos en los que alguien crea un riesgo jurídicamente desaprobado y este riesgo se concreta en la producción del resultado. Sin embargo, cuando el riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que ha originado el peligro se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno<sup>56</sup>.

Para explicar lo anterior, cita el ejemplo de la jurisprudencia alemana según la cual un sujeto conducía un camión en la oscuridad, sin que en la parte posterior del vehículo tuviera luces. La Policía lo detiene y lo amonesta y para darle seguridad a otros vehículos coloca en la vía una linterna de luz roja. Cuando la Policía le señala al conductor que se dirija a la estación de gasolina más cercana, para lo cual los policiales están prestos a escoltarlo a fin de que no se produzca un accidente, en ese momento uno de los policías retira la linterna del piso y un camión se estrella con la parte posterior del vehículo sin luces, con lo cual se produce la muerte del conductor de aquel automotor<sup>57</sup>.

En dicho caso, a pesar de que el Tribunal condenó al conductor del primer vehículo por homicidio culposo, la realidad de las circunstancias indicaba que el resultado no podía atribuírsele normativamente, por cuanto al momento del accidente el riesgo estaba siendo administrado por los miembros de la Policía, quienes podrían haber evitado el resultado.

### d. Daños posteriores sobrevinientes

Se trata de casos de daños posteriores a los causados por la creación de un primer riesgo, los cuales no están protegidos por el respectivo tipo penal. Un caso fácil de explicar es aquel en el cual alguien le causa unas lesiones personales a otra persona en su rostro, producto de lo cual le deja con una ceguera total. Si pasada dicha situación, al cabo de un tiempo la segunda persona cae a un precipicio porque no podía ver y muere, dicho resultado no podrá ser imputado a la primera persona.

Por el contrario, no habrá lugar a descartar la imputación si alguien le propina unas lesiones graves a otra y con el correr de los meses o años muere por la no recuperación. Sin embargo, los casos difíciles de resolver serán aquellos en los cuales, producida la lesión, el paciente se normaliza y temporalmente detiene la enfermedad, pero pasado un tiempo este recae y, por ejemplo, muere.

---

56 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, Bogotá, 1ª ed. 1996, 4ª reimp., junio de 2004, p. 82.

57 *Ibidem*, p. 82. Igualmente, es el mismo ejemplo traído a colación por FERNANDO VELÁSQUEZ. *Ob. cit.*, pp. 601 y 602.

### 3.2.5 *El principio de confianza*

El sujeto que se comporta en el tráfico de acuerdo con la norma puede y debe confiar en que todos los participantes en él también lo harán, a no ser que se pueda demostrar lo contrario<sup>58</sup>. En tal sentido, la regla general es que las personas confíen en que las demás se comportaran conforme a Derecho.

Para JAKOBS, el principio de confianza es una institución dogmática de la teoría de la imputación objetiva, que parte de la idea de cada sujeto es responsable y con lo cual se consigue que haya un reparto de trabajo<sup>59</sup>. Así, es necesario que en la sociedad cada quien cumpla a cabalidad un rol, pues “quien permanentemente está controlando a otros no puede concentrarse plenamente en su propia tarea y por ello en la mayoría de las ocasiones pierde más respecto de la realización en esta, de lo que se gana a través del control de otros”<sup>60</sup>. Pero, esta no es la única razón, pues además “ese otro es a su vez un sujeto responsable. La idea de la responsabilidad quedaría destruida si el otro fuese concebido de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujeto responsable”<sup>61</sup>.

La excepción a la regla descrita puede encontrarse en lo que el mismo JAKOBS explica: “cuando puede verse que el otro no hace o no ha hecho justicia a la confianza de que satisfará las exigencias de su rol. En tales casos, ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar una obra exitosa. A modo de ejemplo: no se confía ya en quien de modo evidente se halla en estado de ebriedad o, dentro, de un equipo, en el colega que de manera evidente está inmerso en un error”<sup>62</sup>.

Así, por ejemplo, un médico que practica una intervención quirúrgica no será responsable del resultado muerte de un paciente, en el evento en que la enfermera encargada de la anestesia cometa alguna imprudencia. El médico no tiene por qué, en principio, desconfiar del rol a cargo de la enfermera. Por el contrario, si en el mismo ejemplo el médico advierte que otro colega o esa misma enfermera no están en condiciones de participar en la cirugía, verbigracia, por causa de un estado de embriaguez, posiblemente el resultado lesivo también podría serle atribuido al cirujano que advierte esa situación anormal y no hace nada para impedirla.

---

58 VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 601.

59 JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1994, reimpr. febrero de 1995, p. 28.

60 *Ibidem*.

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*, p. 29.

### 3.2.6 *El principio de insignificancia*

Corresponde a aquellos comportamientos que solo afectan en mínimo grado el bien jurídico; por ello, se conoce como el principio de la insignificancia o la bagatela<sup>63</sup>. El profesor GÓMEZ PAVAJEAU enseña que “el principio de la insignificancia que informa la teoría de los delitos bagatelares fue formulado por ROXIN, y según el cual los daños de poca importancia no merecen punición. Este concepto, también hoy, se constituye en una estructura lógica-objetiva-valorativa, que envuelve en sus raíces a los principios de *ultima ratio* y *mínima intervención*”<sup>64</sup>.

De tal modo, en todos los casos en los que no se produzca un daño o propiamente no se configure la antijuridicidad material, desde la perspectiva de la cantidad<sup>65</sup>, no habrá lugar a la imputación objetiva del resultado.

### 3.2.7 *El principio de la adecuación social*

Corresponde a un filtro de carácter normativo llamado a desechar diversos comportamientos que son socialmente adecuados<sup>66</sup>. En tal caso, y como lo explica CLAUDIA LÓPEZ, se deben ponderar los bienes jurídicos que entran en conflicto, para lo cual se debe aplicar una máxima general: la permisión de poner en peligro un bien jurídico es directamente proporcional al beneficio obtenido. Mientras mayor sea la utilidad social de la acción, mayor es la permisión del peligro. Por dicha razón –continúa–, es ilegítimo crear grandes riesgos en casos en los cuales el beneficio es insignificante<sup>67</sup>. A la inversa y en algunos casos, puede tratarse de beneficios individuales, como, por ejemplo, las intervenciones quirúrgicas, en las cuales la gravedad del paciente es directamente proporcional a los riesgos que se pueden asumir<sup>68</sup>. Igualmente –dice esta autora–, el criterio de la significación social del riesgo también es importante para resolver los límites del peligro que puede ser aceptado en determinadas actividades que organiza la comunidad, como ocurre, a manera de ejemplo, con las relacionadas con el deporte<sup>69</sup>.

63 VELÁSQUEZ V., FERNANDO. *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 606.

64 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *El principio de la Antijuridicidad Material*, Colección Justicia Material, 5ª ed., Giro editores Ltda., 2006, p. 139.

65 *Ibídem*.

66 VELÁSQUEZ V., FERNANDO. *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 607.

67 LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, *Introducción a la Imputación Objetiva*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho, Bogotá, 1ª ed. 1996, 4ª reimp., junio de 2004, p.117.

68 *Ibídem*.

69 *Ibídem*.

### 3.2.8 La prohibición del regreso

Como lo anota FERNANDO VELÁSQUEZ, si el resultado se produce por la acción posterior dolosa de un tercero, no se le podrá imputar el resultado a quien creó el riesgo inicial de su producción de un modo imprudente o culposo<sup>70</sup>. Para ello, trae el ejemplo de aquella persona que lesiona con su vehículo a otra persona de manera imprudente. Así, si esta última es llevada al hospital, pero allí un enemigo le propina varios disparos que le causan la muerte, dicho resultado no podrá ser imputado a quien primeramente causó las lesiones<sup>71</sup>.

CLAUDIA LÓPEZ señala el ejemplo de aquel servidor público que en ejercicio de sus funciones entrega dinero a particulares con un fin específico, y ellos malversan dichos recursos. La situación que favoreció la comisión del ilícito (entrega del dinero) fue creada en virtud de un riesgo permitido: los valores se concedieron conforme a ley. Por lo tanto, hay prohibición de regreso respecto del funcionario público<sup>72</sup>.

En tal forma, la prohibición de regreso es una manifestación clara del principio de culpabilidad, en virtud del cual solo se responde por el hecho propio y no por el ajeno<sup>73</sup>.

## 4. PRINCIPIOS Y ELEMENTOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA APLICABLES EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

Es indiscutible que la acción del servidor público o el particular que ejerce funciones públicas también debe ser mirada desde el punto de vista funcional y normativo y no simplemente causal. En tal forma, observemos en los numerales siguientes la relación de los principios y elementos de la imputación objetiva con el Derecho disciplinario y su posible incidencia en la estructura de la responsabilidad.

### 4.1 La relación de causalidad y conducta típica disciplinaria

Como se recordará, en la relación de causalidad se deben mirar la causalidad adecuada y la relevancia típica.

Así, frente a la causalidad adecuada, no habría conducta típica disciplinaria cuando una secretaria de un alto servidor público del Estado, sin el visto bueno de su jefe, autoriza

---

70 VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 609.

71 *Ibidem*.

72 *Ibidem*.

73 ANARTE BORRALO, "Causalidad e imputación objetiva", en VELÁSQUEZ V, FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 610.

a que una persona –que en anteriores oportunidades los ha visitado–, ingrese al despacho, con la mala fortuna de que le dispare a dicho funcionario y le cause la muerte. Sin duda alguna, la imprudencia de la secretaria es una causa de la muerte de su jefe, pero ante la alta improbabilidad de que su descuido iba a generar dicho resultado, es incorrecto aseverar que la secretaria infringió su deber funcional.

De la misma manera y al margen del resultado, tampoco habría la realización de otra falta disciplinaria de mera conducta, pues si se suprime mentalmente el resultado, la autorización del ingreso, sin el respectivo visto bueno, de una persona que normalmente lo visitaba no tiene la importancia suficiente para considerarse la infracción de un deber funcional.

Respecto a la relevancia típica, no habría infracción del deber funcional cuando un oficial ordena a dos soldados que se desplacen en un vehículo de unas instalaciones militares a otras con el fin de que se pongan a órdenes de un general, pero con la mala fortuna de que en el recorrido dichos soldados sufren un atentado terrorista. Así, la orden del superior es causa del resultado, pero su actuar no puede considerarse como relevante desde el punto de vista típico.

De esa manera, entre la conducta y el resultado debe haber una necesaria correlación que explique en forma satisfactoria por qué el resultado es producto de la infracción del deber del servidor público. Para el caso de la falta disciplinaria gravísima contenida en el numeral 3.º del artículo 48 del Código Disciplinario Único, por ejemplo, se ha dicho que “el resultado producido debe surgir como efecto de esa infracción al deber objetivo de cuidado; con ello queda claro la necesaria relación de conexión entre el hecho de infringir el deber de cuidado y el resultado que se termina produciendo”<sup>74</sup>.

## 4.2 La creación de un riesgo jurídico relevante

### 4.2.1 Eventos de disminución de riesgo y su posible relación con la colisión del deber funcional con un Derecho ajeno más importante

Recuérdese que los eventos de disminución de riesgo son aquellas situaciones en que se da una intervención que modifica un curso causal lesivo ya puesto en marcha, que mejora la situación de la víctima.

---

74 SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIO MANUEL; YATE CHINOME, DIOMEDES y DÍAZ BRIEVA, ÁLVARO, *Derecho Disciplinario*. Parte Especial. Estudio Sistemático de las faltas gravísimas, Ediciones Nueva Jurídica, 2009, p. 29.

Así, por ejemplo, si un servidor público empuja a otro por unas escaleras y le causa lesiones personales, pero lo hace para evitar que sea alcanzado por un proyectil de un arma que ejecutó un tercero, está, sin lugar a dudas, disminuyendo un riesgo que mejora la situación de su compañero de trabajo.

De tal forma, se trata de una colisión del deber funcional con un derecho de mayor importancia, conforme a lo establecido en el numeral 4 del artículo 28 del Código Disciplinario Único, situación hipotética que tanto desde el punto de vista de la imputación objetiva como de la teoría de las causales de exclusión de responsabilidad harían considerar atípica la conducta.

#### *4.2.2 Los casos de acciones que no suponen una creación “jurídicamente” significativa del riesgo, lo cual supondría la realización de conductas disciplinariamente irrelevantes*

Como se trata de aquellos comportamientos cotidianos y normales, calificables de espontáneos o rutinarios, piénsese en todas aquellas situaciones que en el día a día deben cumplirse en el ámbito de la función pública. Así, por ejemplo, los proyectos de los abogados que al final se convierten en decisiones de las autoridades y que posiblemente pueden generar consecuencias jurídicas adversas contra las entidades no son situaciones significativas de riesgo en condiciones normales. De igual manera, la utilización de algunos elementos de tecnología en el trabajo, como los computadores, es una actividad cotidiana y necesaria. De la misma forma, las actividades físicas ordenadas por los militares a sus subalternos constituyen una actividad normal y rutinaria.

Así, en los ejemplos propuestos, si se condena a la entidad por la expedición de un acto, si se producen fallas en los equipos de cómputo por el simple paso del tiempo o si algún uniformado sufre alguna lesión deportiva, dichas situaciones corresponden a resultados indeseables, pero ellos no pueden ser imputados a la supuesta infracción de un deber funcional de algún servidor público, pues las conductas que antecedieron a dichos resultados no son por sí solas acciones que supongan una creación “jurídicamente” significativa del riesgo para que se pueda considerar una supuesta infracción del deber funcional del respectivo servidor público.

Como lo explica JAKOBS, “todo contacto social entraña un riesgo”<sup>75</sup>, pero ello no significa que en todos los casos aquellos tengan una importancia desde el punto de vista jurídico, pues así sería imposible el desenvolvimiento de los servidores públicos que deben cumplir innumerables actividades para que se puedan lograr los fines del Estado.

---

75 JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1994, reimp. febrero de 1995, p. 37.

De esa manera, esas actividades normales a cargo del servidor público que no son significativas se conocen como conductas disciplinariamente irrelevantes, situación que ni siquiera ameritaría la apertura de una actuación disciplinaria y, por el contrario, la expedición de una decisión inhibitoria en los términos establecidos en el parágrafo 1.º del artículo 150 del Código Disciplinario Único.

#### *4.2.3 Situaciones de creaciones de riesgo “insignificantes”, las cuales serían únicamente conductas que contrarían en menor grado el orden administrativo*

Podemos destacar aquí aquellas conductas creadoras de un determinado nivel de riesgo, pero que es insignificante. En el campo del Derecho disciplinario y desde el enfoque del deber funcional como el eje de la responsabilidad, se trata de aquellos casos que contrarían en menor grado el orden administrativo en cada dependencia, sin afectar los deberes funcionales.

Estas situaciones, conforme lo indica el artículo 51 del Código Disciplinario Único, ameritan únicamente que el jefe inmediato llame la atención al respectivo servidor público sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno, situación que conforme a dicha norma no puede generar antecedente disciplinario. En otras palabras, es una conducta que tampoco amerita el inicio formal de la actuación disciplinaria.

Pensemos en el ejemplo de la funcionaria de aseo y cafetería que por su descuido deja caer al piso algunas piezas de una vajilla que en ese momento se encontraba lavando, situación que no puede considerarse como una infracción del deber funcional.

Ahora bien, desde el punto de vista de la imputación objetiva, ese mismo ejemplo tampoco daría lugar a la configuración de un ilícito disciplinario, aun cuando esa misma conducta, conforme a un enfoque puramente causal, genere un resultado mucho mayor. Así, tal sería el caso de que otro funcionario ingrese a la cafetería en el momento en que se caen los platos y que por los residuos y líquidos en el suelo, ocasionados por el infortunio, resbale y caiga al piso, ocasionándose algunas heridas con las partes filosas de las piezas que acabaron de romperse.

#### *4.2.4 Los cursos causales hipotéticos como situaciones que podrían significar la no configuración del ilícito disciplinario*

Recordemos lo dicho por WOLFGANG FRISCH, en el sentido de que los casos de las causas sustitutivas hipotéticas son excepcionales, pues por regla general los resultados deben imputarse a los comportamientos típicos. Lo más común es que los cursos causales hipotéticos puedan justificar la no imputación del resultado cuando los comportamientos son imprudentes y cuando razonadamente se pueda explicar que la intervención lícita de un tercero o un suceso natural de todas maneras iban a producir el resultado.

Al respecto, traigamos el ejemplo de la persona que va con exceso de velocidad por una vía de la ciudad y por esa razón atropella y da muerte a un sujeto peligroso que en ese momento huía de las autoridades, el cual muy seguramente iba a morir a causa de algunos disparos que instantes antes le había propinado la Policía. En tal forma, si el conductor es un servidor público en ejercicio de sus funciones, no sería necesario ni adecuado imputar dicho resultado a su comportamiento, con lo que no habría la configuración de un ilícito disciplinario.

Incluso, creemos que podría haber casos de cursos causales hipotéticos ocasionados por la intervención ilícita de terceros que permitiría concluir la no imputación objetiva del resultado. En efecto, dicha posibilidad podría encuadrarse en el caso del oficial de la Fuerza Aérea quien desde la nave y en ejercicio de operaciones militares dirige de forma imprudente una bomba hacia una casa en donde se presumía que se encontraban miembros de la guerrilla. Una vez verificado el lugar se encuentra que efectivamente había algunos guerrilleros, pero también un civil que dicha fuerza ilegal tenía en su poder. El resultado: cinco guerrilleros muertos y un civil que estaba en condición de retenido. Sin embargo, las pruebas demuestran que los guerrilleros estaban a punto de ejecutar a dicha víctima, pues en la escena había otros dos cuerpos de civiles que momentos antes habían sido ejecutados con tiros de gracia. En tal forma, el curso causal hipotético razonablemente llevaría a pensar que en una altísima probabilidad el resultado muerte del tercer civil se iba a presentar aun sin el lanzamiento de la bomba desde el avión.

#### *4.2.5 El riesgo permitido y su relación con la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, como hecho configurador de la culpa gravísima*

Así como en el ámbito de las relaciones generales de sujeción la creación de peligros es inherente a toda forma de interacción de una comunidad organizada, estos tampoco son ajenos al ámbito de la función pública, en la cual los servidores públicos deben tomar decisiones, pese a la generación de determinados riesgos.

No obstante, la actividad del servidor público está circunscrita por las funciones detalladas en la ley y en los reglamentos, a fin de que cada quien cumpla su rol conforme a las condiciones y capacidades del respectivo cargo público que se ocupe. Así, el servidor público debe ceñirse a lo estrictamente contenido en el ordenamiento jurídico, sin que pueda extralimitarse de sus funciones y con total observancia de las reglas que aquel le impone. En tal forma, cuando la actividad a desempeñar por parte del servidor público es reglada de manera concreta (en sentido amplio cualquier función lo es), con mayor esmero debe cumplir las reglas de obligatorio cumplimiento, pues su inobservancia puede dar lugar a la configuración de la culpa gravísima, en los términos establecidos en el párrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único.

En ese orden de ideas, varias actividades pertenecientes al ámbito de lo público pueden generar riesgos, pero ellos son y deben ser tolerados, si se observan unos estándares

mínimos, para lo cual muchas veces y de manera previa son fijados a través de precisas pautas de comportamientos y de reglas de ineludible cumplimiento.

Así sucede, a manera de ejemplo, con las operaciones de los militares y los miembros de la Policía Nacional, pues, además de que todos están limitados por sus deberes impuestos en estatutos especiales del disciplina (Ley 836 de 2003 y Ley 1015 de 2006, respectivamente), deben observar con extremo cuidado las reglas impuestas por otros instrumentos normativos. Así ocurre con los decálogos de seguridad en el manejo de las armas o los instructivos o resoluciones internas para la realización de las respectivas operaciones militares y policiales. En tal sentido, de no observarse una regla mínima de obligatorio cumplimiento como lo es no manipular armas de fuego en lugares cerrados, por ejemplo, podría configurarse la culpa gravísima de aquel servidor público que le propina un disparo a otro compañero en un salón de clase. Igual situación podría ocurrir en el caso de que integrantes de un cuerpo policial disparen de forma apresurada sobre un conductor que pasa por la vía sin que se hagan las respectivas advertencias para que detenga el vehículo, verificándose que la víctima no tenía algún propósito de huir del requerimiento policivo.

#### **4.3 La concreción del riesgo en el resultado o la relación de riesgo, situación que podría desvirtuar la ilicitud sustancial de la conducta disciplinaria o producir un cambio en la adecuación típica**

Como se pudo concluir, siguiendo a FRISCH, es necesario que la concreción del riesgo en el resultado esté dada por dos requisitos:

1. Entre la acción y el resultado debe haber una prueba de explicación para determinar la correlación entre ambas categorías y, en especial, para determinar unos criterios a fin de perfilar las dimensiones de una creación de riesgo.
2. La prueba de explicación deberá preguntarse si esa conducta era *necesaria e idónea* para la producción de los determinados cursos causales que se activan con la realización de esa conducta.

Así las cosas, si un ordenador del gasto adjudica un contrato a una persona en quien concurre una causal de inhabilidad, dicho servidor público debe responder por el comportamiento establecido en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, que corresponde a participar en la etapa contractual con desconocimiento de los principios de la contratación estatal. Sin embargo, si el objeto del contrato se cumple, como podría ser la entrega de algunos equipos de cómputo, pero después se advierten defectos de fabricación o fallas de funcionamiento, dicho resultado no tendría relación con el comportamiento de haber contratado sin la observancia del principio de transparencia.

En cuanto a la necesidad e idoneidad, pensemos en el ejemplo del servidor público que en un día de elecciones debe ejercer control de acompañamiento en las mesas de votación. Así, este funcionario debe además supervisar la actividad de control que tienen que ejercer otros cuatro funcionarios subalternos. Sin embargo, de manera irresponsable y con el fin de obtener algunas dádivas, el funcionario coordinador autoriza a que los cuatro funcionarios se retiren a sus casas antes de que culminen los comicios electorales. No obstante, si en el recorrido a sus viviendas estos funcionarios son atracados por ladrones, los resultados de dicha situación no podrían ser atribuibles a la conducta del primer servidor público, pues a pesar de que hubo un comportamiento irregular de extralimitación de funciones y de solicitud indebida de dádivas (numeral 3.º del artículo 35 del Código Disciplinario Único), dicha conducta no es idónea ni necesaria para producir los resultados relacionados con el atraco, a pesar de haber sido una condición causal. En otras palabras, el resultado atraco no corresponde con el riesgo creado.

#### **4.4 El alcance del tipo o fin o ámbito de protección de la norma en materia disciplinaria**

Como se recordará, en materia penal algunos resultados no están cobijados por el ámbito de protección de la norma. Así, los casos de autopuesta en peligro, el consentimiento en una autopuesta en peligro, el traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno, los daños posteriores sobrevinientes y los casos de *shock* son situaciones que deben estar por fuera del alcance del respectivo tipo penal.

En materia disciplinaria, creemos que es muy difícil que los casos de autopuesta en peligro y el consentimiento en una autopuesta en peligro puedan descartar la atribución del resultado a determinado incumplimiento del deber del servidor público. En efecto, quien actúa a nombre del Estado está en una situación diferente a la de cualquier particular. Así, el servidor público, pese a comprobarse el desvalor de acción, no podría justificarse diciendo que en determinado caso un particular se quiso poner en peligro o menos que dio su consentimiento asumiendo los riesgos de dicha situación.

En tal forma, si quien incita a determinado sujeto para que se tire a nadar en un charco muy profundo de un río caudaloso es un servidor público en el ejercicio de sus funciones, creemos que, contrario a un particular, debe ser responsable, muy a pesar de que la víctima sea conocedora del peligro. En tal sentido, es perfectamente posible considerar que quien actúa en nombre del Estado en dicha situación tiene unos deberes de salvamento, por lo que, contrario a la hipotética situación, debe hacer todo lo que esté a su alcance para proteger la vida e integridad del particular.

De la misma manera, si miembros de la Policía tienen retenido a un particular, y este hipotéticamente da su consentimiento para que le inflijan dolores y heridas porque le producen placer, el consentimiento de esta persona no podrá descartar la atribución del resultado lesiones a la clara extralimitación en cabeza de los uniformados.

En cambio, una situación distinta puede darse en los eventos del traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno, los daños posteriores sobrevinientes y los casos de *shock*.

En cuanto al traslado de riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno, piénsese en el ejemplo del director de un centro de reclusión que en un primer momento no autoriza la remisión de un interno a un centro médico por un grave estado de salud. Si después autoriza la salida, pero se verifica que su no envío oportuno se debió a la negligencia del personal que tenía que hacer los registros en los respectivos libros y los encargados de la ambulancia, el eventual resultado muerte por la no intervención médica se trasladaría a la conducta del personal que retrasó injustificadamente el transporte del enfermo.

Respecto de los daños posteriores sobrevinientes, está claro que ni en materia penal ni disciplinaria puede ser procedente la imputación de un resultado desde el punto de vista funcional y normativo, pues la relación entre acción y resultado se desvanece, muy a pesar de una correlación meramente causal. A manera de ejemplo, si el interventor de un contrato no exige la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad (falta gravísima en virtud de lo establecido en el numeral 34 del artículo 48 del CDU), los eventuales daños que con el pasar de los años se puedan presentar no podrán ser imputables a dicha conducta, siempre y cuando razonablemente se concluya que dicha situación obedeció a otra serie de factores, como los desgastes o defectos de funcionamiento no cubiertos por las respectivas garantías en los plazos estipulados.

Por último, resulta comprensible que los casos de *shock* tampoco puedan atribuirse a eventuales comportamientos que constituyan faltas disciplinarias, situaciones que en la actualidad pueden resolverse mediante el reconocimiento de la primera causal de ausencia de responsabilidad contenida en el artículo 28 del Código Disciplinario Único, referida a los eventos de fuerza mayor y caso fortuito.

#### **4.5 El principio de confianza y su relación con las conductas constitutivas de posición de garante**

El servidor público también puede esperar que los demás funcionarios se comporten conforme a los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico, pues aquel debe confiar en que cada quien ejercerá fielmente su rol y función, en respeto del vínculo especial de sujeción que se ha adquirido con el Estado, al momento de ocupar el respectivo cargo.

En ese sentido, en el ejemplo de que un secretario de obras públicas cometa irregularidades en un proceso contractual, no podrá haber imputación alguna del resultado a cargo del gobernador si se demuestra que este ejerció de manera permanente y correcta los deberes de vigilancia y control, por estar en una posición de garante.

Sobre este especial aspecto, recuérdese que, de conformidad con el inciso segundo del artículo 27 del Código Disciplinario Único, el servidor público que esté en posición de garante tiene el deber jurídico de impedir los resultados, cuando aquel esté en posibilidades de hacerlo, pues de lo contrario ello será equivalente a producirlo.

En cuanto a los casos de posición de garante, la doctrina de la Procuraduría General de la Nación de manera reciente ha dicho lo siguiente:

Ahora bien, producto de esta conclusión, de la cual se debe darle 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.

(...)

De esa manera, obsérvese que entre un alcalde de municipio y su secretario de Hacienda, o respecto de aquel funcionario que es encargado de las funciones de esa dependencia, debe existir una coordinación de la cabeza de la entidad –alcalde del municipio–, porque entre ellos existe una relación jerárquica, en el entendido de que el alcalde es el nominador de su secretario y porque entre estos dos funcionarios no existe un funcionario intermedio. Si así son las cosas, *para la Sala es claro que el alcalde del municipio, respecto de su secretario de Hacienda o del funcionario que ejerce las funciones de dicha dependencia, tiene potestades y deberes de orientación e instrucción, lo que indubitablemente, como jefe de la administración, lo coloca en una posición de garante*<sup>76</sup>.

De tal forma, los deberes de quien está en posición de garante se limitan al efectivo control y seguimiento respecto de los funcionarios subalternos. Así, quien cumple de manera razonable sus deberes de control y vigilancia puede esperar, en virtud del principio de confianza legítima, que el funcionario subalterno cumplirá de manera adecuada sus funciones, por lo que en caso de que este último cometa una irregularidad que esté por fuera del alcance del efectivo control a cargo del superior, dicho resultado no podrá atribuírsele.

---

76 Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. Fallo de segunda instancia del 20 de diciembre de 2012. Proceso disciplinario IUS 2010 – 143714 – IUC 792 – 267728.

#### 4.6 El principio de insignificancia o casos de “nimia ilicitud disciplinaria”

En materia disciplinaria, el profesor GÓMEZ PAVAJEAU también ha puesto de presente los casos de “nimia ilicitud disciplinaria”<sup>77</sup>. En tal sentido, se trata de aquellos casos en los que existe contrariedad de la norma y en principio la afectación del deber funcional, pero ella no es suficiente para considerarla sustancial.

Al igual que con las creaciones de riesgo “insignificantes”, el principio de insignificancia o de “nimia ilicitud sustancial” son situaciones que contrarían en menor grado el orden administrativo, por lo que únicamente es necesario dar aplicación a lo establecido en el artículo 51 del Código Disciplinario Único<sup>78</sup>.

La diferencia entre las creaciones de riesgo insignificantes y el principio de “nimia ilicitud sustancial” es que en la primera el riesgo creado no es de trascendencia, independientemente del resultado –que en ocasiones puede ser mucho mayor–, mientras que en el segundo la insignificancia se predica incluso del eventual resultado.

Así, si un servidor público por su descuido da lugar a que se extravíen o dañen algunos elementos de oficina (por ejemplo, cosedoras o perforadoras) ese resultado no afecta de manera sustancial los deberes funcionales, pues se trata de bienes que son de consumo y que fácilmente el servidor público puede reemplazar sin que por ello se genere una irregularidad relacionada con los respectivos inventarios de la entidad.

A pesar de que es un criterio referido a la cantidad, dicha situación para el campo del Derecho disciplinario no debe confundirse con la antijuridicidad material, pues no hay duda de que esta es una categoría totalmente incompatible con la estructura de la responsabilidad disciplinaria. En efecto, partiendo de las diferencias entre el injusto penal y el ilícito disciplinario, es claro que la insignificancia deber ser entendida como la no afectación considerable del deber funcional, pues dichos comportamientos no revisten la condición de un desvalor de acción que amerite la formulación de un reproche<sup>79</sup>.

---

77 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, en su IV Curso de formación judicial inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República. Promoción 2009. Segundo módulo. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. p. 146.

78 “Artículo 51. *Preservación del orden interno*. Cuando se trate de hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará por escrito la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno. Este llamado de atención se anotará en la hoja de vida y no generará antecedente disciplinario. En el evento de que el servidor público respectivo incurra en reiteración de tales hechos habrá lugar a formal actuación disciplinaria”. Jurisprudencia: La Corte Constitucional, por sentencia C-124/03, ordenó estarse a lo resuelto en anterior C-1076/02, mediante la cual declaró exequibles el inciso 1º, salvo la expresión tachada, que declaró inexecutable, y el inciso 2º, salvo la expresión tachada que también declaró inexecutable. Además, por sentencia C-252/03, ordenó estarse a lo resuelto mediante sentencia C-1076/02, por la cual declaró inexecutable el inciso 3º.

79 No se debe considerar la configuración del ilícito disciplinario, por no cumplirse el juicio axiológico a la

#### **4.7 En materia disciplinaria, el principio de la adecuación “social” debe entenderse como el principio de adecuación “funcional”**

El principio de adecuación social en materia penal permite hacer un juicio de ponderación entre bienes jurídicos en conflicto, para saber cuáles comportamientos son socialmente adecuados<sup>80</sup>. Es decir, en algunas ocasiones se acepta la afectación de un determinado bien jurídico, si se demuestra que dicha situación es más útil en procura de salvaguardar otro bien jurídico de mayor importancia.

En tal forma, en el campo del Derecho disciplinario, algunas ponderaciones de similar naturaleza son frecuentes y necesarias. En efecto, todos los días los servidores públicos se ven obligados a escoger el cumplimiento de un determinado deber funcional por ser más importante que otro que se sacrifica.

Para las conductas disciplinarias que pueden generar un resultado disvalioso, piénsese, por ejemplo, en los uniformados que deben romper las ventanas o puertas de una casa para rescatar a un menor de edad que posiblemente se encuentra en peligro o abandonado. Así mismo, aquel conductor-escolta que maneja un automotor a exceso de velocidad, golpeando otros vehículos, porque en su interior lleva a algún personaje con destino a un hospital, en la medida en que acaba de sufrir un atentado. Sin lugar a dudas, en las hipótesis mencionadas, los deberes de no atentar y dañar bienes de propiedad de particulares quedan relegados frente al deber de salvar la vida de terceros.

#### **4.8 La prohibición del regreso**

Consideramos que la prohibición de regreso en materia disciplinaria debe tener algunas limitaciones, por los especiales deberes a los que están obligados los servidores públicos. En efecto, la acción posterior y dolosa de un tercero no justifica ni explica en forma satisfactoria un eventual primer comportamiento a cargo del servidor público de manera culposa.

Por ejemplo, si un funcionario de manera imprudente deja un vehículo mal estacionado y sin seguridad, su conducta no queda eximida en el evento de que un tercero se hurte el vehículo. De igual forma, si un militar descuida su arma de dotación y un particular

---

manera expuesta por el profesor GÓMEZ PAVAJEAU, “Fundamentos del Derecho Disciplinario. Colección de Derecho Disciplinario”, vol. 4, Ediciones Nueva Jurídica, 2012, pp. 146 y 147. De la misma manera, por no afectarse los principios de la función administrativa, tal y como lo concibe el actual procurador general de la nación, ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. “Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. 1ª ed. Bogotá, Colombia. 2009. p. 16.

80 VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., Librería Jurídica COMLIBROS, 2009, p. 607.

se apodera de ella, esta acción dolosa no será suficiente para desvirtuar la imputación de dicho resultado. De la misma manera, si un ordenador del gasto adjudica un contrato a una empresa sin capacidad y sin verificar su habilitación para poder contratar con el Estado, la inobservancia de dicho servidor no se justificará por la inequívoca intención del contratista para no cumplir con el objeto del contrato.

En tal forma, el punto de quiebre está en demostrar que el comportamiento del servidor público no fue imprudente o culposo. En tal sentido, si a pesar de que la conducta fue condición meramente causal de determinado resultado, pero no hubo un desvalor de acción en forma imprudente, el respectivo resultado no podrá ser imputado si se comprueba la acción posterior y dolosa de un tercero.

Ejemplo de lo anterior sería el caso de aquellos guardianes del INPEC que trasladan a un interno observado todas las normas debidas de seguridad, entre ellas la ruta previamente analizada. Si por razones relacionadas con el tráfico los guardianes deciden cambiar de ruta y por el nuevo camino se presenta un atentado terrorista a raíz del cual el retenido muere, dicho resultado no podrá imputarse a la acción de los funcionarios que lo custodiaban.

Igual situación puede presentarse en los casos de la delegación de funciones de un servidor público a otro. En efecto, si en el respectivo acto se dejó clara la delimitación y el objeto de la delegación, y además el delegante cumple cabalmente sus deberes de vigilancia y control, aquellas irregularidades que cometa el delegado de forma clandestina y fraudulenta, sin posibilidades normales de detección, no podrán ser atribuidas como resultado desde el punto de vista funcional y normativo. Es lo que el profesor GÓMEZ PAVAJEAU explica de la siguiente manera: “Si pese a estas medidas –de vigilancia y control, se agrega– el delegado desvía arbitraria y clandestinamente el aporte del delegante hacia un curso dañoso para la Administración, sin que éste tenga la posibilidad de enterarse de lo que está sucediendo, solo aquél responde, pues en favor del delegante se configura una prohibición de regreso”<sup>81</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

En el cumplimiento de los fines propios del Estado Social y Democrático de Derecho, cada una de las entidades que conforman la organización administrativa tiene un objetivo institucional determinado y en ellas aparece el servidor público como el principal

---

81 Se daría lo que se denomina como “la prohibición de regreso”, principio básico de la imputación objetiva: “11) Si pese a estas medidas el delegado desvía arbitraria y clandestinamente el aporte del delegante hacia un curso dañoso para la Administración, sin que este tenga la posibilidad de enterarse de lo que está sucediendo, solo aquel responde, *pues en favor del delegante se configura una prohibición de regreso*”: GÓMEZ PAVAJEAU, *Ibíd*em, p. 62.

protagonista, quien a través de sus deberes y funciones permite poner en marcha la ejecución de dichas misiones tan importantes.

En tal sentido, el Derecho disciplinario se constituye en una herramienta de control del cumplimiento del deber funcional establecido para cada servidor público, el cual emana de la propia Constitución. Así, el artículo 122 de la Carta Política proscribire la existencia de empleos públicos que no tengan funciones detalladas, mientras que el artículo 123 prescribe que los servidores públicos ejercerán las funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. De similar manera, se estableció que los particulares que ejerzan funciones públicas tendrán un régimen aplicable, cuya reglamentación fue conferida a la ley.

Así las cosas, la teoría de la imputación objetiva, desarrollada como un elemento configurador de la teoría del delito, sirve para limitar la responsabilidad disciplinaria, pues en el ámbito de la función pública suelen presentarse muchos resultados indeseados, pero no todos pueden siempre ser atribuidos a las conductas desplegadas por quienes actúan a nombre del Estado.

De esa manera, quedó visto cómo es necesario que el Derecho penal se interprete de conformidad con los fines y funciones que cumple el Derecho en la sociedad y que el análisis de las conductas creadoras de riesgo que afectan o ponen en peligro bienes jurídicos no pueden mirarse desde el punto de vista simplemente causal.

Pues bien, en materia disciplinaria, también es necesario que el análisis de la conducta constitutiva de la infracción del deber funcional se haga desde el punto de vista funcional y normativo, con el fin de que se pueda verificar si en determinados casos algunos resultados pueden ser atribuidos o no al comportamiento irregular del servidor público, ejercicio que permitirá adoptar decisiones con un contenido más objetivo y racional en procura de una correcta utilización de esta expresión de Derecho sancionador.

La doctrina y la jurisprudencia han dado cuenta de la necesaria, inocultable e imprescindible diferencia entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, pues el primero está en función de la protección de los bienes jurídicos, mientras que el segundo está establecido para que el servidor público cumpla de forma adecuada sus deberes funcionales, con el fin de procurar la buena marcha de la administración pública. Sin embargo, en la medida en que en una y otra especie de Derecho sancionador se investigan y se juzgan conductas humanas, la imputación objetiva se debe emplear para racionalizar y delimitar los alcances de esa particular facultad en cabeza del Estado, la cual interviene de manera drástica en los derechos de quienes son sujetos pasivos del ejercicio del *ius puniendi*.

Tenemos claro que en materia disciplinaria la finalidad que persigue el Estado es muy concreta: el asunto se limita al encauzamiento de la conducta de los destinatarios de la ley disciplinaria. Dicho de otro modo: que los servidores públicos o los particula-

res que ejercen funciones públicas muestren y procuren disciplina, respetando unas reglas mínimas que deben tenerse en cuenta antes, durante y después de la ocupación de cualquier cargo perteneciente al ámbito de la función pública. Por ello, el principal instrumento con que cuenta el Estado es de carácter normativo: el agente del Estado está compelido a observar la norma subjetiva de determinación, esto es, aquella que le orienta a que cumpla sus deberes funcionales, a que no se extralimite en el ejercicio de sus derechos y funciones, a que no incurra en prohibiciones y ciertos comportamientos contrarios a la ética y disciplina que debe observar el servidor, y a que respete unas reglas mínimas sobre inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses.

Pese a ello, en algunas ocasiones, el desvalor de acción desplegado por el servidor público puede llevar aparejado un resultado indeseado, el cual en muchos casos puede ser decisivo para determinar si es razonable o no atribuir la responsabilidad disciplinaria o si esta puede cambiar de forma considerable, aspectos que indiscutiblemente incidirán en la sanción a imponer.

En ese orden de ideas, en el caso de 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.

De ese modo, el presente trabajo tuvo por alcance efectuar una comparación de las principales instituciones de la teoría de la imputación objetiva con la estructura de la responsabilidad disciplinaria. Así, se pudo observar que, cuando se trata de infracciones al deber funcional y la ocurrencia de determinados resultados, varios de los principios y elementos de la imputación objetiva desarrollados por el Derecho penal pueden resultar aplicables al momento de analizar la estructuración del ilícito disciplinario y su culpabilidad.

En efecto, se pudo concluir que la relación de causalidad y la conducta típica disciplinaria son condiciones absolutamente necesarias pero no suficientes, pues pensar lo contrario sería relegar al Derecho disciplinario a una visión meramente causal, sin caer en la cuenta de que esta especie de Derecho sancionador está construido por categorías esencialmente normativas, en las cuales los datos ontológicos son insuficientes.

De la misma manera, quedó demostrado que muchos de los principios de la imputación objetiva tienen un relativo desarrollo conforme a las instituciones actuales de la estructura de la responsabilidad disciplinaria. En tal sentido, vimos cómo algunas conductas creadoras de riesgo insignificantes eran comportamientos disciplinarios irrelevantes;

eventos de disminución de riesgo que podían ser casos de colisiones del deber funcional con derechos más importantes; conductas creadoras de riesgo, pero que correspondían a comportamientos que contrarían en menor grado el orden administrativo.

Por otra parte, se estudiaron otras instituciones que pese a no contar con un expreso desarrollo legal pueden tener plena aplicabilidad en el análisis de la responsabilidad. Así, por ejemplo, los eventos de cursos causales hipotéticos como situaciones que podrían significar la no configuración del ilícito disciplinario. Igualmente, ciertos tipos de riesgos permitidos que podrían desvirtuar la ilicitud sustancial de la conducta disciplinaria o producir un cambio en la adecuación típica. De igual modo, eventos de infracciones al deber funcional que podrían generar algunos resultados, pero no cobijados por el ámbito de protección de la norma en materia disciplinaria.

De similar modo, se revisaron algunas instituciones de la imputación objetiva que pueden tener una relación más estrecha con la ilicitud sustancial y la culpabilidad. En cuanto a lo primero, se analizaron los principios de insignificancia y adecuación funcional, elementos esenciales que permiten efectuar una mejor valoración objetiva en cuanto a lo que debe entenderse por la antijuridicidad en el campo disciplinario. Respecto a lo segundo y relacionado con la culpabilidad, se revisaron los principios de confianza y la prohibición de regreso, auténticas manifestaciones, entre muchas otras, del principio de responsabilidad subjetiva que igualmente caracteriza a esta especial especie de Derecho sancionador.

En fin, la propuesta efectuada en el presente trabajo corresponde a una serie de elementos que en el campo del Derecho disciplinario pueden resultar novedosos y, hasta si se quiere, sumamente complejos. De ahí la dificultad para encontrar ejemplos en decisiones disciplinarias. Sin embargo, consideramos que la inocultable simpleza de algunas situaciones que fueron recreadas sí pueden generar un efecto significativo y decisivo para reafirmar que es necesario que se continúe el estudio y desarrollo de estos aspectos académicos en procura de alcanzar una teoría propia de la imputación objetiva en el Derecho disciplinario.