

**LA POSICIÓN DE GARANTE EN TRATÁNDOSE DE LOS DELITOS
IMPROPIOS DE OMISIÓN COMETIDOS POR LOS MILITARES POR
INCUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES.**

***Análisis de la Sentencia SU-1184 de 2001.**

María Isabel Daza López

UNIVERSIDAD EAFIT

Escuela de Derecho

2013

**LA POSICIÓN DE GARANTE EN TRATÁNDOSE DE LOS DELITOS
IMPROPIOS DE OMISIÓN COMETIDOS POR LOS MILITARES POR
INCUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES.**

***Análisis de la Sentencia SU-1184 de 2001.**

MARIA ISABEL DAZA LOPEZ

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar el título
de Magister en Derecho Penal**

Asesor: ALFONSO CADAVID QUINTERO

MEDELLIN

UNIVERSIDAD EAFIT

Escuela de Derecho

2013

LA POSICIÓN DE GARANTE EN TRATÁNDOSE DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN COMETIDOS POR LOS MILITARES POR INCUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

***Análisis de la Sentencia SU-1184 de 2001.**

María Isabel Daza López

Sumario:

Introducción

Capítulo 1

1. Consideraciones preliminares de la Omisión. 2. Formas de omisión: a. omisión propia, b. omisión impropia, requisitos y su problemática central. 3. Significado de la expresión Posición de garante. 4. Fuentes de la posición de garante. 4.1. Teorías formales. 4.1.1 La ley. 4.1.2. El contrato. 4.1.3. Comunidad de vida o relaciones estrechas de comunidad. 4.1.4. Injerencia o hacer precedente. 4.2. Teoría de Kaufmann. 4.3. Teoría sobre el ámbito de dominio. 4.4. Teoría de los roles de Jakobs.

Capítulo 2

5. La omisión impropia en Colombia y el artículo 25 del Código Penal Colombiano (aciertos y desaciertos). 6. Sentencia SU 1184 de 2001. 6.1. Aplicación de la problemática de la omisión impropia al caso específico de los militares, cuando sus subalternos cometen hechos punibles. 6.1.1. ¿Es aplicable en estos casos el artículo 25 del código Penal? 6.1.2. ¿Es aplicable el Derecho Internacional? 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

RESUMEN

La posición de garante como criterio diferenciador y fundamentador entre las omisiones impropias y las propias, es un tema desarrollado en el cuerpo del presente trabajo; además de analizar cada una de sus fuentes, desde las primeras en aparecer en el tiempo hasta aquellas más novedosas y que han sido acogidas por la doctrina y jurisprudencia internacionales.

Se analizó la posición de garante que se les endilga a los militares, teniendo como objeto el artículo 25 del código penal colombiano, de orientación mixta, porque adopta tesis formales y materiales; así como también la posición del derecho penal internacional para atribuirles responsabilidad a los militares cuando omiten el deber constitucional de protección a los bienes jurídicos que se les ha encomendado y la vigilancia de fuentes de peligro para esos mismos derechos fundamentales de la población, acogiendo de esta manera la teoría de Kaufmann. Sin embargo, es menester aclarar, que al hablar de los roles o funciones legales o de la competencia institucional de los militares (tesis de Jakobs) se vuelve a las tesis formales, específicamente a la ley.

Posición de garante, protección de bienes jurídicos, vigilancia de una fuente de riesgo, competencia institucional.

INTRODUCCION

Encontrar una respuesta satisfactoria al mismo interrogante que se han planteado a lo largo de años varios y por sobresalientes autores acerca del motivo que lleva al operador jurídico, al catedrático y estudioso de la ciencia del Derecho Penal a otorgar el mismo tratamiento al garante que omite con su conducta la protección o indemnidad del bien jurídico que aquél que con toda intención y conocimiento (si se opta por esta definición del dolo) ha quebrantado el equilibrio social, ha sido tal vez, motivo de desvelo para muchos y con toda razón, dado que a prima facie no resulta lógico dar el mismo tratamiento a acción y omisión cuando etimológicamente resultan ser totalmente contrarios.

Lastimosamente, la evolución de la sociedad y con ella la jurisprudencia y doctrina no han dado solución a esta problemática y casi que nos encontramos en el mismo punto de partida del que hablaba Gimbernat en 1997 refiriéndose a Stratenwerth "*...lo único seguro en los delitos impropios de omisión es que no hay nada seguro.*"

Todo ello, trae como consecuencia que se adopten para cada caso concreto soluciones ad hoc, creando obviamente inseguridad jurídica en el operador jurídico y peor aún en el destinatario final del Derecho Penal.

La cláusula de equiparación, ha sido un intento por facilitar la aplicación de estos delitos omisivos impropios, pero de ninguna manera resuelve la problemática inicial: ¿por qué tendríamos que dar el mismo tratamiento al autor de una conducta activa a aquél que omite hacerla? No desconozco que sea una salida, sobre todo porque constituye una dádiva para aquéllos que buscan constantemente el valor justicia; sin embargo y pese a ello, no soluciona el interrogante planteado a lo largo del presente trabajo sobre violación al principio de legalidad por ausencia de regulación expresa en el sentido de que no se

dilucida quienes ostentan posición de garante y por consiguiente a quiénes se les endilga semejante responsabilidad.

La posición de garante atribuida a los militares es un poco más diáfana dado que del artículo 25 de nuestro código penal se desprende su responsabilidad no solo desde el punto de vista formal porque sus obligaciones y deberes se encuentran establecidos en la propia Constitución, sino materialmente al acoger plenamente la Tesis de Kaufmann sobre la protección de los bienes jurídicos de la población que se encuentra bajo su custodia y amparo y de la vigilancia de una fuente de riesgo, en el sentido supervisar constantemente las actuaciones de sus subordinados para evitar que transgredan derechos y garantías fundamentales a los que estarían obligados a defender y salvaguardar.

Se pretende, hacer un aporte para tratar de facilitar la aplicación de los delitos impropios de omisión, que lejos estaría de constituir la última palabra y que más que eso, continúan abiertas las discusiones a fin de encontrar una solución más satisfactoria por lo menos dogmáticamente.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES DE LA OMISION

Antes de proporcionar el concepto de omisión, es importante mencionar que el ordenamiento jurídico se puede transgredir no solamente a través de una acción, es decir, realizando una conducta de forma positiva; sino que además de lo anterior y digamos de una forma menos frecuente a través de un “dejar de hacer”, “dejar de actuar” tal como lo esperaba o lo exigía la ley o el reglamento. Es aquí precisamente donde se encuadran los delitos de omisión.

Silva Sánchez define la omisión de la siguiente manera: “La omisión consiste en la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico”¹.

Según Mir Puig no es el carácter activo o pasivo de la conducta lo que distingue ambas clases de actuaciones sino la estructura de las mismas; al respecto sostiene:

En cuanto a su **estructura**, mientras que los tipos de acción se realizan si se efectúa la conducta que describen, los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista –en absoluto es necesaria la pasividad-.

Por lo que afecta al distinto **significado normativo** de los tipos de acción y de omisión, mientras que los primeros (tipos de acción) son la base de la infracción de una norma *prohibitiva* de una intervención activa indeseable por su

¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. El Delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona 1986. p. 306

nocividad, los segundos tipos de omisión son la base de la infracción de una norma *preceptiva*, que obliga a una determinada cooperación deseable.²

Aclara además que los delitos omisivos no requieren una “pasividad física del autor”, sino que por el contrario, es necesaria la realización de una conducta bien diferente a la ordenada, “*el no prestar el auxilio que el ordenamiento esperaba de él*”. (Cursivas propias)

Aunque se haya escrito en forma numerosa o copiosa acerca de la omisión, no existe una posición unánime sobre el tratamiento que debe dárseles a este tipo de delitos; es más, algunos autores como Gimbernat citando a Stratenwerth³, han afirmado que para cada caso concreto existe una solución *ad-hoc*, hasta el punto de llegar a concluir que lo único seguro en los delitos impropios de omisión, es que no hay nada seguro. Y esto tiene sentido según él, por cuanto no se ha tenido un avance significativo y prácticamente nos encontramos como al principio.

Esto señala el autor español:

en la dogmática de los delitos de omisión no se puede desconocer que (...) frecuentemente, todavía nos encontramos en los comienzos, que tal dogmática de los

² MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. Barcelona 2010. P. 309

³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf p. 6.

delitos de omisión, que equivalen a una comisión... no ha madurado en modo alguno como pudiera parecer a primera vista, sino que, en realidad, no ha salido de los pañales, ya que, después de intensos esfuerzos de décadas, ... ni la jurisprudencia ni la doctrina han conseguido alcanzar una solución dogmáticamente satisfactoria sobre la cuestión de cuándo debe ser imputado objetivamente al omitente un resultado injusto realizado mediante omisión.⁴

2. FORMAS DE OMISION

Se han distinguido históricamente dos formas de omisión; la omisión propiamente dicha, conocida por muchos autores como omisión pura y la comisión por omisión que es a la que se dedica el presente estudio.

La distinción entre ellos se remonta a Lüden, quien no vio realmente problema para justificar la punición de los primeros, debido a que se encontraban plasmados en la ley y simplemente quien incurría con su conducta en un "no hacer" estando obligado a obrar se hacía merecedor a la pena establecida por la norma; hoy día, aún luego de varias décadas predomina esa acepción.

La posición cambia, si nos referimos a los segundos, es decir a los de comisión por omisión, por cuanto son verdaderas "comisiones u actuaciones": la persona obligada por el ordenamiento prefiere, elige, un no hacer cuando tiene el deber y está en la posibilidad y capacidad de evitar un resultado; por ello el

⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf p. 7.

ordenamiento es más drástico en estos casos e impone la pena de un hecho comisivo, es decir, equipara la omisión a una actuación positiva. Este tipo de omisiones no se ha desarrollado inicialmente en la ley sino en la doctrina y la jurisprudencia, que adoptaron en principio un criterio formal para diferenciarlas a ambas.

Así las caracterizó Armin Kaufmann:

“la omisión impropia es un delito de comisión porque en ella se lesiona la prohibición de producir un resultado; esta prohibición es lesionada si, y porque, no se ha cumplido un mandato de impedir el resultado. La falta de evitación del resultado es explicada nuevamente como una omisión que es un delito de comisión, en el caso de lesionar una prohibición...”⁵

La diferencia entre las formas de omisión se establece porque mientras en los delitos de omisión propia se castiga al omitente con la pena establecida expresamente por el legislador en el respectivo tipo penal que consagra la sanción por dejar de actuar. (Aquí el ejemplo clásico sería un peatón que sin causar las lesiones de quien yace tirado en la acera con un infarto o herido, no le presta ningún tipo de auxilio y más bien abandona esa escena, la imputación sería de omisión de socorro); en cambio, es más radical y decisivo el legislador exigiéndole al garante que responda por la integridad de los bienes jurídicos que está obligado a proteger, e imponiéndole la misma sanción como si hubiera causado las lesiones por no cumplir con la carga asignada.

⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/bacigalupo.pdf. p. 35.

Es decir, la diferencia más sobresaliente es el alcance del deber de salvaguardar los bienes jurídicos, o sea, de la posición de garante que se le atribuye a un grupo especial de personas y que es característico de los delitos impropios de omisión. Así por ejemplo en general se considera garante a la madre que pudiendo evitar la muerte de su hijo recién nacido, deja de alimentarlo ocasionando con ello su deceso; en este caso, se equipara esta omisión a una verdadera acción, por ello, se le impone la pena idéntica a si la muerte del infante hubiera sido causada por las lesiones que intencionalmente le causó su progenitora.

Silva Sánchez explica así la diferencia entre estas clases de omisión:

Dentro de las omisiones, tampoco es posible olvidar la significativa diferencia político-criminal consistente en las omisiones puras como las de socorro y denuncia (o impedir determinados delitos), y los supuestos de comisión por omisión ("omisiones impropias" en la terminología dominante alemana). Si en ambos casos se trata de la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda, es, sin duda, diversa la fundamentación material de la exigencia de tal prestación. En las omisiones puras mencionadas, se halla la vigencia de un principio solidarístico. En las otras, se advierte al pronto la existencia de una base funcional específica. De ahí que también la exigibilidad, de admitirse su operatividad en la esfera típica, deba entenderse de modo necesariamente diferente en uno y otro caso⁶.

⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María. El Delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona 1986. p. 306

a. OMISION PROPIA:

Como cualquier tipo, cuenta con una parte subjetiva y otra objetiva y consiste en la omisión de una determinada conducta que se esperaba y que el sujeto podía realizar.

Estos tipos de omisión se caracterizan o se diferencian más bien de los de comisión por omisión, desde el punto de vista formal, porque están expresamente regulados en la ley y se presentan mayormente en la práctica.

El legislador se encargó de tipificar expresamente los delitos de omisión propia y estableció en qué casos nos encontramos en este tipo de modalidad, sin tener que pensar siquiera si el infractor de una norma penal con su conducta omisiva es garante o no de esos bienes jurídicos.

Al respecto se refiere Gimbernat:

“con la expresión omisión propia se quiere poner de relieve que aquí sí que estamos ante inactividades en sentido estricto que no pueden ser puestas en conexión, por tanto, con lesión alguna...”⁷

⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana.
http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf p. 8

Objetivamente, de acuerdo a esta definición y siguiendo a Mir Puig⁸, la estructura del tipo omisivo se compone de tres aspectos: "a) la situación típica; b) la ausencia de una acción determinada; c) la capacidad de realizar esa acción.

Explicaré brevemente. Cuando en la ley o norma se consagra la omisión de prestarle socorro a una persona cuya vida se encuentre en grave peligro de muerte, (que en el código penal español se señala además la aclaración, de la posibilidad de actuar sin riesgo propio o de terceros), se constituye con esto la tipicidad; cumpliéndose así el primer requisito para proceder a imputar el resultado (muerte o lesión) a quien omite el amparo y aquí inmediatamente la segunda exigencia, la no realización de la conducta esperada.

¿De quién se espera que realice determinada conducta encausada a prestar el auxilio? Pues de cualquier persona que esté en capacidad de hacerlo.

El legislador no puede ser inconsecuente y pedirles a todas las personas que concurren a salvaguardar los bienes jurídicos que se encuentren expuestos a un riesgo, debe ser quien tenga conocimiento de la situación típica que se presenta y que esté en condiciones tanto físicas como síquicas para prestar la ayuda requerida y con esto salvar el bien jurídico que requiere auxilio.

⁸ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. Barcelona 2010. p. 316 [aludiendo a Jescheck](#).

Entonces en las omisiones propias el resultado de muerte o lesión que sufre quien espera que se le proporcione ayuda, no pueden ser imputadas a quien no las ha causado y desprevenidamente omite tal socorro; por lo que no existe nexo de atribución entre la omisión propiamente dicha y las consecuencias.

Colorario de lo anterior y según Bacigalupo quien al referirse a los delitos de omisión impropia sin dejar por fuera a los propios; no es que no exista dolo en las omisiones, lo que sucede es que en las comisiones, ese disvalor de la acción está dirigido a un resultado vedado o prohibido, en el que se conoce lo que se hace y esto es lo que recoge precisamente la ley; en las omisiones en cambio, la aprobación del resultado o no tenerlo en cuenta, es lo importante para determinar la presencia o no del dolo.

Así lo señala:

...en los delitos de omisión impropios, los elementos que constituyen el dolo típico (disvalor de la conducta) son:

- a) La no coincidencia de la finalidad realmente desplegada con la dirección final mandada.
- b) La conciencia de la amenaza de producción del resultado.
- c) La aprobación o el tomar en cuenta el resultado.

Desde un punto de vista ontológico, sólo de da la acción realmente realizada. De su disvalor en relación con las exigencias jurídicas de la omisión impropia sólo puede hablarse en la medida en que se entre a considerar su adecuación típica, es decir, *su no ser la acción mandada*.

El elemento intelectual de la intención constitutiva del delito de comisión (como elemento de la acción) concurre también en la omisión... en principio, salvo la particularidad referente al elemento resultado, que es privativo de los delitos de

omisión, las consideraciones que se formulan son también aplicables a los delitos de omisión propia⁹.

b. OMISION IMPROPIA:

Partimos de los mismos tres elementos de la estructura señalada antes en los delitos de omisión propia, agregándole eso sí la posición de garante y la posibilidad o capacidad de evitar el resultado; sin embargo, es necesario hacer una aclaración en cuanto a la situación típica y es la siguiente:

Una de las características de los delitos impropios de omisión es la ausencia de regulación legal, si ello es así, entonces ¿cómo podemos aseverar que debemos partir de una situación típica?

Y la respuesta es sencilla porque el delito que se comete con la omisión sí se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico así como también, quiénes son garantes del bien jurídico que se pretende proteger con la asignación de tales deberes, por lo que debemos hacer es una concatenación de unos y otros para imputar responsabilidad a título de omisión impropia.

⁹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Delitos impropios de omisión. p .112 y 113

Además de lo anterior, el legislador también debe regular expresamente en qué condiciones la omisión de una conducta equivale a un hacer positivo.

Pero lo anteriormente expuesto, es decir, su falta de regulación en el ordenamiento trae consigo un problema que ya ha sido advertido por varios autores y son las dificultades para incompatibilizar los delitos de omisión impropia con el principio de legalidad y en este sentido también debemos decir, que la resolución de esta dificultad la trae la cláusula de equiparación y la posición de garante; dado que como habíamos señalado, aunque los delitos de comisión por omisión no se encuentren contemplados expresamente en el ordenamiento, sí debe estar plasmado en qué situaciones responde el omitente como si en realidad con su "no hacer" lo hubiera realizado positivamente, es decir, como si hubiera actuado y además de lo anterior, qué personas dentro de la sociedad ostentan una calidad especial, calidad ésta que los haría responder cuando omiten el deber de salvaguarda de los bienes jurídicos que le han sido encomendados por la legislación.

Es decir, no hay ausencia total de consagración legal, porque en ese hipotético caso sí tendríamos qué decir que imputar al omitente una conducta que debió ejecutar cuando era garante, conculcaría el principio de legalidad; a riesgo de ser reiterativos, se insiste que debe hacerse una interpretación sistemática y acudir como habíamos dicho a la cláusula de equiparación.

En cuanto al concepto mismo, los delitos de comisión por omisión son definidos por el catedrático Carlos María Romeo Casabona como: "...la no producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía

hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico”¹⁰

La capacidad de evitar el resultado, es decir, el deber jurídico de actuar en estos delitos marca otra diferencia con los de omisión propia, dado que en estos últimos, al sujeto omitente no se le impone la carga de hacer todo lo posible para impedir las consecuencias nocivas para el bien jurídico que debía proteger.

Y es natural y lógico que no se les imponga esa “obligación” porque en este caso el legislador sí fue cuidadoso al establecer una sanción menos severa para este tipo de delitos; en ellos solamente se le imputaría una omisión de socorro, como ya se ha explicado, cuya pena es mucho más benigna.

El tratadista Bacigalupo Zapater hace un análisis de cada uno de los elementos que configuran la probabilidad de evitar el resultado, y citando a Kaufmann, establece:

...I. La posibilidad física de evitar el resultado es un presupuesto básico aceptado por la doctrina en forma general. Nadie puede garantizar la conservación de un bien jurídico más allá de lo que la realidad permite. Los límites de esta posibilidad física pueden depender de los conocimientos especiales que una persona tenga o de sus especiales habilidades para extender las posibilidades abiertas naturalmente. Es decir, tanto el objeto de la acción, como los medios de realizarla, deben existir y además ser disponibles”.

La determinación de la posibilidad de evitar el resultado se realiza mediante un juicio causal hipotético que, por supuesto, no afirma una realidad, sino una probabilidad que

¹⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María. Límites de los delitos de comisión por omisión. p. 33

debe permitir- sin embargo- sostener que el resultado se hubiera evitado con una seguridad rayana en la certeza.

II....el primero de los presupuestos intelectuales reside en el conocimiento de la situación típica, es decir, en el conocimiento de la posibilidad cierta de producción de una lesión al bien jurídico... el segundo elemento consiste en la cognoscibilidad de los medios para llevar a cabo la acción mandada por el ordenamiento jurídico. La capacidad de evitación del resultado no se modifica por el hecho de que el sujeto conozca o pueda conocer los medios. La sola posibilidad del conocimiento de los medios ya es suficiente para que el sujeto que *conoce, pueda*, sea capaz de actuar¹¹.
(cursivas del texto original)

Los delitos impropios de omisión, y ésta es una diferencia importante con los propios, se caracterizan porque su sanción no se encuentra establecida de forma taxativa o clara dentro del ordenamiento. Para establecer la divergencia con los delitos de omisión propia, es necesario acudir a la figura de la posición de garante para establecer en qué casos se atribuye el resultado al agente cuando ha omitido evitarlo.

Esto dice Gimbernat:

no todo el mundo distingue entre delito impropio y propio de omisión, como aquí, sobre la base de sí a la inactividad se le imputa o no el resultado. Según otra dirección, los auténticos delitos impropios de omisión serían aquellos en los que la reconducción del resultado a la inactividad no está expresamente tipificada (por ejemplo, no recoge

¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Delitos impropios de omisión. p. 151

explícitamente que la madre que no liga el cordón umbilical responde de la muerte de su hijo), mientras que no serían delitos impropios de omisión –sino propios- aquellos en los que el legislador tipifica expresamente una conducta inactiva tanto si no la pone en relación con un resultado como si reconduce el resultado a una inactividad, poniendo en conexión por consiguiente, una inactividad con un resultado.¹²

Como no se ha establecido en forma directa la sanción para aquéllas actuaciones omisivas que conculcan el bien jurídico de personas que por su incapacidad en determinado momento no están en disposición de velar por sí mismas, el ordenamiento jurídico estableció precisamente la posición de garante para desplazar en otras personas el aseguramiento o inmunidad de los bienes jurídicos de quienes nos referimos, es decir, las que se encuentran en una situación de debilidad.

La posición de garante sería una salida entonces del legislador para asegurar la protección de esos bienes jurídicos y es de gran ayuda para establecer otra diferencia entre los delitos impropios y propios de omisión, en el sentido de que, en principio quien ostente dicha posición y omita la evitación de un resultado dañoso, responde como si hubiera realizado la acción.

Ahora bien, imprescindible al hablar de comisión por omisión es referirse a la posición de garante; y de ella, comenzaremos por decir que su fundamento es

¹²GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana.
http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernatalemania.pdf p. 7

que existen dentro de la sociedad unas personas que el legislador escogió revistiéndolas de características especiales endilgándoles responsabilidad o en el caso de la omisión impropia declarándolas o equiparando su "no hacer" como si hubieran actuado; se basa entonces en un deber jurídico extrapenal (tiene origen no propiamente en el derecho penal sino en otras materias como el civil o el derecho administrativo) de proteger los bienes jurídicos de quien ostenta una superioridad.

Gimbernat así lo establece:

El deber jurídico de actuar fundamentador de una posición de garante, sería por consiguiente, un deber *extrapenal* (por ejemplo, de origen civil o administrativo) que seleccionaría de entre todos los ciudadanos a uno o a unos pocos como encargados de vigilar la integridad del bien jurídico protegido; en cambio, un deber *estrictamente penal* de actuar, como los que imponen los artículos 195 y 450 del código penal español no fundamentaría posición de garante alguna, ya que, si así fuera, entonces *todos* los ciudadanos deberían responder de, por ejemplo un asesinato (o de participación en él) cuando no impidiera este delito o de homicidio cuando no evitaran una muerte...¹³ (Cursivas del texto original).

El problema central de los delitos de omisión impropia, que aún hoy persiste y ha sido el punto neurálgico de la discusión, es conocer cuándo se puede equiparar, igualar, el comportamiento de una persona que ha omitido o

¹³GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana.
http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf p. 12

comprometido con su actuación la indemnidad de un bien jurídico a la realización una conducta activa o positiva, es decir como si la hubiera realizado.

3. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN POSICION DE GARANTE

Ya ha quedado dilucidada la función que corresponde a la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, sin embargo y para efectos didácticos es importante conocer el origen de esta figura y para ello indispensable acudir a su significado.

El diccionario de la Real Academia de la lengua define así la garantía:

(De *garante*).

1. f. Efecto de afianzar lo estipulado. **2.** f. Fianza, prenda. **3.** f. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. **4.** f. Seguridad o certeza que se tiene sobre algo. Lo hizo con la garantía de que no se producirán complicaciones. **5.** f. Compromiso temporal del fabricante o vendedor, por el que se obliga a reparar gratuitamente algo vendido en caso de avería. **6.** f. Documento que garantiza este compromiso.

De lo anterior se puede colegir o más bien afianzar lo expuesto antes, en el sentido de que es garante quien tiene el compromiso de velar y proteger a una persona o un grupo de ellas de peligros o riesgos a los que se encuentran

expuestos. El legislador entonces para asegurar la integridad de quienes en determinado momento sufran alguna situación de debilidad fijó en ciertas personas una posición de preeminencia, predominio o superioridad; por lo que en el evento de hacer caso omiso a esa responsabilidad legal, la imputación se equipara a realizar la conducta; a esta condición se le denomina posición de garante.

Gimbernat establece que: "La expresión "garante", como omitente responsable del resultado, porque garantiza frente a la comunidad la integridad del bien jurídico, fue acuñada por BINDING, (...) y resucitada e introducida definitivamente en el vocabulario jurídicopenal por NAGLER, (...)".¹⁴

Luis Gracia también propone una acepción del término:

"La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un *deber jurídico específico de evitación del resultado*. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa"¹⁵.

4. FUENTES DE LA POSICION DE GARANTE

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf p. 9

¹⁵ GRACIA MARTIN, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. p. 127.

Como hemos señalado, la posición de garante se fundamenta principalmente en las características que reúnen unas personas que el legislador consideró especiales sobre las demás, en el sentido de la obligación que se les asignó de amparar y consecuentemente evitar la ocurrencia de un resultado lesivo para los bienes jurídicos que debe salvaguardar.

Como la imposición al garante de responder por la indemnidad de los bienes jurídicos de terceros es bastante severa, es ineluctable referirse a los orígenes de la figura para poder analizar las distintas posiciones que han surgido a través de los tiempos y que han servido como cimiento a los más actuales enfoques tanto de la doctrina y jurisprudencia foránea como la que nos ocupa, la colombiana

4.1 FUENTES FORMALES:

Tradicionalmente, tal vez porque fueron las primeras en el tiempo, se señalan como fuentes de la posición de garante la ley, el contrato y el actuar precedente peligroso, que también son llamadas fuentes formales o del deber jurídico por autores como Jorge Fernando Perdomo.

4.1.1 Ley

Con la consagración en la norma de los deberes a los que se encuentran obligados ciertos sujetos, se superaría un poco la problemática mencionada antes en relación al principio de legalidad, por cuanto, se regula en la ley qué tipo de vínculos o relaciones familiares por llamarlas especiales de alguna manera, dada su cercanía de consanguinidad o afinidad, son responsables por la salvaguarda de los bienes jurídicos de sus familiares más próximos.

Se dice un poco, porque continúa sin resolver el dilema de la ausencia de regulación de los delitos de comisión por omisión, pero en cuanto a lo que se viene de decir, sobre los tipos de relaciones familiares más cercanamente vinculadas a la suerte de los bienes jurídicos de sus mismos consanguíneos, se da por superado porque los deberes de los garantes en caso de una omisión si están por lo menos más claros tanto en la legislación como en la jurisprudencia y doctrina.

Y ello debe ser así, porque se mencionó antes que la carga impuesta al garante es demasiado alta, luego debe tener consagración legal, para tratar de evitar o más bien, restringir un poco soluciones *ad-hoc* que contravienen la seguridad jurídica, necesaria en un sistema como el nuestro.

Es de aclarar que de acuerdo a Gimbernat, el concepto de ley debe entenderse en un sentido amplio, es decir, que entraría aquí no solo la emanada del órgano legislativo, sino de los decretos, reglamentos, orden ministeriales e incluso ordenanzas municipales¹⁶.

¹⁶GIMBERNATORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana.

La responsabilidad del omitente derivada de la consagración de deberes legales, tiene sobre todo fundamento en el código civil y el caso más emblemático o sobresaliente es el de los padres de hijos menores de edad y aún mayores con alguna discapacidad. Señala Gimbernat: "Por consiguiente y según esta tesis: Los padres (ley) que no dan de comer al hijo pequeño permitiendo que muera de inanición...realizan, en comisión por omisión, un delito contra la vida..."¹⁷

Jescheck en igual sentido señala:

El motivo jurídico más poderoso y evidente del que pueden derivarse los deberes de garante viene determinado por el **vínculo natural** que, sin embargo, para poder desplegar efectos jurídico-penales debe descansar sobre una relación *jurídica*. Y en este sentido, sobre todo, son los miembros más próximos de la familia quienes están por lo general recíprocamente obligados a evitar entre sí el acaecimiento de peligros para la vida o el cuerpo; en cambio no resulta suficiente la existencia de una relación amorosa, de amistad o vecindad.¹⁸

La crítica más fuerte a esta tesis deriva y con toda razón, de que si bien es cierto, los deberes son consagrados en una ley extrapenal para no transgredir el principio de legalidad, también lo es, que todas las fuentes de garantía

http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf p. 10

¹⁷GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana.
http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf p. 10

¹⁸JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: parte general. p. 670

deberían ser consagradas de igual manera en el código penal y no en otra normatividad como en el código civil por citar alguna.

En esta fuente se encuentra incluido el deber de los Funcionarios Públicos de prestar ayuda o más bien cumplir con las funciones y deberes que les han sido encomendados por la Constitución y la Ley, por lo que se consideran verdaderos garantes de los bienes de personas que se encuentran bajo su tutela.

En igual sentido se pronuncia el tratadista Lascuráin:

Naturalmente que la ley puede ser fuente de atribución de deberes de garantía. Es más, si nos tomamos en serio el principio de legalidad y su importante rigidez en materia penal, solo la ley penal puede proclamar tales deberes en cuanto a deberes penalmente reforzados. Sin embargo nuestra pregunta es previa y se refiere a qué hechos o situaciones debe recoger la ley penal como generadores de deberes de garantía. Y aquí la respuesta sí que resulta claramente justificada e insuficiente si tiene por contenido cualesquiera deberes legales, pues *de ella resultaría la absurda catalogación de todo deber legal como deber especial en el sentido de penalmente reforzado y especialmente reforzado dentro del ámbito penal.*¹⁹ (Cursillas del texto original)

De lo anteriormente afirmado considero que de todas las fuentes de garante, es tal vez ésta la que ofrece mayor claridad por cuanto es precisa la ley en

¹⁹ LASCURÁIN, Juan Antonio. Penar por Omitir. Fundamento de los deberes de garantía. p. 14.

afirmar qué responsabilidad tienen los servidores del estado (se acude directamente a las funciones que deben estar plasmadas en la ley, reglamento, resolución, etc.) y la forma en que se transgrede la ley (por acción y omisión), entonces en este punto culmina, a mi modo de ver, la discusión sobre la incompatibilidad de los delitos de comisión por omisión con el principio de legalidad.

Lo expuesto tiene sentido y se fundamenta en la responsabilidad y compromiso que adquieren quienes son funcionarios públicos al posesionarse del respectivo cargo, además porque ellos representan al Estado en cada situación en específico y es absurdo pensar que el propio Estado no sea garante de quienes hacen parte de él²⁰.

4.1.2. El contrato

En el mismo sentido que la ley, se le atribuye posición de garante a aquella persona que mediante un contrato se haya obligado a garantizar la integridad de los bienes jurídicos de personas que les han sido encomendadas, precisamente y en virtud del acto que se suscribió.

²⁰Según Jescheck los principios relativos al origen del deber de garante rigen también para *funcionarios públicos* que tienen que cuidar de un determinado círculo de deberes y que, en este marco, deben evitar con carácter general los peligros que se ciernen sobre determinados bienes jurídicos.

A estas personas por atribuírseles un deber especial de velar por quienes se han obligado a través de un contrato, se les imputaría un delito de omisión impropia si incumplen con sus deberes contractuales de proteger el bien jurídico; al resto de la comunidad, en cambio, se responsabilizarían a título de omisión propia. Es importante aclarar que no se hace diferencia entre contrato público o privado; es claro, que lo significativo es que se haya suscrito mediante una estipulación.

Los ejemplos que trae la doctrina española y alemana son el socorrista de una piscina que no intervenga para salvar la vida de una persona que se esté ahogado, la niñera que se haya comprometido con sus patrones a cuidar a un bebé y al electricista que no mantiene en perfectas condiciones los cables de alta tensión y que como consecuencia de ello, alguien padece heridas o la muerte.

Gimbernat en el texto al que venimos haciendo referencia trae a colación una importante decisión:

Sentencia del TS del 17 de febrero de 1982, (...), donde se imputa la muerte por un accidente con cables de alta tensión, en comisión por omisión, a un electricista, si se tiene en cuenta la posición de garante asumida por el recurrente en la zona donde se produjo el accidente que tenía como fuente el contrato pactado con la compañía propietaria o concesionaria de las líneas eléctricas y que le obligaba a cuidar de su conservación y mantenimiento en perfecto estado para evitar la producción de accidentes.²¹

²¹GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana.
http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf p. 10

Para la doctrina carece de importancia si el contrato que se celebró es válido o no, lo realmente categórico es la asunción material de las responsabilidades; es decir, formalmente no interesa si el acto jurídico nació o no a la vida jurídica, prima sobre todo la salvaguarda e indemnidad de los bienes que se le han encomendado. Lo anterior tiene sentido por cuanto, basados en el principio de confianza se encomiendan a terceras personas el cuidado de otras que por su inexperiencia o debilidad –en casos como los que dependen de un socorrista, de un experto nadador o del bebé que depende de la niñera- no pueden valerse por sí mismas.

“Lo determinante para la posición de garante no es la validez jurídica del acuerdo contractual sino que, más bien, aquélla se fundamenta por su asunción material. De ahí que, excepcionalmente, el deber de garante pueda superar la duración de la validez de un contrato...”²²

La crítica sobresaliente consiste en que si bien es cierto el garante en este caso se obliga a través de un contrato, también lo es, que por el hecho de suscribir uno, no corresponde una condición obligatoria para imputársele la responsabilidad; en el mismo sentido Lascuraín trayendo a colación a Jakobs “...nos obligamos de múltiples modos a través de los contratos, sin que el puro cauce formal o el puro compromiso legal o contractual, del tipo que sea, constituyan por sí mismas razón de fondo suficiente para hacer de esos deberes unos deberes penalmente reforzados y, dentro de ello, severamente

²² JESCHECK, Hans- Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte General. 671

reforzados- hasta el punto de hacer responder al sujeto por el resultado que la observancia de su deber hubiera evitado”.²³

4.1.3. Comunidad de vida o relaciones estrechas de comunidad

Esta fuente tiene origen básicamente en el principio de confianza y en que con fundamento en él se asuman riegos mayores, el ejemplo recurrente es el del guía alpino que debe realizar las labores necesarias a fin de salvaguardar la vida de quienes participan de una excursión con él.

Aquí se incluyen también las relaciones de noviazgo o amistad; la crítica en este aspecto es en el mismo sentido que para los delitos impropios en cuanto a violación del principio de legalidad sino se consagran expresamente las obligaciones del garante en la ley; sin embargo y aunque así se establezca, la carga se torna injusta, por cuanto imponer a una persona la responsabilidad jurídica sobre el bienestar de otras a las que en principio no estaría obligado a proteger porque no existe un vínculo natural entre ellos, como sí ocurre por ejemplo con los padres respecto de sus hijos menores de edad.

Señala Lascuraín lo siguiente:

²³ LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. P. 14. Cita el texto de Jakobs: Ver al respecto G. Jakobs, “la imputación penal...”, cit., pp. 842 y ss.: “Que exista una ley que obligue a una ayuda activa no quiere decir ni que esa ley sea legítima ni tampoco que la importancia del deber sea evidente.”

“la clave para la atribución de posiciones de garantía reside en la idea de “proximidad social” al bien jurídico, expresada también como “relación social estrecha”...”²⁴

Se considera que la solidaridad o fidelidad que existe entre comunidades estrechas de vida es de gran importancia para mantener el orden en la sociedad y que de esta manera se asegura que el garante asuma una evitación de daños contra la integridad de quienes hacen parte de la mencionada comunidad.

El fundamento de esta tesis es atribuir la posición de garante a quien tenga una cercanía o proximidad al bien jurídico y se aclara que no se trata de una inmediación física, sino que se destacan aquí las relaciones sociales estrechas entre personas que por confianza, fidelidad y solidaridad se encuentran o hacen parte de esos vínculos y que se sobreentiende que en caso de peligro o lesión de sus bienes jurídicos más preciados, estarían dispuestos a salvaguardarlos o protegerlos.

Sin embargo y a pesar de lo anterior la crítica preponderante radica en su imprecisión, no se conoce unánimemente que significa el término proximidad social. La responsabilidad del garante es demasiado amplia, puesto que aquí pueden incluirse todo tipo de relaciones, aún las ocasionales y como se dijo anteriormente, la carga es muy pesada, es decir, la pena a imponer es

²⁴ LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. p. 16

desmedida, por lo que deben ser muy específicos y taxativos los casos en que se puede endilgar la responsabilidad a quien incumpla con sus deberes y no darle aplicación a cada caso concreto sin tener como fundamento siquiera la expresa consagración legal.

Lascuraín de acuerdo con Vogt, señala:

Esta debilidad en la legitimación que pretende la tesis que analizamos se hace patente si se piensa en la posible inclusión en el concepto de proximidades causales y en la posible exclusión, so pena de forzar semánticamente los conceptos utilizados, de todo supuesto de actuación peligrosa precedente para los bienes de los socialmente lejanos. Si bien se mira, en realidad, no es la proximidad social el presupuesto de la asignación de un deber jurídico especial, sino más bien su contenido o consecuencia. Lo que queremos con la atribución de las posiciones de garantía es aproximar unas personas a otras para que las primeras preserven o protejan a las segundas, y buscamos para ello pautas que puedan justificar la asignación coactiva de tal tarea, sin que, como veremos, parezca suficiente su mera utilidad para la vida comunitaria.²⁵

4.1.4. Injerencia o el hacer precedente.

²⁵LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. p.18.

El deber de garante derivado de la injerencia o del hacer precedente tiene fundamento en que quien genera un peligro para el bien jurídico de otras personas, debe hacer todo lo posible para que el riesgo desplegado por él antes, no trascienda, es decir, no se materialice en una conducta contraria al ordenamiento jurídico.

Al hablar de injerencia, es inevitable referirse al caso de la responsabilidad por el producto "lederspray" y al hablar de ello, indispensable es acudir al hacer precedente; por lo que abordaremos esos temas.

Es necesario además diferenciar aunque parezca obvio, la responsabilidad por el producto activa y omisiva, por cuanto que si se trata de una conducta positiva, no habría ningún tipo de discusión; simplemente se respondería por los daños causados a título de dolo o culpa dependiendo de cómo se haya obrado. Otro ejemplo en este caso, (además del "lederspray" al que haré referencia seguidamente) lo trae el profesor Gimbernat: "*...comercialización de ansiolíticos sin advertir los riesgos para las mujeres embarazadas, venta de aceite no apto para el consumo humano*"²⁶.

El famoso caso del "lederspray" tuvo ocurrencia en Alemania. Se trató de una empresa que comercializaba productos para el cuidado del cuero y que inicialmente o no causaba perjuicios para la salud o no se había establecido que ello sucediera.

²⁶Esos comportamientos activos son ya típicos, por lo que, en principio, de lo que se trata en ellos es de un delito de acción; y si, sobre la base de la posición de garante por un *hacer precedente contrario a deber*, se quisiera construir también una omisión impropia por la no retirada del correspondiente producto del mercado los problemas que se plantearían- dado que la acción precedente es antijurídicamente dolosa o culposa- no diferirían de los que pueden presentarse en la teoría general de la injerencia".

Posteriormente un grupo de personas que utilizaban el producto comenzó a presentar molestias, cuyo diagnóstico era la acumulación de líquidos en los pulmones; como consecuencia de ello, la empresa productora comenzó a realizar pruebas a fin de establecer algún tipo de responsabilidad, sin que se lograra relacionar directamente el producto con los perjuicios causados en la salud, por lo que se tomó la decisión de no retirarlo del mercado; sin embargo, las lesiones se siguieron produciendo por lo que se procesó a los miembros de la Junta Directiva de la compañía por su decisión de mantener el producto en el mercado.

Es importante entonces, establecer 3 momentos en relación con la utilización del producto. El primero de ellos, no ofrece dificultad alguna por cuanto se sitúa antes de conocer siquiera la nocividad del producto y no conllevaría algún tipo de responsabilidad penal, las lesiones padecidas en este espacio temporal se atribuyen al caso fortuito.

Luego de que se conocieran las primeras reacciones alérgicas o perjudiciales en la población que utilizaba el "lederspray" y que se sospechaba que era el producto el que las originaba, el tipo de responsabilidad es de carácter culposo.

Y finalmente, al continuar con la comercialización del producto (decisión tomada por los directivos) a pesar de los quebrantos de salud que aquejaban a las personas que lo utilizaban, se debe endilgar la responsabilidad a título de dolo.

Otro de los ejemplos más nítidos es el conductor imprudente que atropella a un peatón y en vez de proporcionarle ayuda, huye del lugar, donde el hacer precedente constituiría la lesión ilícita al transeúnte, respondería por la muerte en

el caso que se produzca, sino despliega todo lo que está a su alcance para salvaguardar su vida; dado, que según esta posición, se convierte en garante al romper el equilibrio que existía en la sociedad antes de poner el peligro los bienes jurídicos de una persona o un grupo de ellas.

Como ya se insinuó, no se puede imputar al garante alguna conducta sólo cuando ha existido un actuar precedente, es indispensable además que se cumplan tres requisitos en ese actuar, que el tratadista Jescheck señala de una manera clara y sencilla:

*"en primer lugar, el actuar precedente debe haber provocado el peligro cercano (adecuado) del ocasionamiento del daño. En segundo lugar, la actuación previa debe haber sido contraria a deber (aunque no sea culpable) desde un punto de vista objetivo. Finalmente, la contrariedad a deber debe consistir en la infracción de la norma que sirve precisamente para la protección del bien jurídico afectado."*²⁷(Cursivas por fuera del texto original)

En cuanto a la comisión por omisión, para atribuir una obligación al garante, cuando no ha actuado o ha "dejado de hacerlo" (retirar del mercado el producto) es indispensable que dicha omisión sea a título de dolo o culpa. La Posición de garante en este caso, se da con base a un comportamiento anterior peligroso

²⁷ JESCHECK, Hans- Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte General. p. 676

contrario al deber en este caso de retirar el producto del mercado para evitar posibles consecuencias y repercusiones a los bienes jurídicos protegidos.

Sin embargo, Schünemann ha defendido tajantemente que el injerente o quien actúa precedentemente no puede convertirse en garante, porque una vez iniciada la conducta dañina, el injerente no asume una calidad especial obligada a detener el resultado o evitar que trascienda, es simplemente un espectador al igual que el resto de las personas que han presenciado el hecho, por lo que su responsabilidad es a título de omisión propia.

Esto dice:

“Una vez que ha tenido lugar un hacer precedente (por ejemplo, una vez que se ha atropellado sin dolo al peatón), “el injerente se encuentra frente al ulterior acontecimiento, ontológicamente, igual que cualquier otra persona...”²⁸.

4.2. TEORÍA DE KAUFMANN

Señala Kaufmann que a pesar de los esfuerzos dogmáticos por establecer una solución a los problemas de los delitos de omisión impropia, éstos han sido infructuosos dado que no es posible identificarlos todos y de manera general e

²⁸ GIMBERNAT, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf p. 10

indiscriminada a una comisión; sólo las omisiones del garante podrían eventualmente equipararse y ello obedece principalmente a esmeradas construcciones dogmáticas para imponer una sanción a quien haga caso omiso a ese deber especial de proteger bienes jurídicos de terceros o del que permanece inactivo (en palabras de Kaufmann) y en todo caso de evitar el resultado dañoso.

Esto argumenta:

se trata de la equiparación de este grupo de omisiones de impedir el resultado con los correspondientes delitos comisivos, de la fundamentación de la punibilidad así como de la aplicación del marco penal del delito comisivo... También sobre la vía para alcanzar esta equiparación concuerdan en principio todos los intentos dogmáticos de construcción: se pretende demostrar que precisamente la omisión del garante- y sólo esta- reúne todos los requisitos del delito comisivo. Justamente por eso se trata aquí de construcciones dogmáticas²⁹. (Cursivas del texto original).

Advierte además, que no es posible con construcciones doctrinales culminar con el problema central de los delitos de omisión impropia al violentar el principio de legalidad, es indispensable, su consagración escrita o por lo menos un reconocimiento consuetudinario, por ello entonces Kaufmann al hablar de la determinación de los mandatos de evitar resultados y del garante los divide en: evitación de lesión de un bien jurídico y supervisión de determinada fuente de peligro.

²⁹ KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 252

Así lo especifica:

“El problema de la falta de taxatividad del tipo de omisión impropia no cabe superarlo con ninguna construcción doctrinal, sea del género que sea. La problemática, desde la perspectiva del principio de legalidad, sólo se resuelve allí donde resulta posible plasmar en la propia ley- o al menos en un Derecho Consuetudinario más *detallado*, que ésta dé por bueno- la Parte Especial de los delitos de omisión impropia”³⁰. (Cursivas del texto original).

Desarrollaré entonces cada uno de los mandatos de evitar resultados y con ello el mandato del garante, según Kaufmann, así:

a. Función de Evitación de lesión de bienes jurídicos: en este sentido, el garante debe estar atento para evitar que el bien jurídico que se le ha encomendado no sufra lesión alguna, no se hace ninguna discriminación atendiendo la clase de peligro que puede padecer lo que se protege, ni de donde proviene la amenaza; hasta aquí, la defensa y protección que debe suministrar el garante pareciera ser infinita. Sin embargo, luego el autor clarifica este concepto y establece que tratándose de la salvaguarda de los bienes, el garante debe tener preferencia para aquellos que derivan su protección u obligación de la propia ley o de relaciones contractuales.

La idea de circunscribir o de hacer prevalente más bien, la protección del bien jurídico a supuestos establecidos en la ley o en un contrato tiene respaldo o sustento en que para Kaufmann la única manera de superar la crítica en cuanto a que los delitos de omisión impropia transgreden el principio de legalidad, es

³⁰ KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 288.

consagrando expresamente las obligaciones impuestas al garante a fin de proteger la integridad del bien jurídico que se pretende salvaguardar.

Es decir, la carga para el garante es tal, -si tenemos en cuenta que la protección al bien jurídico obligado a amparar puede provenir o derivar de cualquier situación fáctica-, que es necesario que la ley o el contrato la estipule taxativamente y evitar de esta manera, que sus deberes (los del garante) se diluyan o permeen por salidas o discusiones doctrinales inaceptables para Kaufmann según lo acabado de mencionar.

A esto se refiere:

“...aquí la función de protección consiste en la “defensa en todos los flancos” del concreto bien jurídico contra peligros de todo género. Esta imposición de tareas prevalece en aquellas posiciones de garante que están reconocidas directamente en un precepto jurídico, así como en aquellas basadas en la asunción fáctica de deberes contractuales³¹”.

b. Supervisión de determinada fuente de peligro: En este aspecto, parece ser que se circunscribe la protección de los bienes jurídicos a la fuente u origen del peligro y es precisamente en este punto donde reside la obligación del garante en el sentido de limitar o aminorar la fuente de riesgo, de lograrse este fin, los bienes jurídicos secundarios también resultarían indemnes.

³¹KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 290

Aclara que no todo mandato de evitar una lesión a un bien jurídico o de una fuente de riesgo se concreta en el tipo de omisión impropia, es necesario y determinante que el obligado tenga posición de garante y que como ya vimos sus obligaciones estén consagradas en un texto escrito, llámese ley o contrato; aunque también señala, que no se descarta que en cuanto a la vigilancia de una fuente de peligro surjan las obligaciones también de la injerencia y de las relaciones de confianza especiales.

Esto aduce:

“Pero no basta cualquier mandato de evitar una lesión de bien jurídico para dar lugar a un delito de omisión impropia. Aun cuando tales mandatos se dirijan sólo a un ámbito limitado de personas, ello no significa aún que se trate de mandatos de garante;... la naturaleza de delito especial de un tipo de mandato no es criterio determinante de que concurra un delito de omisión impropia. Más bien, el obligado ha de tener una posición *de garante* para poder realizar el tipo (no descrito) del delito de omisión impropia. Ciertamente, es constitutivo del delito de omisión impropia que se haya infringido un mandato de evitar lesiones o puestas en peligro de un bien jurídico; pero *no toda* infracción de un mandato en tal sentido realiza el tipo del delito de omisión impropia, sino sólo la infracción por parte de un *garante*³².”

Gimbernat, señala las diferencias del mandato de evitar el resultado (protección de un bien jurídico y vigilancia de una fuente de riesgo),- así:

³² KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. p. 290

La teoría de las funciones, fundada por Armin Kaufmann y admitida actualmente de manera generalizada, divide entre posiciones de garante que consisten en "la vigilancia de una determinada fuente de peligro", en cuyo caso es indiferente cuáles son, en particular los bienes jurídicos concretos a los que les amenazan peligros procedentes de esa fuente- <Uberwachergarant>, <Aufsichtsgarant> (garante-vigilante)- , y aquellas otras en las que el garante está encargado "de la defensa de un bien jurídico absolutamente determinado contra cualquier ataque, independientemente de cuál sea su procedencia -<Beschützergarant>", <Obhutsgarant> (garante-protector)³³

Como vemos, lo primordial para Kaufmann es la protección de un bien jurídico para evitar a toda costa su lesión, sin importar de donde proviene y qué clase de peligro es el que se debe repeler; lo esencial entonces, es que se consagren en la ley las obligaciones de salvaguarda para poder endilgar posición de garante y que ésta normativización sea tan clara que se pueda responsabilizar sin duda al que no haya impedido la lesión o menoscabo de los bienes de terceros.

Bacigalupo refiriéndose a Kaufmann lo caracteriza de mejor manera al señalar las bases determinantes para hablar de tipo y penalidad de la infracción del deber de evitar el resultado.

Esto dice:

"En primer término se requiere que exista un tipo de acción en la ley que pena la realización de la lesión de un bien jurídico o su puesta en peligro. Luego un mandato que tenga por contenido el impedir este peligro o lesión

³³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf www.cienciaspenales.net. p. 83

jurídica. Por último, la lesión de este mandato debe ser, en cuanto a contenido de injusto y en la medida del reproche de culpabilidad, equivalente al delito, de comisión tipificado en la ley y que se enumeró como primer requisito³⁴.

Perdomo reconoce que aunque esta teoría aportó nuevas demostraciones para superar las falencias existentes en cuanto a los delitos de omisión impropia, no convence el tratamiento dual que les otorga a los mandatos de evitación de resultado, por cuanto:

...se contenta con la exposición de la función que debe de ser cumplida, es decir proteger el bien jurídico o controlar una fuente de peligro, pero no muestra lo que se espera encontrar, o dicho de otra forma, no muestra las condiciones según las cuales alguien está obligado a cumplir la función de protección o de control... los deberes de garante que tienen como función la protección de un bien jurídico no pueden ser referidos a peligros que provienen de cualquier dirección... y los deberes de garante que consisten en el control de fuentes de peligro no pueden referirse a todos los bienes jurídicos o a todos los portadores de dichos bienes...³⁵

Se puede considerar esta teoría (junto con la de Jakobs), como una de las más completas en cuanto a las obligaciones y fuentes del garante, al señalar como fundamento la evitación de una lesión y la vigilancia de una fuente de riesgo para el bien jurídico que se debe proteger; en estas dos situaciones cabrían

³⁴ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Delitos impropios de omisión. p. 54

³⁵ PERDOMO TORRES, Juan Fernando. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. p. 38 y 39

perfectamente otros supuestos para vincular al garante como la injerencia, el hacer precedente y las relaciones de confianza especiales.

Kaufmann avanzó o dio por superadas más bien las críticas para las fuentes formales en cuanto a la violación del principio de legalidad, al establecer además que siempre el garante debe preferir aquellas obligaciones que se encuentran taxativamente consagradas en la ley. Acudió precisamente al origen de la lesión del bien jurídico, indicando que el garante debe desechar o eliminar cualquier situación de riesgo que pueda ponerlo en peligro; es decir, lo realmente importante es la protección y amparo de los derechos fundamentales de quien se encuentra bajo su protección.

Lo refiere así Bacigalupo:

“...Es el ordenamiento jurídico en su totalidad el que debe determinar, en cada caso y con respecto a cada tipo penal, cuando se da una posición de garante³⁶”.

4.3. TEORÍAS SOBRE EL ÁMBITO DE DOMINIO

También llamadas por el profesor Lascuraín teorías “en torno a la idea de dependencia”, porque se parte de la idea que los bienes jurídicos se encuentran en un estado de debilidad manifiesta, por lo que dependen para su subsistencia de la actividad del garante para poder subsistir.

³⁶BACIGALUPO, Enrique. Delitos impropios de omisión. p. 150

Señala Lascuráin:

“El dato esencial para la atribución de posiciones de garantía partiría, según esta concepción, del bien jurídico: de su debilidad frente a agresiones externas y de la dependencia de su indemnidad de personas distintas de su titular, a quienes por ello mismo se le atribuye un deber de protección.”³⁷”

(Cursivas del texto original)

Es precisamente de este concepto de donde parten las críticas a esta teoría, dado que sería una imposición bastante severa el que otra persona diferente al titular de los bienes jurídicos sea quien deba responder por la indemnidad de éstos, se señala entonces, que debería ser un fenómeno excepcional porque en principio el ordenamiento parte de la base que todos somos independientes y capaces de responder por nosotros mismos; aquí sin embargo no se descarta algunas relaciones originarias de dependencia en la que el principio de confianza juega un papel fundamental, dado que se trata de personas con defectos físicos quienes lejos de ser autónomos, sí requieren necesariamente la ayuda del otro.

Al respecto señala Wolff que:

“una omisión “produce” (“bewirkt”) un resultado cuando una persona depende originariamente de otro para la obtención de algo necesario y no caprichoso para su vida, y cuando ésta toma una decisión libre de no colmar la necesidad ajena, de modo que, a diferencia de lo que suceden en las

³⁷ LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. p.19

omisiones propias, se puede considerar que con su comportamiento conduce las condiciones vitales del dependiente hacia peor³⁸

Sin duda en esta tesis se destaca la posición de Schünemann quien comienza por equiparar la omisión impropia a la comisión porque entre ambas figuras existen semejanzas imposibles de descartar como la estructura para valorar la punibilidad.

En las propias palabras de este autor precedente:

“...sobre la idea de (...) que la punibilidad de la omisión sobre la base del supuesto de hecho típico de comisión sólo puede ser justa, si la posición del autor por omisión en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico es comparable en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado con aquéllos que debe poseer el autor por comisión”.³⁹

Señala que es imprescindible acudir a la configuración de los delitos comisivos para cumplir con el cometido de la seguridad jurídica, por cuanto los delitos de omisión en principio señalan comportamientos activos y porque es más fácil entender la imputación en las comisiones porque éstas también parten de la misma base que sus antípodas; en otras palabras, no existirían omisiones sin comisiones.

³⁸Citado por LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. P. 19.

³⁹SCHUNEMANN, Bernd. Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania. p. 22

Sin embargo y a pesar de lo anterior, esto no es tan exigente en lo que a la relación de causalidad se refiere; ésta no se puede predicar de igual manera en delitos activos y omisivos; no se concibe una relación directa entre éstos últimos y el resultado, por lo que para superar este escollo hay que trascender a la imputación y analizar la actuación positiva de la persona para establecer el dominio que tenía sobre el resultado final. Es decir, se le imputa el resultado al autor porque dominaba su cuerpo, porque dominaba la situación y se debe hacer lo mismo con el omitente, se debe castigar cuando domine la situación o sus consecuencias y/o el resultado lesivo.

Según Schünemann⁴⁰ el dominio se clasifica de dos formas que trae a colación Lascuráin y son:

el primero es el dominio sobre una causa esencial del resultado, que se producirá en quien domina cosas y ocupaciones peligrosas o personas irresponsables peligrosas (el niño que tira cosas por la terraza, por ejemplo). El segundo dominio lo es sobre el desamparo de la víctima, y tendrían su origen en un desamparo existencial (los niños respecto a los padres), en la libre aceptación de la función de amparo (quien recoge a un bebé por ejemplo) o en un acto de confianza del titular del bien (ancianos que ingresan a un asilo).⁴¹

⁴⁰“... hoy en día apenas existen dudas sobre la diferenciación existente entre las posiciones garantes derivadas del deber de control y deber de protección, que son consecuencia directa de las dos formas de dominio lógicamente posibles, bien sobre la fuente de peligro o bien sobre el desamparo del bien jurídico”.

⁴¹LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. p 24 y ss

La crítica preponderante a este planteamiento a mi modo de ver, la constituye la amplitud de la misma teoría y es prácticamente aplicable a la posición de garante para todos los tipos de omisión impropia y es el hecho de que a quien se encuentra en una posición privilegiada con respecto a otros, porque puede evitar el resultado, ya sea porque domine o no el mismo, no se le puede imponer la obligación de responder por la conservación y salvaguarda de bienes jurídicos de personas que en principio no tienen ninguna proximidad natural o consanguínea, ni mucho menos casual.

En el mismo sentido señala BACIGALUPO ZAPATER

*...Autor de un delito impropio de omisión solamente puede serlo quien es garante frente al ordenamiento jurídico de la no producción del resultado. Esta posición consiste en la estrecha relación del autor con el bien jurídico. En consecuencia, el objeto de la teoría de la posición de garante es la especificación de las relaciones estrechas que deben existir entre autor y bien jurídico para que una infracción de un determinado deber de acción caiga en el ámbito de un delito de comisión. Para la posición de garante no importa la fuente del deber de evitar un resultado, sino la mayor o menor estrechez en que el autor se encuentre con el bien jurídico.*⁴²

Lascuraín realiza una crítica y formula una serie de interrogantes que no han sido resueltos y que constituyen según él un punto débil de esta teoría, por cuanto obviamente a más de dejar puertas abiertas no satisfacen o no son aplicables a una sociedad cada vez más evolucionada y que opta por exigir postulados que no

⁴²BACIGALUPO, Enrique. Delitos impropios de omisión. p. 170 ss

atenten contra la seguridad jurídica para evitar precisamente como se dijo al principio del presente trabajo, soluciones para cada caso.

Éstas son las incógnitas:

“¿Por qué el que puede, debe?; ¿por qué es valioso atribuir los resultados no evitados a todos los que pudieron hacerlo?; ¿qué tipo de sociedad genera tan amplia y severa protección?; ¿qué consecuencias tiene para la preservación de la autonomía de las personas?...”

Señalamiento igualmente importante hace Perdomo Torres de la siguiente manera:

el dominio sobre la causa del resultado como principio de equivalencia muestra ya con la denominación “dominio” que se trata de un concepto múltiple susceptible de diversas interpretaciones... Esta concepción fáctica de dominio defendida por este autor puede llevar fácilmente a que supuestos de hecho objeto de valoración con contenido normativo diferente sean considerados como equivalentes a causa precisamente de la amplitud interpretativa que conlleva un examen de la situación concreta de la mano de criterios espaciales o temporales.⁴³

Dentro de la misma línea de la teoría de dominio, se sitúa la posición de Gimbernat quien sostiene que es garante de los bienes jurídicos de otras personas, el sujeto

⁴³ PERDOMO TORRES, Juan Fernando. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. p. 67.

que tenga un dominio efectivo sobre la situación que se presenta y que es atentatoria de los bienes jurídicos de quien se encuentre en peligro.

Siguiendo a Traeger cita el ejemplo de una persona que ya sea por error, por descuido o incluso para cometer un hecho punible, ingresa a una habitación que posteriormente es cerrada por el viento, que aunque no haya un actuar precedente de alguien sino la operancia de fuerzas extrañas a él (aquí como la naturaleza), aun en este caso se considera que existe posición de garante del titular del inmueble, si tiene dominio sobre el bien; esto dice Traeger:

este deber hay que admitirlo porque sólo aquel en cuya zona de dominio se ha producido una situación de peligro para otras personas es quien puede acabar con esa situación...

...Por consiguiente el deber de actuar no solo surge para quien ha causado una situación de peligro mediante una acción precedente inculpable sin saber que dentro de ella se encuentra una persona, sino también_ y a ello no se le suele prestar atención_ para aquel en cuya zona de dominio surge una situación de peligro con la que sólo él puede acabar, independientemente de que esa situación se haya producido por el azar o incluso por la culpa de un tercero.”⁴⁴

Sobre este punto, Gimbernat no toma ninguna posición, ni de crítica, ni de aprobación; sin embargo a mi juicio esta situación particular es demasiado severa precisamente por lo que se mencionó anteriormente, en el sentido de que no todo el que domina un hecho peligroso o dañino, debe evitarlo y hacer tal exigencia, transgrede la propia autonomía de las personas.

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernat%20alemania.pdf www.cienciaspenales.net. p. 37

Dentro de los riesgos socialmente permitidos, existen focos de peligro que las personas pueden soportar siempre y cuando no se sobrepasen los límites aceptados, porque de lo contrario según Gimbernat, quien los generó se convierte en garante de las personas a quienes les modificó su situación normal de riesgo; es decir, aquél que traspasa las fronteras de lo admisible, de lo tolerable, debe desplegar las acciones necesarias para evitar que transgreda el ordenamiento jurídico en el sentido de violentar la vida e integridad de quienes en principio no estaría obligado a salvaguardar. Aquí se torna en garante independientemente del vínculo que posea, quien desplegó un riesgo más allá de lo permitido y puso en peligro a personas; cuyos bienes jurídicos, de no haberse generado el riesgo no sufrirían menoscabo alguno.

En relación a lo acabado de mencionar Lascuráin refiriéndose a Gimbernat señala:

si los focos de peligro sólo están autorizados en tanto en cuanto se mantienen sin sobrepasar un determinado índice y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar ese rebasamiento, entonces *funcionalmente* existe una *equivalencia* entre la *desestabilización* del nivel de lo permitido porque una *acción* incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado (*adelantamiento* incorrecto por ejemplo, en la circulación de vehículos) y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una *omisión* porque, en contra de lo *normativamente previsto*, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado (*no frenar el autobús ante un semáforo en rojo, arrollando así y matando a un motorista que estaba parado frente a un paso de peatones*)⁴⁵

⁴⁵ LASCURAIN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. P. 30

La crítica consiste en que no se señala con precisión qué personas son las encargadas de vigilar el foco de peligro, con lo que caeríamos nuevamente en el peligro de ausencia de regulación con la consecuencia de traer soluciones para cada caso particular y las implicaciones que se señalaron anteriormente.

Silva Sánchez quien complementa la tesis de Schünemann sostiene que para imputar el resultado de una conducta omisiva, no basta solamente la creación de un peligro por medio de un movimiento corporal, es necesario además la asunción del riesgo que amenaza la estabilidad del bien jurídico, entonces como el sujeto en comisión por omisión traspasa o penetra la esfera de quien es garante⁴⁶, se le debe responsabilizar por los resultados dañosos.

Lascuráin analiza así la posición de Silva:

Las posiciones de especial responsabilidad que fundamentan la equiparación de la omisión a la comisión activa hallarían así su fuente en la idea de asunción del control de un riesgo. Las dificultades de acuerdo con este fundamento, tan ligado al ejercicio de la autonomía personal, no provienen entonces de su formulación en sí (la asunción genera deberes de garantía) sino de exclusividad (sólo la asunción genera deberes de garantía)... En casos como los de los deberes paternofiliales, o los deberes de control que surgen de la injerencia, o los deberes que surgen del dominio sobre un animal peligroso, no cabe afirmar en rigor que los agentes asumen, toman para sí libremente el control del riesgo –como sí lo hace por

⁴⁶“... hoy en día apenas existen dudas sobre la diferenciación existente entre las posiciones garantes derivadas del deber de control y deber de protección, que son consecuencia directa de las dos formas de dominio lógicamente posibles, bien sobre la fuente de peligro o bien sobre el desamparo del bien jurídico”.

ejemplo el socorrista de una piscina o el encargado de seguridad de una empresa-, sino más bien por determinadas razones le atribuimos el control de ciertos peligros, lo quieran o no.⁴⁷

4.4. TEORÍA DE LOS ROLES DE JAKOBS

Jakobs entiende y acepta que dentro de la sociedad liberal las personas tienen derechos y libertades que deben ser bien utilizados, que existen límites dentro de los cuales deben estar subsumidas todas las actuaciones del ser humano que está dentro de esa comunidad y que cualquier acción o desempeño por fuera de los términos, debe ser responsabilidad de quien los transgreda.

Jakobs denomina esa libertad, ese conjunto de derechos que tienen los sujetos dentro de una sociedad "organización", esto dice:

En otras palabras, quien pretenda gozar de libertad de organizar, tiene que hacerse responsable de las consecuencias de su organización; el que quiera excluir las consecuencias, tiene que dejar que sus asuntos sean administrados por tercero, no puede ser, por tanto, Persona. Este nexo entre libertad de organizar y la responsabilidad por las consecuencias no guarda relación con la delimitación de las prohibiciones respecto de los mandatos o con la de la acción respecto de la omisión.⁴⁸

⁴⁷ LASCURAIN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. p 35

⁴⁸ JAKOBS, Günther. Sobre el estado de la teoría del delito. IV. La omisión: Estado de la cuestión. p. 133

Significa ello que existen actuaciones positivas y negativas pero que no deben entenderse como antípodas las unas y las otras, al contrario, que son complemento y que no se conciben separadamente,⁴⁹ es decir, las relaciones negativas no se forman exclusivamente por proscripciones, ni las relaciones positivas solo por mandatos.⁵⁰

“Por lo que respecta a la relación negativa, ésta no se compone meramente de prohibiciones de iniciar lesiones; muy por el contrario, existen junto a esas prohibiciones, mandatos de abstenerse de gestar lesiones, cuando no de revocarlas... De forma análoga, la relación positiva no se compone tan sólo de mandatos sino también de prohibiciones...”⁵¹

Como habíamos indicado, las personas en la sociedad tienen deberes que deben seguir para sostener el orden dentro de ella y tratar de mantener el equilibrio que genera la convivencia pacífica; pues bien, Jakobs sostuvo que esos deberes se dividen en dos: competencias por organización y competencias institucionales.

⁴⁹PERDOMO señala: “...de lo anterior se desprende para JAKOBS que el fundamento de responsabilidad no debe ser entendido separadamente entre omisiones por una parte y comisiones por otra, como lo ha reclamado la literatura tradicional, sino que se debe diferenciar entre dos fundamentos de responsabilidad dentro de los cuales la tradicional bipartición entre mandatos y prohibiciones no alcanza ningún tipo de validez. Esta afirmación es obtenida del razonamiento de que existen mandatos que no presuponen la existencia de solidaridad y prohibiciones que solo tienen existencia cuando se trata de ella...”

⁵⁰LASCURAÍN lo señala de igual modo. “...debe advertirse que para JAKOBS constituye un aspecto secundario el que la gente actúe u omita de cara a la imputación penal. La separación de acción y omisión constituye una razón técnica de segundo orden relativa a cómo tiene el sujeto que organizarse para cumplir con los deberes positivos y negativos que se le asignan.”

⁵¹JAKOBS, Günther. Sobre el estado de la teoría del delito. IV. La omisión: Estado de la cuestión. p. 133

La competencia por organización ha sido esbozada y consiste en que como cada persona dentro de la sociedad goza de libertad, no ilimitada, para gozar de ella las leyes de la organización social imponen un gravamen, es decir, debe afrontarse con responsabilidad para evitar que el abuso de ella dañe a los demás.

A esto se refiere:

“...la obligación originaria tiene pues como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización- de la forma que sea- en una situación inocua para los demás. Junto a la prohibición “no dañes”, aparece pues un mandato, que es independiente del deber que señalaba Wolff de “servir de diversa forma a los demás” y cuyo enunciado es: “elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización”⁵².

De este primer grupo de deberes (el de organización) surge la obligación de aseguramiento del tráfico, es decir, quien pueda acceder a libertades dentro de la sociedad, debe evitar que el uso de éstas dañe a los demás. Así lo resume Jakobs⁵³: “...quien domina un objeto material debe cuidar de que los contactos de otras personas con el objeto permanezcan indemnes. Todo propietario de una casa sabe del mandato de asegurar que las ripias⁵⁴ no caigan del tejado;

⁵² JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/jakobs%20imputacion.pdf p. 851.

⁵³ Establece también: “lo relevante es, siempre, que la exclusión de otros del trato con determinados objetos y, con ello, de la propiedad en un sentido muy lato –propiedad como un supuesto más de libertad de organizar- trae como consecuencia necesaria que hay que cuidar de la inocuidad de la organización –no solo de los actos de organización, sino también del estado de la misma.

⁵⁴ La palabra Ripia proviene del latín replere, rellenar; significa: 1. Tabla delgada, desigual y sin pulir. 2. Costero tosco del madero aserrado.

todo dueño de un arma conoce el deber de no dejarla accesible a personas sin autorización...”⁵⁵

Este deber de aseguramiento del tráfico puede surgir también de un comportamiento anterior, es decir la injerencia, que como ya se explicó anteriormente, consiste en una situación o riesgo que creó el sujeto y que por este hecho se convierte en garante para evitar precisamente que el peligro traspase la frontera o invada la órbita de los derechos de la otra persona, de quien en otras condiciones -de no haberse creado la situación precedente de contingencia-, no se respondería en comisión por omisión.

Jakobs señala que cuando estos deberes abandonan en su curso la organización de la persona obligada e invaden el de la víctima, existe ya una responsabilidad mayor para hacer todo cuando tenga a su alcance para evitar que la dañe y entonces los denomina “deberes de salvamento”. Es coherente y lógico que el deber sea más estricto, por cuanto quien debía cuidar su ámbito organizativo, lo descuidó, no hizo un buen uso de las libertades a qué tenía derecho y transgredió los límites que debía celar o custodiar.

No se trata ya, del deber de solidaridad que reviste a los ciudadanos dentro de una sociedad organizada, sino de la obligación de actuar para salvaguardar los

⁵⁵ JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/jakobs%20imputacion.pdf p. 851

bienes jurídicos que han sido puestos en peligro por una extralimitación en sus derechos.

Acota Jakobs:

“una fundamentación sucinta sería: Quien organiza algo prohibido, debe evitar daños como mejor pueda, y quien organiza algo tan solo peligroso, de la misma manera debe evitar los daños, a no ser que otros hayan organizado algo de mayor importancia que lo simplemente peligroso. Se trata de nuevo del sinalagma de la libertad de organizar y el deber de evitar daños”⁵⁶.

Otro deber es el procedente de la asunción de una situación riesgosa y tiene lugar, como su nombre lo indica, cuando se asume voluntariamente el control de un problema que ya está en curso, que ya se ha iniciado; sin embargo, esa “apropiación del peligro” disminuye las probabilidades de salvamento de los bienes jurídicos que se encuentran en juego. Lo resume Jakobs a través de esta frase: “...*el deber en virtud de asunción es el sinalagma de esa merma de la protección ajena*”.⁵⁷

Por último, mencionaremos el segundo de los deberes a que alude Jakobs y que lo constituye la competencia institucional y consiste en que los seres humanos dentro de la sociedad pertenecemos de una u otra manera a diferentes instituciones a las que debemos ceñirnos para asegurarles su

⁵⁶ JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/jakobs%20imputacion.pdf p. 852.

⁵⁷ JAKOBS, Günther. Sobre el estado de la teoría del delito. IV. La omisión: Estado de la cuestión. p. 136

permanencia y funcionalidad. No se necesita que las instituciones tengan una organización amplia y con una estructura compleja, pero sí es imprescindible su reconocimiento y respeto para asegurar su permanencia o continuidad. Es así como se considera tal vez como la primera institución la de los padres frente a los hijos y las que constituyen y hacen parte del Estado.

Así mismo:

Entrarían aquí en consideración los deberes estatales de velar por la seguridad interior y exterior y por la sujeción a la ley a la Administración, la asistencia fundamental en un Estado de prestaciones, y la protección del medio ambiente en el Estado de una sociedad saturada por la técnica. Dentro del grupo de deberes de garante en virtud de responsabilidad institucional se incardinarían asimismo los derivados de la relación paternofamiliar y sus sustitutos, y la confianza especial en la constancia de un determinado rol.⁵⁸

Según esta teoría, cualquiera que no se comporte dentro de la sociedad de acuerdo a los deberes y límites impuestos por ella misma, de respetar y evitar menoscabar los derechos de los otros, cuando se es garante se convierte en responsable por cuanto precisamente los ha trasgredido; es decir, quien rompe el equilibrio existente debe hacer lo posible por evitar que una mayor dañosidad afecte a terceros.

⁵⁸ LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. P. 40

Pero antes de realizar cualquier juicio de imputación, se debe preguntar si el sujeto era competente para evitar ese resultado lesivo, es decir, que el suceso o imprevisto fuera evitable y cognoscible por quien tenía la obligación o posición de garante.

Posición impecable en mi sentir, parte de un fundamento básico para la coexistencia en sociedad, el principio de libertad, éste no puede ser ilimitado, debe ceñirse o tener en cuenta los derechos de las demás personas; por lo que, para vivir en comunidad se debe desempeñar ciertos roles indispensables para lograr una sociedad organizada. Transgredir esos límites equivale a la asunción de una responsabilidad mayor, dado que se causó un desequilibrio en el orden social que exige ya no deberes solidarios, sino verdaderos compromisos de protección de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro con la extralimitación de mis derechos como ciudadano.

Lo anterior, entonces constituye un pilar básico para la consecución de una colectividad más sana y en paz en la medida en que sé es consciente hasta donde llegan nuestras prebendas y se respetan los derechos ajenos.

Se estableció en sentencia SU- 1184 del 13 de noviembre del 2001 de la Corte Constitucional Colombiana. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. "En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de

socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”.

5. LA OMISION IMPROPIA EN COLOMBIA Y EL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO (ACIERTOS Y DESACIERTOS)

Imprescindible resulta al referirse al tema de los delitos de omisión impropia, indicar que así como la doctrina internacional no ha sido prolija o copiosa para impulsar y avanzar en el tratamiento que debe dárseles a los problemas planteados a lo largo del presente trabajo, también la nacional ha carecido por completo de desarrollos exhaustivos por lo menos hasta antes de la expedición de la ley 599 de 2000 o actual Código Penal Colombiano.

En el código de 1980 se consagraba que los delitos se cometían tanto por acción como por omisión, además de incluir lo referente a la causalidad, en el sentido que el resultado de una conducta debía ser consecuencia de una acción u omisión.

Así se consagraba en el Código penal de 1980:

ARTICULO 19. ACCION Y OMISION. El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión.

ARTICULO 20. TIEMPO DEL HECHO PUNIBLE. El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aun cuando sea otro el del resultado.
La conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida.

ARTICULO 21. CAUSALIDAD. Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión.
Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

Hasta ese momento en Colombia sólo se aplicaban o tenían especial relevancia las tesis formales para endilgar responsabilidad a quien ostentara posición de garante e incumpliera con el deber jurídico de evitar el resultado estando obligado a ello; aunque es necesario dilucidar que la figura de la posición de garante sólo se introdujo como tal con la expedición de la Ley 599 de 2000.

Juan Carlos Forero señala al respecto:

“...Influenciados por el Proyecto de Código Penal tipo latinoamericano, los redactores del Código del 80, introdujeron una cláusula de estirpe italiana, que rubricada como “causalidad” menciona que quien tenga el deber jurídico de evitar un resultado, no evitarlo pudiendo hacerlo equivale a producirlo”⁵⁹.

En esta época, los problemas de los delitos de omisión impropia en cuanto a la violación del principio de legalidad eran tajantes, porque ni siquiera se consagraba en la parte general una cláusula de equivalencia, que permitiera al operador jurídico una salida a la hora de darles aplicación, los inconvenientes entonces eran bastantes serios y conducían indefectiblemente al cuestionamiento de la existencia misma de la figura de omisión impropia.

Entre los Códigos Penales de 1980 y 2000, se expide la Constitución Política en la que se consagró el principio de solidaridad en los artículos 1 y 95 tal vez como un primer paso para dar respuesta a las recomendaciones o interrogantes de la

⁵⁹ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. p. 86

doctrina acerca de la falta de regulación expresa de los delitos impropios de omisión y las posiciones de garante.

La elevación a rango constitucional del principio de solidaridad buscaba dar por terminadas un sinnúmero de situaciones injustas socialmente, y estableció que es deber de todos los colombianos obrar de acuerdo a razones de humanidad, aquí se incluye el deber de ayudar a personas que se encuentren en estados de debilidad manifiesta y que esperan ser socorridas independiente de su grado de parentesco o afinidad; porque la Constitución no hizo distinción en cuanto a este aspecto; es por ello precisamente que en el delito de omisión de socorro el sujeto activo es indeterminado, no se exige una calidad especial.

Si bien, la solidaridad es característica de un Estado Social de Derecho y fue el fundamento para consagrar en la parte especial de nuestro Código Penal el delito de omisión de socorro, no es suficiente para endilgar responsabilidad a título de garante cuando se ha omitido desplegar una acción que hubiera puesto a salvo los bienes jurídicos a los que estaba obligado a amparar; lo indispensable es que se tenga la obligación, la capacidad para actuar y con ello, la evitación del resultado lesivo.

Sin embargo, existe relación del principio de solidaridad con los delitos de omisión impropia, y esta consiste en que es imprescindible que el garante despliegue acciones humanitarias a favor de un tercero; para ello es indispensable además tenga capacidad de acción y que exista la certeza de que con su hacer el bien jurídico que pretende salvaguardar quede indemne, así mismo lo señala Velásquez:

“...el deber jurídico- acorde con el principio de solidaridad social- implica la realización de “acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas” (Const. Pol., inc. 3º, num. 2), y ello solo puede suceder en relación con la persona que tenga la posición de garante en el caso específico, y con la condición de que la acción que deba realizarse sea la que – se insiste: de manera directa y cierta-impida la realización del resultado”⁶⁰

La Corte Constitucional ha hecho referencia al principio de solidaridad de la siguiente manera:

“El principio de solidaridad social ha dejado de ser un imperativo ético para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad (CP art.1)... Paralelamente, todo ciudadano colombiano está en el deber constitucional de obrar conforme al principio de solidaridad social y de prestar su colaboración con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (CP. art. 95-2). La sociedad se gobierna y, en lo posible, debe actuar siguiendo pautas económicas y sociales redistributivas con el objeto de aminorar las desigualdades materiales y la injusticia social...”⁶¹

Quiso entonces el legislador del 2000 superar los escollos del código anterior, en el sentido de no dejar por fuera ninguna de las situaciones en las cuales el garante respondiera por su falta de actuación cuando el ordenamiento jurídico lo esperaba, es decir, estando obligado a ello; sin embargo, es menester diferenciar, acciones

⁶⁰VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General. p. 669

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T. 533 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

tendientes a salvar un bien jurídico que se encuentra en peligro por cuya indemnidad respondería el garante que omitió su protección y la infracción del deber de solidaridad que es más característico y fundamental para los delitos propios de omisión y fundamento de la omisión de socorro.

A pesar de lo anterior, las críticas han sido numerosas por cuanto no existió orden al consagrarlas, no se inscribió nuestro Código Penal en una teoría específica y de fácil aplicación, tanto, que a la fecha, continúan latentes los ataques a la figura de omisión impropia y a la posición de garante; mismas denuncias existentes antes de la expedición del novedoso código.

Una respuesta a la falta de técnica legislativa o errores en la redacción (como veremos más adelante) del artículo 25 del Código Penal, se encuentra en que no se hizo un estudio concienzudo y juicioso sobre las figuras que se introducirían y que merecían una evaluación o disertación no en bloque como efectivamente sucedió, sino toda la atención por parte de los congresistas encargados de votar el proyecto.

En el mismo sentido manifiesta Jaime Vargas García:

según la gaceta 377 del 24 de diciembre de 1988 en (sic) aparece el artículo 25 del código Penal, sin embargo no es el texto actualmente vigente; en la gaceta N° 10 del 3 de marzo de 1999, el texto del proyecto fue aprobado en la comisión primera pero el texto no coincide con el actual; ponencia para segundo debate en el Senado y allí no se encuentran explicaciones a la introducción al artículo 25 del Código

Penal; de acuerdo con la gaceta del Congreso N° 113 artículo 25 junto con otros artículos fue excluido el debate general para que fuera estudiado por una comisión accidental; la senadora Claudia Blun (sic) Barberi sometió a la plenaria en bloque varios artículos incluido el 25 del Código Penal siendo aprobado por la plenaria; el 27 de mayo de 1999 la comisión accidental presentó el texto aprobado por la plenaria del Senado, se introduce una modificación al artículo 25 pero no aparece la sustentación...⁶²

El objeto al incluir el artículo 25 en el Código Penal fue:

Una nueva propuesta en las posiciones de garantía, que tradicionalmente se venían manejando en nuestro medio académico orientadas a la llamada teoría formal en la cual hay prácticamente una coincidencia, se queda demasiado corta, demasiado reducida frente al contenido social de nuestra constitución, no solo por las implicaciones del modelo de Estado, sino particularmente frente al imperativo de carácter axiológico y sus efectos en el ámbito del derecho punitivo, como es el principio de solidaridad⁶³

Finalmente el artículo 25 del Código Penal quedó así:

ARTICULO 25. ACCION Y OMISION. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

⁶² VARGAS GARCÍA, Jaime. Posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública. Prolegómenos-Derechos y valores. <http://www.umng.edu.co/documents/63968/72400/prolegomenos-09.pdf> p. 219

⁶³ Gaceta del Congreso de la República de Colombia, N° 104 del 6 de abril de 2000. Páginas 9 y 10

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PARAGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

Antes de referirme al artículo 25 del Código Penal ya enunciado, es necesario manifestar que la doctrina y jurisprudencia nacionales no superan las críticas sobre los tipos de omisión impropia, éstas son básicamente coincidentes o por lo menos mayoritarias en afirmar, que es problemático pretender aplicar o imponer una sanción drástica a un garante cuando éste omite el cumplimiento del deber jurídico consistente en la evitación del daño al bien jurídico que estaba obligado a proteger, sí en la norma no se prevé taxativamente quienes ostentan la calidad de garantes. Es el juez entonces, quien debe hacer una interpretación que en muchos casos resulta desafortunada precisamente por la falta de consagración y

regulación expresas para poder determinar en cada caso concreto quien es el autor de la conducta omisiva.

Fernando Velásquez afirma:

...en los segundos (*impropios o no escritos*) el autor debe ser determinado por el juez, individualizando sus características conforme a los modelos legales y, más concretamente, con base en la llamada *posición de garante* como criterio general, temática sujeta a múltiples debates y siempre abierta a la discusión dogmática... la dificultad es mayor cuando se trata de determinar *cuándo existe esa posición de garante*, que no puede derivarse a partir de deberes de tipo moral o social, *sino estrictamente jurídico*⁶⁴.

También se refiere al asunto Gómez López:

Como la ley penal no puede, por la extensión propia de las leyes generales describir todos los casos en que un individuo está obligado jurídicamente a proteger un bien jurídico y a impedir por ello resultados lesivos, ha creado una norma (art. 25 C.P.) que contempla en una fórmula general todos los casos, correspondiendo al juez, mediante su interpretación, dar contenido al tipo, remitiéndose (aspecto normativo del tipo de omisión) a las leyes y reglamentos jurídicos que crean el deber de proteger el bien jurídico...⁶⁵

⁶⁴VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General. p. 663

⁶⁵GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. p. 251

Lo manifestado en el inciso anterior por Gómez López es correcto, por cuanto es imposible que se regulen en cualquier ordenamiento todos los casos en los cuales el garante respondería por omisión, la cuestión es que no se especifica, y en ese sentido sobresalen las críticas de tratadistas con posturas garantistas, quiénes ostentan la calidad de garante y es allí precisamente donde se aduce violación al principio de legalidad.

Es necesario siempre, dejar un margen de interpretación al operador jurídico; sin embargo, al no contemplar la norma a qué personas dentro de la sociedad se revistió de características y obligaciones especiales para ser consideradas garantes, abre espacios a las críticas-no pocas en nuestro caso- sobre la trasgresión o quebrantamiento de la legalidad de indispensable aplicación aun más en el derecho penal por cuanto se trata de restricciones severas a derechos fundamentales.

En el mismo sentido señala Juan Carlos Forero:

“Es utópico que exista un derecho preciso: una formulación legal lingüísticamente unívoca y por ende una ley penal “absolutamente” determinada no son posibles a causa de la ambigüedad del lenguaje legal... La vaguedad en la descripción de los tipos penales algunas veces resulta imperiosa, con la finalidad de sancionar comportamientos merecedores de pena que surgen en la vida social”⁶⁶

⁶⁶ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. p. 92 y 93

En Colombia, diré de una vez, no hay violación o quebrantamiento al principio de legalidad y mucho menos al mandato de determinación; existe en la norma general del Código penal, específicamente en el artículo 10, una pauta en la que se manifiesta que en los delitos de omisión el deber tendrá que estar consagrado en la constitución o en la ley; y es precisamente la expedición del artículo 25 de la misma obra penal y su cláusula de equivalencia una salida para dar por terminado el debate en mención.

Sin embargo, y a pesar de lo acabado de manifestar existen autores que consideran que la consagración de criterios formales y de la cláusula de equivalencia no basta, no son suficientes para dar por clausurada la cuestión; un ejemplo claro, es la postura de Juan Carlos Forero haciendo alusión a Zaffaroni:

“...ello nos lleva a nosotros a plantear que precisamente la ley o la constitución por sí solas no fundamentan la posición de garante y por ello sí hay que hacer referencia a los puntos de vista materiales...”⁶⁷

Bien diferente es el argumento del tratadista nacional Fernández Carrasquilla:

“...la objeción de quebrantamiento del principio de legalidad se desvanece en códigos que, como el colombiano, reglamentan expresamente la materia mediante un tipo general de “comisión por omisión”, es decir, un dispositivo amplificador de los tipos previstos en la parte general y con enlace regulativo para todos los tipos de resultado en que no esté tipificada una especial actividad como medio comisivo”⁶⁸

⁶⁷ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. p. 92 y 93

⁶⁸ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. p. 168 y 169.

Otra cosa bien distinta es la discusión que se ha planteado por diversos autores nacionales al manifestar que las regulaciones de los artículos 10 y 25 del Código Penal son antagónicas, por cuanto el primero de ellos hace alusión a criterios formales y el segundo a criterios materiales; es necesario desde ya dar por terminada la disputa señalando que no hay tal contrariedad, lo que hace el artículo 25 es complementar la norma rectora o prevalente; no son incompatibles, este último en el inciso segundo también establece que quien esté obligado y en posibilidad de evitar un resultado, y no lo haga, queda sujeto a la imposición de la sanción penal contemplada en el tipo respectivo, pero que es necesario que ese deber esté consagrado en la constitución o la ley. Como se puede observar, de las normas aludidas se colige fácilmente la orientación mixta del legislador en cuanto a la posición de garante.

Lo anterior, es decir, lo estipulado en los artículos 10 y 25 de nuestro Código Penal es incoherente y por lo tanto se presta para confusiones según Orlando Gómez y aunque no comparte que por ello sea inaplicable el artículo 25, sí destaca la posición del Viceprocurador de la época Eduardo Montealegre Lynett⁶⁹ quien asevera que siendo el artículo 10 norma rectora prevalecería sobre el artículo 25 delimitando solamente la posición de garante a la Constitución o la ley.

A esto se refiere:

Pero el código entró aquí en una incoherencia sistemática,
que según el pensamiento de algunos haría inaplicable lo

⁶⁹ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. La Reforma al Sistema penal. 1999. BERNAL CUELLAR, Jaime. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. p. 41

dispuesto en el artículo 25 en sus cuatro numerales, por cuanto ya el artículo 10 inc. 2 dispuso que "En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la constitución Política o en la ley", por lo que delimitada la posibilidad de la omisión a los casos en que el deber esté en la Constitución o en la ley, y siendo norma rectora prevalecería sobre otras disposiciones (art.13 C.P.)...⁷⁰.

Contrario a dicha opinión, enfatiza Orlando Gómez: "...no compartimos la anterior opinión pues parece claro que el inciso 2 del artículo 10 se refiere a los tipos de omisión y por lo tanto a la omisión propia, en los cuales el deber debe estar señalado al menos en la ley"⁷¹.

Juan Carlos Forero también manifiesta su desacuerdo con lo esbozado por Montealegre Lynett en el sentido de que los artículos 10 y 25 del Código Penal son contradictorios y por lo tanto siendo el artículo 10 principio rector prima sobre el 25, haciendo a este último prácticamente irrealizable.

Esta es la sustentación:

Consideramos que si bien es cierto el artículo 10 que constituye una norma rectora expresa que los deberes en materia de omisión tendrán que estar claramente delimitados por la constitución o la Ley, también debe tenerse en cuenta que el artículo 25 está precisamente desarrollando y no contradiciendo la norma rectora. En otras palabras, el artículo 25 como norma jurídica está

⁷⁰ GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. p. 255

⁷¹ GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. p. 255

indicando en qué casos existen deberes de garantía que convierten al sujeto en garante. Por ello consideramos que la contradicción es aparente y ello no implica una inaplicabilidad del artículo 25 que simplemente está indicando los eventos en que existe posición de garantía y que claramente delimita y consagra tales deberes⁷².

Continuando con el análisis del artículo 25 del C.P. inciso 2 en el acápite "*...se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley...*", se deduce la adopción por el Código Penal vigente de una postura mixta para estar acorde con los planteamientos y requerimientos de la doctrina, que pedía apremiantemente la consagración positiva en la ley penal de los delitos de omisión impropia y la posición de garante, desarrollar de esta manera la reciente Constitución Política y estar conformes con las nuevas tendencias a nivel mundial de un derecho más moderno y garantista.

Esta fue la pretensión de la Fiscalía General de la Nación y se puede advertir claramente en la exposición de motivos del proyecto de Código penal presentado por el ente acusador:

...Se regulan las situaciones materiales de la imputación del resultado en materia de delitos impropios de omisión. Con ello se llevan al texto legal las recomendaciones de la doctrina acerca de una regulación expresa de la materia y en lo posible de las llamadas posiciones de garantía. Constitucionalmente rige el principio de solidaridad, el cual

⁷² FORERO RAMIREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. p.100

principalmente viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal (*art. 1º y 95 num, 2º de la Carta Política*); por lo que la propuesta busca desarrollar tales normas en un ámbito de estrechas relaciones y situaciones jurídicas.⁷³

Colorario de lo anterior y señalando nuestro acuerdo con las posiciones planteadas por Orlando Gómez y Juan Carlos forero, es imperioso manifestar que nuestro legislador no optó por una tesis en particular, se decidió en cambio, por una postura mixta en la que se incluyen las posiciones de garante que han ido revaluándose con el tiempo por la doctrina, por lo que constituyen zonas de penumbra para la interpretación y aplicación en cada caso concreto y que ha llevado a decisiones desventuradas según lo anota Fernando Velásquez⁷⁴ con lo que coincido plenamente.

Esto también anotó el profesor Alfonso Cadavid Quintero en el prólogo del libro de Juan Antonio Lascuráin:

“...vale la pena destacar que el autor ofrece una propuesta de interpretación del muy confuso art. 25 del C. Penal, que pareciera haber querido incluir en su texto cualquier fuente de la posición de garante que se haya propuesto a

⁷³FISCALÍA GENERAL DE LA NACION. Proyecto de Código Penal citado por FORERO RAMIREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. Editorial Temis. Bogotá 2002. P. 99

⁷⁴“No obstante, esto parece claro e indiscutible ha sido olvidado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al expedir la sentencia de doce septiembre 2007, radicado: 24448 (en igual sentido, sent. del catorce noviembre 2007, radicado: 28017), mediante la que se condenó a cuarenta años de prisión (i) por un concierto para delinquir omisivo (i) y un concurso de homicidios agravados omisivos (i) a un teniente del Ejército Nacional que, ante una masacre “anunciada” por grupo de paramilitares que finalmente se llevó a cabo, realizó un aparente comportamiento omisivo- los juzgadores de instancia absolviéron al encartado escudados en insalvables dudas probatorias- aunque también se pretextan “actos positivos”, consistente en, según se afirmó, “un dejar hacer, dejar pasar”, en hacer “oídos sordos” a su ineludible deber de combatir al grupo irregular que dejaba rastros de sangre a su paso y de negarse a proteger a la población civil, respecto de cuyas vidas tenía posición de garante...”

lo largo de la historia del pensamiento dogmático, sin tener en cuenta que todas esas distintas posiciones eran fruto de planteamientos que iban reemplazándose los unos a los otros, y no acumulándose, como pareció entenderlo el Legislador⁷⁵.

Sin embargo, hay quien considera que la principal crítica al artículo 25 del Código Penal no consiste en la combinación de criterios formales y materiales, sino en que, cuando se infringe el deber de actuación al que se estaba obligado, se habla de una omisión en sentido estricto pero no comparable con una conducta activa o positiva, abandonando de esta manera las obligaciones mismas del garante porque se desdibuja o desaparece la equivalencia. De esta manera expresa su disenso María José Rodríguez Mesa:

...la principal objeción que se puede hacer al artículo 25 del Código Penal Colombiano no es ya la combinación de criterios formales y materiales en la determinación de la posición de garante, sino el intentar fundamentar la responsabilidad en comisión por omisión precisamente en el incumplimiento o abandono de esa posición de garante. Y ello, porque de la no evitación de un resultado por parte de quien infringe un deber de garante de origen legal, social o derivado de la injerencia sólo puede deducirse la existencia de una omisión, cualificada si se quiere, pero en modo alguno equivalente per se a la comisión activa⁷⁶

⁷⁵ LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía. Prólogo. Página XVIII

⁷⁶ RODRIGUEZ MESA, María José. La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal Colombiano. p. 120

Como se viene de señalar, la orientación mixta del artículo 25 del código Penal, es decir, la adopción de tesis formales y materiales, permite de igual manera establecer que hoy en día rigen y se acogen también las teorías funcionales (el funcionalismo radical formula su propuesta que denomina material, en la cual el fundamento de responsabilidad tiene origen en la libertad de actuar y de ahí en la responsabilidad por organización e institucional) y que según Fernando Velásquez al referirse a la teoría de las funciones es la acogida por la ley penal hoy dominante.

Desde este punto de vista, la posición de garante surge de dos fuentes básicas. Así lo señala Velásquez:

*...en primera instancia, cuando la persona tiene el deber de proteger los bienes jurídicos de los riesgos que puedan afectarlos (art. 25, inc.3 primera parte), como acontece en los siguientes tres casos: en primer lugar, en los deberes de protección surgidos de relaciones familiares o de *ámbitos de convivencia* (el padre en relación con el niño...la esposa en relación con el esposo...); en segundo lugar, por *la comunidad de riesgo*, que surge de la participación voluntaria, concertada previamente...los dos náufragos que sobreviven..., en actividades peligrosas en las que intervienen personas tácitamente obligadas a ayudarse mutuamente (los grupos de excursionistas o paseantes, el guía que conduce a varios turistas, etc.); y, en tercer lugar, los casos de *asunción voluntaria* de una función de protección de determinados bienes jurídicos... En segunda instancia, cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo (art. 25, inc. 3º, parte segunda), como sucede también en las siguientes tres situaciones: con los *deberes surgidos de comportamientos precedentes suyos o injerencia* (aquel que mediante violencia embriaga a otro tiene la obligación de protegerlo...)...; en segundo lugar, con las obligaciones surgidas de los *riesgos creados por otras personas* que se*

encuentran dentro del ámbito de influencia de quien omite (los servidores públicos en relación con sus subordinados...) y finalmente, en tercer lugar, los deberes de garante surgidos del *control de fuentes de riesgo que operan en el propio ámbito de dominio del agente* (...el cuidador de una planta de energía atómica...)..⁷⁷(Cursivas propias del texto original)

En Colombia entonces, son perfectamente aplicables todos los supuestos de posición de garantes que se establecieron en la primera parte del presente trabajo; (Nº1. asunción voluntaria para la protección del bien jurídico, Nº2. la estrecha comunidad de vida, Nº3. la comunidad de riesgo y Nº4. Injerencia); no hay fundamentos para pensar lo contrario; el artículo 25 del Código Penal lo que pretendió fue evitar que el intérprete se abstuviera de imponer sanción al garante que omitiera realizar acciones de salvaguarda a los bienes jurídicos que estaba en obligación de proteger, con todas las críticas que ello conllevaría, como la de establecer situaciones que ya habían sido superadas por la doctrina foránea y que daban paso a estudios recientes y acordes con la evolución del derecho penal que avocaba por ser más garantista; sin embargo, no estableció a quiénes podía endilgárseles semejante responsabilidad, trayendo consigo errores en cuanto a la aplicación de esta “novedosa” y drástica figura para quienes incumplían con su obligación de amparar de ciertos riesgos a aquéllos bienes de terceros que estaba en capacidad mental y física de proteger.

Luego del problema o dificultad que se traslada en últimas a los operadores jurídicos en lo que se refiere a la aplicación de la comisión por omisión sin vulnerar el principio de legalidad, conocer con exactitud quiénes son garantes es otra complicación aún sin resolver y que espera una solución so pena de continuar con

⁷⁷VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General. p. 666.

discusiones que no han remediado en absoluto este inconveniente, la anterior crítica es respaldada también por María José Rodríguez quien aduce:

...si algo puede inferirse del debate doctrinal existente en este punto es precisamente que ninguna de las posiciones defendidas por los diferentes autores que se ocupan del tema es capaz de proporcionar un fundamento material a la obligación de garantía que pueda explicar convincentemente –y desde los principios exigibles a un modelo de Derecho penal democrático – la razón por la que la infracción del especial deber de actuar que tienen algunos sujetos permite, sin más atribuirle un resultado típico del mismo modo que si lo hubiesen causado activamente...⁷⁸

Continúa María José Rodríguez⁷⁹ manifestando su preocupación por la problemática de los delitos de omisión impropia a los que nos venimos refiriendo, y estima que la causa de tantas complicaciones, se debe a que ha existido una confusión entre el origen de las posiciones de garantía y la cláusula de equivalencia o equiparación entre acción y omisión, concepto éste a mi juicio nada novedoso y deja sin resolver de fondo el interrogante planteado por ella misma inicialmente, aduce además que mientras subsista esta situación las soluciones seguirán siendo poco satisfactorias. Lo anterior, concluye Rodríguez, es importante sobre todo para ajustar el círculo cada vez más amplio de personas a quienes se considera garantes.

⁷⁸ RODRIGUEZ MESA, María José. La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal Colombiano. p.121

⁷⁹ Señala: “el intenso debate sobre el fundamento, naturaleza y alcance del deber de garante, así como la insatisfacción de todas las soluciones propuestas hasta el momento traen su causa, en mi opinión, de una confusión de planos distintos: el del fundamento de la obligación de garantía, por una parte, y el del fundamento de la equiparación entre la omisión y la comisión, por otro. Mientras que se siga considerando que la “no evitación evitable del resultado por el garante” es el elemento que permite fundamentar el injusto de la comisión por omisión el debate seguirá abierto y las soluciones seguirán siendo insatisfactorias...”

El garante además debe realizar acciones ciertas y determinadas para salvaguardar los derechos, garantías o bienes respecto de quien está obligado a resguardar y prevenir, es decir, no todas las maniobras de ese sujeto cualificado pueden considerarse como idóneas para impedir el resultado, sólo aquellas que el ordenamiento jurídico espera, de lo contrario puede caerse fácilmente en la omisión de socorro pero jamás en una omisión impropia.

De la misma manera lo afirma Fernando Velásquez:

Naturalmente, debe precisarse que no toda posición de garante genera la realización del tipo de omisión impropia, pues es indispensable que el agente no realice la acción de salvamento que le ordena la ley en el caso concreto, esto es, aquella de la que se desprende ese preciso deber jurídico...no toda posición de garante en abstracto puede fundar la realización de un tipo omisivo impropio, sino solo aquella que en caso particular, específico, sea la que obligue al sujeto a realizar la acción de salvamento ordenada; además, esa acción, debe también ser determinada, esto es aquella que con certeza, con seguridad, de manera definitiva y sin la necesidad de realizar posteriores acciones intermedias, evite la realización del resultado típico...⁸⁰

Es ineluctable continuar con el estudio del tan mencionado artículo 25 del Código Penal y declarar que el Legislador circunscribió los numerales del inciso 4 a determinados tipos, es decir, solamente procede y puede predicarse posición de

⁸⁰VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General. p.668 y 670

garante cuando se omite realizar una acción cierta, determinada y esperada por el ordenamiento en aquellos delitos que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales, para algunos tratadistas como Fernando Velásquez Velásquez, no existe razón jurídica para la consagración de tal limitación, es decir, no se entiende cómo la primera parte del artículo no se circunscribe a un tipo especial de delitos; aquí cuando se hace referencia a las fuentes formales al establecer que es menester que el agente tenga a su cargo la protección del bien de determinados riesgos, debe estar en concordancia con la Constitución o la ley, si el riesgo o peligro para el bien jurídico que estoy obligado a salvaguardar tiene asidero en la carta magna o en un estatuto (sin acudir obviamente a criterios formales, es decir, se entiende ley en sentido laxo), se incurre en cualquier tipo de delito por omisión impropia sin hacer concesiones o diferencias. Inexplicablemente el legislador en cambio sí restringió la aplicación de los numerales del artículo al que nos venimos refiriendo a pocos y determinados títulos y delitos.

Hace la misma acotación Orlando Gómez:

...la omisión impropia tiene en el fondo dos modalidades o fundamentos de garantía, la primera estaría referida a toda clase de delitos, en efecto cuando la obligación jurídica de "impedir un resultado" aparece determinada en la *Constitución o en la ley*, la omisión impropia se refiere a todo género de delitos posibles, en este punto el Código consagra una fuente de posición de garante formal, la Constitución y la ley, sin relacionar criterios materiales. Pero cuando la posición de garante surge de las situaciones materiales enunciadas en los numerales 1, 2, 3, y 4, sólo sería posible la omisión impropia con relación a los delitos contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales⁸¹ (cursivas del texto original)

⁸¹ GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. p.245

Como se acabó de indicar Fernando Velásquez señala que no tiene asidero jurídico el que los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso 4 del artículo 25 se circunscriban a aquellos delitos que atenten contra la vida e integridad personales y libertad y libertad y formación sexuales, es más considera que se volvería prácticamente inaplicable por cuanto las hipótesis que se presentan son pocas; va más allá este autor y señala que no significa que no se pueda utilizar o designar para otra clase de tipos penales, aseveración con la que coincido plenamente, dado que no existe prohibición Constitucional o legal expresas que no permitan su implementación.

A esto se refiere:

...en verdad no abundan las hipótesis de la vida real en las que sea concebible una violación sexual, un acto sexual violento, un comportamiento constitutivo de turismo sexual, o un proxenetismo por vía omisiva, lo cual no significa que no existan (por ejemplo: el padre no hace nada para evitar que, en presencia suya, su hijo violente sexualmente a la novia). De esta manera, entonces, no parece posible predicar comisión por omisión –lo que puede llevar a absurdos en la práctica- en los tipos vertidos en los títulos VI (delitos contra la familia) y VII (delitos contra el patrimonio), etc., en los que, si se razona *de lege ferenda*, sería concebible tal modalidad de comportamiento omisivo; no obstante, podría pensarse que cuando el parágrafo dice que los nums. 1 a 4 solo se tendrán en cuenta en dichas figuras, no excluye la posibilidad de que en otros casos pueda concebirse la omisión impropia si la posición de garante se llegare a hacer derivar de una fuente distinta de las que menciona la disposición⁸². (Cursivas del texto original).

⁸²VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General. p.667

Complementando la crítica anterior de Fernando Velásquez, María José Rodríguez considera que se violan los principios de igualdad y proporcionalidad en la aplicación de la ley penal al consagrar o más bien al restringir la aplicación de la comisión por omisión a ciertos delitos, por cuanto existen otros (también omisivos) con igual grado de afectación o desvalor de acción que el delito comisivo y sin embargo no se mencionan dentro de la lista del parágrafo del artículo 25. Ella lo explica con un nítido ejemplo que clarifica aún más su posición. Esto dice:

...quien, con la intención de ocasionar daño a la motocicleta de su vecino, estrella su vehículo contra la misma, ocasionándole (sic) daños... Si este señor, en vez de estrellar su vehículo contra la motocicleta del vecino, simplemente aparca su vehículo sin accionar el freno de mano, consciente de que se va a deslizar por la cuesta y se va a terminar estrellando contra la motocicleta, el hecho quedaría impune, pues la infracción de su deber de garante –derivado del criterio de la injerencia –no afecta a un bien jurídico de carácter personal...si en ambos casos el vehículo se hubiera estrellado directamente contra el vecino, causándole lesiones, el Código Penal admite la responsabilidad en comisión por omisión...⁸³

Un aspecto que no hemos mencionado en el análisis sobre la omisión impropia en Colombia es la cláusula de equivalencia y es que para imputar responsabilidad a título de omisión, además de demostrar la exigente posición de garante, es indispensable determinar por parte del juzgador que la acción de salvaguarda para el bien jurídico a proteger es la idónea, la esperada, de tal manera que invirtiendo esa carga, es decir, no desplegando la acción, esa conducta omisiva (el no hacer), sea de tal entidad o magnitud que se asemeje a una acción, y por ello, le

⁸³ RODRIGUEZ MESA, María José. La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal Colombiano. p.119

corresponde a ese sujeto especial una sanción drástica tal cual como si hubiera actuado positivamente.

De ahí, se deriva la gravedad para el Legislador de los delitos omisivos, al asemejarlos a una acción, aunque se ha considerado por parte de algunos tratadistas, entre ellos Gracia Martín (quien trae a colación a Luzón Peña) que de todas maneras una omisión jamás podrá ser de la misma entidad que una acción, dado que no se crea, no se inicia un riesgo para ese bien jurídico. Así se indica:

“...Por el simple hecho de que sea garante quien omita evitar que el resultado se produzca... (pues) el no evitar que se produzca un resultado...por mucho que se tenga un deber específico de protección del bien jurídico y de evitación de ese resultado no es tan grave ni es lo mismo que crear con la conducta el riesgo de producción del resultado⁸⁴”.

Con base en la anterior propuesta (llamada minoritaria y representada entre otros por Silva Sánchez, Luzón Peña y Gracia Martín, entre otros) se ha negado la imputación de homicidio por omisión, constituyéndose a lo sumo omisión del deber de socorro, en algunos casos en los que se creía que el garante debía responder, como por ejemplo, el padre o el socorrista que no han salvado a su hijo o al bañista de morir ahogados, el cónyuge o compañero permanente que no socorren al que se ha puesto gravemente enfermo... En estos casos según la llamada doctrina minoritaria no es dable predicar la realización del tipo por omisión.

⁸⁴GRACIA MARTIN, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. p. 135

Tampoco se puede dejar de mencionar que nuestro Código Penal cuando consagró en el artículo 25 la posición de garante para aquél que esté obligado a proteger los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar, sólo lo hizo para los delitos de resultado, sin conocerse con exactitud si se atribuye a todos aquéllos delitos que protejan los bienes jurídicos a los que se refiere el párrafo del artículo tantas veces mencionado; Lascuráin estima además que existe una tarea inconclusa del Legislador en el sentido de que debió consagrar o especificar los delitos de resultado a los que se refería y las posiciones de garantía atinentes o relacionadas con éstos.

Así se refirió analizando los interrogantes que suscita la norma objeto de análisis:

...ocupa el primer lugar el consistente en si la cláusula es aplicable a todos los delitos de resultado que atacan a los bienes indicados, con independencia de si el tipo originario en cuestión al que la cláusula complementa contempla modalidades específicas de generación del resultado y, por ello, peculiares modos de conducta que revelan un más intenso desvalor de acción...creo que el legislador se debería limitar a precisar las dos siguientes cuestiones: que en los delitos que consisten en la generación de un resultado la imputación puede realizarse a una conducta omisiva y cuáles son las posiciones de garantía que forman parte de dicha relación de imputación...⁸⁵

Jorge Fernando Perdomo en cambio considera que la enunciación del artículo 25 debe ser interpretada de tal manera que no se limite exclusivamente a los delitos de resultado sino que se incluyan además los de mera actividad; por cuanto el término resultado se debe entender como todo aquello que se debe evitar.

⁸⁵ LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por Omitir. Fundamento de los deberes de garantía. p. 157.

Así concluye:

...tanto una acción como una omisión pueden estar referidas al mismo resultado y éste no se limita a la comprobación de un suceso en el sentido de los delitos de resultado, sino que también se presenta en los delitos de mera actividad cuando ésta se describa como intervención activa sobre un objeto, por ejemplo, conducir un automóvil; es decir, los delitos de mera actividad contienen sucesos que pueden ser valorados como resultados en sentido jurídico penal, y que son *independientes* de la realización de una acción...⁸⁶ (Cursivas propias del texto original)

Agrega Juan Antonio Lascuráin que en los supuestos anteriores no es necesaria siquiera la consagración de la cláusula de equivalencia, pues ésta depende y se supedita al deber de proteger un bien y al no existir tal obligación, tal equiparación estaría llamada a desaparecer.

Otra anotación importante por parte de Lascuráin es que como la consagración de las fuentes de posición de garantía en la legislación penal colombiana es tan amplia, este vicio podría corregirse por vía de interpretación, acotación con la que no estoy de acuerdo por lo que se anotó antes en el sentido de que no se ofrecería seguridad jurídica para el acusado por cuanto la decisión del Juez estaría supeditada a la teoría jurídica adoptada en cuanto a la posición de garante, lo que a todas luces produciría providencias en algunos casos desafortunadas.

⁸⁶ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal Colombiano. P. 22.

6. SENTENCIA SU- 1184 DE 2001

Decisión importante por cuanto hasta el momento de proferirla no existía un enfoque tan férreo en la Jurisprudencia colombiana y así lo determinó la misma Corte Constitucional en ésta sentencia, es más, dispuso que ni siquiera se había referido expresamente al tema de la posición de garante y específicamente al caso de los militares y que por ello a través de su pronunciamiento debía despejar las dudas sobre la materia haciendo un recuento de la dogmática desde el siglo XVIII hasta tiempos más recientes.

Los hechos que suscitaron el pronunciamiento se resumen así:

Durante los días 15 a 20 de julio de 1997, un grupo de personas que vestían prendas privativas de las fuerzas militares irrumpió en el municipio de Mapiripán, Meta. Arribaron al sitio, procedentes de San José de Guaviare, lugar al cual habían llegado por vía aérea días antes. Durante su estancia en dicho municipio sometieron violentamente a la población de Mapiripán, impidieron el ejercicio de los derechos de locomoción y comunicación, cerraron varias oficinas públicas, interrumpieron el desenvolvimiento de las actividades normales de ese municipio y procedieron a retener, torturar y asesinar un total de 49 personas, cuyos cadáveres descuartizados en su gran mayoría fueron arrojados al Río Guaviare.

Se atribuye a dos miembros de la fuerza pública que tenían competencia material, funcional y territorial sobre la zona (posición de garante), que frente a la agresión armada contra la población civil (situación de peligro generante del deber) no prestaron ningún tipo de ayuda (no realización de la acción esperada) cuando contaban con medios materiales para hacerlo (capacidad individual para realizar la acción). Durante los hechos, fueron informados sobre la forma como

se desarrollaban en el municipio las graves violaciones a los derechos humanos (dolo o imprudencia)⁸⁷.

La decisión que se estudia la motivó un representante de las víctimas, quien como parte civil interpuso acción de tutela contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por considerar vulnerados sus derechos a la igualdad, el debido proceso, acceso a la administración de justicia, entre otros, debido a que la Sala Disciplinaria resolvió a favor de la Justicia Penal Militar un conflicto de competencias suscitados entre ésta jurisdicción y la ordinaria.

La Corte Constitucional de manera brillante en mi sentir hace una exposición nítida de la tesis de Jakobs -relacionada antes en el presente trabajo-, la cual se fundamenta en la imputación al sujeto siempre y cuando éste sea competente, es decir, sólo se atribuye responsabilidad al garante cuando ha incumplido los deberes que se encontraban dentro de su ámbito de competencia; en nuestro caso, la Corte consideró que la competencia que tenían los militares implicados en los hechos acaecidos en julio de 1997 en Mapiripán era institucional, dado que tenían el deber de proteger a la población contra la barbarie cometida por grupos paramilitares.

Esto dijo la Corte citando a Jakobs sobre la competencia institucional:

“Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la

⁸⁷Corte Constitucional. Sentencia SU- 1184 de noviembre 13 de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos”⁸⁸. (Negrillas del texto original)

Se estableció que los militares inmiscuidos en la presente decisión, se desempeñaban como comandante de la Séptima Brigada de la Cuarta División del Ejército que tenía Jurisdicción en el municipio de Mapiripán y del Batallón Joaquín París ubicado también en Mapiripán; por lo tanto, tenían facultades para actuar y eran responsables del orden público en esa zona del territorio Nacional.

Las fuerzas militares, ya reconocida su posición de garantes en el artículo 2 de la Constitución Política de amparar los bienes jurídicos y derechos fundamentales de quienes están asentados en el territorio nacional, tienen la obligación de hacer respetar el orden constitucional y salvaguardar la vida a través de acciones tendientes a morigerar los daños que pretenden infligir los grupos armados a la población que se encuentra bajo su custodia, a no ser que exista imposibilidad fáctica o jurídica en este caso no se acreditó dicha imposibilidad.

Esto dijo la Corte Constitucional:

...las fuerzas militares tienen la obligación –en tanto que garantes- de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación

⁸⁸ Sentencia SU- 1184 de 2001. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad...o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos -tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad-, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan... permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social ...⁸⁹.

Se consideró en la providencia que los hechos ocurridos en Mapiripán eran violatorios de la dignidad humana, del derecho internacional humanitario y que como los altos mandos militares tenían posición de garantes, era indiferente establecer que existiera una relación con el servicio por cuanto se les imputan directamente las consecuencias de la omisión y no una omisión relacionada con el ejercicio del cargo; se decidió entonces que la Sala Disciplinaria había incurrido en una vía de hecho al desconocer el precedente jurisprudencial de la Corte sobre la competencia de la justicia penal militar, decretando por ello una nulidad para que se resolviera el conflicto de competencias con base en el análisis realizado en la parte motiva de la presente sentencia.

Se determinó también:

...En efecto, si los dos miembros de la Fuerza Pública tenían una posición de garante, que los obligaba a proteger la población, al imputárseles por omisión (comisión por omisión) las graves violaciones a los derechos humanos, es claro que

⁸⁹ Sentencia SU- 1184 de 2001. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

se trata de un comportamiento que no tiene relación con el servicio...

...se violaron los principios fundamentales del orden constitucional, cuya preservación estaba encargada a los investigados. Su posición de garante les exigía intervenir para evitar la ocurrencia de los hechos degradadores de la humanidad y perseguir a los usurpadores del poder estatal. Debido a las gravísimas consecuencias derivadas de su omisión, no puede considerarse que exista relación alguna con el servicio⁹⁰.

6.1 APLICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA OMISION IMPROPIA AL CASO ESPECÍFICO DE LOS MILITARES, CUANDO SUS SUBALTERNOS COMETEN HECHOS PUNIBLES

En este punto, se tomará como referencia lo expuesto en la sentencia SU-1184 de 2001 acabada de analizar, en el sentido de que las Fuerzas Militares ostentan posición de garantes sobre la población en la cual ejercen sus funciones de salvaguarda del orden constitucional y defensa de los derechos humanos fundamentales, los cuales ni siquiera pueden restringirse en estados de excepción.

En el artículo 2 de la Constitución Política se establece como fin esencial del Estado el asegurar la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio nacional, sin embargo, es imposible que el Estado mismo responda directamente por tal compromiso; por lo que, para evitar que este postulado constituya letra muerta, estableció en algunas autoridades dicha obligación y en quienes recaerán

⁹⁰ Sentencia SU- 1184 de 2001. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

eventuales responsabilidades en caso de comprobar un incumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas.

Como vimos en la primera parte del presente trabajo, la tesis de Jakobs se orienta a que dentro de la sociedad todos tenemos deberes que se desprenden de las instituciones a las que pertenecemos; deberes éstos, que se tornan imprescindibles para asegurar la permanencia y funcionalidad de las mismas. De las primeras instituciones reconocidas se encuentran aquéllas que hacen parte del Estado, en las que algunos funcionarios deben velar por el mantenimiento del orden y respeto de los derechos fundamentales de quienes precisamente por el "rol" que cumplen o desempeñan se les ha encomendado el amparo de los bienes jurídicos de los ciudadanos; pues bien, quien no se comporte de acuerdo a los límites que sus propias funciones, el Estado y sociedad les imponen deben responder como garante por la trasgresión del equilibrio existente antes de su conducta omisiva; para ello, además es innegable cuestionarse si a quien se le va a hacer el juicio de reproche es competente para evitar el resultado lesivo, es decir, si el suceso era evitable o cognoscible por quien tenía posición de garante.

Particularmente en el caso de los militares, para que sean considerados garantes deben tener dentro de su competencia (material, funcional y territorial) el deber concreto y delimitado de proteger los derechos constitucionales de los habitantes del territorio nacional, siendo ello así, además de resguardar a la población de los vejámenes a los que puedan ser sometidos por grupos al margen de la ley, deben iniciar las acciones de salvación a fin de garantizar la indemnidad de los bienes de éstos, máxime cuando tengan a su disposición los medios materiales para hacerlo; transgredir esta obligación, es actuar en contra de la constitución misma y por lo tanto hacerse acreedor de sanciones penales.

Así también lo estimó la Corte Constitucional:

“El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente”⁹¹.

El deber jurídico de los militares de impedir la ocurrencia de hechos graves en contra de la población a la que tienen el deber jurídico de proteger en nombre del Estado mismo, deviene de la Constitución Política en el artículo 217 al señalar que *“...Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional...”*.

Se refiere el orden constitucional al deber jurídico de los militares de salvaguardar la vida, honra y bienes de todos los habitantes del territorio Nacional y asegurar la materialización de los principios y derechos fundamentales; por lo que se concluye que la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública deviene de los roles institucionales que se les asignan en representación del Estado mismo.

Los superiores tienen deberes de aseguramiento del tráfico en lo que se refiere a la actuación de los subordinados bajo su mando, dado que, es necesario que se desplieguen todas las actividades tendientes a evitar que sus subalternos cometan

⁹¹ Sentencia SU- 1184 de 2001. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

hechos que vulneren garantías y derechos fundamentales; o que por el contrario, se abstengan de realizar acciones de protección a favor de personas que se encuentren expuestas, en peligro de sufrir daños potenciales a su integridad física o en condiciones de inferioridad; por lo que deben las Fuerzas Militares repeler las agresiones externas independientemente de quien provengan y cumplir su rol constitucional e institucional.

Es imprescindible hacer mención del principio de confianza, que se deriva-como ya se anotó-, de la imposibilidad del Estado para cumplir por sí solo con todas las tareas confiadas por ley; que se le encomiendan a órganos suyos, como la Fuerza Pública y sus miembros, a quienes se asignan algunos de sus roles; la ciudadanía es conocedora y consciente de ésta situación, por lo que los militares no pueden incumplir las expectativas de protección que se han fijado en ellos, precisamente por la función misma que desempeñan. Entre más alta sea la expectativa de actuación derivada de la confianza que impone la responsabilidad del funcionario, considero que más alta es la responsabilidad o la competencia para actuar; es más drástico el juicio que se formula a un alto mando militar por la ausencia de acciones esperadas entre las que está asegurar el adecuado desempeño que deben desplegar los subordinados a él; como comandante de un grupo de soldados se debe realizar todo lo posible por asegurar lo adecuado de sus acciones y evitar así que transgredan derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos que están llamados a proteger.

Esto tiene cimienta además en lo siguiente: la población no realiza las mismas actividades de auto-protección sí se encuentra presente la fuerza pública, existe una confianza generalizada en que los militares harán lo que les corresponde para salvaguardar vida y bienes de todos los coterráneos; al no desplegar en un

momento determinado la Fuerza Pública sus deberes jurídicos de defensa, amparo y auxilio a favor de los ciudadanos, éstos indefectiblemente se encontrarán en estado de indefensión y de debilidad manifiesta en relación con los grupos al margen de la ley, quienes sí cuentan con el entrenamiento necesario para atacar a la comunidad, porque ése ha sido su objetivo.

Las fuerzas militares entonces, deben ser fieles a su función constitucional para no defraudar las expectativas que se han depositado en ellos por el conjunto de la ciudadanía. Si por omisión de sus deberes constitucionales ponen en peligro a una población y este riesgo se concreta en un resultado fatal de trasgresión a garantías fundamentales y con ello a derechos humanos protegidos por el derecho internacional humanitario, sus miembros deben responder como garantes.

La Corte Constitucional fue enfática en manifestar en la sentencia SU 1184 de 2001 que el superior, por ser garante de los bienes y derechos fundamentales de la población que se encuentra bajo su custodia, debe responder por los hechos delictuosos que cometan sus subordinados. Así lo hizo:

“...en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita –pudiendo hacerlo- que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo

del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional⁹²". (Cursivas fuera del texto original).

Como la responsabilidad que se radica en los militares, es trascendental y significativa, dado que, representan al Estado mismo (como ya se esbozó) en cuanto a la seguridad y salvaguarda de los bienes fundamentales de la población, se instituyó primero por la doctrina y luego fue consagrado positivamente un texto; el objetivo primordial consistió en evitar que ese compromiso fundamental se diluyera sin que fueran penados los principales responsables por generar impunidad y sacrificar los más substanciales derechos de la comunidad.

Esta posición resulta congruente además con los desarrollos de la jurisprudencia internacional en materia de protección de derechos fundamentales, que paulatinamente se han ido incorporando al derecho interno. Ejemplo de esos desarrollos están contenidos en la llamada Doctrina Yamashita, a la que aludiré brevemente. Tomoyuki Yamashita fue un general del ejército japonés en las Filipinas durante la segunda guerra mundial y en contra de quien se profirió una sentencia de muerte por omitir que los soldados bajo su mando cometieran atrocidades como torturas y asesinatos a 700.000 ciudadanos civiles filipinos. Su defensa alegó desconocimiento de estos hechos pero la Suprema Corte de los Estados Unidos rechazó la petición.

“La acusación se basó en: omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra

⁹² Sentencia SU- 1184 de 2001. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

la población de los Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...”⁹³

A partir de pronunciamientos como éste se ha sostenido que el superior debe adoptar las medidas necesarias y especiales para prevenir la comisión de hechos punibles del personal que se encuentra bajo su subordinación, y que si omite tal responsabilidad y como consecuencia de ello, se violan de manera grave derechos humanos, según el artículo 28 del Estatuto de Roma cabrá imputar al superior un delito de lesa humanidad; por cuanto su omisión se asemeja a un verdadero actuar.

Por todo ello rechazo la posición esgrimida en el derecho nacional por Jaime Vargas García⁹⁴ quien aduce que los militares sólo cometen omisiones impropias relacionadas con el servicio, debido a que la posición de garante se deriva del servicio mismo, siendo absurdo sustraer el conocimiento de tales hechos a la justicia penal militar.

Considero que posiciones como ésta, son abiertamente contradictorias o desconocedoras del fundamento mismo de la figura del garante, resulta inaudito pensar que cuando se infringen derechos fundamentales, cuando se permite la comisión de infracciones graves al derecho internacional humanitario a través de un “no hacer”, de un incumplimiento de las responsabilidades propias del militar en

⁹³ KAI, Ambos. Temas del Derecho Penal Internacional. p. 196 y ss.

⁹⁴ “Y, en este orden, la solución no estaría precisamente en manos de la Jurisprudencia o la doctrina sino que el punto lo deberíamos revisar con más detenimiento porque si aceptáramos que en posición de garante las conductas de omisión impropia de los miembros de la Fuerza Pública no estarían relacionadas con el servicio, este argumento como excusa para sustraerle competencia a la Justicia Penal Militar, no es viable...”

el sentido de proteger los bienes jurídicos que tiene bajo su custodia, estas "actuaciones" u "omisiones" tengan relación directa con el servicio. Cosa diferente es no tener los medios adecuados, necesarios para proteger a la comunidad que se le encomendó salvaguardar, pero sí se logra demostrar por el contrario, que se contaba con competencia territorial, funcional y material, para evitar que los daños a la población se conformen o realicen o por lo menos sean menos lesivos, la imputación no puede ser otra que un delito de lesa humanidad y de competencia de la justicia ordinaria.

Según el referido autor:

...en el caso de los miembros de la Fuerza Pública como la posición de garante se deriva de la función pública, es decir del servicio público, todas las conductas de omisión impropia están relacionadas con las funciones, o sea, con el servicio mismo, de manera que en todos los casos es la actividad oficial la que define las posiciones de garantía...*no entendemos como algunos casos de miembros de la Fuerza Pública en posición de garante puedan no estar relacionados con el servicio...porque tal solución que está mostrando la Jurisprudencia nacional con la sentencia SU- 1184 de 2001, a nuestra manera de ver, presenta un argumento contradictorio en cuanto si una conducta omisiva impropia de los miembros de la Fuerza Pública no está relacionada con el servicio, pues, sencillamente no sería omisión...*⁹⁵ (cursivas y negrillas propias).

La posición correcta en mi sentir, esbozada por la Corte Constitucional dice que:

⁹⁵ VARGAS GARCÍA, Jaime. Posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública. Prolegómenos-Derechos y valores. <http://www.umng.edu.co/documents/63968/72400/prolegomenos-09.pdf> p.226

...Si el miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar el resultado (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional. Por consiguiente, si el garante no inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se le atribuye la violación a los derechos humanos como si se tratara de una conducta activa⁹⁶.(Cursivas propias).

6.1.1. ¿ES APLICABLE EN ESTOS CASOS EL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL?

A pesar de las falencias del artículo 25 de nuestro Código Penal, él es aplicable al caso específico al que nos venimos refiriendo de militares que no cumplen su deber de proteger derechos fundamentales de la población, por lo siguiente:

Habíamos indicado en la primera parte del presente trabajo que a pesar de que la ley considerada como fuente formal para endilgar responsabilidad a título de garante, no era suficiente para dar por terminadas las críticas del delito de omisión impropia en relación con el principio de legalidad, se supera la problemática en este aspecto tratándose de los militares, por cuanto sus deberes se encuentran delimitados en la Constitución Política; es decir, tienen competencia funcional para

⁹⁶ Sentencia SU- 1184 de 2001. Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

realizar las acciones de salvaguarda de bienes y garantías de la población bajo su responsabilidad.

Es la propia Constitución Política la que establece las funciones primordiales de la Fuerza Pública al indicar en su artículo 217 que deben velar por la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Lastimosamente, es necesario indicar que el artículo 25 del Código Penal no hizo referencia expresa a la tesis defendida por Jakobs. Para analizarla en relación con las funciones que cumplen los militares, es necesario acudir a otras fuentes como la Constitución misma en la que –como se indicó- sí se consagraron sus deberes como funcionarios públicos; sin embargo, no por ello, se puede afirmar que no es aplicable, por el contrario, al hacer referencia el mencionado artículo que la custodia del bien jurídico se le hubiere encomendado al garante de acuerdo a la constitución y a la ley, indefectiblemente se alude a la teoría de los roles y funciones, en la que, es indispensable que como parte de la institución Estado y específicamente de la Fuerza Pública se observen conductas tendientes no solo a su reconocimiento y respeto por parte del conglomerado social, sino para asegurar la funcionalidad de la misma.

La responsabilidad de los militares como representantes del Estado en materia de orden público consiste en asegurar la permanencia, respeto y reconocimiento de la institución a la que pertenecen a través de un impecable comportamiento tendiente a observar los deberes en los cuales se incluye el respeto y el evitar el menoscabo de los derechos de terceros que como garantes les corresponde. De

hacer caso omiso la fuerza pública a sus deberes constitucionales, la institución - Estado perdería toda la credibilidad y reconocimiento por parte de la sociedad misma, poniendo en entredicho su propia existencia y funcionalidad.

Fernando Velásquez considera que la fuerza pública tiene posición de garante por la especial relación que tienen con la comunidad donde desenvuelven las tareas de amparo y protección de sus derechos más significativos y elementales y señala que omitir tal deber, equivale a un hacer positivo.

Esto dice:

...supone en el agente, en relación con el conglomerado social donde desenvuelve su vida, una especial relación con el bien jurídico como la de cuidador, vigilante, evitador de riesgos, etc., exigida ya por la ley en el caso del servidor público, del agente de la fuerza pública, del médico, farmacéutico o practicante de medicina...De esta manera, si el garante del bien jurídico no evita la producción del resultado, su omisión se equipara a la actividad desplegada por el sujeto activo que realiza la conducta activa⁹⁷.

De acuerdo al mencionado artículo 25 podemos afirmar que los militares tienen posición de garante desde el punto de vista formal dado que señala la ley específicamente cuales son las funciones que les corresponde como garantes de la población que tienen bajo su protección y amparo; es decir, es la propia Constitución la que establece cuales son los roles que deben cumplir para hacer

⁹⁷ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte General. p.663

parte de las Fuerzas Militares, para representar y actuar por el Estado mismo en la defensa del orden constitucional.

Al hablar de roles, hacemos referencia naturalmente a las obligaciones legales pero inscritas y desarrolladas por la institución u organismo al que pertenecemos y derivadas de la propia ley, en nuestro caso, las fuerzas militares. Hacer parte de ésta institución genera una serie de deberes que son básicos para la coexistencia y convivencia en sociedad con la consecuente asunción de responsabilidad por actuar de manera omisiva frente a hechos que transgredan y -pongan en entredicho la estabilidad e integridad no solo del territorio nacional sino también y más importante el disfrute de los derechos primordiales y esenciales de las personas en general.

Así lo señala Lascuráin:

Junto con la institución de la responsabilidad por el ejercicio de la libertad, la sociedad de (sic) conforma, se identifica, a través de otras instituciones que no están dirigidas a las relaciones negativas o de exclusión y respeto entre las personas, sino a modelar una porción de mundo en común. Estas instituciones generan también deberes equivalentes a los infringidos mediante comisión cuando tiene la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. Entrarían aquí en consideración los deberes estatales de velar por la seguridad interior y exterior y por la sujeción a la ley...⁹⁸ (Cursivas del texto original).

⁹⁸ LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía p. 40.

La fuerza Pública por tanto debe cumplir sus deberes ya ampliamente mencionados a lo largo de este trabajo y que son resumidos por Jakobs así: "...los empleados públicos del Estado que tienen que llevar a cabo los cometidos del mismo, tienen que ser garantes desde luego de 1) la subsistencia mínima, 2) de la seguridad interior y exterior, y 3) de los principios fundamentales del Estado de Derecho".⁹⁹

Lo acabado de exponer es la llamada competencia institucional defendida por Jakobs y que tiene directa relación con la ley como fuente formal, dado que, de ella precisamente devienen los compromisos y deberes de los miembros de las fuerzas militares, además de ser catalogados no en vano como garantes del amparo y salvaguarda de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Como vimos, el artículo 25 es defendible desde el punto de vista formal para endilgar responsabilidad a los militares cuando no asumen su posición de garante establecida en la ley y derivada también de competencias institucionales. Materialmente, también se puede afirmar que encuadra perfectamente y para ello debemos hacer referencia a la posición de Kaufmann sobre la custodia de una fuente de riesgos o protección de un bien jurídico.

Considero que, en nuestro caso, (el de los militares como garantes), la protección del bien jurídico estaría más acorde con su naturaleza por cuanto su función es precisamente esa, la de salvaguarda de derechos primordiales, esenciales de personas bajo su custodia; sin embargo, no podemos dejar de lado, que los

⁹⁹ CLAUS ROXIN, GÜNTER JAKOBS, BERND SCHÜNEMANN, WOLFGANG FRISCH, MICHAEL KÖHLER. Sobre el estado de la teoría del delito. IV. La omisión: Estado de la Cuestión*Günther Jakobs. p. 147.

superiores jerárquicos deben vigilar constantemente las actuaciones de sus subordinados para evitar que se cometan desmanes y violaciones atroces a los derechos de la población que por ley deben proteger; esto aunado al armamento entregado para cumplir el cometido constitucional, constituye una fuente de peligro independientemente de los bienes jurídicos que puedan ser sacrificados, es decir, considero no es necesario que se establezca o determine los bienes jurídicos que se encuentran en situación de riesgo por cuanto existe en este caso una fuente de riesgo perfectamente identificable, el actuar de quien tengo bajo mi acatamiento y obediencia como primera medida y luego los ataques externos. La función es velar por la inmunidad y salvación de los bienes jurídicos que se me encomendó proteger sin atender o detenerse de donde deriva el riesgo para ellos.

Bacigalupo al referirse al análisis de la posición de garante de una fuente determinada de peligro señala:

“también entran aquí en consideración los funcionarios que en un régimen disciplinario tienen poder de decisión como para encauzar la acción de sus subordinados de manera de no producir daños en bienes jurídicos... el sujeto, o bien ha introducido un peligro en la vida social, o bien “esta puesto” para impedir que de este peligro se deriven, en general, daños”¹⁰⁰

La tarea de la fuerza pública consiste en asegurar, amparar, proteger y salvaguardar los bienes jurídicos de las personas en general, no solo de los ataques provenientes de terceros y grupos al margen de la ley, sino además, desplegar las acciones de vigilancia para evitar que sus subordinados cometan

¹⁰⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Delitos impropios de omisión. p.149

hechos contrarios a sus funciones; por lo que éstas actividades encuadran con mayor claridad en la protección de un bien jurídico.

No obstante, José Fernando Perdomo indica refiriéndose a Kaufmann, que una misma situación puede circunscribirse como protección de un bien jurídico o como control de una fuente de riesgo.

Señala Perdomo Torres:

“...aquellos casos en los que la tarea del omitente consiste en la protección de determinados bienes jurídicos contra todos los atentados que estos puedan sufrir, pues el sujeto obligado por el mandato se encuentra aquí colocado en una determinada posición para el cumplimiento de una tarea específica que consiste en la protección de la víctima y sus bienes jurídicos”¹⁰¹.

En esto consiste la crítica y rechazo de la teoría de Kaufmann por parte de Perdomo:

“Por otro lado, y de esta forma dejamos al descubierto la carencia de sistematización de esta teoría, una misma tarea puede ser formulable como tarea de protección de un bien jurídico o como de control de una fuente de peligro: la función de control del peligro puede ser vista de la misma forma como función de protección de los sujetos amenazados por el peligro, y al

¹⁰¹ PERDOMO TORRES, Juan Fernando. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. p.37.

contrario, la protección de un bien jurídico puede ser garantizada a través del control de los peligros que le amenazan¹⁰²”

Gimbernát trae un ejemplo sobre un bombero y el deber de garante que tiene frente a la protección de los bienes jurídicos bajo su custodia; considero que no existe objeción a utilizarlo para el caso específico de los militares, cuando omiten prestar socorro a la población que está siendo sometida por parte de grupos ilegales, tal como sucedió en el municipio de Mapiripán Meta.

Dice este autor:

Según la doctrina dominante en Alemania los bomberos tienen un deber de garante en relación a los bienes jurídicos amenazados por los incendios o catástrofes cuya extinción o contención forma parte de sus cometidos profesionales: si por ejemplo, a pesar de una llamada de auxilio o de una alarma de fuego, desatienden acudir y adoptar las medidas apropiadas y exigidas técnicamente para contener el riesgo, entonces, sobre la base del § 323a (que regula la comisión por omisión en la Parte General del StGB), pueden responder penalmente tanto de incendio por omisión, como de un delito de lesiones, o de homicidio realizado pasivamente, en la medida en que a consecuencia de su inactividad mueran o sufran lesiones de su integridad física personas que, de haberse intervenido conforme al deber, se hubieran salvado.¹⁰³

¹⁰² JAKOBS, Günther citado por José Fernando Perdomo Torres La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. p. 39.

¹⁰³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernát%20alemania.pdf p. 86.

En el caso específico de los militares, la crítica hecha por Perdomo a la teoría de Kaufmann queda sin fundamento; es claro, que se trata de funciones de protección que derivan de la función constitucional que se les ha encomendado a título de garantes y éstos son la vida e integridad personal, es intrascendente en mi sentir que se estipulen cuales son los peligros que los afectan y de qué dirección provienen.

La vida e integridad personal de la población que se tiene bajo custodia, puede sufrir menoscabo de diferentes "flancos", no obstante, lo primordial es su protección y así se ha establecido claramente en la constitución y en la ley, por lo que aquí sí se muestra nítidamente quienes están obligados a cumplir la función de protección o de control. Consecuencialmente entonces los militares deben velar y asegurar la inmunidad de los derechos primordiales de las personas cuando éstas hacen parte de una comunidad que por su situación especial de peligro les fue encomendada para que asuman y representen las funciones del Estado mismo; los problemas de orden público que amenazan la integridad de las personas y del territorio nacional deben ser asumidos por las fuerzas militares.

Por todo esto, no se incurre en error al estimar que la orientación del artículo 25 del Código penal es mixta, no sigue una corriente de pensamiento en particular, más bien, acoge cada una de las teorías que han sido superadas o reevaluadas y ello resulta peligroso a la hora de hacer imputaciones a títulos de omisiones impropias, se adecua la norma a cada caso particular trayendo como consecuencia la aplicación forzada de la figura con el pretexto de evitar impunidades. Se resalta que el legislador quiera evitar la realización de delitos y proteger a los ciudadanos; sin embargo, este objetivo no se debe lograr a toda costa, es necesario entonces, adecuar las exigencias normativas a las realidades sociales.

6.1.2. ¿ES APLICABLE EL DERECHO INTERNACIONAL?

Como hemos señalado, no existe en la legislación nacional mucho desarrollo acerca de la omisión impropia en tratándose de militares y subalternos de éstos cuando hacen caso omiso a la obligación de proteger los bienes jurídicos de la comunidad que les fue asignada; tal vez, entonces, ésta puede ser una salida benévola para aquellos que aún consideran que la aplicación de una sanción penal a título de omisión impropia en los casos de delitos cometidos por estas autoridades, es atentatoria del principio de legalidad, máxime teniendo en cuenta la falta de especificidad de quienes ostentan la calidad de garantes no solo del artículo 25 del Código Penal sino de la legislación penal colombiana en general.

El principio de legalidad surgió para poner límite al poder enorme y desmedido del monarca; hoy nos inscribimos en un Estado Social y democrático de Derecho¹⁰⁴, en el cual somos acreedores de innumerables garantías y beneficios, como lo es, precisamente la legalidad; sin la cual, sería el ciudadano fácil blanco de atropellos por parte de las autoridades; para prevenir esta situación se consagró no solo en la Constitución¹⁰⁵ sino que fue desarrollado también por la ley, la doctrina y la jurisprudencia a través de incontables pronunciamientos.

¹⁰⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

¹⁰⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 29: ... Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”

Otra situación importante y que fue decisiva para el fomento y evolución del principio de legalidad, fueron los juicios llevados a cabo luego de la segunda guerra mundial, donde los delitos y violaciones cometidos no se circunscribían a una sola persona como sujeto pasivo de las infracciones; sino que cobijaban a una población o comunidades enteras; fue necesario entonces, acudir al derecho internacional para no permitir que estas conductas atroces quedaran en la impunidad, dado que las legislaciones internas de algunos países de la época no contemplaban la aplicación del propio derecho para castigar a los culpables; es decir, el principio de legalidad se extendió, se flexibilizó y ajustó para estar acordes con la normativa internacional.

Esto dijo la Corte Suprema de Justicia al respecto:

...la comunidad universal y la conciencia de la humanidad se convirtieron así en los destinatarios de la protección ofrecida por tal principio de legalidad internacional, de suerte que se modificó, tanto la dimensión a proteger (de lo local a lo global), como la fuente normativa del derecho a aplicar y su redactor. (...) Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del derecho penal internacional, y se redefinió el principio de legalidad. (...) Es así que el artículo 28 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce como fuentes de derecho, con los tratados internacionales, a la costumbre internacional, los principios generales del derecho y la jurisprudencia y la doctrina; superando a la ley como su fuente exclusiva...¹⁰⁶(Cursivas del texto original).

¹⁰⁶Corte Suprema de Justicia. Auto 33039 del 16 de diciembre de 2010. Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Ramírez citada por Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Radicado 11001070400320080002509 proceso seguido en contra de Luis Alfonso Plazas Vega.

Enfatizó la Corte Suprema de Justicia¹⁰⁷:

“...En ese orden, en tratándose de crímenes internacionales la legalidad supone la integración de los tratados internacionales a los sistemas jurídicos domésticos con plenos efectos como ley previa para hacer viable su sanción, así los mismos no estuvieran formalmente tipificados en la legislación nacional al momento de su comisión, tal como se ha concluido en procesos adelantados por las Cortes Supremas de Justicia de Uruguay, Argentina, Chile, y Perú, entre otros”.

Por lo acabado de mencionar, la jurisprudencia nacional ha dispuesto la aplicación del derecho penal internacional para sancionar conductas cometidas por miembros de la fuerza pública, así el Código Penal interno ofrezca o arroje serías dudas en cuanto a la posición de garante que se le endilga a los militares cuando incumplen con la función constitucional que les encomendó el constituyente primario y que precisamente consiste en la protección y salvaguarda de los bienes y derechos fundamentales de la comunidad.

Incumplir esa función primordial o asumir una posición de aquiescencia frente a hechos atentatorios de garantías esenciales de los ciudadanos y desarrolladas por sus subalternos, como genocidio, desaparición forzada, torturas y en general

¹⁰⁷Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. El proceso penal de Justicia y paz. Compilación de autos y sentencias de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2010 a octubre de 2011. Tomo III. Formulación de imputación: alcance del principio de legalidad. Posibilidad de adecuar típicamente hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 599 de 2000 como delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (título II Libro Segundo C.P.). Extracto N° 49. Radicado N° 33039 del 16 de diciembre de 2010. Página 176.

delitos de lesa humanidad, constituiría un acto execrable, atentatorio del derecho internacional humanitario y sancionado a la luz del derecho penal internacional.

Es necesario dilucidar que aunque para estos casos exista una flexibilidad del principio de legalidad, en el sentido, de dar aplicación al derecho penal internacional u obviar el derecho penal interno cuando no se consagre en la propia legislación una sanción, se circunscribieron estos casos a las llamadas cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, es decir, los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario.

Importante resulta mencionar que en el artículo 93 de la Constitución Política se señala que los tratados internacionales ratificados por el congreso y que reconocen derechos humanos son prevalentes en el orden interno; por lo que en el hipotético caso de que el Código Penal Nacional no fuera aplicable a nuestro caso en estudio, se podría ajustar el derecho penal internacional precisamente por su fuerza vinculante.

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia:

...En este orden de ideas –conforme al Bloque de Constitucionalidad establecido mediante los artículos 93 y 94 de la Constitución política de Colombia, que otorga una prevalencia superior a los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos, el ordenamiento jurídico interno de nuestro país debe adecuarse a los principios que, se ha predicado, son de carácter internacional

*y que orientan las políticas en materia de protección de derechos humanos y sanción por sus violaciones a través de las instituciones estatales establecidas para tal fin...*¹⁰⁸(Cursivas propias del texto).

Los anteriores argumentos fueron justamente los utilizados por el Tribunal Superior de Bogotá para condenar al Coronel Luis Alfonso Plazas Vega como autor mediato por el delito de desaparición forzada por los hechos ocurridos los días 6 y 7 de noviembre de 1985 cuando el movimiento guerrillero M-19 se tomó a sangre y fuego las instalaciones del Palacio de Justicia de Bogotá. El resultado fue de varios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia muertos y varios desaparecidos.

Según lo estimado en la propia sentencia, unos de los objetivos de la decisión consistió en honrar los compromisos del Estado colombiano ante la comunidad internacional y evitar que crímenes de lesa humanidad cometidos por agentes estatales queden en la impunidad; va más allá la providencia al exhortar al Fiscal de la Corte Penal Internacional, para que considere presentar este caso ante dicho organismo y evitar la impunidad que ha cubierto al presidente de la República de la época de los hechos por contar con fuero aplicable a la jurisdicción interna.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia. Auto 33118 del 13 de mayo de 2010 citada por Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal. Radicado 11001070400320080002509 proceso seguido en contra de Luis Alfonso Plazas Vega.

7. CONCLUSIONES

1. La posición de garante es una característica especial y definitoria que diferencia los delitos de omisión impropia de los propios y consiste en la obligación de ciertas personas de proteger bienes jurídicos de terceros a fin de evitar que éstos sufran menoscabo. Como la ley castiga tan severamente la ausencia de actividad cuando se ostenta la calidad de garante y asemeja esa omisión a un verdadero actuar, se han fijado varias teorías a lo largo de la historia cuyo fin primordial es evitar que se adopten soluciones para cada caso concreto y con ello en muchas oportunidades decisiones desafortunadas.
2. Una de las principales críticas para los delitos de omisión impropia es la ausencia de regulación legal y con ello la violación al principio de legalidad; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han tratado de subsanar esta problemática al establecer o regular situaciones específicas de omisiones impropias. Además, la clausula de equivalencia también constituye una buena salida a la hora de dar aplicación a los delitos de comisión por omisión, para ello, es imprescindible hacer un análisis sistemático e integrador por parte del operador jurídico a fin de establecer en qué casos la omisión del garante puede considerarse una acción.
3. Colombia consagró en el artículo 25 del Código Penal las fuentes de la posición de garante; sin embargo no se circunscribió a una teoría en específico, su orientación fue mixta porque son perfectamente aplicables las tesis formales y materiales. El deber de los militares emana directamente de la Constitución política inscribiéndose en este aspecto en la teoría de los roles de

Jakobs y volviendo así a las teorías formales; sin embargo, la posición defendida por Kaufmann también es acogida en la parte final del referido artículo al estimar que es obligación evitar la lesión a los bienes jurídicos y custodiar fuentes de peligro que los amenacen.

4. No se estableció con claridad en el ordenamiento jurídico colombiano quienes ostentan la calidad de garantes y en este sentido es coincidente con la doctrina internacional. Esta situación no elude a las críticas de violación al principio de legalidad y por parte de algunos autores la existencia misma de la figura de omisión impropia.

5. El derecho penal internacional estableció también responsabilidad para los militares cuando omiten cumplir con sus roles constitucionales y con ello resulta la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que estaban obligados a proteger, fundamentado en la llamada "Doctrina Yamashita" y en el Bloque de Constitucionalidad en el que el principio de legalidad se flexibiliza para poder castigar a quienes como garantes actúen de forma omisiva.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal. ADPCP, T. XXIII. Enero –Abril 1970 consultado en http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/bacigalupo.pdf.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Delitos impropios de omisión. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa. N° 25. DYKINSON 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA. Sentencia SU-1184 de 2001. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación penal. El proceso penal de Justicia y paz. Compilación de autos y sentencias de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2010 a octubre de 2011. Tomo III. Formulación de imputación: alcance del principio de legalidad. Posibilidad de adecuar típicamente hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 599 de 2000 como delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (título II Libro Segundo C.P.). Extracto N° 49. Radicado N° 33039 del 16 de diciembre de 2010.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan Fernández. Derecho penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena. Volumen 1. El Delito. Visión positiva y negativa. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez. 2012.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el Nuevo código Penal. Bogotá. Universidad del Rosario. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Editorial Legis. 2002.

Gaceta del Congreso de la república de Colombia. N° 104 del 6 de abril de 2000. Páginas 9 y 10

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana, Una exposición. ADPCP, T. L, 1997. Consultado en http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/Gimbernatalemania.pdf

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión". ADPCP , T. LIII, 2000, pp. 29-132. Consultado en http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/gimbernatacausalidad.pdf

GIMBERNAT, Enrique; SHÜNEMANN Bernd; WOLTER, Jürgen. Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor "Honoris Causa" por la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Centro de Estudios Judiciales Ministerio de Justicia e interior. 1994. "Límites de los delitos de comisión por omisión". Carlos María Romeo Casabona.

GIMBERNAT, Enrique; SHÜNEMANN Bernd; WOLTER, Jürgen. Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor "Honoris Causa" por la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Centro de Estudios Judiciales Ministerio de Justicia e interior. 1994. "Sobre el Estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania". Bernd Schünemann.

GRACIA MARTÍN, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. Revista Nuevo foro Penal, N° 61. Bogotá. Editorial Temis S.A., Centro de Estudios Penales Universidad de Antioquia. 1999.

JAKOBS, Günther. IV. La omisión: Estado de la cuestión. Traducción a cargo de Javier SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ

JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión. ADPCP, T.XLIX. Fasc. III, Septiembre-diciembre 1996.
http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/jakobs%20imputacion.pdf

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal: Parte General. Quinta edición. Editor Granada Comares. 2002.

KAI, Ambos. Temas del Derecho Penal Internacional. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2001.

KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Madrid. Marcial pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2006.

LASCURAÍN, Juan Antonio. Penar por Omitir. Fundamento de los deberes de garantía. Prólogo: Alfonso Cadavid Quintero. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Universidad Santo Tomás. 2002.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 8 ediciones. Editorial Reppertor. Barcelona 2010

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y filosofía del Derecho. 2001.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal Colombiano. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y filosofía del Derecho. 2001.

RODRIGUEZ MESA, María José. La imputación del resultado a la omisión. (Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal Colombiano). Universidad EAFIT. 2006.

ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, tomo I, fundamentos de la estructura de la teoría del delito, traducción de la segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón peña, Miguel Diaz y Garcia conlledo y Javer de Vicente Remesal. Madrid. Editorial Civitas, S. A.

ROXIN, Claus; GÜNTHER, Jakobs; SHÜNEMANN Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER Michael. Sobre el estado de la teoría del delito. IV. "La Omisión: Estado de la cuestión". Günther Jakobs. Cuadernos Civitas, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Con una aportación a la metodología del Derecho Penal. Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis serrano González de Murillo. Catedráticos de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura (Cáceres). Marcial pons. 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre el Estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo.

<http://www.ajs.es/downloads/vol02016.pdf>

SILVA SANCHEZ, Jesús María. El delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona: Editorial Bosch, 1986.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTA. Sala Penal. Radicación 110010704003200800025 09. Procesado: Luis Alfonso Plazas Vega. Enero 30 de 2012

VARGAS GARCÍA, Jaime. Posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública. Prolegómenos- Derechos y valores. Universidad Militar nueva Granada. 2006.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Completamente reelaborada y puesta al día. Librería Jurídica COMLIBROS. 2009.