

POSICIÓN DE GARANTE DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA*

Jaime Vargas García* *
Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: septiembre 7 de 2006.

Fecha de aceptación: Octubre 12 de 2006.

Resumen

En los medios de comunicación de Colombia aparecen continuas informaciones relacionadas con la ocurrencia de hechos de violencia en nuestro país que principalmente afectan a la población civil por la acción de grupos al margen de la ley, por los cuales se viene atribuyendo responsabilidad al Estado y consecuencias penales y disciplinarias por comisión por omisión contra miembros de la Fuerza Pública. Todo parte de “la posición de garante” de las Fuerzas Militares en relación con la defensa nacional y de la Policía sobre la seguridad nacional que obliga a todos sus miembros a proteger la vida y los demás derechos fundamentales relacionados con este de todos los residentes en Colombia. Precisamente el artículo 25 de la Ley 522 de 1999 se encarga de regular la posición de garante en Colombia y el tema adquiere mayor importancia cuando se trata de juzgar conductas de miembros de la Fuerza Pública debido a que la imputación de la omisión se origina precisamente en la delimitación de los ámbitos de competencia de estas instituciones. Sin embargo, la experiencia del conflicto armado nos indica que no existen fronteras perfectamente delimitadas entre las funciones de defensa y seguridad nacional y en el caso de la misma omisión impropia y la posición de garante hay posiciones doctrinales divergentes que no ofrecen ninguna seguridad al asunto y que dificul-

tan la aplicación de esta figura tal como lo reseñamos a lo largo del trabajo y como los destacan importantes autores nacionales y extranjeros.

Todo lo anterior viene afectando el desarrollo de las causas penales y a ello se suman las deficiencias del sistema judicial de Colombia particularmente el cuestionamiento nacional e internacional de la jurisdicción penal militar y las sanciones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Colombiano.

Así mismo, el “concepto de relación con el servicio” del artículo 221 de la carta Política nos parece que merece un análisis particular por que en los análisis que realizaron dentro del trabajo de investigación estos nos indican que su comportamiento en la omisión impropia es distinto al de la acción por cuanto el “servicio que presta la Fuerza Pública” es a su vez la base y el fundamento de la posición de garante y en consecuencia, el eje central de la imputación penal y disciplinaria.

El trabajo se orientó a demostrar el estado actual de la cuestión por esta razón nos parece oportuno dar a conocer los resultados obtenidos respecto de la “posición de garante” con la idea de iniciar la discusión académica que merece esta figura jurídica.

Palabras clave

Omisión impropia, posición de garante, deber jurídico, defensa nacional, seguridad nacional, omitir, justicia penal militar, competencias, relación con el servicio, responsabilidad, Estado, deberes, acción, imputación, equivalencia, delito, Fuerza Pública, impedir, resultado, fuente, riesgo, vida y autoridades.

GUARANTOR'S POSITION OF PUBLIC FORCE MEMBERS

Abstract

As we wrote down it in the preliminary questions of the final report of the this work “In the media of Colombia continuous information's related with the occurrence appear of having made of violence in our country that mainly affect the civil population for the action of groups to the margin of the law, for which one comes attributing responsibility to the State and penal and disciplinary consequences for commission

* Este artículo presenta los resultados de la investigación terminada “Delitos de Omisión Impropia. Posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública”, de la línea de investigación “Derecho Público Militar”, desarrollada por el Grupo de Derecho Público reconocido por Colciencias – Categoría A (2006 – 2009) de la facultad de derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Docente Investigador Facultad de Derecho Universidad Militar Nueva Granada. Responsable proyecto de investigación. Este artículo se desarrolló con el concurso de las estudiantes Lorena Fonseca Amado y Francineth Castiblanco como auxiliares de investigación.

for omission against members of the Public Force." Everything leaves of "guarantor's position" of the Military Forces in connection with the national defense and of the Police about the national security that he/she forces all their members to protect the life and the other fundamental rights related with this of all the residents in Colombia. In fact the article 25 of the Law 522 of 1999 take charge of regulating guarantor's position in Colombia and the topic acquires bigger importance when it is to judge behaviors of members of the Public Force because the imputation of the omission in fact originates in the delimitation of the environments of competition of these institutions. However, the experience of the armed conflict indicates us that they don't exist opposite perfectly defined between the defense functions and national security and in the case of the same inappropriate omission and guarantor's position is divergent doctrinal positions that you/they don't offer any security to the matter and that they hinder the application of this figure just as we point out him along the work and as important national authors and foreigners they highlight them.

All the above-mentioned comes affecting the development of the penal causes and to they sink it particularly the deficiencies of the judicial system of Colombia the national and international question of the military penal jurisdiction and the sanctions adopted by the Inter-American Court of Human rights against the Colombian State.

Likewise, the "relationship concept with the service" of the article we find 221 of the Political letter that it deserves a particular analysis for that in the analyses that you/they carried out inside the investigation work these they indicate us that its behavior in the inappropriate omission is whereas different to that of the action the "service that he/she lends the Public Force" it is in turn the base and the foundation of guarantor's position and in consequence, the central axis of the penal and disciplinary imputation.

The work was guided to demonstrate the current state of the question for this reason we find opportune to give to know the IV chapter related with the "guarantor position" with the idea of beginning the academic discussion that deserves this artificial figure.

Key words

Inappropriate omission, guarantor position, juridical duty, national defense, national security, to omit, military penal justice, competitions, relationship with the service, responsibility, State, duties, action, imputation, equivalence, crime, Forces Public, to impede, result, source, risk, life and authorities.

I. INTRODUCCIÓN

Esta investigación se enfocó en la posición de garante que ostentan los servidores públicos, la concreción del ámbito de competencia de los miembros de la Fuerza Pública y al deber jurídico, porque consideramos desde un principio que este momento histórico la hacía pertinente teniendo en cuenta la complejidad del tema porque siempre hemos considerado que la competencia de los miembros de la Fuerza Pública por los artículos 217¹ y 218² de la Carta Política no aparece delimitada y es así como los conceptos de seguridad y defensa nacional son confundidos con relativa frecuencia. Por lo anterior se justifica la revisión del fundamento de la función de los miembros de la Fuerza Pública empezando por establecer algunas diferencias Constitucionales, legales o reglamentarias. Para dilucidar la problemática asumimos una función de "Defensa Nacional"³ sustancialmente

¹ Constitución Política de Colombia. Legis. Art.217 "La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y desorden constitucional.

La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les propio."

² Constitución Política de Colombia. Legis. Art. 218. "La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario."

³ SANTOS PICO, José Manuel. Apuntes de estrategia sobre Seguridad y Defensa Nacional. Colección de geoestrategia y Seguridad. UNNG.2004. Pág. 31.

distinta a la de “Seguridad Nacional”⁴ asignada a la Policía Nacional. A su vez, al interior de las propias Fuerzas Militares, Ejército, Armada y la Fuerza Aérea cada uno desempeña sus propios roles o sus ámbitos de competencia porque que cada una de ellas cumple la “Defensa Nacional desde distintas competencias porque el Ejército constituye las “tropas de superficie”, la Armada Nacional la cumple en los ríos y en el mar y la Fuerza custodia el espacio aéreo. Sin embargo, para el cumplimiento de la defensa nacional cada una de las fuerzas tiene una jurisdicción y el juzgador tiene la obligación de delimitar el ámbito de competencia de cada fuerza para establecer la competencia institucional de la cual se deriva la competencia del sujeto activo, la posición de garante y el deber jurídico estableciendo con los otros miembros de la Fuerza Pública claras diferencias funcionales y lo mismo que con otros servidores públicos atendiendo un rol Constitucional, legal y reglamentario particular.⁵

Sobre el tema de las competencias de la Fuerza Pública, necesariamente es imperativo delimitar la posición de garante, investigando si son roles exclusivos de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional o de roles que también se comparten con otras autoridades públicas puesto que la seguridad y la defensa nacional no son funciones exclusivas de la Fuerza Pública, sino que hay otras autoridades públicas involucradas en la seguridad y la defensa nacional y también son posibles garantes porque ostentan deberes jurídicos de conformidad con el artículo 25 de la Ley 599 de 2000. Este es el caso del Presidente de la República, los gobernadores y los alcaldes municipales.

El problema jurídico que se planteó para la investigación fue: si la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública se origina en la función Constitucional, legal y reglamentaria -Defensa y Seguridad Nacional- ¿la omisión impropia está relacionada con el servicio?

El método utilizado fue la “hermenéutica” y la metodología fue la siguiente:

- Ubicar los últimos estudios de la posición de garante (deber jurídico de actuar) y creación de riesgos jurídicamente desaprobados.
- Revisar otras regulaciones penales sobre comisión por omisión.
- Estudiar en otros ordenamientos jurídico-penales las conductas de comisión por omisión (impropia) de la Fuerza Pública.
- Identificar los instrumentos jurídicos adoptados para la investigación y juzgamiento (fuero) y traerlos como derecho comparado para confrontarlo con la problemática de Colombia.
- Trabajar sobre la relación con el servicio de las conductas de omisión propia e impropia de los miembros de la Fuerza pública.
- Realizar un análisis comparativo sobre el deber jurídico de actuar en la defensa y seguridad nacional e identificar las fuentes de riesgo cuya protección les corresponde a militares y policías en Colombia.

1. POSICIÓN DE GARANTE

“El Estado cumple sus deberes a través de delegaciones en personas, que son los “funcionarios” en sentido lato, las personas que realizan sus funciones”⁶.

“El Estado tiene el cometido de cuidar de la seguridad interior y exterior, y en verdad, no sólo a causa de la organización de un monopolio de coacción, por así decirlo, a modo de sinalagma, sino en virtud de la autodefinition del Estado”⁷.

“El elemento más característico de la omisión impropia es precisamente el sujeto activo en posición de garante, el cual se encuentra determinado en otras normas complementarias al tipo penal y que por lo mismo obran como elementos de reenvío. La posición de garante se encuentra constituida por el conjunto de

⁴ SANTOS PICO, José Manuel. Apuntes de estrategia sobre Seguridad y Defensa Nacional. Colección de geoestrategia y Seguridad. UNNG.2004. Pág. 31.

⁵ KAUFMANN, Armin. Teoría de las normas. Buenos Aires. De Palma. 1977.

⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía. Civitas. Pág. 136.

⁷ JAKOBS, Gunther. La imputación penal de la acción y de la omisión. “ADPCP”, 1996, III, Pág. 864.

circunstancias y condiciones que hacen que jurídicamente una persona esté particularmente obligada a proteger un bien jurídico de un riesgo o a supervigilar su indemnidad con relación a ciertas fuentes de peligro; estas circunstancias específicas hacen para el derecho, que quien omite salvaguardar el bien sea asimilado a autor del hecho punible o a partícipe del mismo.”⁸ Siguiendo esta concepción doctrinal la posición de garante podría constituir un novel dispositivo amplificador del tipo en Colombia mediante el cual se puede imputar un resultado antijurídico a quien estando en la obligación de actuar como garante de un bien jurídico no lo hiciera y esa obligación de actuar para evitar un resultado se origina en fuentes formales como la Constitución, la ley, el contrato o convención y materiales como la creación de un riesgo mediante un acto precedente también conocido como injerencia, las relaciones de estrecha comunidad de vida, la asunción en común de un riesgo antijurídico ya sea porque existe la obligación de proteger el bien jurídico o salvaguardarlo de ciertos peligros o porque exista obligación de vigilar fuentes de peligro para ese bien jurídico, en esta concepción destacamos varios elementos en la posición de garante que en nuestra opinión merecen un estudio en particular toda vez que en lo que atañe con la Fuerza Pública, la imputación en posición de garante dependería de la comprobación de la fuente

jurídica o material asociada con una competencia institucional, es decir de todos y cada uno de los ingredientes normativos del tipo el cual se vendría a construir entre una norma o tipo básico más el dispositivo amplificador que debe contener en concreto el deber jurídico y la fuente que contiene la fuente material o jurídica de donde se desprende la obligación jurídica de evitar el resultado, consideraciones que esta conclusión se aplica tanto para el derecho penal como para el disciplinario porque al fin y al cabo se trata de derecho sancionatorio que se nutren para el caso particular de la posición de garante con los mismos ingredientes objetivos y subjetivos.

Tal como está consagrada la posición de garante en Colombia se trata de un tipo penal en blanco que requiere para su estructuración de normas complementarias en las cuales debería aparecer consagrado en concreto ese deber jurídico, sin embargo, tal como esta la situación, el posible autor en algunos casos debemos inferirlo dado que estamos hablando de un deber jurídico –que no moral o social- que suponíamos reglado, lo cual, no ocurre todas las veces, de todos modos, para la estructura del tipo se trata de un sujeto activo calificado por cuanto al fin y al cabo la calificación del sujeto activo se deriva de la existencia previa y concreta de una obligación de actuar conforme al ordenamiento jurídico, así que éste sujeto respondería porque sería el único en quien recae la obligación de realizar determinado comportamiento con exclusión de otros posibles sujetos activos. Desde el punto de vista objetivo, es necesaria la comprobación previa y concreta en la omisión impropia de la existencia de un deber jurídico en cabeza de determinada persona con el fin de allegar el elemento subjetivo que no podría ser otro que una actuación dolosa como elemento integrado al tipo que nos indicaría conciencia y voluntad final de no querer realizar la acción debida a sabiendas de las consecuencias para el derecho penal, surgiendo en nuestra opinión posibles problemas con los comportamientos descuidados, tema que no es materia de este trabajo.

El Código Penal Colombiano en el artículo 25 establece la posición de garante:

“La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, que-

⁸ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Teoría del delito. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2003. “Tradicionalmente la doctrina ha venido determinando fuentes materiales o jurídicas que fundamentan la obligación jurídica de evitar el resultado, es decir de posición de garante, se cita la Constitución, la ley, el contrato o convención, el haber creado el riesgo mediante un acto precedente (injerencia), las relaciones de estrecha comunidad de vida, la asunción en común de riesgo antijurídico, bien sea porque existe obligación de proteger el bien jurídico o salvaguardarlos de ciertos peligros, o porque exista la obligación de vigilar fuentes de peligro para el bien. Esa fuente de posición de garante debe ser cierta, concreta y preexistente al momento en que debió tener lugar la acción omitida, pues de lo contrario se rompería el principio de legalidad del tipo penal; si la posición de garante no existía al tiempo del riesgo o peligro no puede haber autoría por omisión impropia. La obligación concreta significa que el garante únicamente se obliga frente a un margen o clase de peligro, así, el médico es garante de la salud del paciente con los medios del arte médico, pero no asume obligaciones de controlar ataques de terceros, el salvavidas de una playa cuida los riesgos del ahogamiento, pero no de un ataque de pistoleros contra el bañista”. Págs. 360 y ss.

dará 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 la ley.

“El garante es la persona o la entidad que en mérito de función asignada o sumida debe prevenir todo daño que en su cumplimiento pueda inferir de manera individual o colectiva, y se éste se produce contrarrestar sus efectos por todos los medios a su alcance. 1, (Garante responsable de prevenir, evitar y atender las consecuencias del riesgo)”⁹.

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.

PARÁGRAFO. Los numerales 1°, 2°, 3° y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e inte-

⁹ Ley 599 del 2000, nuevo Código Penal Colombiano Legis, comentado: “Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare 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 la ley”.

“El garante es la persona o la entidad que en mérito de función asignada o sumida debe prevenir todo daño que en su cumplimiento pueda inferir de manera individual o colectiva, y se éste se produce contrarrestar sus efectos por todos los medios a su alcance. 1, (Garante responsable de prevenir, evitar y atender las consecuencias del riesgo)”.

gridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales”.

El artículo 25 del Código Penal establece dos fuentes de garantía. La primera de ellas está referida a toda clase de conductas punibles de resultado posibles cuando la obligación jurídica de impedir un resultado aparece determinada por la constitución o la ley, el contrato o la convención.

La segunda se refiere a cuatro situaciones o criterios materiales planteados en la norma y que solo son aplicables a los delitos que atenten contra la vida, la libertad individual y la libertad y formación sexuales.

Colombia es un Estado social de derecho.¹⁰ “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”¹¹

Es este el marco constitucional dentro del cual los miembros de la Fuerza Pública en Colombia deben realizar las funciones previstas en los artículos 217 y 218 de la Carta Política. Es decir, que en el caso de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en el caso de una imputación por omisión impropia la fuente jurídica directa y primaria es la Constitución y la ley,

¹⁰ Constitución Política de Colombia. “Art. 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.”

¹¹ Constitución Política de Colombia. Art. 2°. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

de allí la imperiosa necesidad de distinguir como lo señalamos en el capítulo anterior entre las funciones de defensa nacional y seguridad nacional y los ámbitos de competencia particular de cada una de las instituciones y en concreto del ámbito de competencia del sujeto activo teniendo como marco de referencia las funciones a él asignadas por la ley o los reglamentos siendo consecuentes con el artículo 122 de la Carta Política el cual determina que:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”¹².

Y, todo parte de una concepción constitucional debido a que es el Estado a quien le corresponde a través de sus agentes de proteger a todos los residentes en Colombia en su vida honra y bienes y de asegurar los derechos y el ejercicio de mas libertades públicas y liberarlas de cualquier interferencia y en el caso de la defensa y seguridad nacional el marco de referencia primordialmente lo constituyen las normas de la constitución política y el llamado “bloque de constitucionalidad”, sin embargo, la situación habría que decantarla en cada caso particular por cuanto si observamos las disposiciones de los artículos 217 y 218 son demasiado abiertas y requieren la concreción porque volviendo a la teoría de los deberes jurídicos y a la idea de una prevención general, estos deberes no pueden aparecer en abstracto sino que precisan de su puntualización con el fin de establecer la posición de garante respecto de una omisión, de otra manera, el juicio se tornaría en inconstitucional por violación de las garantías fundamentales.

En Feuerbach citado por Jorge Fernando Perdomo Torres¹³, “el Estado es una unidad social que busca protección de los derechos de los ciudadanos; como consecuen-

cia de esto, el Estado tiene la facultad de valerse de todos los medios posibles en la consecución de dicho fin; la prevención especial, según él, no puede llevar al logro de esa meta, pues todos los ciudadanos son posibles delincuentes, lo que obliga a que la aplicación de dichos medios vaya dirigida a la generalidad; es decir, a aquellos infractores del derecho. De lo anterior se desprende que para FEUERBACH las lesiones jurídicas, sólo las puede impedir el Estado mediante la instauración de deberes apoyados por coerción cuya lesión tenga como consecuencia la adjudicación de una pena; el Estado se encuentra autorizado y obligado a tomar las medidas necesarias mediante las cuales se haga imposible la lesión del derecho. Estos deberes tienen generalmente como contenido una omisión y, por consiguiente, sólo pueden ser lesionados a través de un actuar y nunca a través de un omitir”. De allí que para ubicar la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública necesariamente debemos partir de consideraciones constitucionales y legales enmarcadas dentro del concepto de “Estado social de derecho” que busca a través de la “prevención especial” la protección de todos los derechos de los residentes en Colombia.

De otro lado, respecto de los numerales 1 al 4, del artículo 25 del Código Penal Colombiano, es a partir de consideraciones constitucionales y legales, que podríamos edificar un juicio de imputación sino materiales, con todo, respecto de las materiales también se creería que pudieran omitir por cuanto las fuentes primarias no dejarían de serlo las jurídicas como la Constitución y la ley, sin embargo, la vaguedad y el desconcierto pudieran marcar peligrosamente la imputación por cuanto como lo señalaban las críticas de los autores citados en este trabajo, las cuestiones de la omisión antes bien de quedar resueltas mediante esta clase de normatividad, tales hipótesis propuestas en los numerales 1 al 4 del artículo 25 del Código Penal Colombiano, nada concretan y pueden generar si-

¹² Constitución Política de Colombia. Art. 2º. Legis.

¹³ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión”. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho: “Significativos para la evolución del concepto de “garante” fueron los trabajos de Paul Johan ANSELM FEURBACH. Mientras que en el siglo XVIII los autores vieron la necesidad de una equiparación entre actuar y omitir, y

Cont. nota 13

detectaron ya en la exigencia de un deber jurídico para el omitente una posible solución limitándose sin embargo a mencionar una serie de tópicos ejemplificativos, fue FEUERBACH y, por consiguiente, de la carencia de argumentación que se había visto reflejada anteriormente. El aporte de este autor en el campo del derecho penal fue tan significativo, que la repercusión de su obra ha sido comparada con la que tuvo la obra de Goethe en la literatura Alemana, por lo que ha sido calificado por Artur KAUFMAN como “el criminalista del tiempo de Goethe”

tuaciones abiertas e ilimitadas al punto que sin acudir a contenidos de orden social, ético o moral, inclusive militar o policial, no se podrían llenar estos vacíos, criterios que por su misma naturaleza ética, social, moral o militar y policial estarían expuestos a diversas interpretaciones y consideraciones dependiendo de la época, cultura, medio social y particularmente a las características del conflicto armado en Colombia, que indudablemente están afectando a la población civil y que por tratarse de un conflicto armado con fuerzas “irregulares” que vienen utilizando métodos prohibidos por el DIH, han obligado a un despliegue nacional de la Fuerza Pública, sin embargo, la “prevención general” como tarea primordial del Estado no alcanza para cubrir materialmente el tamaño de la amenaza al “Estado social de derecho”, de manera que criterios como el de la “proximidad social” al bien jurídico o relación estrecha expuestos por Vogt y Androulakis, los trabajos de Armin Kaufman sobre la “teoría de las funciones”, los de Feuerbach sobre la “obligación originaria”, o el funcionalismo radical de Günther Jakobs, que han servido para promover cambios legislativos en países más desarrollados como Alemania, en lo que respecta a nuestro país, en el campo de la seguridad y defensa nacional, estos trabajos deben complementarse para que se regule la materia en el Código Penal Militar, por cuanto, en nuestra opinión, no bastaría con demostrar un deber jurídico o la posición de garante para imputar un resultado antijurídico, por cuanto a ello había que sumarle la comprobación del elemento subjetivo como el dolo, de manera que la cuestión no es tan fácil, nótese por ejemplo un comandante militar que desplegando todos los medios materiales y humanos posibles en su jurisdicción militar para prevenir un ataque, actúa sin dolo, y a pesar de ello se produce el ataque contra la población civil por fuerzas irregulares, sorpresivo y con métodos de difícil detección, este comandante podría resultar respondiendo a partir de la sola consideración de que tenía el deber jurídico de evitar el resultado, así estaríamos llegando a extremos insospechados, razón por la cual, el estado actual de las cosas impone una regulación especializada de la materia y todo partiría en nuestra opinión, por desarrollar legislativamente los artículos 217 y 218 de la Carta Política.

Vogt, dice Juan Antonio Lascuraín Sánchez, señalaba como fuentes del deber de garantía el matrimonio,

la familia, la procedencia próxima de sangre, la comunidad doméstica, y otras comunidades estrechas de vida, la profesión y las relaciones económicas de confianza, o “situaciones de una especial compenetración social”, de “relaciones de solidaridad que configuran en alguien una especial fidelidad frente a otros”: de relaciones sociales especialmente estrechas. Bajo este concepto no se expresa tan sólo (la relación de especialidad entre la relación concreta y la relación global, si no también el hecho fáctico de que el vínculo social que une a unos individuos contados los demás se estrecha con más fuerza en estas relaciones especiales). Su inviolabilidad y el curso incólume de sus funciones son de inigualable mayor importancia que el mantenimiento del orden en el Proceso social universal: por que esto es así, no basta con que sus miembros omitan comportamientos dañosos, si no que se exige de ellos que asuman la evitación activa de los peligros que amenacen)”¹⁴.

Androulakis, según el autor citado, “utiliza parámetros similares para elaborar su tesis relativa a la adscripción de posiciones de garantía. Desde una perspectiva altamente abstracta,” propone que lo esencial para atribuir una posición de garantía, para concebir una omisión como impropia, radica en que el sujeto esté (previamente junto al bien jurídico), junto a la línea causal peligrosa para el bien jurídico, y en que se genere así una vinculación mutua entre sujeto y titular del bien. Esa situación no es sin embargo pura mente física. El padre está junto al hijo menor de edad, pero no lo está el tío o el vecino o el funcionario, que eventualmente pueden estarlo de igual modo en un sentido físico. Se trata de una situación previa en un sentido social y solidario. No se trata de un mero Da-Sein (estar ahí), si no de un Daneben-Sein (estar junto a), que puede ser total o concreto aquí caben, en opinión del autor, los supuestos de injerencia, o mediato, o limitado a un espacio, esta cercanía genera la impropiedad de la omisión, genera posiciones de garantía, pero sólo supondrá responsabilidad penal por el resultado, sólo la omisión impropia generará delitos de omisión impropia. De ese clima

¹⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía., Editorial Civitas A Thomson Company. “El deber que surge en estas relaciones se caracteriza no sólo por la especificidad de su origen, sino también por su contenido peculiar. Carga a los obligados con una responsabilidad muy especial que va más allá de la que comporta el disfrute de un derecho”. Págs. 28-29.

también depende la importancia con que deban sopesarse en cada ocasión los momentos objetivos de valoración (grado de parentesco, situación de monopolio, etc.)”¹⁵.

Juan Carlos Forero Ramírez, en su texto “El delito de Omisión en el Nuevo Código Penal” publicado con la universidad del Rosario considera que el garante:

“es el sujeto activo de un delito de comisión por omisión es “especial” o “cualificado”, pues sólo puede serlo el denominado garante. Sujeto que tiene el deber jurídico (no moral) de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a determinadas personas y que se hallan previamente individualizados. La incolumidad de tales bienes jurídicos exige protección y vigilancia, con límites temporales y especiales. Para tal fin, además del deber genérico de abstenerse de iniciar procesos causales que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a su cuidado, debe evitar que un proceso causal en curso también los produzca, y por ello deberá anular o desviar esos cursos causales, de lo contrario se le imputará el resultado como si él mismo lo hubiera causado, o responderá de una omisión pura agravada por el resultado, según el caso”¹⁶.

¹⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía. Juan Antonio Lascuraín Sánchez, editorial Civitas A Thomson Company. “La idea central de esta tesis puede expresarse del modo siguiente: garante es aquel a quien la sociedad, las relaciones sociales, han situado como específicamente próximo, como estrechamente próximo, al bien jurídico o al titular del bien jurídico.” Pág. 30-31.

¹⁶ El delito de Omisión en el Nuevo Código Penal, Juan Carlos FORERO RAMÍREZ, editorial LEGIS. Primera edición 2002; El doctor Forero Ramírez considera que el garante “es el sujeto activo de un delito de comisión por omisión es “especial” o “cualificado”, pues sólo puede serlo el denominado garante. Sujeto que tiene el deber jurídico (no moral) de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a determinadas personas y que se hallan previamente individualizados. La incolumidad de tales bienes jurídicos exige protección y vigilancia, con límites temporales y especiales. Para tal fin, además del deber genérico de abstenerse de iniciar procesos causales que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a su cuidado, debe evitar que un proceso causal en curso también los produzca, y por ello deberá anular o desviar esos cursos causales, de lo contrario se le imputará el resultado como si él mismo lo hubiera causado, o responderá de una omisión pura agravada por el resultado, según el caso” Pág. 55.

Para Gunther jakobs, el “autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un deber de responder de que se evite el resultado (deber de garante)” Empero acepta que “la determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General. Dado que la propia ley es indeterminada, la determinación del deber de garante en el sistema de la imputación resulta indispensable para el fundamento y límites de la imputación.”¹⁷ De allí que la posición de garante hace referencia a la posición del sujeto que tiene un especial deber jurídico de actuar para evitar el resultado típico; deber que le puede venir de una obligación legal, de una obligación de origen contractual o de una situación de peligro previamente creada por el sujeto.

Ejemplo el Art. 11 Código Penal Español.

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado se entenderán cometidos por omisión cuando la evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción. Cuando exista una especial obligación legal o contractual. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión”¹⁸.

¹⁷ JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons. “Una teoría de las funciones más moderna, ordena los deberes de garante de acuerdo con su contenido. Una parte de los deberes sirve a la defensa de un bien determinado contra procesos que afecten sus existencia (deber de garante de protección, deber de garante de custodia). Esta ordenación no viene a reemplazar a la derivación con respecto a un fundamento jurídico, sino que la presupone, pero precisa los deberes en la medida ñeque, en lugar del deber de garante difuso en cuanto a su dirección, sitúa al deber del garante orientado definitivamente.” Págs. 968-969.

¹⁸ Artículo 11 de Código Penal Español: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado se entenderán cometidos por omisión cuando la evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción. Cuando exista una especial obligación legal o contractual. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión”.

En el caso colombiano, la posición de garante fue introducida mediante el artículo 25 de la Ley 599 de 2000. Revisando las actas de los debates que se llevaron a cabo en el Congreso de la república, Senado y Cámara, nos encontramos que pesar que se trataba de un tema novedoso y controversial para el derecho penal Colombiano que por primera vez se legislaba en nuestro país, los debates se orientaron únicamente a acoger las recomendaciones de la doctrina sin los debates que un tema tan importante lo imponían. Nótese:

Según la gaceta del congreso -Senado y Cámara- No. 139 del jueves 6 de agosto de 1998 en el "Proyecto de ley número 40 de 1988 Senado" aparece que:

"se regulan las situaciones materiales de la imputación del resultado en materia de delitos impropios de omisión. Con ello se lleva 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 principalmente, viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida y la integridad personal (artículos 1º y 95 numeral 2º. de la Constitución Política); por lo que la propuesta busca desarrollar tales normas en un ámbito de estrechas relaciones y situaciones jurídicas..."¹⁹.

El texto original fue notificado según la gaceta del Congreso No. 280 del 20 de noviembre de 1998²⁰; según la gaceta 377 del 24 de diciembre de 1988 en aparece el artículo 25 del Código Penal, sin embargo no es el texto actualmente vigente²¹; en la gaceta No. 10 del 3 de marzo de 1999, el texto del proyecto fue aprobado en la comisión primera pero el texto no coincide con el actual²²; ponencia para segundo debate en el Senado y allí no se encuentran explicaciones a la introducción al artículo 25 del Código Penal²³; de acuerdo con la gaceta del Congreso No. 113 artículo

25 junto con otros artículos fue excluido el debate general para que fuera estudiado por una comisión accidental²⁴; la senadora Claudia Blun Barberi sometió a la plenaria en bloque varios artículos incluido el 25 del Código Penal siendo aprobado por la plenaria²⁵; el 27 de mayo de 1999 la comisión accidental presente el texto aprobado por la plenaria del senado, se introduce una modificación al artículo 25 pero no aparece la sustentación²⁶; en la gaceta 569 aparece el texto definitivo aprobado en segundo debate de la Cámara de representantes el 22 de diciembre apareciendo el texto actual del artículo 25²⁷; el 17 de marzo del 2.000 aparecen las objeciones presidenciales sobre el proyecto de ley²⁸; en la gaceta del Congreso No. 104 del 6 de abril de 2000 sobre la mesa de trabajo del artículo 25 del Código Penal aparece:

"¿Cual es el trabajo que se hizo con los ponentes pues de la discusión de la mesa de trabajo, con la Fiscalía y con los profesores invitados? Es proponer una redefinición, una nueva propuesta en las posiciones de garantía, que tradicionalmente se venían manejando en nuestro medio académico orientadas a la llamada teoría formal 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 solidaridad"²⁹.

En la actualidad se encuentra radicado en el Congreso de la República el "Proyecto de ley número 144 de 2005 Cámara" "Por medio del cual se expide el Código Penal Militar", presentado por el Ministerio de la Defensa Nacional el 20 de septiembre de 2005.

¹⁹ Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. No. 139, agosto 6 de 1988. Pág. 5.

²⁰ Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. No. 280. 20 de noviembre de 1988, pág. 12.

²¹ Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. No. 377. 24 de diciembre de 1988, pág. 5.

²² Gaceta del Congreso. No.10. Senado y Cámara. 3 de marzo de 1999. Pág. 10.

²³ Gaceta del Congreso. No. 63. Senado y Cámara. 23 de abril de 1999. Págs. 11 y 12.

²⁴ Gaceta del Congreso. No. 113. Senado y Cámara. 24 de mayo de 1999. Pág. 18.

²⁵ Gaceta del Congreso. No. 114. Senado y Cámara. 24 de mayo de 1999. Pág. 25.

²⁶ Gaceta del Congreso. No. 126. Senado y Cámara. 27 de mayo de 1979. Págs. 2 y 3.

²⁷ Gaceta del Congreso. No. 569. Senado y Cámara. 22 de diciembre de 1999. Pág. 2.

²⁸ Gaceta del Congreso. No. 65. Senado y Cámara del 17 de marzo de 2000. Págs. 1 y 2.

²⁹ Gaceta del Congreso 104 del 6 de abril de 2000. Págs. 9 y 10.

El artículo 27 del proyecto establece:

“Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción y por omisión.

El miembro de la Fuerza que tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no actuare estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, si no concurriere causal de exclusión de responsabilidad. Al efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva el bien jurídico protegido, conforme a la Constitución y la ley”³⁰.

En la exposición de motivos del Ministro de Defensa Nacional en relación con este artículo se dice:

“Delitos de comisión por omisión. Se busca resolver el problema de legalidad y tipicidad que presentan los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión en el Código Penal Militar actualmente de corriente causalista, lo que se supera con la redacción que se propone en el artículo 27 del proyecto, que consulta la real y verdadera posición de garante, la función y competencia que tiene el miembro de la Fuerza Pública, en la sociedad y realidad colombiana”³¹.

³⁰ Gaceta del Congreso 660, 22 de septiembre de 2005.

³¹ Gaceta del congreso 660, 22 de septiembre de 2005. “La Constitución Política de 1991 concibe el modelo de Estado definido como: “Social de Derecho”, lo que conlleva a la elaboración de un nuevo programa constitucional de derecho penal. La realidad nacional e internacional, los constantes cambios sociales, demandan una Fuerza Pública eficaz, sólida, y disciplinada, para lo cual el derecho penal militar cumple una función protectora de caros valores personales e institucionales, necesaria para el cumplimiento de la finalidad de la Fuerza Pública en un Estado social de Derecho...La Ley 522 de 1999 (actual Código Penal Militar) no guarda total coherencia con el programa de derecho penal que concibió el constituyente de 1991, basta revisar el artículo 17 sobre “elementos del hecho punible”, o el artículo 23 que establece la causalidad como presupuesto mínimo de imputación, para inferir que esta legislación sigue manejando en nuestros tiempos conceptos naturalísticos para construir la teoría del delito, esquema propio del positivismo (de suyo peligrosista), y de los inicios de la escuela clásica, temas superados desde hace varias décadas en el panorama jurídico nacional, por el advenimiento del estado de derecho y social de derecho”. Págs. 51 y ss.

Sin que sea oportuno detenernos en el artículo 27 y del proyecto en general del Código Penal Militar y mucho menos en la exposición de motivos, la redacción retira los supuestos del artículo 25 de la Ley 599 de 2000, numerales uno al cuatro, lo cual, a nuestra manera de ver, consulta la aplicación de la ley por cuanto abre un espacio para la jurisprudencia y la doctrina para que en cada caso a partir de una cláusula general y partiendo de las disposiciones constitucionales y legales se examine el deber jurídico y se avanza en cuanto a que el deber jurídico al que esta obligado el miembro de la Fuerza Pública debe ser protegido real y efectivamente, lo cual, consulta los tratados y convenios internacionales que son parte del derecho interno y lo que obliga a que una ley desarrolle los artículos 217 y 218 de la Carta Política para delimitar los ámbitos de competencia de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de otros servidores públicos que también tienen obligaciones y deberes con la Defensa y Seguridad Nacional, es decir, que también son garantes, luego, la cuestión no es exclusiva de los miembros de la Fuerza Pública y es mucho más compleja de lo que parece.

El Presidente de la República, los Gobernadores, los alcaldes y todos los que tienen que ver con los llamados “consejos de seguridad”, porque hay que llamar la atención en este sentido porque todos estos instrumentos hacen parte del concepto de “prevención general”, de un “Estado Social de derecho”, de allí que, en determinadas circunstancias todos los servidores públicos que por disposición de la ley hacen parte de estos instrumentos de prevención general deben adoptar las medidas necesarias en relación con la defensa y seguridad nacional porque también son garantes, es decir, también tienen el deber jurídico de evitar resultados antijurídicos y pueden ser procesados por omisión.

Y, este es un punto podría ser objeto de arduas discusiones. Porque como lo anota el profesor Jesús Orlando López Gómez, “en la omisión impropia el legislador no toma en cuenta la causalidad mecánica, aunque que esta existe, pues la víctima muere de algo, sino que toma en cuenta el efecto y significado social de la no-ocurrencia del hecho, para responsabilizar también como

homicida al que no evita la muerte”³², y la cuestión decimos que puede ser objeto de arduas discusiones debido a que partiendo de la “teoría de las funciones” de Armin Kaufman que según Jorge Fernando Perdomo Torres, busca fundamentar las posiciones de garante atendiendo puntos de vista materiales y funcionales atendiendo un método dual teniendo como punto de partida “la relación especial y estrecha entre el sujeto obligado por el mandato y el objeto garantizado”³³ y a la teoría “del deber jurídico” a partir de los trabajos de Feuerbach, según cita del mismo autor³⁴, así finalmente pensamos en el grupo de investigación que en desarrollo de nuestro trabajo hemos arribado a una primera conclusión que podría marcar un derrotero final hacia el objetivo propuesto. La conclusión es la siguiente:

Todas las conductas de omisión impropia de servidores públicos tienen su origen en las funciones propias del empleo público y las únicas fuentes en que origina la posición de garante son la Constitución, la ley y el contrato, no siendo aplicables las fuentes materiales.

Esta conclusión en el terreno de la seguridad y la defensa nacional, o sea, a los deberes jurídicos originados en los artículos 217 y 218 de la Carta Política significa en nuestra opinión que:

Todas las conductas de omisión impropia de los miembros de la Fuerza Pública están relacionadas con el servicio, luego, la competencia para su investigación y juzgamiento le correspondería a la Justicia Penal militar según el artículo 221 de la Carta Política:

“De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”³⁵.

Porque siguiendo al profesor Alemán Günther Jakobs, como lo anotábamos atrás, “el autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de un deber de responder de que se evite el resultado (deber de garante)” y siendo “la determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la Parte General. Dado que la propia ley es indeterminada, la determinación del deber de garante en el sistema de la imputación resulta indispensable para el fundamento y límites de la imputación”³⁶, y justamente, para corregir esa indeterminación que no es compatible con un “Estado social de derecho” las únicas fuentes posibles son las jurídicas en el caso de los servidores públicos, siendo la Constitución, la ley y el contrato, los únicos referentes seguros para resolver la indeterminación que muchos veces puede estar en la propia ley, por esta razón el legislador debe ser lo suficientemente cuidadoso para poner límites a la posición de garante.

La cuestión no es pacífica, por está razón lo relacionado con el bloque de constitucionalidad lo abordaremos en un capítulo más adelante. Sin embargo, para interpretar el concepto de servicio que mejor que la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así el concepto de servicio:

“alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, independencia, la integridad del

³² LÓPEZ GÓMEZ, Jesús Orlando. Teoría del delito. “En el homicidio por omisión no hay causalidad por el autor, pero sí causalidad que obra libremente y a la cual el garante no detiene. La causalidad no es movida aquí hacia el fin de la muerte sino que el autor, conociendo que ocasionará el hecho, voluntariamente la deja actuar para que se produzca la muerte.” Pág. 357 y ss.

³³ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “El delito de omisión por omisión en el nuevo Código Penal Colombiano. Universidad Externado de Colombia”. Centro de Investigaciones de Derecho Penal. Págs. 24 y ss.

³⁴ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “El delito de Comisión por omisión en el nuevo Código Penal Colombiano. Universidad Externado de Colombia.” Centro de Investigaciones de Derecho Penal. Págs. 24 y 25.

³⁵ Constitución Política de Colombia. Legis. Art. 221.

³⁶ JAKOBS, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons. “Una teoría de las funciones más moderna, ordena los deberes de garante de acuerdo con su contenido. Una parte de los deberes sirve a la defensa de un bien determinado contra procesos que afecten su existencia (deber de garante de protección, deber de garante de custodia). Esta ordenación no viene a reemplazar a la derivación con respecto a un fundamento jurídico, sino que la presupone, pero precisa los deberes en la medida ñeque, en lugar del deber de garante difuso en cuanto a su dirección, sitúa al deber del garante orientado definitivamente”. Págs. 968-969.

territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica..” y como el “concepto que corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico.....En efecto la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función Constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública”³⁷.

El deber jurídico es un ingrediente del tipo, al respecto hacíamos alusión a la propuesta del profesor español Mir Puig cuando nos explicaba en su tratado de Derecho Penal sobre los elementos de la omisión impropia:

“a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada; c) capacidad para realizarla, pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo. La posición de garante integra necesariamente la situación típica (a) de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados. A la ausencia de acción determinada (b) debe seguir en ellos la producción de un resultado. Y la capacidad de acción (c) debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado”³⁸.

Es decir, no podríamos romper al arbitrio dos cosas. La posición de garante de la estructura del tipo en la omisión impropia porque esta es uno de sus elementos y hace que el sujeto sea calificado. A su vez, el

deber jurídico de la posición de garante porque este es su fundamento, por lo que 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.

De manera que cualquier consideración al respecto, nos parece que tiene que partir de este análisis porque no entendemos como algunos casos de miembros de la Fuerza Pública en posición de garante puedan no estar relacionados con el servicio. 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 y la cuestión más bien debería clarificarse constitucionalmente a través de una reforma, por cuanto, si esa es la Política criminal del Estado, esta podría expresarse en la Carta Política porque tal solución que está mostrando la jurisprudencia nacional con la sentencia SU-1184 de 2001³⁹, 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 porque es el servicio que impone el deber jurídico de actuar, a no ser que, la imputación en este tipo de casos se quisiera tomar de las fuentes materiales, con todo tampoco servirían de fundamento porque en el caso de la teoría de “la proximidad social”, esta postura “contrario sensu” nos indica una cercanía del sujeto con los deberes oficiales y no un alejamiento presentándose en todo caso un contrasentido con la estructura del tipo.

La cuestión es constitucional, y allí emerge otra conclusión que se deriva indiscutiblemente de la primera, sin embargo aclaramos al respecto que hasta ahora no hemos abordado el bloque de constitucionalidad. Veámosla:

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-359 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Págs. 23 y ss.

³⁸ MIR PUIG, Santiago. *Ibidem* “Si el primer elemento de toda omisión es que tenga lugar la situación típica base del deber de actuar, en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación la llamada posición de garante por parte del autor. Se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en <garante> de la indemnidad del bien jurídico correspondiente.” Pág. 306.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia Su-1184 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

En la omisión impropia de la Fuerza Pública si la conducta no estuviera relacionada con el servicio no habría omisión. Lo anterior porque el concepto de deber jurídico implica servicio, es decir que se incumplió un deber oficial, esto es así porque la actividad omitida pertenece al servicio público y es allí en el servicio en donde se origina el deber que fue elevado a la categoría de delito por omisión.

La cuestión más parece un problema de competencia y no de estructura del delito. Es por ello la necesidad de una reforma constitucional para no afectar el fundamento de la imputación. Nótese el estado actual de la jurisprudencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

“Fuero militar se pierde cuando se cometen delitos de lesa humanidad. Las Fuerzas militares tienen, por mandato constitucional, una posición de garante del respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. Por lo tanto, los miembros de la Fuerza Pública tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del DIH, incluso en los estados de excepción, según lo dispone el artículo 214 de la Constitución. Así las cosas, cuando los militares permiten que ocurran violaciones al DIH, por acción u omisión, se afecta de manera flagrante la posición de garante y, por lo mismo, estas conductas no se consideran relacionadas con el servicio”⁴⁰.

Para continuar nuestro trabajo en el capítulo siguiente nos centraremos en el tema de la defensa y Seguridad Nacional y posteriormente nos detendremos en el tema del DIH y el bloque de constitucionalidad.”

CONCLUSIONES

1. El cuestionamiento nacional e internacional de la Justicia Penal Militar en la función de investigar y juzgar los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio, esta afectando negativamente la defensa del Estado.

2. La Justicia Penal Militar necesita una reforma estructural para adecuarla a los estándares nacionales e internacionales de autonomía e independencia previstos para todo administrador de justicia.
3. La posición de garante de la Fuerza Pública se origina en la Constitución y la ley. Los deberes jurídicos que dan lugar a la posición de garante constituyen un ingrediente implícito en el tipo omisivo impropio estableciendo una relación con el servicio.
4. Para excluir la omisión impropia de los miembros de la Fuerza Pública cuando afecta los derechos humanos y el derecho internacional humanitario de la competencia de la Justicia Penal Militar, es necesaria una reforma a la Carta Política de Colombia.
5. La omisión impropia o comisión por omisión ostenta un contenido teórico propio no exclusivo del derecho del derecho penal. Para imputar responsabilidad patrimonial al Estado, es preciso remitirse a los fundamentos de la omisión impropia que descasan en la doctrina penal, ya que esta ha sido más generosa y profunda que la doctrina administrativa. El Consejo de Estado ha proferido numerosas providencias condenando al Estado por omisión de los miembros de la fuerza pública bajo el término genérico de la omisión, sin embargo, ha debido referirse a la omisión impropia y por consiguiente a la posición de garante que ostenta la fuerza pública.
6. El Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano por omisión de los miembros de la fuerza pública y en lo que hace referencia a la responsabilidad por la comisión de actos terroristas lo ha hecho bajo un régimen de responsabilidad, más no de solidaridad como lo hace Francia o España. Este fenómeno puede estar fundamentado en el hecho que no existen las normas legales que creen estos beneficios para las víctimas de la violencia, la inviabilidad financiera de adoptar un sistema de solidaridad en Colombia o la rigidez de nuestra doctrina contencioso administrativa, pueden ser las causas de éste fenómeno.

⁴⁰ Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Rad. 1659, junio 15 de 2005. M.P. Temístocles Ortega Narváez.

BIBLIOGRAFIA

- BACIGALUPO, Enrique. Delitos impropios de la Omisión. Editorial Temis. Bogotá, 1983.
- BLANC ALTEMIR, Antonio, La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional, Barcelona, 1990.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. Lecciones de Derecho Penal, Editorial Trotta. Colección Estructuras y Procesos, serie Derecho. 1997.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, José María Bosch Editor, 2001.
- Comisión Andina de Juristas. El caso CABALLERO Y SANTANA. Colombia en la Corte Interamericana. Editorial Códice Ltda. 1994.
- Código Penal de Colombia. Ley 599 de 2000. Legis.
- Código Penal y Leyes Penales Especiales España, Aranzadi Editorial, 1995.
- Compilación de Instrumentos internacionales. Derecho intencional de los derechos humanos, Derecho Internacional Humanitario y derecho penal internacional. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2003.
- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 9276 del 19 de agosto de 1994, M. P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá.
- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 12043 del 13 de noviembre de 1998, M. P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá
- CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 8844 del 14 de diciembre de 1993, M. P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá
- Constitución Política de Colombia. 1991. Legis.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-358 de 1997. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-1184 de 2001. M.P., Eduardo Montealegre Lynett.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-578 de 1995.
- Corte Interamericana de derechos Humanos. Página Web.
- FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El delito de Omisión en el Nuevo Código Penal. Serie Lex Nova. Legis.
- FINGERMANN, Gregorio. Lógica y teoría del Conocimiento. Editorial "El Ateneo", Buenos Aires, 1977.
- GACETA DEL CONGRESO de la República de Colombia. Edición oficial.
- GIRALDO ÁNGEL, Jaime. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Séptima Edición, Ediciones Librería el Profesional. Bogotá, febrero de 1.996.
- GIRALDO ÁNGEL, Jaime. Metodología y Técnica de la Investigación Social-jurídica. Segunda Edición 2002.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. Teoría del delito. Ediciones Doctrina Y ley Ltda. Bogotá D.C., 2003.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. La Obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos. La responsabilidad penal y disciplinaria ante la orden ilegítima. Ediciones Doctrina y ley Ltda. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Intervención Omisiva. Giro editores.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND Thomas. Tratado de Derecho Penal, Parte general. Quinta edición. Editorial Comares.
- JUSTICIA PENAL MILITAR. Revista No. 4, julio de 2003.
- HEGEL, G.W.F. Fundamentos de la Filosofía del Derecho G.W.F. Hegel, edición de K.H. I Ltiing, (trad. Carlos Días) 1º ed., Madrid, 1993.

HOYOS DUQUE, Ricardo: Sentencia 11330 del 15 de junio de 2000, Consejo de Estado, Bogotá

HUERTA TOCILDO, Susana. Problemas Fundamentales de los Delitos de Omisión, Madrid. 1987.

INCALCATERRA, Amerigo, La situación colombiana a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, Bogotá, 2002.

JAKOBS, Gunther. Acción y omisión en Derecho Penal. Traducción de Luis Carlos Rey Sanfíz y Javier Sánchez – Vera. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del Derecho. Bogotá, D.C., enero de 2000.

JAKOBS, Günter. Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación. Traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura), Marcial Pons, ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995.

JAKOBS, Günter. La competencia por organización en el delito omisivo. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del Derecho. Bogotá, D.C., febrero de 1995.

JAKOBS, Günter. La imputación penal de la acción y de la omisión. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del Derecho. Bogotá, D.C., enero de 1.988.

KAUFMANN, Armin. Teoría de las Normas. Buenos Aires. De Palma, 1977.

KLAUS Tiedeman. Trad. De Manuel Cancio Meliá, La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea, 1988.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía. Cívitas.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. (Trad.) Código Penal Alemán Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

LOPEZ DÍAZ, Claudia. Introducción a la Imputación Objetiva. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de derecho penal y filosofía del Derecho. Bogotá, D.C.

LOPEZ MORALES, Jairo. Antecedentes del nuevo Código Penal. Ediciones Doctrina y ley. 2000.

MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general. Quinta Edición, Barcelona, 2002.

NACIONES UNIDAS. A B C. 1998.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. El delito de comisión por omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de derecho penal y Filosofía del Derecho. (Cuadernos de conferencias y artículos No. 26), Junio de 2001.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de derecho penal y Filosofía del derecho. Bogotá, D.C., 2001.

REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva. Segunda Edición, Editorial Temis S. A, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1996.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I. Traducción de la 2º edición alemana y notas por: Diego-Manuel Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, S.A. 1997.

SANCHEZ, Vera, GÓMEZ TRELLES, Javier . Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobre valoración del aporte. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de derecho penal y Filosofía del derecho. Bogotá, D.C., 1997.

SANTOS PICO, José Manuel. Apuntes de estrategia sobre Seguridad y Defensa Nacional. Colección de geoestrategia y Seguridad UMNG. 2004.

STRUENSE Eberhard. Actuar y omitir. Delitos de comisión por omisión. Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia. Centro

de Investigaciones de derecho penal y Filosofía del derecho. Bogotá, D.C., 1998.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado, Bogotá, Editorial Temis, 2000.

TERRAGANI, Marco Antonio. Omisión Impropia y posición de garante.

WOLTER, Jurgén. La imputación objetiva y el sistema moderno del derecho penal. Catedrático de dere-

cho penal de la universidad de Manheim. Traducción de Silvina Bacigalupo. Universidad Autónoma de Madrid.

XIOL RÍOS, Juan Antonio. Resolución 1439 de 1995, Tribunal Supremo de España, Madrid

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. Derecho penal. Parte general. EDIAR, Buenos Aires Argentina, Nov. 2000.