

**¿TIENE APLICACIÓN LA OMISIÓN IMPROPIA EN MATERIA
DISCIPLINARIA?**

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO

CORTE VII

**ELIANA YULIET GARCÍA
WILLIAM ENRIQUE DAZA BARRIOS**

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

BOGOTÁ D.C. 2011

¿TIENE APLICACIÓN LA OMISIÓN IMPROPIA EN MATERIA DISCIPLINARIA?

Eliana Yuliet García
William Enrique Daza Barrios
Universidad Militar Nueva Granada
Correo electrónico: eliyuliet@hotmail.com
en.daza@hotmail.com

Resumen

Este artículo presenta los resultados obtenidos de la investigación realizada a la descripción contenida en el artículo 27 del Código Disciplinario Único, el cual consagra las diferentes formas de realización del comportamiento así: “**ACCIÓN Y OMISIÓN**: Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.”

Resulta de gran importancia abordar dicho tema en especial el inciso segundo del presente artículo, en el entendido que si bien el tema de la omisión ha sido suficientemente tratado, no lo ha sido tanto respecto a la figura de la omisión impropia y su posibilidad de operancia en materia disciplinaria; lo anterior y en lo que respecta a la afectación de bienes jurídicos, posición de garante y resultados generados por la conducta, categorías que en materia disciplinaria no hay.

Palabras Clave: Omisión impropia o comisión por omisión supone la consideración de una conducta omisiva como activa a efectos penales, esto es, considerarte atacante activo del bien jurídico que por omisión ha sido dañado. Esto sucede en ciertos supuestos que por el especial deber de responsabilidad del sujeto activo se entiende que su conducta es pasiva posee tal gravedad que equivale penamente a un delito activo.

Introducción

Teniendo en cuenta que las conductas relevantes para el derecho, admiten diversas modalidades y por lo tanto se puede ser responsable por acción o por omisión, esto es, el reproche legal puede ser resultado de la infracción de la ley por acciones positivas o negativas (abstenciones) en el cumplimiento de deberes jurídicos y, que al estudiar las dos figuras se concluye que no tiene real importancia diferenciarlas puesto que toda falta disciplinaria conduce a la infracción de un deber ya sea por acción o por omisión, surge la pregunta de si es posible aplicar la omisión impropia, cuando es de amplio conocimiento que se trata de una materia propia de otro régimen sancionatorio y que por la misma naturaleza de las faltas tipificadas en el Código Disciplinario Único se hace difícil, casi imposible cumplir con los requisitos que ella exige, por cuanto la gran mayoría sólo se contravienen por la afectación al deber funcional.

Se propone con el presente artículo demostrar que la imposibilidad de aplicar la figura de omisión impropia en materia disciplinaria, dado que no existen bienes jurídicos que proteger, ni resultado para la comisión de la falta disciplinaria configurándose ésta con la sola infracción al deber exigible y esperado del servidor público, y no existiendo en materia disciplinaria la posición de garante, elementos todos integrantes de la categoría omisión impropia.

Para poder desvirtuar la posibilidad de configurar la falta disciplinaria por omisión impropia, se hizo necesario comprobar que indistintamente la conducta se realice ejecutando un actuar o un no actuar, ambas modalidades de la conducta conducen a la infracción de un deber; como consecuencia de ello el derecho disciplinario se desentiende de las reglas propias de esa categoría pues su contenido en cuanto a elementos objetivos y subjetivos son radicalmente diferentes a los que integran la falta disciplinaria.

Se busca con la presente investigación desmembrar la figura de la categoría omisión entendida ésta como un no hacer, descomponiéndolo en sus partes o elementos, requisitos necesarios para que se configure una afectación al deber funcional observando las causas, la naturaleza y los efectos.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que ésta investigación se propone conocer más del objeto de estudio, explicar, hacer analogías y comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías, se hará uso del método analítico como el más apropiado para los fines aquí propuestos.

La dogmática en derecho disciplinario en Colombia es una materia nueva y hasta el momento de muy poco estudio, lo cual ha generado confusión o vacíos, lo cual se ve reflejado en su interpretación. El estudio del derecho sancionador en la mayoría de casos acude directamente al derecho penal tomando como definición del delito toda conducta típica, antijurídica y culpable, siendo la base de todo el análisis de la conducta como punto de partida.

Se entiende que toda conducta relevante para el derecho sancionador debe ser voluntaria, exteriorizada, humana, y ejecutada por vía de acción u omisión, siendo la omisión lo que entrará a analizarse frente a la falta disciplinaria, ya que en su aplicación pareciera que se están tratando indistintamente la acción y la omisión al momento de configurar un reproche, problema que podría

justificarse si se tomara siempre como referente a Gunter Jakobs, pues éste autor no hace distinción al parecer, de estas dos vertientes conductuales.

El estudio de la omisión no es materia nueva, sin embargo en materia disciplinaria sería dable la discusión pues si el punto de partida es la comisión de una falta, esta se construye por la omisión presentada al momento de cumplir con lo reglado a cada servidor público dentro de su cargo.

La doctrina predominante aboga por la marcada diferencia entre una acción y una omisión, y a su vez por la distinción entre la omisión propia, simple o pura y la omisión impropia, siendo estos últimos más complejos en su configuración.

A lo largo de la evolución de la doctrina penal se ha abordado la omisión según la visión dogmática de la época en la cual se esbozaba, dentro del esquema clásico se entendía que habría omisión cuando se vislumbraba una ausencia de acción esperada, ya los neoclásicos la analizaban por la ausencia de dos elementos: el hacer y el querer; puesto que quien omite puede haber hecho algo en el momento de la omisión que se le imputa; pero en tal caso se le hace responsable no por haber hecho esto, sino porque no ha hecho lo que debería haber realizado.

Hans Welzel por su parte, siendo el padre del finalismo, manifestaba frente a este tema: “omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona puede ser emitida”¹.

Nótese como la noción de omisión ha variado sustancialmente y por ende la forma de valorarla y construirla, pero la pregunta que surge es cuál es la visión

¹ Welzel, Hans “Derecho Penal Alemán” Op.cit. pág. 277

a la luz de la norma que se debe aplicar, pues una cosa es como se entiende bajo la ley 599 de 2000 y otra la que se maneja bajo la ley 734 de 2002, pues si bien ambos son códigos sancionatorios, cada uno tiene una visión y ámbito de aplicación distintos e independientes.

“Formas de realización del comportamiento. Artículo 27. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”².

Si se analiza lo que proscribía el Código Penal de 1980 sería viable afirmar que el legislador trascibió el inciso segundo del artículo 21 de dicha normatividad.

“Artículo 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”³.

Es llamativo como evidentemente el corte de la normatividad penal ya derogada del cual peticiera se tomara la noción plasmada en el Código Disciplinario Único es de corte causalista, si bien es cierto el inciso segundo del artículo 25 de la ley 599 de 2000 trata lo mismo, ésta lo hace bajo fundamentos más elaborados inexistentes en materia disciplinaria.

Lo anterior es de utilidad ya que bajo esta fórmula se puede establecer qué línea doctrinal es de más fácil adecuación.

² Ley 734 de 2002, Capítulo cuarto.

³ Decreto ley 100 de 1980. Código Penal . <Decreto derogado por la Ley 599 de 2000>

La Procuraduría General de La Nación ha manifestado al respecto:

“Falta disciplinaria – comportamiento activo u omisivo.

Si bien es cierto, el comportamiento activo u omisivo del servidor público frente al deber de protección determina la fijación de la conducta dentro del marco de tipicidad disciplinaria, definición jurídica que emerge del contexto fáctico de los hechos, no lo es menos, que esa denominada omisión consiste en no realizar en la oportunidad esperada la acción debida, por lo mismo existe omisión cuando al menos no se intenta cumplir con el deber de realizar cierto comportamiento”⁴

“En derecho disciplinario poca o ninguna importancia tiene diferenciar entre acción y omisión ya que toda falta disciplinaria conduce a la infracción de un deber. El deber se desconoce tanto por acción como por omisión, de manera tal, que encontrándonos ante una pura categoría jurídica – el deber – ningún problema existe para la admisión de la omisión como parte integrante del supra concepto acto o conducta...”⁵

Por otro lado la misma entidad señala:

“FALTA DISCIPLINARIA – se agota con la infracción al deber funcional.

El derecho disciplinario juzga el cumplimiento correcto del deber funcional en un ambiente de relaciones especiales de sujeción, sin que sea menester el establecimiento de un resultado de lesión naturalístico, pues basta y es

⁴ Gaceta Disciplinaria 2001-2004. Rad N° 009-55910-01. Despacho Procurador General de La Nación; fallo de única instancia del 12 de diciembre de 2003. Pág. 11

⁵ Gaceta Disciplinaria 2001-2004. Rad N° 001-25908. Viceprocuraduría General de La Nación; fallo de única instancia del 07 de diciembre de 2001. Pág. 13

suficiente que se infrinja el deber exigible y esperable del servidor público, ligado por esa especial relación, para que el ilícito disciplinario sea agotado”⁶.

De lo anterior se pueden desprender varios interrogantes: ¿Para qué hablar de acción u omisión si son indistintas?; si la línea que sigue el derecho disciplinario es causalista ¿Por qué no exige resultado?; ¿No es necesario el resultado para hablar de omisión impropia?

Tanto el profesor español Mir Puig⁷ como el profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, ponen de presente los elementos constitutivos 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”⁸.

⁶ Gaceta Disciplinaria 2001-2004. Rad N°001-45647. Despacho Procurador General de La Nación; fallo de única instancia del 31 de julio de 2003. Pág. 142

⁷ MIR PUIG, Santiago. “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

⁸ Gómez P, Carlos Arturo – Cruz, Leonardo. Estudios sobre omisión. A) elementos o componentes del tipo objetivo de los delitos de omisión impropia. Se compone: primero: situación típica: es decir, aquella que me obliga a actuar; constelación de circunstancias o cumulo de aspectos facticos que generan la necesidad de actuar. Retomemos unos ejemplos de estos delitos: el prevaricato por omisión y el abuso de autoridad por omisión de denuncia. En el primero la situación típica consiste en que tengo que

Tratándose desde la perspectiva de la omisión impropia el sujeto activo en posición de garante es prácticamente la piedra angular para tratar este tema, la figura se encuentra determinada 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 elementos que configuran jurídicamente el que una persona esté particularmente obligada a proteger un bien jurídico de un riesgo o fuentes de peligro; elementos que se ven debidamente descritos en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000. De esta forma es factible 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

actuar, tengo que proferir una providencia en un término determinado por cuanto los plazos legales para ello están corriendo al entrar el asunto al despacho; en el segundo, conozco, por razón de mi investidura oficial y en razón o por ocasión de un delito que es perseguible de oficio. Segundo: Ausencia de acción ordenada: no hago lo que el ordenamiento jurídico espera que haga como consecuencia de la imposición de un deber. Tercero: la capacidad individual de acción en la situación concreta: resulta bien importante, especialmente en derecho disciplinario, por que da la impresión que en la práctica de esta disciplina bastara con concretar los dos primeros puntos, es decir, que estemos frente a la situación típica y frente a una ausencia de acción ordenada, pero nos olvidamos de un poco de la necesidad de demostrar que existía la capacidad individual de acción en la situación concreta por parte del autor del delito de omisión, es decir, que el sujeto a quien se le va a imputar la conducta debe haber estado en capacidad física y psicológica de llevar a cabo la acción ordenada, pues de lo contrario no podríamos imputarle un delito de omisión en la medida en que como dice el viejo aforismo a nadie se le puede obligar a lo imposible, lo cual sin duda alguna desvirtuaría el principio de la dignidad del ser humano. Por ejemplo, el no prestar por la autoridades judiciales la ayuda solicitada por la autoridad civil o la autoridad judicial cuando se esta llevando a cabo la toma de un edificio y llaman a la Estación de Policía, pero resulta que allí solo hay dos policías, resultaría entonces imposible exigirle al comandante de la policía que solvente la situación y controle el orden publico en dicha situación cuando para ello se hace necesario el envío de una tropa para enfrentar a doscientas o trescientas personas que llevan a cabo la toma. Allí no estaríamos frente una capacidad individual de acción en la situación concreta, puesto que no se puede exigir lo imposible. B) elementos componentes del tipo objetivo de los elementos de omisión impropia. Tienen que presentarse los tres elementos anteriores: Primero: situación típica. Un niño ahogándose; Segundo: Ausencia de acción ordenada: no lo socorro; Tercero: la capacidad individual de acción en la situación concreta: estoy en disponibilidad de actuar porque sé nadar y tengo capacidad para salvarlo. Tres elementos que coinciden con los de omisión propia pero que se le agregan dos mas: Cuarto: la producción de un resultado típico. Recuerden que los delitos propios de omisión no tienen resultado; los impropios si exigen un resultado, pero además que exista una probabilidad de su evitación rayana en la certeza. Es decir, se produjo el resultado y si hubiera actuado seguramente se hubiera evitado. Quinto: posición de garante: que se tenga la obligación o el deber especial de actuar en esa situación concreta; si la persona que se esta ahogando es un hijo mío estoy en posición de garante y como tal me compete el salvamento, puesto que si no actúo se me podría imputar el delito de comisión por omisión. Si no me encuentro en posición de garante, esto es, bajo esta obligación o deber especial de actuar, como mucho, se me podría imputar una violación del principio de solidaridad.

para evitar un resultado ya sea por que tiene el deber jurídico de impedir un resultado, por mediación de una asunción voluntaria de protección de un bien jurídico, una estrecha comunidad de vida o también por una injerencia.

Debe observarse que en el derecho sancionatorio la posición de garante no podría configurarse con los mismos ingredientes objetivos y subjetivos ya que sale a flote la actual discusión de si existe o no algún bien jurídico dentro de esta especialidad de derecho sancionador. En pronunciamientos del máximo ente disciplinario se ha sostenido que el derecho disciplinario si tiene un bien jurídico tutelado y es el correcto ejercicio de la función pública⁹, posición discutida ya que es mas doctrinal o jurisprudencial que normativa, pues sería lo correcto en pro de los principios de legalidad y de tipicidad que realmente se delimitara cuál es el bien jurídico en concreto para de esta forma si entrar a endilgar conductas o faltas omisivas mediante la figura del garante.

Entonces valdría la pena saber si lo que se necesita para establecer responsabilidad disciplinaria es infringir el deber funcional o también se debe hablar de afectación de bienes jurídicos, o se acuden a estos criterios separados por conveniencia de adecuación según el interés del fallador.

Si es por la mera infracción al deber funcional, según las reglas establecidas para poder imputar conductas, sería lo correcto acudir simplemente a lo que se entiende por omisión, ya que la falta se origina por que un funcionario del Estado dejó de hacer algo que le era debido o propio de sus funciones, por ende analizar la acción sería lo realmente irrelevante; en ese orden de ideas, dentro de las reglas de la omisión la infracción del deber se adecuaría a los

⁹ Procuraduría General de La Nación. Rad. 059-0503-2000. "...por lo tanto, en derecho disciplinario el bien jurídico tutelado es el correcto ejercicio de la función pública, el cual se quebranta con la infracción sustancial de los deberes que le corresponde observar a quien ejerce funciones públicas, es decir, que la configuración de la falta disciplinaria se origina en la infracción de los deberes de que es titular el servidor público, pues, debe entenderse que cuando se acepta tal condición, lo que se espera del servidor público, es que actúe conforme a los principios que orientan la función administrativa.

parámetros de una imputación de omisión propia pero, si el discurso fáctico no se puede aplicar acuden a la extraña figura para el derecho disciplinario del bien jurídico y del garante para poder ahí sí aplicar las reglas de la omisión propia y atribuirle al funcionario una comisión por omisión.

Si se hace un análisis detallado de todo lo anterior, ¿Cómo podría afirmarse sin temor a ruborizarse que es posible aplicar la omisión impropia cuando no se requiere resultado para la comisión de una falta disciplinaria, no hay bienes jurídicos establecidos en la norma, sólo por vía doctrinal o jurisprudencial, no hay posición de garante salvo se entienda como norma de reenvío, y más aún cuando el esquema dogmático que sustenta el Código Disciplinario Único es de corte causalista y no finalista donde resaltan estas figuras mencionadas?; ello sumado a elementos subjetivos no analizados ya que solo basta la infracción de deber funcional.

Así las cosas y teniendo en cuenta el problema planteado, se puede concluir sin lugar a equívocos que en atención a la categoría jurídica deber, no es posible admitir la figura de omisión impropia como parte integrante del supraconcepto acto o conducta dentro del derecho disciplinario, puesto que no existe un criterio unificado de lo que es el bien jurídico en materia disciplinaria y por ende se reforzaría una figura propia de otra clase de derecho sancionador que por su misma naturaleza protege bienes jurídicos totalmente ajenos a la esencia del derecho objeto de ésta investigación.

CONCLUSIONES

Luego de explicar ampliamente las diferentes posiciones doctrinarias y delimitar el concepto “omisión”, se evidencia que no es posible bajo ninguna perspectiva configurar una conducta disciplinaria que afecta el deber funcional cuando se

ha dejado de ejecutar una acción, dentro del concepto omisión impropia, pues sería tanto como limitarla a una simple afectación de deber funcional, dejando de lado un mínimo de requisitos tales como: un resultado, un bien jurídico y una posición de garante, conceptos extraños a todas luces en lo que al derecho disciplinario respecta.

Dado que ni doctrinaria ni jurisprudencialmente y mucho menos normativamente se consagran en el derecho disciplinario los elementos que el derecho penal sí establece para la omisión impropia, no podemos enmarcar la conducta del agente público dentro de dicho concepto máxime cuando no se tiene claridad de si existe realmente un bien jurídico a proteger, y en caso de existir cuál sería la denominación que se le daría.

Gracias al método utilizado se descompone el concepto “omisión impropia”, y estudiar sus elementos y requisitos estructurales, se concluye que no basta con la simple infracción o afectación al deber funcional por el actuar omisivo o no actuar del servidor público, dado que se desnaturalizaría la figura como tal y se reforzaría una figura que resulta ajena y desconocida para el objeto del derecho disciplinario.

La presente investigación sólo se limita a desentrañar la esencia de la omisión impropia para demostrar que no es posible adecuar típicamente la conducta omisiva del funcionario público a dicha categoría, por cuanto los nuevos interrogantes, dudas, problemas que llegaren a surgir del presente artículo no serán tratados en ésta oportunidad; sólo se pretendía desentrañar los elementos propios de esa categoría jurídica y demostrar que no tiene aplicación en materia disciplinaria puesto que no es factible traer figuras del derecho sancionador penal al derecho disciplinario, pues aunque ambos derechos son sancionatorios, su objeto y ámbito de aplicación es diferente, no

pudiendo pasar en virtud de la analogía figuras jurídicas a otras áreas que no comportan la misma materia.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia: Artículos, 2, 6, 13, 122,123, 189, 209, 217, 218 y 221.

Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002). Capítulo Cuarto.

Decreto ley 100 de 1980. Código Penal . <Decreto derogado por la Ley 599 de 2000>

La relación especial de sujeción como categoría dogmatica superior del Derecho Disciplinario, doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, colección Derecho Disciplinario No.5 Procuraduría General de la Nación.

Libro de Derecho Administrativo y procesal administrativo Doctor Esteban Mora Caicedo y Alfonso Rivera Martínez.

La Posición de Garante Sección Segunda Instancia 25.536 de 2006 Aprobado Acta Número 77 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Bogotá, D.C., Veintisiete (27) De Julio De Dos Mil Seis (2006).

Estudios sobre omisión Gómez P, Carlos Arturo – Cruz, Leonardo.

Procuraduría General de la Nación. Rad. 059-0503-2000.

Gaceta Disciplinaria 2001-2004. Rad N° 009-55910-01. Despacho Procurador General de la Nación; fallo de única instancia del 12 de diciembre de 2003. Pág. 11.

Gaceta Disciplinaria 2001-2004. Rad N° 001-25908. Viceprocuraduría General de la Nación; fallo de única instancia del 07 de diciembre de 2001. Pág. 13.

Gaceta Disciplinaria 2001-2004. Rad N°001-45647. Despacho Procurador General de la Nación; fallo de única instancia del 31 de julio de 2003. Pág. 142.

Welzel, Hans “Derecho Penal Alemán” Op.cit. pág. 277.

El proceso Disciplinario doctor Oscar Villegas Garzón (Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez).

www.monografias.com

www.nisimblatabogados.com

www.cienciaspenales.org