LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA POLICÍA NACIONAL EN PERSPECTIVA CON EL CONFLICTO ARMADO [1]

AUTOR

LUZBY LEANDRO PINZÓN BRAVO

CODIGO: 7000984

CEDULA: 93.138.623

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

DIRECCION DE POSGRADOS

ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR

BOGOTÁ

2015

[1] El trabajo de reflexión se postula como requisito para acceder al título universitario de especialista en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar.

EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA EN LA POLICÍA NACIONAL EN PERSPECTIVA CON EL CONFLICTO ARMADO

AUTOR
LUZBY LEANDRO PINZÓN BRAVO
CODIGO: 7000984

ASESOR METODOLÓGICO:
DR. MARCELA ROA AVELLA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCION DE POSGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA MILITAR
2015

EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA EN LA POLICÍA NACIONAL EN PERSPECTIVA CON EL CONFLICTO ARMADO

LEANDRO PINZÓN[2]

Resumen

En esta oportunidad se propuso un artículo reflexivo en el cual se abordó el delito de “omisión impropia o comisión por omisión” en que podían incurrir los servidores de la Policía Nacional que se abstenían de acudir al llamado de la ciudadanía en zonas rurales o semi-rurales, aduciendo imposibilidad de hacerlo sin autorización previa de sus superiores según lo ordenado por la Dirección General de la Policía Nacional, por amenazas de la subversión. Para el efecto, se revisaron aspectos como la “relación especial de sujeción”, la “posición de garante”, en qué consiste el delito de omisión y especialmente la “comisión por omisión” para evaluar si se podría incurrir en delito por ese motivo. Se concluyó que ello dependería de las acciones adelantadas por el funcionario para solicitar la autorización a sus superiores, caso en el cual podría estar amparado en una causal eximente de responsabilidad penal.

Palabras clave: relación especial de sujeción, posición de garante, comisión por omisión u omisión impropia.

[2] Luzby Leandro Pinzón Bravo, abogado egresado de la Universidad Uniciencia Bucaramanga, Especialista en Servicio de Policía, Actualmente Oficial Activo de la Policía Nacional, dirección electrónica leandropinzon@hotmail.com

THE CRIME OF IMPROPER OMISSIONS IN THE NATIONAL POLICE IN PERSPECTIVE WITH ARMED CONFLICT

Abstract

This time was proposed a thoughtful article in which the offense of "improper omission or commission by omission" where could incur the servers of the National Police, who abstained from going to the call of citizenship in rural or semi-rural, citing inability of doing it without permission of his superiors as is ordered by the Directorate General of the National Police, for threats of subversion. To this end, issues such as the "special relationship of subjection", the "guarantor position", which consists on the crime of omission and especially the "commission by omission" to assess whether crime could incur for that reason. It was concluded that this would depend on the actions taken by the officer to request authorization from their superiors, in which case could be protected by a defense grounds for criminal liability.

Key words: special relationship, guarantor position, by omission or improper omission.

Introducción

La existencia de grupos subversivos en Colombia desde hace décadas ha generado una confrontación interna entre la Fuerza Pública y sus militantes, unos para defender la institucionalidad y otros para tratar de derruirla. Esa situación ha provocado que el servicio de policía prestado por el Estado en zonas rurales y semi-rurales se afecte, especialmente en lugares de amplia influencia subversiva como los Departamentos de Arauca, Caquetá, Cauca, Putumayo, Antioquia, Meta, Huila y Santander.

Entre las razones que afectan la atención oportuna de los requerimientos ciudadanos en términos de seguridad y convivencia en esos lugares, sobresalen los constantes atentados contra funcionarios de la Policía Nacional mediante “plan pistola” que consiste en dispararle a los policías en cualquier sitio y hora, la detonación de artefactos explosivos sobre patrullas (en motos, a pie y en vehículos) y francotiradores, generando zozobra y sensación de inseguridad.

Esa complejidad en el orden público presentó su máximo pico a mediados del año 2015 a propósito del rompimiento de una tregua que unilateralmente había iniciado las guerrilla del as FARC-EP, provocando que la Dirección General de la Policía Nacional adoptara medidas tendientes a proteger a los servidores Públicos de esa Institución, buscando un punto de equilibrio entre la prestación del servicio y la afectación a la vida e integridad física de los policías.

En consecuencia, se emitió la orden a nivel Nacional consistente en que de manera obligada todos los Comandantes de Región, Departamento y Metropolitana de Policía, debían autorizar por escrito los desplazamientos a zonas rurales y semi-rurales, para evitar atentados terroristas contra los uniformados de la Policía Nacional, en atención a que durante el lapso transcurrido entre el 22 de mayo al 26 de julio de 2015, se presentaron a nivel País los siguientes resultados: Policías fallecidos (16), Policías lesionados (66), daños a la infraestructura (70) y hostigamientos a unidades policiales y militares sin muertos o heridos (107).

Esas medidas, sin duda, están dirigidas a mitigar el impacto negativo, sin embargo afectan la prestación del servicio en unidades rurales y semi-rurales, porque ante los requerimientos por parte de la ciudadanía para conjurar eventuales conductas punibles, el uniformado debe solicitar autorización por escrito para poder hacer el desplazamiento, pues de lo contrario no podrá hacerlo sin contrariar órdenes superiores.

Ante eso, conviene mencionar que el servicio de policía es continuo, expedito y dirigido a todos los habitantes del territorio nacional, luego cualquier omisión al respecto puede generar consecuencias penales.

Ante esa realidad, se formuló la siguiente pregunta de investigación: ¿incurren en “omisión impropia o comisión por omisión” los funcionarios de la Policía Nacional que se abstienen de acudir ante el llamado de la ciudadanía en zonas rurales o semi-rurales, aduciendo que deben obtener autorización de sus superiores para hacerlo?

La hipótesis formulada consistió en que por tratarse de órdenes superiores, el servidor que se abstenga de cumplir con el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales no incurre en omisión siempre y cuando solicite de inmediato la autorización. A contrario sensu, podría ser objeto de reproche si se abstiene de transmitirles el requerimiento a sus superiores para que éstos permitan el desplazamiento con las medidas de seguridad apropiadas.

En punto de la metodología, se trata de un artículo de reflexión con un alto contenido fincado en la realidad actual, con análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal sobre el delito de “omisión impropia o comisión por omisión”, desentrañando aspectos medulares del servicio público policial como la “relación especial de sujeción”, la “posición de garante” de los miembros de la Fuerza Pública y el cumplimiento del “deberse funcional intensificado”, culminando en la solución al tema planteado.

1. Resultados

1.1. La “Relación Especial de Sujeción”

Para poner en perspectiva el rol del servidor público de la Policía Nacional y la responsabilidad que le pueda asistir o no ante conductas omisivas en la prestación del servicio, es importante traer a colación algunos planteamientos académicos y jurisprudenciales frente a la “relación especial de sujeción”, en tanto creación doctrinaria erigida según Molano (2005, p. 17) “como un mecanismo que, aun en el contexto constitucional actual, dota a la Administración de poderes extraordinarios para ejercer potestades que explican una acentuada dependencia de los individuos que pertenecen”, entre otros a la Fuerza Pública.

Etimológicamente, el origen de la figura se sitúa en los derechos estamentales de la Edad Media, siendo una de las causas de la consolidación del Estado Nacional del Estado Absoluto. (Molano, 2005, p. 21).

La doctrina especializada refiere que la “relación especial de sujeción” ha transitado desde la “Monarquía Constitucional”, “la teoría clásica del Estado”, “el Estado intervencionista” y el “Estado social de derecho”. (Gómez, 2002, p. 42-49).

En la “Monarquía constitucional”, el Monarca disponía “con entera libertad”, atendiendo “una relación especial de poder entre administración y funcionarios”, generándose “una relación funcionarial muy especial de poder que impone deberes de sujeción igualmente especiales: deberes de obediencia y fidelidad.” (López, 1994, citado en Gómez, 2002, p. 42-43).

Una vez “implantado el Estado liberal” (Gómez, 2002, p. 44), la “relación especial de sujeción” pervivió “casi con los mismos alcances hasta la entrada en vigencia de las ideas propias del constitucionalismo moderno, que se imponen a partir de la segunda mitad del siglo pasado.”

Para ese entonces y “ante la nueva visión de la sociedad”, la “relación especial de sujeción” consistía:

> (…) en dar por hecho que el funcionario, al aceptar el cargo lo hacía con todas sus virtudes y vicisitudes. En consecuencia, quien había dado su consentimiento no podía sufrir perjuicios: *volenti non fit inuria*,” “a una persona que actúa voluntariamente ningún daño se le hace”. (López, 1994, citado en Gómez, p. 44).

Desde entonces manejaban los conceptos de “relación general de sujeción” y “relación especial de sujeción”, donde “Las primeras gobernaban las relaciones del Estado con los ciudadanos que no tuviesen vinculación con él; las segundas

daban cuenta de un especial vínculo entre un administrado y el Estado.” (López, 1994, citado en Gómez, p. 44).

Y la finalidad de la “relación especial de sujeción”, consistía en “un poder jurídico especial “para mantener y dirigir a este –al funcionario– en el cumplimiento exacto de sus deberes”” (López, 1994, citado en Gómez, p. 45).

No obstante, la intensidad relacional entre el funcionario y el Estado se empezó a matizar al dejar de protegerse “el deber por el deber”, adquiriendo más relevancia la función lo que conllevó a “habla de obediencia al deber y no de fidelidad al Estado.”, a lo cual KAHN en 1992 llamó “una “relación de acentuada supremacía y subordinación” (López, 1994, citado en Gómez, p. 45).

En el “Estado Intervencionista”, la “relación especial de sujeción” adquirió mayor relevancia por la misma fisonomía de esa forma de Estado, “cuyos funcionarios deben obrar bajo la égida del más escrupuloso sentido de la disciplina y del cumplimiento del deber por encima de cualquier consideración.”, en atención al “extraordinario desarrollo del aparato administrativo y de las funciones que se le atribuyen” (Sánchez, 1979, citado en Gómez, p. 46).

Por último, en el “Estado Social y Democrático de Derecho” donde “Los derechos fundamentales adquieren un carácter de valores objetivos inalienables, no enajenables”, la “Relación Especial de Sujeción” presenta un cambio en punto del actuar público en tanto “se prohíbe de modo formal y categórico la actuación arbitraria de los poderes públicos sin excusa ni excepción alguna”. (Fernández, 1991, citado en Gómez, p. 47-48).

El “Estado Social y Democrático de Derecho”, que haya en el concepto de “derecho fundamental” uno de los pilares que lo soportan, surge como “respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado” en otrora

imperante, que entraña “no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho”. (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

En esa “nueva realidad constitucional” “no hay espacios ajurídicos en donde la Administración encuentre un terreno propio y autónomo y, en consecuencia, se produce una juridificación de las relaciones especiales de sujeción”, pues “el fin de las relaciones especiales de poder tiene que orientarse a los derechos fundamentales”. (López, 1994, citado en Gómez, p. 48).

En ese orden de ideas, se produce una “pérdida de la importancia sacramental del texto legal…” surgiendo “mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

Surge como consecuencia, la exigencia a la administración de un actuar “más eficaz y eficiente, más ágil”, y “responsabilizada con los resultados de su gestión”, procurando “eliminar rigideces”, para “flexibilizar estructuras e incrementar su eficacia (Sánchez, 1979, citado en Pavajeau, p. 49), habida cuenta que lo importante es “el buen funcionamiento del servicio y el eficiente cumplimiento de las tareas públicas que la Constitución ha confiado a la función pública”. (Vasconcelos, 2000, citado en Gómez, p. 49).

La jurisprudencia nacional ha considerado que “en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial”, quedando, en tal virtud, todas las personas vinculadas por medio de un contrato de trabajo “bajo la subordinación del Estado”. (Corte Constitucional de Colombia, 1996).

Por tanto, la “atribución de una función pública” es, en la “organización Estatal” actual, el vínculo entre el funcionario y el Estado “de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades” se debe desarrollar “dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa…” (Corte Constitucional de Colombia, 1999).

En suma, la teoría de la “relación especial de sujeción” se edificó para significar la importancia del servicio público, y por tanto exige del funcionario no solo unas calidades eximias sino un nivel de responsabilidad mucho mayor en procura de garantizar la realización de “fines esenciales del Estado” y la misionalidad misma de la Policía Nacional condensada en el artículo 218 de la Constitución Política, consistente en “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.”

Es lo que tanto la Procuraduría General de la Nación, como la Corte Constitucional, han denominado, para el caso de la Policía Nacional, “El vínculo especial de sujeción intensificado”, al punto de ser merecedores de mayores responsabilidades y por ende de “controles aún mayores” “dada la especialísima labor que desempeñan” (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

Por todo lo dicho y con fundamento especialmente en la deontología ínsita en la “relación especial de sujeción”, a los integrantes de la Policía Nacional a que se les exige un actuar expedito y proactivo frente a cualquier requerimiento ciudadano del servicio de seguridad, so pena de incurrirse en omisión.

1.2. La “posición de garante” y el delito de “omisión impropia”

La “posición de garante” del uniformado de la Policía Nacional, entonces, tiene su fundamento en la antes anotada “relación especial de sujeción”, al estar inmerso en el concepto de autoridad pública y hacer parte de una Institución erigida Constitucionalmente bajo la égida del servicio público para mantener las condiciones de seguridad en todo el territorio nacional. (Const., 1991, art. 2, inciso segundo).

Conforme a lo dicho y para efectos de este trabajo, es importante agregar que la “posición de garante” no solamente cobija a los agentes estatales, sino al mismo Estado en atención a los compromisos adquiridos Internacionalmente por Colombia al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, (Ley No. 16 , 1972).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) señaló que “Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona.”

El mismo Tribunal agregó que esa “obligación” Estatal “… se manifiesta… en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.”

Es por esa razón que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, particularmente la Corte Interamericana, ha declarado la responsabilidad internacional de Colombia en varios casos relacionados con “masacres”

protagonizadas por grupos paramilitares. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005).

El soporte constitucional de tal prédica, aunado al contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo constituye el artículo 2º, inciso primero, de la Carta Política que dice:

> “ARTICULO 2o. 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.” (Const., 1991, art. 2, inciso primero).

Pero como los Estados no responden penal o disciplinariamente por las acciones u omisiones de sus agentes, entonces el legislador diseñó herramientas jurídicas para trasladarle en esos ámbitos la responsabilidad a los servidores públicos que ostenten la “posición de garante”. Así se desprende del contenido del Actual “Código Penal” colombiano, artículo 25, que dice:

> “ACCION Y OMISION. 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 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 a la ley.” (Ley 522, 1999).

Al respecto, la Jurisprudencia Nacional ha advertido que tratándose de los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), la “relación

especial de sujeción” los hace “garantes” cuando “en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República.”. (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

Por ende, se dijo:

> “… si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos… que estos cometan en contra de los habitantes.” (Corte Constitucional de Colombia, 2001)

Necesario es referir lo que comprende la acepción “garante” en el argot jurídico penal, para cuyos efectos se acudirá a la voz de Forero (2002, p. 55) quien expresa:

> “Como garante definiremos a aquel sujeto que tiene el deber jurídico (no moral) de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes juridicos pertenecientes a determinadas personas y que se hallan previamente individualizados.”

Esa postura, para el caso de la Policía Nacional, haya anclaje en los artículos 2º inciso segundo, 218 y 223 de la Constitución Política de 1991, cuya literalidad en su orden precisa lo siguiente:

> “ARTICULO 2o. (…)
>
> 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."
>
> "ARTICULO 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."
>
> "ARTICULO 223. Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas.
>
> Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale."

De lo anterior, se constata que a la Policía Nacional, para el presente asunto o por consiguiente a sus integrantes-, dada la condición de "autoridad pública", le asiste un "deber funcional" generalizado frente a las "personas residentes en Colombia", del cual no se puede sustraer en atención al "fin primordial" radicado en mantener "las condiciones necesarias" en términos de orden público. Para ello, el Estado que tiene el "monopolio de las armas", habilita a todos los uniformados para actuar en procura de esa finalidad, usando la fuerza de ser necesario.

La jurisprudencia, sobre ese tópico, ha explicado que:

> "La existencia de fuerzas armadas se justifica por la necesidad de asegurar,… la eficacia de los derechos. El uso de la fuerza es obligatoria… frente a quienes no tienen intención de respetar los derechos de las

> personas y no están dispuestas a cumplir el mandato normativo. Dicho uso de la fuerza únicamente está legitimado para las fuerzas armadas del Estado, pues la estructura social deposita en ellas el monopolio del uso de las armas y, por lo mismo, la tarea de defender, mediante su utilización, los derechos." (Corte Constitucional de Colombia, 2001)

Así, cuando los funcionarios de la Policía Nacional no impiden un resultado lesivo a los bienes jurídicos protegidos, según la propia voz de la misma Corte Constitucional, surge, por contrapartida lógica, el delito de omisión. Las siguientes son palabas del alto Tribunal:

> "Si el miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar el resultado (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional." (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

No obstante, se debe aclarar que según la misma Corporación, aunado a lo advertido por Kaufmann (1977), citado en Forero (2002, p. 226), los miembros de la "fuerza pública" solamente serán garantes cuando "en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República".

Esa postura fue recordada por Oviedo (2008), cuando al citar a Armin Kauufmann, refirió lo siguiente:

> "… la posición de garante no surge de un deber jurídico especial sino que ella es producto de las determinadas funciones que plasma el autor bien respecto de un determinado bien jurídico en concreto, o ya sea respecto de una determinada fuente de peligro antijurídico." (p. 55).

Para Agudelo (2004), en la omisión "no existe movimiento", sino que "la esencia de la omisión como fenómeno relevante para el derecho no está en el simple no hacer, sino en la no evitación de algo que se tenía el deber jurídico de impedir." (p. 37). Otros pensamientos dicen que la omisión "consiste en no hacer algo determinado por la norma jurídico-penal", o "dejar de hacer la acción esperada". (Gómez, 2010, p. 40).

Como se ve, a partir de la "posición de garante" se ha elaborado una dogmática penal que permite diferenciar quien la tiene, y de quien no es dable predicarla. Sin embargo, ese deber jurídico especial, en palabras de Gómez (2005), tiene su desarrollo histórico dividido en etapas que para efectos académicos vale la pena traerlas a colación, así:

Primera etapa: en esta etapa la obligación originaria giraba entorno al "no hacer", es deecir, solo solo había delito de omisión "cuando existiera un derecho de alquien para que otra persona exteriorizara una conducta. (FEUERBACH, 1989. Citado por Gómez, 2005, p. 345).

Segunda etapa: allí surgen los "deberes a partir de relaciones especiales" "que establecen entre determinadas personas un estrecho vínculo, a través del cual éstas deben tenerse afecto superior y están obligadas recíprocamente a la protección y ayuda…" (Perdomo, 2001. Citado por Gómez, 2005. p. 346).

Tercera etapa: aparece “algo novedoso y creativo” al desligarse “la propuesta de surgimiento de deberes de las garantías de la ley”. Rige “la Teoría formal de los deberes”, relacionados con “aquellos deberes que surgen de la ley y el contrato”. otros consieran “que se involucran éstos más lo que se conoce como la creación de un peligro precedente o la injerencia común.”. se agrega también “el elemento afecto superior como un cuarto componente de la teoría formal de los deberes.”. para el autor, se hace tránsito de la “Teoría formal de los deberes” a la “Teoría material de las funciones””. (p. 347 y 348).

Cuarta etapa: de los “deberes éticos” se pasa a los que tienen un “carácter jurídico” por cuanto éstos tienen un carácter “vinculante”, no por mandato legal, sino por interpretación judicial. (p. 348).

Quinta etapa: aquí, “… los deberes de actuación pueden surgir del “sentir popular o de la sana conciencia popular”. Es el resultado de los Estados liberales que pregonan “la existencia de deberes excepcionales”. (p. 349).

Sexta etapa: aparecen los “Estados Intervencionistas” que constituyen “posiciones de garantía”, por lo que ANDROULAKIS llama la “cercanía social” creadora de “relaciones concretas y personas en las que existe una petenencia recíproca”. El autor también incluye “el factor convivencia” que aunado a “lo impuesto por la ley”, lo “libremente aceptado” y “el acto anterior”, le dan origen a la “posición de garantía”, pero como producto del modelo de Estado Social que caracteriza a los Estados Intervencionistas”. Gómez refiere qe en esta etapa “se avanza ya que no solo existe un deber de garante frente a la protección de una persona sino también respecto a la vigilancia de una fuente de peligro, que vienen

a constituirse en uno de los elementos característicos de la moderna dogmática de omisión.” (p. 350-351).

Séptima etapa: se produce un avance en los “delitos de omisión impropia” fincado en el concepto de “solidaridad social”, donde los “deberes surgen y se fundan en el rol social”, lo que es propio de un “Estado social”. (p. 354).

Octava etapa: siguiendo la misma “concepción sociológica” del “Estado social”, “surgen posiciones de garante a partir de una relación de confianza entre las personas”, también erigida desde antes anotado concepto de “solidaridad social”(p. 356).

Novena etapa: en esta etapa aparece la “justificación jurídica” de la “posición de garante”. Se plantean varias teorías, entre ellas aquella según la cual “el fundamento que arropa todas esas posiciones de garantía… era la idea de protección del bien jurídico” erigido en los vínculos de solidaridad natural y los vínculos jurídicos como generadores de posición de garante”. El problema radicó en que no toda cercanía entre las personas se producía un un “vínculo jurídico”, siendo necesario crear la teoría de las “estrechas relaciones de comunidad” para solucionarlo. Luego, para superar la “posición de garante” surgido a partir del contrato, se dio paso que la “asución voluntaria de la protección de un bien jurídico”. (p. 559 y 560).

En esta misma etapa también aparecen “los deberes de garante que se basan en la responsabilidad respecto a la vigilancia de determinas fuentes de peligro”, compuesta por “la posición de garante por el hacer peligros previos”, “la

posición de garante fundada en la vigilancia de fuentes de peligro” y “posición de garante respecto de la actuación de terceras personas”. (p. 361).

En la actualidad, la doctrina especializada ha distinguido entre la “**omisión propia”** y la “**omisión impropia”**. Los primeros se presentan “cuando el propio tipo penal la consagre expresamente”, como por ejemplo la “omisión de socorro”, entre otros. La “**omisión impropia**” o “**comisión por omisión**” ocurre cuando “no esté consagrada explícitamente en un tipo penal y sea necesario inferirla de un tipo penal normalmente de resultado.” (Forero, 2002, p. 27).

La jurisprudencia ha explicado que hoy día “la acción no se identifica con un movimiento muscular como trasformador del mundo físico, sino desde un punto de vista normativo”, y por tanto, entre el “comportamiento omisivo” y el “resultado” se debe “verificar el nexo de evitación, esto es, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2007).

Y luego se agregó que “Los delitos de omisión propia son por esencia de mera conducta o actividad”, “Mientras que los delitos de omisión impropia son de resultado.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011).

Para efectos del presente trabajo, solo se tendrán en cuenta los “**delitos de omisión impropia**” o “**comisión por omisión**” cuya génesis radica “en virtud de una institución” (López, 2000, p. 163), proveniente de deberes constitucionales y legales como sucede con la Policía Nacional según se reseñó con anterioridad, lo cual es también compatible con la “relación especial de sujeción” referida supra.

Sobre el particular, Velásquez (2013) refiere que los “delitos impropios o no escritos”:

> “… supone[n] en el agente –en relación con el conglomerado social donde desenvuelve su vida- una especial relación con el bien jurídico como la de cuidador, vigilante, evitador de riesgos, etc., exigida ya por la ley en el caso del servidor público, del agente de la fuerza pública… De esta manera, si el garante del bien jurídico no evita la producción del resultado, su omisión se equipara a la actividad desplegada por el sujeto activo que realiza la conducta activa.” (p. 422).

En criterio de Pabón (2015), en los delitos de “omisión impropia” “El mandato –deber-, no está expresamente señalado, pero su transgresión genera represión penal de la acción realizada”. (p. 27).

Para el mismo autor:

> “La “omisión impropia” no es propiamente omisión sino “comisión por omisión”, o sea un medio de cometer pasivamente un injusto típico que depende de una prohibición (que regularmente se viola por acción). Esto es posible gracias a que el ordenamiento jurídico impone a ciertas personas deberes especiales de protección, defensa, vigilancia y resguardo de ciertos bienes jurídicos, cuya violación equipara a la causación del resultado típico (si el resultado efectivamente se produce y ciertamente hubiera podido evitarse cn la acción ordenada.” (p. 170).

De otro lado, Agudelo (2004) explicó que “los delitos de comisión por omisión tiene el carácter de delitos especiales, ya que solo pueden ser cometidos por autores calificados, entendiendo… por tales aquellos sobre quienes recae un especial deber jurídico de evitar el resultado”. (p. 169).

En punto del autor o “sujeto activo” (garante), éste “no aparece “determinado” expresamente en el tipo penal” (Forero, 2002, p. 91), sino que le corresponde al juez determinar si quien omitió la acción debida tenía o no “posición de garante”, en tanto se trata de “tipos abiertos” (Conde, 1996. Citado por Forero, 2002, p. 94). El hecho generador es un “no hacer” pero desde el punto de vista de un “deber positivo y concreto derivado de la pertenencia de un individuo a… una institución en particular” (Vargas, Cárdenas & Dussan, 2011. p. 31), en este caso la Policía Nacional.

El juzgamiento a los miembros de las fuerzas armadas del mundo por el “delito de omisión impropia”, se remonta al “caso Yamashita”,

> “… en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército Japonés por “omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de sus miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas”” (Oviedo, 2008, p. 98).

Recuérdese que al respecto, la Constitución Política establece que “los servidores públicos” “son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”, así como “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, siendo la ley la encargada de determinar esa responsabilidad y la manera de hacerla efectiva”. (Const., 1991, art. 6 y 124).

Esa omisión, en palabras de Velásquez (2013), puede presentarse con dolo o con imprudencia. La primera ocurre cuando se estructura un “componente cognoscitivo y otro volitivo” para cuyos efectos “se requiere que el agente tenga conocimiento de la posición de garante, es decir, debe saber que en el caso concreto ostenta la calidad de…” servidor público de la Policía Nacional con una “relación especial de sujeción” “intensificada”; aunado, “se debe tener conocimiento de la situación típica y del curso causal (de la causalidad hipotética) cuando el tipo es de resultado”; por último, “se requiere la posibilidad de representación de la conducta debida y, si el tipo es de resultado, la vía para repararlo.” (p. 418, 430 a 432).

Para efectos del dolo, según Von Liszt (citado en Agudelo, 2004), “La manifestación de la voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado”. Por eso, “bajo ciertas condiciones, el orden jurídico… equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo”. (Velásquez, 2013, p. 37).

Puede haber “dolo eventual” cuando “el autor mira con indiferencia el resultado (lo deja librado al azar) y, aunque de verdad no lo quiere, está dispuesto a afrontarlo y a ratificarlo si se llega a producir.”; en este caso no se “renuncia a la ejecución de la conducta de la que con probabilidad, o casi con certeza, puede seguirse un resultado). (Velásquez, 2013, p. 447).

En la imprudencia, por su parte, “la acción… es final social, y la posibilidad de prever el resultado (previsibilidad) es uno de sus elementos”. Allí confluyen también los “elementos volitivo y cognoscitivo”. En el “volitivo” “el resultado típico producido… debe hacerlo con una causalidad distinta a la que el agente

programó". El "cognoscitivo", por su parte, "contribuye con el volitivo a entender la faceta interna del tipo imprudente" y está relacionado con "la posibilidad de conocer la amenaza que la conducta representa para los bienes jurídicos y de prever el resultado de acuerdo con ese conocimiento". (Velásquez, 2013, p. 446).

La culpa o imprudencia, según Velásquez (2013), puede ser "consciente o inconscente". La "consciente" "también denominada con representación o con previsión", "se presenta cuando el agente, que ha supuesto como posible la producción del resultado lesivo para el bien jurídico porque estaba en posibilidad de hacerlo, confía e poder evitarl, pese a que advierte la amenaza objetiva de su conducta" (Velásquez, 2013, p. 446).

La culpa "inconsciente, sin representación o sin previsión", se patenta "cuando el autor no se representa la posible ocurrencia del resultado típico dañoso para el bien jurídico derivado de la conducta, habiendo podido y debido hacerlo". (Velásquez, 2013, p. 448).

1.3 La "omisión impropia" en la Policía Nacional, a propósito del conflicto armado interno con amenza a la vida de sus funcionarios por parte de la subversión

A manera de síntesis, se puede decir que los servidores de la Policía Nacional, debido a la "relación especial de sujeción" (Gómez, 2003), tienen "posición de garante" (Corte Constitucional de Colombia, 2001) respecto "a todas las personas residentes en Colombia" (Const. 1991, art. 2, inciso 2º), debido al

surgimiento de deberes por la vinculación a una Institución Estatal. (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

Sin embargo, no se puede desconocer que en Colombia existe un “conflicto armado interno” aceptado por el legislador al expedir leyes en ese sentido (Leyes No. 782, 2002 y 975, 2005), aunado a lo advertido por la jurisprudencia en el sentido que “se trata de una situación de hecho” “reconocida” por “el mismo Estado Colombiano… por diferentes vías…”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2013).

Esa particular situación supone un análisis de la “posición de garante” desde la perspectiva de “la defensa nacional y la seguridad nacional” donde las “funciones” policiales tienen “sus propias características, sus propias complejidades y dificultades…”, luego para salvaguardar el “debido proceso” en los juicios adelantados contra la fuerza pública no basta con “demostrar la vinculación oficial y el cargo desempeñado para estructurar la imputación”, sino que ello demanda un juicio de ponderación más complejo. (Vargas, Cárdenas & Dussan, 2011. p. 36).

Para empezar a desentrañar la pregunta problema consistente en determinar si incurren en “omisión impropia o comisión por omisión” los funcionarios de la Policía Nacional que en zonas de orden público alterado por la presencia intensa subversiva y acciones reales de muerte o lesión, se abstienen de acudir ante el llamado de la ciudadanía, aduciendo que deben obtener autorización previa de sus superiores para hacerlo debido a las amenazas proferidas por los grupos subversivos, se debe precisar que según un documento emitido por la Dirección de Seguridad de la Policía Nacional, Área de Información

Estratégica del Servicio de Policía, en el periodo comprendido entre el 22 de mayo al 26 de julio de 2015, las guerrillas de las FARC-EP y el Ejército de Liberación Nacional (ELN), se presentaron 306 ataques directos contra uniformados de la Fuerza Pública y la infraestructura del País.

Los resultados son los siguientes: Policías fallecidos (16), Policías lesionados (66), daños a la infraestructura (70) y hostigamientos a unidades policiales y militares sin muertos o heridos (107). Entre las modalidades más empleadas por los subversivos, sobre salen el “plan pistola”, francotiradores, activación de artefactos explosivos y casos de simulación o suplantación de vehículos con emblemas de las Fuerzas del Orden.

Los siguientes son solo algunos casos donde han resultado lesionados y fallecidos integrantes de la Fuerza Pública, la gan mayoría de la Policía Nacional mientras acudían a los llamados ciudadanos para atender casos de policías relacionados con riñas, conflictos personales, familaires, etc.:

1. El día 23 de mayo de 2015, a las 10:45 pm., en Tumaco Nariño resultó muerto el PT. Iliver Fernando Narváez Perdomo, y otros dos funcionarios lesionados por el uso de un artefacto incendiario arrojado a la patrulla en que se movilizaban. Hechos atribuidos a la columna Daniel Aldana de las FARC-EP.

2. El día 27 de mayo de 2015, en La Tola Nariño, a las 6:45 am., resultó lesionado el auxiliar de policía Carlos Rivera Naranjo, por impacto con

arma de fuego perpetrado por dos subversivos que se movilizaban en el casco urbano.

3. El día 01 de junio de 2015, a las 9:53 am., en Puerto Asis Putumayo, fueron lesionados los patrulleros Robinson Perdomo y Rodolfo Rondón, por activación de artefacto explosivo al paso de la patrulla motorizada. Hecho atribuido a las FARC.

4. El día 01 de junio de 2015, a las 11 pm., en Tumaco Nariño, fueron atacadas dos patrullas motorizadas cuando prestaban seguridad a la ciudadanía. Hecho atrubuido a las FARC.

5. El día 02 de junio de 2015, a las 3:40 pm., en Miranda Cauca, fue asesinado el auxiliar de policía Jhon Valencia Caro, por dos subversivos que se movilizana en motocicletas. Le hurtaron el Fusil de dotación.

6. El día 06 de junio de 2015, a las 8:45 pm., en Guapi Cauca, subversivos del frente 29 de las FARC-EP, lanzaron un artefacto explosivo contra una garita de la Estación de Policía, resultando herido el patrullero Andrés Pino Velásco.

7. El día 06 de junio de 2015, a las 8:45 pm., en Leiva Nariño, fueron lesionado el patrullero Wilson Parra y el auxiliar de policía Johnny López Malpud, por esquirlas de artefacto explisivo lanzado contra las instalaciones policiales.

8. El día 08 de junio de 2015, a las 3:00 pm., en Buenos Aires Cauca, mediante la modalidad de francitirador fue asesinado un soldado del Ejército de Colombia.

9. El día 11 de junio de 2015, a las 6:20 am., en la Hormiga Putumayo, resultó lesionado el auxiliar de policía Rafael Valderrama, y dos particulares por artefacto explosivo lanzado por subversivos que se movilizaban en un vehículo.

10. El día 11 de junio de 2015, a las 8:50 am., en Timbio Popayán, fueron asesinados los patrulleros Ferley Uni Anacona y Edwin Fernández Ortíz, por subversivos mediante plan pistola.

11. El día 11 de junio de 2015, a las 8:10 pm., en Calamar Guaviare, subversivos de las FARC-EP, lanzaron una granada de fragmentación contra una patrulla policial que atendía requerimiento ciudadano, dejando como resultado dos particulares heridos.

12. El día 12 de junio de 2015, a las 5:00 pm., en Córdoba Nariño, guerrilleros del frente 48 de las FARC-EP, utilizando explosivos y ráfagas de fusil atacaron una patrulla policial que atendía requerimiento ciudadano resultados dos policías muertos, otro lesionado y un particular fallecido.

13. El día 12 de junio de 2015, a las 9:30 pm., en Roberto Payán Nariño, guerrilleros del frente 29 de las FARC-EP, lesionaron la auxiliar de

policía Edgar Becerra Valencia, mediante explosivos y ráfagas de fusil empleados para atacar las instalaciones policiales.

14. El día 07 de junio de 2015, a las 8:00 am., en Barbacoas Nariño, guerrilleros del frente 29 de las FARC-EP, mediante francotiradores atacaron un vehículo patrulla de la Policía Nacional que acudía al llamado ciudadanía, resultando un particular herido.

15. El día 17 de junio de 2015, a las 11:40 pm., en Cartagena del Chairá Caquetá, guerrilleros del frente 63 de las FARC-EP, atacaron a una patrulla del Ejército de Colombia mediante explosivos y ráfagas de fusil, dejando como saldo 4 soldados muertos y tres heridos.

16. El día 19 de junio de 2015, a las 00:45 am., en Lejanías Meta, fue muerto el patrullero Brandon Pulido Sánchez, y herido el auxiliar de policía Carlos Oyola Pereira, por guerrilleros de los frentes 26 y 53 de las FARC-EP, cuando acudían al llamado ciudadano.

17. El día 20 de junio de 2015, a las 03:30 am., en Anorí Antioquia, cuando una patrulla atendía el llamado ciudadano por una riña, fue lesionado con artefacto explisivo el patrullero John Edy Cardona. El hecho se le atribuye al frente 36 de las FARC-EP.

18. El día 21 de junio de 2015, a las 04:45 pm., en Tibú Norte de Santander, miembros de la Compañía Catatumbo de las FARC-EP, atacaron con

ráfagas de fusil una patrulla policial que atendía un requerimiento ciudadano. No hubo lesionados.

19. El día 21 de junio de 2015, a las 08:02 pm., en Tumaco Nariño, integrantes de la Columna Daniel Aldana de las FARC-EP, lanzaron artefactos explosivos contra un CAI, sin ocasionar lesionados.

20. El día 28 de junio de 2015, a las 08:29 pm., en Jambaló Cauca, integrantes de la Columna Jacobo Arenasde las FARC-EP, atacaron con disparos de arma de fuego a una patrulla policial cuando realizaba labores de vigilancia urbana.

21. El día 30 de junio de 2015, a las 10:10 am., en Tibú Norte de Santander, fue asesinado mediante plan pistola perpetrado por guerrilleros del frente 33 de las FARC-EP que se movilizaban en motocicleta, el patrullero Deifan Angarita García, cuando realizaba patrullaje por el perímetro urbano.

22. El día 01 de julio de 2015, a las 13:20 pm., en Baraya Huila, fueron asesinados mediante plan pistola perpetrado por guerrilleros del frente 17 de las FARC-EP, el subteniente Jorge Eliecer Alzate y el patrullero Oscar Iván Córdoba, durante el trayacto a Tello Huila, cumpliendo sus funciones de seguridad.

23. El día 04 de julio de 2015, a las 8:35 pm., en Florencia Caquetá, fue ataca una patrulla que atendía requerimiento ciudadano en el casco

urbano, lanzándole una artefacto explisivo resultando herido el patrullero Fabien Rivera Uribe. Hecho atribuido al frente 3 de las FARC-EP.

24. El día 05 de julio de 2015, a las 11:00 am., en Ungía Chocó, fue lesionado el subintendente Alonso Peñeros Ruíz, mientras cumplía sus funciones de seguridad en el casco urbano. Hecho atribuido al frente 57 de las FARC-EP.

25. El día 05 de julio de 2015, a las 02:40 am., en La Solita Caqueá, fue muerto el auxiliar de policía Willer Jaramillo Ciprian, y heridos los patrulleros Jonathan Calderón Cubillos y Wilson Cuellar Cuellar, mediante la modalidad de francotirador en el casco urbano cuando acudían al llamado de la comunidad. Hecho atribuido a los frentes 32 y 49 de las FARC-EP.

26. El día 07 de julio de 2015, a las 08:30 am., en Norosí Bolvar, fue lesionado el patrullero Edison Alfonso Barrio nuevo, con disparos de fusil cuando acudía a atender un llamado ciudadano. Hecho atribuido al frente 37 de las FARC-EP.

27. El día 09 de julio de 2015, a las 08:00 pm., en Ocaña Norte de Santander, fueron asesinados los patrulleros Luis Guillermo Ceballos y Juan Carlos Esteban, mediante la modalidad de plan pistola cuando atendían el llamado de la ciudadana. Hecho atribuido al frente Libardo García Mora de las FARC-EP.

28. El día 19 de julio de 2015, a las 03:00 pm., en Tumaco Nariño, a dos patrullas motorizadas les lanzaron artefactos explisivos mientras realizaban patrullajes urbanos. Hecho atrubuido a la Columna Daniel Aldana de las FARC-EP.

29. El día 19 de julio de 2015, a las 04:30 pm., en El Bagre Atlántico fue lesionado con arma de fuego en la modalidad de plan pistola, el patrullero Alejandro Caro Jave, mientras prestaba servcio de seguridad. Hecho atrubuido al frente 4 de las FARC-EP.

Varios aspectos subyacen del anterior recuento, empezando por que se trató de una escalada casi que sin precedentes a raíz de la terminación de un cese que unilateralmente habían adoptado las FARC-EP, a propósito de los diálogos de paz adelantados en la Habana Cuba entre el Gobierno Colombiano y dirigientes de esa organización. Además, los ataques se produjeron a Nivel Nacional pero particularmente en las zonas de influencia guerillera, sin respetar horarios, lugares, y sin diferenciar entre uniformados y particulares.

Con esa información, se logra poner en perspectiva la delicada situación que ponía en inminenten peligro a los funcionarios de la Policía Nacional, en muchos casos casi que imposibilitando el ejercicio de la misionalidad constitucional traducida en “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.”, y procurar “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.” (Corte Constitucional de Colombia, 1992, art. 2º inciso segundo, y 218).

Ello conllevó a la Dirección General de la Policía Nacional a emitir directrices para evitar que los funcionarios continuaran siendo víctimas de esos ataques, emitiéndose consecuentemente un comunicado a nivel nacional No. 1871 del 01 de julio de 2015, titulado “Extremar Medidas de Seguridad”, que dice:

> “… impartir instrucción al personal bajo su mando sobre la obligatoriedad que tienen los comandantes de estación rural y semirural (sic) de advertir los movimientos o desplazamientos a otras unidades, **siendo responsabilidad del comandante** de [Policía] Metropolitana o Departamento **evaluar y autorizar el desplazamiento por escrito**. Limitar los movimientos en vehículos uniformados con menos de dos policiales…” (Se resaltó).

La instrucción consistente en “evaluar y autorizar el desplazamiento” de las patrullas en zonas rurales y semi-rurales, tiene su fundamento en que una de las estrategias de la subversión es solicitar por cualquier medio el servicio policial especialmente en las afueras de los cascos urbanos, para aprovechar la oportunidad atacando a los funcionarios.

El punto es que no existe un mecanismo para detectar cuándo un llamado o requerimiento ciudadano es falso o verdadero, luego la disyuntiva surge para el servidor de la Policía Nacional que previo a atender un llamado de la ciudadanía por algún motivo en zonas rurales o semi-rurales, **debe contar con la evaluación y la autorización del desplazamiento por parte de sus superiores** no obstante que pueda tratarse de una situación verdadera y apremiante donde la vida, la integridad física o los bienes de una persona pueden estar en peligro.

En este punto y previo a confrontar el aspecto penal en punto de la “omisión impropia o comisión por omisión”, se debe precisar que tanto en el Código Penal Militar, como en el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, se han tipificado algunas conductas como delito o falta, relacionadas con la desobediencia y el incumplimiento de órdenes e instrucciones relativas al servicio, por lo cual se podrían generar eventuales sanciones si un funcionario desconoce las directrices Institucionales.

Ahora, pasando al tema que corresponde desarrollar en este trabajo, conviene traer a colación el pronunciamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia (2014) en el caso del General Uscátegui por “la masacre de Mapiripán”, donde se precisó que la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública no solo provenía de la Constitución y la ley, sino también del bloque de constitucionalidad (competencia institucional).

Y que por eso:

> “… siempre será el primer llamado al salvamento de los pobladores de un determinado territorio, aquél que tenga asignada esa jurisdicción con competencias operacionales y administrativas y cuente con los medios técnicos y humanos para repeler la acción o neutralizar la fuente de riesgo que puede concretarse en la causación de un daño y, por tanto, de él se reputará la posición de garante, de modo que al omitir su deber de intervención o información, el resultado le será atribuible a título de autor.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2014)

El alto Tribunal, consciente de las limitaciones que en algunos casos pueda tener la Fuerza Pública para cumplir sus funciones, precisó que se podía presentar una cadena de posiciones de garante, así:

> "Ese mismo grado de responsabilidad se extiende a los casos en los que el primer respondiente carece de los medios para evitar el resultado y busca apoyo en otras unidades de igual o superior rango, las que por virtud de tal requerimiento adquieren también posición de garantes no obstante no tener asignada el área donde ocurre el suceso y, por tanto, deben ejecutar las acciones necesarias para interrumpir el curso causal de la acción delictiva, o en caso de no contar con esa capacidad de reacción, al menos deben **trasmitir la información** a quien sí tenga esa posibilidad de respuesta efectiva. Por manera que si no actúan, el resultado les será imputable como autores al haber asumido la condición de garante a partir del conocimiento de las circunstancias que imponían agotar los medios para que se dé una reacción eficaz por quien sí tiene los recursos operativos." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2014)

Por tanto, para determinar si en un caso determinado se había incurrido en "omisión impropia o comisión por omisión" se debía ponderar el caso para establecer si concurrían los siguientes elementos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2014):

a) Situación de peligro para el bien jurídico.

b) No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.

c) Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto

es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.

d) Producción del resultado.

Entonces, al extrapolar los anteriores planteamientos al caso que ocupa la atención, se tiene que cuando el uniformado de la Policía Nacional omite el cumplimiento de su deber constitucional y legal de acudir al llamado ciudadano, por respeto a una orden superior consistente en abstenerse de hacer desplazamientos por zonas rurales o semi-rurales sin autorización de sus superiores, cuya finalidad es evitar ser objeto de ataques subversivos mediante "plan pistola", activación de explosivos y francotiradores, puede:

A. Ser responsable penalmente por "omisión impropia o comisión por omisión"

Este evento se puede presentar cuando el funcionario, sabiendo que debe contar con autorización de sus superiores, una vez recibe el llamado ciudadano no informa inmediatamente a quien debe o autorizarlo, o realizar las gestiones a fin de conseguir esa autorización.

La razón radica en que no transmitir el requerimiento del servicio policial a sus superiores, evita la "interrupción del nexo causal", luego el o los eventuales perpetradores no hallarán en la Institucionalidad un obstáculo para afectar bienes jurídicamente protegidos. Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia (2014), previó que ante la imposibilidad de actuar de un servidor, éste

debe buscar “apoyo en otras unidades de igual o superior rango, las que por virtud de tal requerimiento adquieren también posición de garantes”.

Ese llamado se puede hacer, incluso, ante autoridades –más puntualmente mandos policiales- distantes y de otras unidades que *prima facie* no tengan jurisdicción en el lugar donde se hace el llamado, porque lo importante es que aquellos tengan la capacidad funcional de “interrumpir el curso causal de la acción delictiva” haciendo las gestiones correspondientes, en tanto la Policía Nacional funciona mediante órdenes que se pueden transmitir desde la Dirección General hasta el uniformado que presta su servicio en lo más recóndito de la geografía Patria.

De no actuarse de esa manera proactiva, la “posición de garante” no se transmite en la línea de mando surgiendo en consecuencia la responsabilidad penal del servidor público, porque si bien es cierto existe una orden que le impide al uniformado hacer el desplazamiento, ello no supone omitir la prestación del servicio, sino planearlo adecuadamente para prestarlo pero contando a la vez con la capacidad reactiva para contrarrestar el accionar guerrillero.

B. No ser responsable penalmente al estar amparado en una causal de ausencia de responsabilidad

Contrario a lo advertido con anterioridad, cuando el funcionario una vez recibe el requerimiento ciudadano ante la eventual comisión de una conducta descrita como delito, no se desplaza al lugar de los hechos pero expeditamente lo trasmite a la cadena de mando para obtener la autorización y a la vez el apoyo

necesario, actúa el amparo de la causal de ausencia de responsabilidad descrita en el artículo 32-10 del Código Penal, que dice:

> “Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa…”

Es lo que se denomina “error de prohibición” o “error de derecho”, por cuanto si bien es cierto el funcionario “conoce que su actuación se acomoda al tipo penal respectivo”, cree fundadamente “que la misma se encuentra amparada por una causal que excluye su responsabilidad”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 2014). Ello supone que el dolo o la culpa según los planteamientos de Agudelo (2004) y Velásquez (2013), quedan descartados.

En este punto se debe hacer el siguiente test propuesto por la Corte Suprema citada supra:

a. Situación de peligro para el bien jurídico.

En el caso planteado, el servidor sabe que existe una “situación de peligro para el bien jurídico”, pero no ejecuta la acción debida por órdenes superiores no de abstenerse de prestar el servicio, sino que opta por solicitar autorización para obtener apoyo a fin de contrarrestar eventuales atentados contra su vida e integridad física y a la vez cumplir con el deber funcional.

b. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.

En este caso “la conducta debida” es compleja, pues no solo se reduce a acudir al lugar de los hechos, sino a comunicarle tal situación a los mandos superiores para que éstos inmediatamente coordinen el desplazamiento con las medidas de seguridad adecuadas.

c. Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.

En la hipótesis factual planteada, el uniformado de la Policía Nacional, por disposición del mando institucional no está en la “posibilidad de realizar la acción debida”, esto es acudir de inmediato al lugar de los hechos cuando se trate de zonas rurales o semi-rurales. Es decir, de momento “no cuenta con los medios necesarios para evitar el resultado” –de llegar a producirse-, pues no tienen autonomía funcional.

d. Producción del resultado.

Se puede presentar el resultado típico, pero la “posición de garante” fue transmitida a los demás funcionarios encargados o de gestionar la autorización o de emitir directamente esa autorización, luego el o los llamados a responder en ese evento, sería aquél o aquellos destinatarios del llamado por parte del primer receptor.

En este punto cobra inusitado valor el planteamiento de (Vargas, Cárdenas & Dussan (2011), según el cual el conflicto armado interno exige un análisis de la “posición de garante” desde la perspectiva de “la defensa nacional y la seguridad nacional” donde las “funciones” policiales tienen “sus propias características, sus propias complejidades y dificultades…”, concretizadas en las reales amenazas sobre la vida de quienes tienen el deber de salvaguardar la de los demás. Es una consecuencia de la misma situación de orden público compleja, donde los más afectados, en últimas, son los destinatarios del servicio policial, esto es, el ciudadano que habita en zonas rurales y semi-rurales, es decir, las comunidades más vulnerables.

Ante eventualidades como las planteadas hipotéticamente, también es de recibo remembrar el argumento de autoridad referido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (2007), según el cual en los delitos de “omisión impropia” la “la acción no se identifica con un movimiento muscular como trasformador del mundo físico, sino desde un punto de vista normativo”, siendo lo verdaderamente relevante que ante un resultado en detrimento de una persona, lo que se debe “verificar” es el “nexo de evitación”, es decir, si quien tiene la “posición de garante” desarrolló las acciones esperadas para interrumpir o evitar ese resultado.

Y desde luego que informarle a la cadena de mando la necesidad de hacer un desplazamiento, cumple con tal propósito, luego aparece la causal de ausencia de responsabilidad, porque el único medio disponible que tenía el servidor para “evitar el resultado” o, si se quiere, la única “acción de salvamento”, consistían en emplear la cadena de mando para obtener autorización en el desplazamiento, (Corte Constitucional de Colombia, 2001); pues esa actuación era la única que “en concreto” recaía “dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial)”. (Kaufmann 1977, citado en Forero (2002).

CONCLUSIONES

La respuesta al problema planteado consistente en si determinar si incurren en “omisión impropia o comisión por omisión” los funcionarios de la Policía Nacional que en zonas urbanas y semi-urbanas de orden público alterado por la presencia intensa subversiva y acciones reales de muerte o lesión, se abstienen de acudir ante el llamado de la ciudadanía aduciendo que deben obtener autorización previa de sus superiores para hacerlo debido a las amenazas proferidas por los grupos subversivos, es que ello dependerá de las acciones que realice o no quien tiene la “posición de garante” para demostrar el “nexo de evitación”, es decir, si realizó las acciones de él “esperadas para interrumpir o evitar ese resultado”.

En consecuencia, el asunto siempre será de equivalencia entre la acción esperada y el resultado antijurídico, pues la acción en el caso planteado ya no se predicaría de aquella tendiente a evitar la consumación del daño, sino de realizar todas las acciones que conforme al rol desempeñado en una cadena de mando propia de instituciones jerarquizadas como la Policía Nacional, para que otros funcionarios de mayor jerarquía y con poder decisorio procedan a emitir la autorización para el desplazamiento a zonas urbanas o semi-urbanas, y así cumplir con la función constitucional y legal de mantener las condiciones de seguridad para el ejercicio de los derechos de todos los habitantes del territorio nacional.

En ese orden de ideas y atendiendo lo advertido por la jurisprudencia y la misma ley penal, la posición de garante *per se* no es fuente de responsabilidad penal, pues se requiere que en “concreto” recaiga sobre el funcionario “la

protección del bien jurídico” amparado legalmente. (Corte Constitucional de Colombia, 2001)

Por tanto, será responsable aquél que teniendo en “concreto” el “deber jurídico” de iniciar “acciones de salvamento” condensadas en dar aviso inmediato a sus superiores para obtener la respectiva autorización para el desplazamiento, no lo hace y simplemente se abstiene de prestar el servicio.

A contrario sensu, será eximido de responsabilidad el servidor que agota todos los medios para requerir la autorización. Ello indica que la “posición de garante” se transmite de manera sucesiva según la escala jerárquica entre las personas que conozcan del requerimiento policial, quienes a su turno deberán actuar expeditamente, pues el servicio de policía no solo es ininterrumpido, sino que debe ser prestado con prontitud.

LISTA DE REFERENCIAS

Agudelo, N. (2004). *Curso de Derecho Penal.* Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, D.C.

Carlos, G. P. (2003). *La Relación Especial de Sujeción como Categoría Dogmática del Derecho Disciplinario.* Bogotá, D.C.: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T - 406 de 1992 (MP. Ciro Angarita Barón, 05 de Junio de 1992).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 280 de 1996 (MP. Alejandro Martínez Caballero, 25 de Junio de 1996).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 708 de 1999 (MP. Álvaro Tafur Gálvis, 22 de Septiembre de 1999).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU - 1184 de 2001 (MP. Eduardo Montealegre Lynnet, 13 de noviembre de 2001).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 819 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño, 4 de Octubre de 2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 028 de 2006 (MP. Humberto Sierra Porto 26 de enero de 2006).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas 15 de Septiembre de 2005).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 25.536 (MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 27 de julio de 2006).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 28017 (MP. Julio Enrique Socha Salamanca, 14 de noviembre de 2007).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 30.592 (MP. José Leonidas Bustos Martínez, 05 de octubre de 2011).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 35212 (MP. Gustavo Enrique Malo Fernández, 13 de noviembre de 2013).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 35113 (MP. Eugenio Fernández Carlier, 05 de junio de 2014).

Forero, J. C. (2002). *El Delito de Omisión en el Nuevo Código Penal.* Bogotá, D.C.: Legis Editores S.A.

Gómez, A. (2010). *Posiciones de Garantía en el Nuevo Código Penal.* En Ubaté (Eds.) Temas Fundamentales de Derecho Penal General (p. 39-77). Bogotá, D.C. Universidad Libre.

Gómez, C. (2005). *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal, Primera Parte, Tercera Edición.* BogotÁ, D.C.: Giro Editores Ltda.

Jaime Vargas, M. C. (2011). *Delitos de Omisión Impropia.* Bogotá. D.C.: Universidad Militar Nueva Granada y Casa Editorial Ibañez.

Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Diciembre 30 de 1972. DO. No 33.780.

Ley 522 de 1999, Por la cual se expide el Código Penal (24 de julio de 1999).

Ley No. 16 de 1972., Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (30 de diciembre de 1972).

Ley No. 782 de 2002., Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones. (23 de diciembre de 2002. DO. No. 45.043).

Ley No. 975 de 2005., Por la cual se dictan disposiciones para reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. (25 de julio de 2005. DO. No. 45.980).

López, C. (2000). *Introducción a la Imputación Objetiva.* Bogotá, D.C.: Unoversidad Externado de Colombia.

Molano, M. (2005). *Las Relaciones de Sujeción Especial en el Estado Social.* Bogotá, D.C.: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Organización de la Estados Americanos (1969). Convención Americana de Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", firmada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Oviedo, M. (2008). *La Posición de Garante Análisis del artículo 25 del Código Penal Ley 599 de 2000.* Bogotá, D.C.: Ediciones Ciencia y Derecho E.U.

Pabón, P. (2015). *Código Penal Esquemático.* Bogotá, D.C.: Ediciones Doctroina y Ley.

Policía Nacional de Colombia. (2015). *Dirección de Seguridad Ciudadana.* Bogotá, D.C.: Área de Información Estratégica del Servicio de Policía.

Velásquez, F. (2013). *Manual de Derecho Penal parte general.* Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.