

POSICIÓN DE GARANTE, ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO NUMERAL 4: “CUANDO SE HAYA CREADO PRECEDENTEMENTE UNA SITUACIÓN ANTIJURÍDICA DE RIESGO PARA EL BIEN JURÍDICO CORRESPONDIENTE”.

MARÍA FERNANDA SARAVIA CÁRDENAS

INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene como finalidad, elucidar que clase de conductas se encuentran consagradas en el numeral 4 del artículo 25 de la ley 599 del 2000, en el cual se establece la existencia de posición de garante “en los eventos en que se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico correspondiente” a través de este escrito se pretende realizar un análisis del precepto legal anteriormente mencionado a fin de determinar sus limitaciones y alcances, basándonos en un marco jurisprudencial, legal y doctrinal.

Este análisis se hace, teniendo en cuenta que el numeral 4 del artículo 25 de la ley 599 del 2000, es de vital importancia en el ordenamiento jurídico colombiano debido a la inexistencia de otros preceptos que desarrollen el instituto jurídico de la posición de garante, cuando se ha creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico correspondiente, es importante delimitar que conductas caben dentro de este precepto, pues es común que muchos abogados y doctrinantes confundan el numeral 4 con el numeral 1 del mismo artículo, el cual establece que existe posición de garante “cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o fuente de riesgo dentro del propio ámbito de dominio”. En este orden de ideas se hace necesario delimitar el sentido y alcance del mencionado precepto legal, teniendo en cuenta que no existe como tal otra norma que desarrolle las limitaciones y relevancia que puede llegar a tener el numeral 4 del artículo 25 del código penal colombiano, en este orden de ideas es importante realizar un estudio del tema a través otras fuentes del derecho como la jurisprudencia y la doctrina.

1. CONCEPTO DE POSICIÓN DE GARANTE.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte suprema de justicia la posición de garante es “la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Por ello, cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona dicha posición de garante”.

En este sentido quien por obligación legal o constitucional está obligada a actuar de cierto modo y no lo hace dando lugar a un resultado dañino que con su actuar conforme a lo

establecido por la ley o la constitución se hubiere evitado, tendrá responsabilidad del resultado ocasionado con su omisión, como si de un delito de carácter comisivo se tratara, en este orden de ideas, quien teniendo el deber jurídico de actuar de cierto modo omitiere hacerlo y que con su omisión se ocasione un daño jurídicamente desaprobado, será responsable del resultado dañino a título de comisión por omisión.

El garante es entonces quien tiene un deber jurídico de cuidar o preservar algunos bienes jurídicos de las personas que tiene bajo su cargo o cuidado en virtud de ley, esto encontrándose bajo amenaza de una pena que se impondrá en el evento en que omita su deber de actuar, caso en el cual se impondrá la sanción determinada por mandato legal.

El código penal colombiano, ley 599 del año 2000, contempla la posición de garante en su artículo 25 donde además establece cuatro situaciones en las cuales se tiene la posición de garante:

- “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.”*

Una vez enunciadas las situaciones en que existe posición de garante de acuerdo con el artículo 25 de la ley 599 del 2000, es necesario recordar que el análisis realizado en el presente trabajo es acerca del numeral cuarto, el cual dispone lo siguiente: “Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente”, lo que en la doctrina se conoce como injerencia.

Conforme a lo anterior, se entiende la injerencia, como la creación precedente de un riesgo antijurídico que ponga en peligro un bien jurídico tutelado.

Es así que el deber de garante derivado de la injerencia o el actuar precedente tiene su fundamento en lo siguiente: Quien genera un peligro para un bien jurídico de otras personas debe hacer lo posible para evitar que el riesgo creado por su actuar anterior trascienda, es decir debe evitar que se materialice en una conducta contraria al ordenamiento jurídico que dañe efectivamente el bien jurídico tutelado.

2. PRESUPUESTOS PARA LA EXISTENCIA DE LA POSICION DE GARANTE

Según la corte suprema de justicia, sala de casación penal, se genera posición de garante cuando se omite la realización de una acción, la cual el sujeto omitente estaba en el deber jurídico de realizar, es así que para la corte, este tipo de conductas supone la infracción de una norma de mandato en la que: *“i) el sujeto activo (omitente) siempre tiene la posición de garante; ii) se obliga al garante a evitar la producción de un resultado; iii) se castiga la infracción al deber de actuar, y iv) se produce un resultado que el sujeto activo (omitente)*

tenía la capacidad de evitar”.

Ahora bien, la posición de garante, es un instituto jurídico cuyo fin principal es la protección de los bienes jurídicos relevantes para el derecho penal y que establece la existencia de unos deberes de garantía en cabeza de unos sujetos respecto de un bien jurídico determinado, en este orden de ideas, la posición de garante no surge del mero deber de actuar, sino que para su existencia se hace necesario tener en cuenta además la particular posición en que se encuentra el sujeto respecto del bien jurídico tutelado o la fuente de peligro. Es importante mencionar que el núcleo esencial en la existencia de la posición de garante, omisión impropia, no se funda en la no realización de cualquier acción que hubiera podido evitar el resultado, sino en la no realización de aquella acción que con certeza estaba en la posibilidad de evitar la realización del resultado dañino.

3. REGULACIÓN LEGAL DE LA POSICIÓN DE GARANTE

En Colombia la posición de garante se encuentra regulada legalmente en la ley 599 del año 2000 por la cual se expide el código penal colombiano, encontramos entonces lo concerniente a la posición de garante en el título tercero, capítulo único, artículo 25, el cual establece las formas de realización de la conducta punible, disponiendo lo siguiente:

“ARTICULO 25. 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.

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 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.”*

Teniendo en cuenta el artículo citado, se puede evidenciar que el legislador establece deberes especiales de actuación a determinadas personas por estar en una posición concreta y en relación con un bien jurídico, aunado a ello, establece criterios para

determinar la existencia de la posición de garante. En primer lugar, el garante se encuentra en la obligación legal de evitar la producción de un resultado, se castiga la infracción al deber de actuar, y finalmente se produce un resultado que el sujeto activo (omitente) tenía la capacidad de evitar.

Ahora bien, teniendo en cuenta el artículo 25 de la ley 599 del 2000 se puede evidenciar que los delitos de omisión se clasifican por lo menos en tres modalidades distintas, en primer lugar, encontramos que existe un grupo de disposiciones legales que establecen un deber de actuar el cual al ser infringido puede producir o no un resultado típico, estos son los llamados tipos de omisión propia, en segundo lugar, encontramos disposiciones legales en las que se penaliza tanto una acción generadora de un resultado como la omisión de evitarlo y que da origen a una modalidad de omisión propia la cual contiene una prohibición y un mandato, por ultimo encontramos los denominados tipos de omisión impropia o de comisión por omisión, los cuales son mandatos que no están sancionados expresamente en la ley pero que su trasgresión se sanciona según el marco penal de los tipos de comisión a los que se equiparen; estos últimos, los tipos de comisión por omisión, son altamente criticados ya que generan una gran inseguridad jurídica.

4. POSICION DE GARANTE, NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 599 DE 2000

La posición de garante por injerencia, es una obligación jurídica que surge a partir de un comportamiento precedente el cual pone en peligro o trasgrede un bien jurídico tutelado dando lugar a deberes de salvamento, así lo establece el artículo 25 numeral 4 de la ley 599 del 2000:

***“ARTICULO 25. 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.”

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente”. Negrilla fuera del texto original.

Ahora bien, teniendo en cuenta el numeral 4 del artículo enunciado es necesario hacer un análisis sobre cuál es el alcance del mencionado precepto jurídico debido a que en la actualidad, existe gran controversia sobre en qué eventos nuestro actuar precedente nos convierte en garantes de un bien jurídico. Es decir ¿para que surja el deber de garantía nuestro actuar precedente debe ser antijurídico? ¿En el evento en que el sujeto actúa

conforme a derecho y aun así se crea una situación de riesgo para el bien jurídico existe el deber de garante por injerencia?

Para una parte de la doctrina la posición de garante surge de un comportamiento anterior que lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado, independientemente si este actuar es antijurídico o no, el deber de garante por el actuar surge cuando en ejercicio de las libertades se pone en peligro un bien jurídico ajeno, porque el uso de la libertad supone un deber de cuidado que obliga al sujeto a que maneje cuidadosamente su comportamiento y que en el evento en que se generen daños con su actuar, se emprendan nuevos comportamientos que contrarresten el peligro ocasionado por los iniciales.

Ahora bien, la opinión más aceptada establece que la posición de garante emerge de un comportamiento anterior que debe ser contrario al deber y que supone un injusto del comportamiento que pone en peligro un bien jurídico, de acuerdo con Roxin toda infracción objetiva del deber, implica en sí misma una lesión del deber de cuidado, es decir que la posición de garante por injerencia no puede derivar en ningún caso de la casualidad, sino que el autor debe haber creado un riesgo no permitido, es decir su actuar anterior debe ser antijurídico.

En este orden de ideas, cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico correspondiente, nace la posición de garante por injerencia con su correspondiente deber de salvamento, es decir no hay posición de garante por injerencia cuando la acción previa se encuentra dentro del riesgo permitido.

CONCEPTO DE INJERENCIA

En el ámbito penal, injerencia es la actuación de un sujeto que, con su comportamiento precedente, pone en peligro o daña bienes jurídicamente protegidos por el derecho penal, y posteriormente omite realizar acciones de salvamento, tendientes a evitar el crecimiento del mencionado daño, de acuerdo con el Profesor Mario Salazar Marín existe una obligación por injerencia proveniente de un comportamiento precedente, es así que cuando el “injerente” debido a su actuar precedente crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable de impedir su curso causal, por tanto se encuentra en la obligación de injerir, insertarse o introducirse, a fin de evitar que su desarrollo causal trascienda hasta convertirse en un resultado típico.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de abril de 2018, establece lo siguiente:

“Tiene posición de garante quien por competencia derivada de organización, de institución o injerencia, tiene el deber jurídico de proteger un bien tutelado por la ley, de modo que debe conjurar los resultados lesivos dentro de su órbita de responsabilidad”; también desarrolla la posición de garante proveniente de la injerencia *“La competencia por*

injerencia supone que quien ha causado un peligro anterior a bienes jurídicos, está llamado a conjurar las consecuencias que de tal situación se produzcan, mediante deberes de salvamento". Es así que quien con su actuar precedente haya puesto en peligro bienes jurídicos tutelados está llamado a evitar que dichos daños se sigan desarrollando.

5. EJEMPLOS DE POSICIÓN DE GARANTE, NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 599 DE 2000, CUANDO SE HAYA CREADO PRECEDENTEMENTE UNA SITUACIÓN ANTIJURÍDICA DE RIESGO PRÓXIMO PARA EL BIEN JURÍDICO CORRESPONDIENTE.

De acuerdo con Roxin *"Si hay que prevenir o evitar en principio la causación de peligros para bienes jurídicos ajenos, no se puede entender por qué no habría igualmente que evitar, tras la producción de tal peligro, su desarrollo posterior hasta un resultado típico"*. Un ejemplo de esto sería el siguiente: *"Si para proteger la vida de los transeúntes se ha de cuidar que no les caiga en la cabeza ninguna teja suelta de la casa propia, para el caso de que tal accidente suceda, se ha de proteger la vida de los transeúntes, al menos llevándolos al hospital, o atendiéndolos de alguna otra forma"*. Es así que para Roxin la creación precedente de una situación antijurídica de riesgo se da cuando de nuestra casa se desprende una teja, lo que genera posteriormente una posición de garante la cual consiste en proteger la vida de los transeúntes, al menos llevándolos al hospital, o atendiéndolos de alguna otra forma.

Juan Antonio Lascurain Sánchez Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, en su libro *"Los Delitos de Omisión: fundamento de los Deberes de Garantía"*, establece el siguiente ejemplo de posición de garante por injerencia: *"El deber de quien ha cocinado en el bosque o de quien ha quemado rastrojos en el mismo respecto de la evitación de que el fuego encendido provoque un incendio"* para este caso la acción precedente que da origen al deber de garante, es el hecho de prender fuego en el bosque, y la obligación posterior es la de evitar que el fuego se extienda.

Para el profesor Mario Salazar Marín, *"asume posición de garante quien, por imprudencia al conducir, atropella y lesiona a un peatón, adquiriendo el deber jurídico por injerencia de conducirlo a hospital para salvarle la vida"*. En este caso puede generarse controversia ya que hay quienes consideran que el ejemplo presentado por el profesor Marín encaja mejor en la descripción del numeral primero del artículo 25 de la ley 599 de 2000, *"Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio"* no obstante cabe aclarar que si bien el hecho de conducir es considerado una fuente de riesgo, en el presente ejemplo existe una variable y es el hecho de conducir de forma imprudente, lo que constituye para el caso un actuar precedente antijurídico, pues se está aumentando el riesgo permitido, de ahí que la posición de garante deriva del actuar precedente antijurídico, es decir injerencia y no de la asunción voluntaria de una fuente de riesgo.

El profesor Carlos Roberto Solórzano Garavito, en su escrito titulado “*La Posición de Garante de la Víctima en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*”, establece el siguiente ejemplo:

“La injerencia es fuente en la medida en que el agente crea una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico tutelado lo cual posibilita que se le imputen los resultados dañosos producidos, como sucede con la persona secuestrada que muere en cautiverio a partir de los padecimientos sufridos, en este caso el autor de esa reprochable conducta debe responder no solo por la realización de la misma sino por la muerte de la persona, pues con su actuar antijurídico se constituye en garante de la misma”

6. CONCLUSIONES

En primer lugar, es importante tener en cuenta que la existencia de posición de garante “*en los eventos en que se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico correspondiente*” es un tema de gran controversia en la actualidad jurídica debido a que a pesar de las discusiones que se presentan no se ha logrado llegar a un acuerdo sobre cuales eventos encajan de manera precisa en el numeral 4 del artículo 25 de la ley 599 del 2000, por otro lado una de las discusiones más fuertes que se evidenciaron es en cuanto a si el actuar precedente deber ser antijurídico para que de este derive la posición de garante o si simplemente cualquier tipo de actuación que ponga en peligro un bien jurídico ajeno tutelado da origen a la posición de garante.

De acuerdo con el análisis realizado se puede determinar que en Colombia la posición de garante por injerencia se encuentra reglada únicamente bajo el numeral 4 del artículo 25 de la ley 599 del 2000, al hacer una revisión web sobre las sentencias de la corte suprema de justicia en las cuales se abordara la posición de garante desde el numeral 4 del artículo 25 se pudo observar que es poca o nula la existencia de providencias en las cuales se haya desarrollado el instituto jurídico en cuestión. Es importante recordar que la situación de riesgo de la cual deriva la posición de garante debe ser producto de un actuar antijurídico y que además debe existir un nexo de causalidad entre la omisión del sujeto agente (omitente) y el resultado típico producto de su actuar inicial y omisión posterior.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Velázquez Velázquez Fernando, manual de derecho penal, parte general. Ediciones jurídicas Andrés Morales. Bogotá, Colombia. (2014) páginas 418 a 433.
- López Escobar Leonardo David, Estudios de derecho penal, Señal ediciones. Medellín, Colombia. (2012) páginas 1071 a 1078.
- Lascurain Sánchez Juan Antonio, los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, Civitas ediciones. Madrid, España. (2002) páginas 91 a 96.

Solórzano Garavito Carlos, la posición de garante de la víctima en la jurisprudencia de la sala de casación penal de la corte suprema de justicia. Versión electrónica, consultado el 08 de noviembre de 2019, de [https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos de derecho penal/article/download/391/338/](https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/download/391/338/)

Rezzonico María Daniela, la posición de garante por injerencia. Versión electrónica, consultado 01 de noviembre de 2019, de http://urbeetius.org/wp-content/uploads/2016/04/REZZONICO_Posicion_Garante_Injerencia.pdf