

**LA POSICIÓN DE GARANTE DE LA POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA,
EN DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DE POLICÍA DE VIGILANCIA, RESPECTO
DE LOS DELITOS DE ACCIÓN Y OMISIÓN IMPROPIA.**

ANA YULIETH GONZÁLEZ OROZCO
Código: 6001111434
Genovva_@hotmail.com

MAGDA PAOLA ÁLVAREZ VARGAS
Código: 6001321906
magdapaola42@hotmail.com

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
INVESTIGACION CRIMINAL PARA EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
“JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL
BOGOTÁ D.C., SEPTIEMBRE DE 2017**

INVESTIGACION CRIMINAL PARA EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO “JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL”

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN Derecho Penal Investigación Criminal para el Sistema Penal Acusatorio “Justicia Penal Militar y Policial”

PROBLEMA

La posición de garante de la policía Nacional de Colombia, en desarrollo de la actividad de policía de vigilancia, respecto de los delitos de acción y omisión impropia, de cara a la imposición de sanciones penales y disciplinarias.

¿Cuáles son las implicaciones penales y disciplinarias aplicables a los funcionarios de la policía nacional de Colombia, en desarrollo de la actividad de policía de vigilancia, en virtud del incumplimiento de su posición de garante, respecto de los delitos de acción y omisión impropia?

RESUMEN

Dentro de criterios jurídicos como la posición de garante de los miembros de la policía Nacional, en desarrollo de la actividad de policía de vigilancia, se busca determinar las implicaciones penales y disciplinarias en que incurren dicho servidores públicos, cuando faltan a su deber objetivo de posición de garante, por acción o por omisión, y en su defecto, identificar si en virtud del cumplimiento de la posición de garante, la conducta de omisión impropia, se adecúa a criterios de atipicidad de la conducta. En efecto, se pretende identificar si con ocasión de la imputación objetiva del delito de omisión impropia, se respeta o no el principio de

legalidad, teniendo en cuenta que no existe un cuerpo normativo único y expreso que posea elementos descriptivos del tipo.

PALABRAS CLAVES: Posición de garante, acción, omisión, omisión impropia, principio de legalidad, Atipicidad, Policía Nacional, actividad de policía, policía de vigilancia.

ABSTRAC

Within juridical criteria such as the position of guarantor of members of the National Police, in the development of surveillance police activity, it is sought to determine the criminal and disciplinary implications of such public servants, guarantors, by action and omission, and failing this, to identify and by virtue of the fulfillment of the position of guarantor, the conduct of improper omission, is adapted to the criteria of atypical conduct. In fact, it is sought to identify when objectively imputing the crime of improper omission, respecting the principle of legality, taking into account that there is no single normative body and express that has descriptive elements of the type.

KEYWORDS: Position of guarantor, action, omission, improper omission, principle of legality, atypical, National Police, police activity, police surveillance.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objetivo, determinar las implicaciones penales y disciplinarias aplicables a los miembros de la policía nacional, en desarrollo de la actividad de policía de vigilancia, cuando incumplen su deber constitucional de posición de garante en delitos de acción y omisión impropia. Para ello, se brinda al lector una visión general de conceptos como, qué es la Policía Nacional, la naturaleza jurídica de la posición garante, cuáles son los elementos normativos de la acción y la omisión, en especial de la omisión impropia, qué instrumentos jurídicos permiten establecer el respeto del principio de legalidad cuando se realiza la imputación objetiva del delito de omisión impropia, para finalmente, identificar la responsabilidad disciplinaria y penal aplicables al personal de la Policía Nacional, cuando incurren en tipos penales de acción y omisión impropia, con ocasión de su posición de garante en el ejercicio de sus funciones.

Una aproximación conceptual sobre lo anteriormente planteado, se expondrá a lo largo del desarrollo del presente trabajo, para cumplir con los objetivos propuestos. Al efecto, se empleó el método cualitativo, al desarrollar actividades exploratorias de textos doctrinarios, legales y jurisprudenciales que permitieron obtener datos descriptivos de los ingredientes normativos que abarcan el tema de investigación.

Por último, se realiza la presentación de un caso práctico referente a la comisión del delito de hurto de armas y bienes de defensa, siendo el sujeto activo de la conducta, un miembro de la policía nacional en desarrollo de la actividad de policía de vigilancia. En el estudio del caso, se documentan las actuaciones del primer responsable del lugar de los hechos, así como las que realiza policía judicial en desarrollo de actos urgentes. De igual manera, se documentan las solicitudes que realiza policía judicial a laboratorios forenses de policía judicial, para el análisis de Elementos materiales probatorios y evidencia física (EMP y EF), y a su vez, los informes de laboratorio expedidos por peritos dentro de la investigación criminal del caso.

OBJETIVO GENERAL

Determinar las implicaciones penales y disciplinarias aplicables a los funcionarios de la policía nacional de Colombia, en desarrollo de la actividad de policía de vigilancia, en virtud del incumplimiento de su posición de garante, respecto de los delitos de acción y omisión impropia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Distinguir la naturaleza jurídica de la posición de garante de la policía nacional de Colombia, cuando cumple actividad de policía de vigilancia.

Explicar los elementos normativos de la acción y la omisión impropia.

Establecer si con la imputación objetiva del delito de omisión impropia se respeta el principio de legalidad.

PRESENTACIÓN DEL CASO

El día 26 de agosto de 2017, alrededor de las 19:00 horas, se encontraban de servicio, el Subintendente Sebastián Cruz y el Patrullero Felipe Moreno en la motocicleta oficial de placas BHC79C, en el sector del barrio Ciudad Berna, la central de radio reporta un accidente de tránsito en la calle 11 sur con carrera 12 que involucra un motociclista que perdió el control del automotor y está arrojado en la vía inconsciente. La patrulla, al llegar al lugar de los hechos constata que se trata de un suboficial de Ejército Nacional, quien porta una pistola calibre 9 mm marca Smith & Wesson, con número de serie 12345, con dos proveedores, el Subintendente se apodera del arma de fuego, lo cual parece normal para el patrullero Moreno, posteriormente, cuando llega la ambulancia y el suboficial accidentado recobra el conocimiento, le indaga al policía Cruz por su arma de dotación, éste le manifiesta no saber nada de ninguna arma de fuego porque demoraron unos minutos en llegar al accidente, pero adelantará indagaciones al respecto en el barrio. Al día siguiente, el Patrullero Moreno se percata que su compañero sostiene una conversación telefónica con el militar lesionado, a quien le manifiesta que un sujeto del barrio Ciudad Berna posee la pistola pero cobra dos millones de pesos para devolverla, que cuando

reúna el dinero lo contacte de nuevo. El Patrullero le indaga a su compañero por lo que está ocurriendo y éste le dice que no se preocupe, que estuvo analizando el caso y de esa manera pueden ganarse una plata fácil, el Patrullero en principio se muestra complaciente con la actividad y le pregunta el lugar donde está la pistola, éste le dice que en el casillero que comparten en la Estación de Policía Ciudad Berna, el Patrullero, luego de verificar que el elemento se encuentra allí, informa inmediatamente la situación irregular al Teniente Jairo Fernández, quien se desempeña como comandante de estación, inmediatamente asume el rol de primer responsable para proteger el lugar donde se encuentra la pistola, además, del libro de población donde se deben registrar los procedimientos policiales.

Luego de informar el procedimiento a la central de radio y sus superiores, usted y sus compañeros de patrulla, por orden de la central de radio, llegan al lugar de los hechos media hora después, e inician inmediatamente los actos urgentes según lo estipula el art 205 y subsiguientes de la ley 906 de 2004.

DESARROLLO DEL TEMA

La Policía Nacional de Colombia

La acepción más amplia de Policía Nacional, la define como un cuerpo armado de naturaleza civil, destinado a mantener el orden público como requisito indispensable para asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos colombianos y el goce efectivo de sus libertades individuales.

Así lo expresa el artículo 218 de la Constitución Política (1991), que al tenor, consagra:

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

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

De otra parte, el artículo 216 de la Constitución Política (1991), establece que la fuerza pública está integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, por medio del cual les otorga la función de garante, en razón de la protección de la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional, la convivencia pacífica y del orden constitucional.

Es decir, La Policía Nacional, tiene una función Constitucional específica y, es la garantía del orden público, en procura de la sana convivencia, que entre otras, permite el desarrollo de deberes y derechos individuales de los habitantes del territorio nacional; en ese sentido, la Policía Nacional tiene el deber de asegurar las condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad, necesarias en un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es Colombia, donde la garantía de los Derechos Humanos es uno de sus fines.

Los derechos humanos, se vuelven entonces, el fundamento y el límite del poder de policía, el cual, es el llamado a mantener el orden público, pero siempre en beneficio del goce pleno de los derechos, como quiera que el orden público, no puede lograrse mediante la supresión o restricción desproporcionada de las libertades públicas, de lo contrario se desvirtuaría su fin constitucional.

Al efecto, ha de precisarse que dentro del concepto de Policía Nacional, es necesario hacer distinción entre: (i) Poder de policía, como la facultad que ostenta el Congreso de la República de Colombia, para establecer normas generales, que regulen los derechos para preservar el orden público. (ii) Función de policía, como la facultad que esas normas generales, es decir, las leyes, confieren a ciertas autoridades de la rama ejecutiva del poder público, para la expedición de actos normativos individuales, dentro de los límites de la ley, como sucede con las facultades que tiene el Presidente de la República, a nivel nacional, según el artículo 189-4 de la Constitución Política (1991), quien es la máxima autoridad administrativa de policía, pero carece de poder de policía, el cual está reservado únicamente para el Congreso de la República, aun cuando en estados de excepción, el ejecutivo puede restringir derechos y libertades. También tienen esa facultad, los gobernadores y alcaldes en las entidades territoriales de acuerdo con lo establecido en los arts. 303 y 315-2 superior, (1991). (iii) Actividad de policía, consiste en el

despliegue de actividades jurídicas y materiales tanto preventivas como operativas, realizadas por los miembros de la Policía Nacional, quienes son ejecutores del poder y de la función de policía; esas actividades son realizadas por los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía, quienes despliegan de forma material, la fuerza instituida como medio para lograr los fines del Estado, actuando siempre bajo los límites impuestos en actos jurídicos reglados de carácter legal (poder de policía) y administrativos (función de policía).

Para el desarrollo del presente trabajo, interesa concretamente la actividad de policía, y en especial, la de policía de vigilancia, entendida ésta, como la vigilancia permanente e ininterrumpida que el Estado presta por intermedio del personal uniformado de la Policía Nacional, a la comunidad, ello, en virtud del deber constitucional de conservar el orden público, proteger las libertades de los ciudadanos, prevenir y controlar la comisión de delitos.

Sin intención de señalar taxativamente las funciones de la policía de vigilancia, ya que pueden ser tan diversas como comportamientos humanos en el mundo, siendo su punto de partida y límite los Derechos Humanos, puede exponerse las siguientes: (i) Atención oportuna, una vez, reciba el llamado de la comunidad sobre un motivo de policía, debe acudir en forma inmediata, al lugar de los hechos y realizar las acciones necesarias para prevenir o controlar las fuentes de perturbación del orden público. (ii) Servicio preventivo, con el fin de neutralizar la comisión de hechos punibles. (iii) Servicio de asistencia, para orientar, ayudar y auxiliar a las personas que se encuentren en situaciones de riesgo, tales como: accidentes de tránsito, conducción de heridos, calamidades, etc. (iv) Acción educativa, contribuyendo a la educación ciudadana sobre normas de comportamiento en la calle y en los sitios abiertos al público. (v). Informes de policía de vigilancia, cuando con ocasión de sus funciones como policía de vigilancia, sea el primer responsable del lugar de los hechos, una vez confirmada y verificada la noticia criminal, y en tal virtud, deba suministrar informes a la autoridad competente y responsable, sobre el estado en que encontró el lugar de los hechos, verificación y confirmación del presunto punible, atención a víctimas, comunicación red de apoyo, inicio del aseguramiento del lugar de los hechos y aplicación de principios de cadena de custodia, entre otras.

De lo anterior, se puede verificar que el rol de la policía de vigilancia, es de amplio alcance en la sociedad y, en virtud del mismo, le asiste el deber constitucional de actuar

conforme con los principios constitucionales que la idearon, siendo imperativo el cumplimiento de su posición de garante en relación con el servicio que prestan a la comunidad.

La posición de garante de los miembros de la Policía Nacional, en desarrollo de la actividad de policía de Vigilancia.

Siendo de gran importancia la actividad de policía de vigilancia para contribuir a un orden social justo y, en desarrollo de la posición de garante que le asiste al Estado colombiano ante sus conciudadanos como lo establece el art 2 de la Constitución Política (1991), el cual indica:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

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

Esas obligaciones en cabeza del Estado, son extensivas a los miembros de la Policía Nacional, pues en la práctica, es ésta la que realiza todas las actividades tendientes a materializar lo fines del Estado. De tal manera, que es garante quien tiene el compromiso de velar y proteger un bien jurídicamente tutelado de peligros o riesgos que atenten contra el mismo, ello por cuanto, es deber del Estado, asegurar la integridad de quienes en determinado momento sufran alguna situación de debilidad.

No obstante, como quiera que el Estado en términos físicos, no puede materializar las acciones encaminadas a la protección de esos bienes jurídicos, por ser una ficción creada por la misma norma constitucional, carente de una corporeidad física que le permita materializar sus fines, pero que aun así, incide en el mundo jurídico y fenomenológico, encuentra que una forma de que sus preceptos normativos puedan ejercerse en el mundo físico, es instituyendo y dotando de facultades a las entidades públicas, las cuales son creadas para que por medio de personal humano, se puedan desarrollar las acciones necesarias para cumplir con los fines estatales.

En el caso específico de este trabajo, el Estado ha conferido facultades y competencias a la Policía Nacional para el desarrollo de los fines constitucionales, y como consecuencia, también la hace responsable de la posición de garante que en materia de salvaguarda del orden público, la convivencia pacífica y el goce de los derechos y libertades públicas de la comunidad, le asisten al Estado. En ese orden, se fijó para la Policía Nacional, una posición de preeminencia, predominio o superioridad, para proteger los bienes jurídicos, dentro del ámbito de sus funciones.

La posición de garante se fundamenta además, en criterios de solidaridad social, recogidos en el art. 1 de la Constitución Política (1991), el cual prescribe que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundada entre otras, en la solidaridad.

Por su parte el art 95 superior (1991), reza:

La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...) 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; (...)

6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; (..).

De otro lado, además de ese deber general de solidaridad que le asiste a todo colombiano, y en el cual se funda la posición de garante de manera genérica, existe normatividad legal que establece de manera específica la posición de garante de ciertos funcionarios públicos, en relación con sus funciones, como lo establece el art 25 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), cuando señala:

(...) 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. (Pág 9).

Puede verse de acuerdo con el citado artículo, que la posición de garante primigeniamente establecido en norma superior, tiene desarrollo legal, pues los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos a todo ciudadano, pero no son exigibles, en principio, por

la sola consagración en la Carta Política, por cuanto, los criterios para exigir y sancionar comportamientos contrarios a la constitución, se dan en virtud de una ley que los desarrolle.

Además, entratándose de desarrollo legal de la posición de garante de los miembros de la fuerza pública, el art 27 del Código Penal Militar (2010), señala:

Acción y Omisión.

Modificado por el art. 99, Ley 1765 de 2015. La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.

El miembro de la Fuerza Pública que tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, cuente con los recursos y medios disponibles y no actuare estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, si no concurriere causal de exclusión de responsabilidad. A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos.

Aunado a lo anterior, la posición de garante también ha tenido desarrollo jurisprudencial como pudo verse en concepto de la Corte Constitucional que en (Sentencia C-1184, 2008), se refirió a la posición de garante y en esa oportunidad, precisó:

Posición de Garante - Concepto / Posición de Garante - Sentido restringido/
Posición De Garante-Sentido amplio

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. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber

de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

De otro lado, la doctrina también ha desarrollado la naturaleza jurídica de la posición de garante, como puede verse en los escritos de Luis García (1999), quien explica que:

La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. (pág. 127).

En igual sentido se pronuncia el tratadista Lascurain (2002):

Naturalmente que la ley puede ser fuente de atribución de deberes de garantía. Es más, si nos tomamos en serio el principio de legalidad y su importante rigidez en materia penal, solo la ley penal puede proclamar tales deberes en cuanto a deberes penalmente reforzados. Sin embargo nuestra pregunta es previa y se refiere a qué hechos o situaciones debe recoger la ley penal como generadores de deberes de garantía. Y aquí la respuesta sí que resulta claramente justificada e insuficiente si tiene por contenido cualesquiera deberes legales, pues de ella resultaría la absurda catalogación de todo deber legal como deber especial en el sentido de penalmente reforzado y especialmente reforzado dentro del ámbito penal. (pág. 14).

En definitiva, se considera acertada la doctrina Lascurain (2002), en el sentido que, se requiere de una precisión legal que defina qué responsabilidad tienen los servidores públicos, acudiendo de manera inequívoca a sus funciones, la de protección de un determinado bien jurídico y la vigilancia de una fuente de peligro, las cuales deben estar plasmadas en la ley, reglamento, resolución, etc., así como la forma en que pueden transgredirse esas normas, ya sea por acción u omisión, pues en los delitos de acción, no se genera mayor problema, toda vez que

desde que exista tipicidad de la conducta, pues simplemente, el juzgador impone la sanción prevista en el tipo; la discusión sobre la precisión legal, adquiere más relevancia, cuando se trata de los delitos de omisión impropia, los cuales no cuentan con mayor desarrollo legal, empero deben ser compatibles con el principio de legalidad.

De la acción y omisión

La acción en sentido jurídico es una conducta humana, por medio de la cual, manifiesta su voluntad dominada y dirigida hacia un resultado. En materia penal, es la conducta humana voluntaria y consciente que vulnera una norma legal prohibitiva, norma que protege bienes jurídicos de importancia para el Derecho Penal, cuya finalidad es disciplinar la conducta de los ciudadanos, y para ello, impone sanciones a quienes deciden apartarse de los mandatos y prohibiciones contenidos en las normas.

La teoría del delito, busca determinar cuándo una conducta del hombre puede ser imputada objetiva y subjetivamente a su autor, es decir, cuándo la acción se considera como un delito, bajo criterios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en la medida que todas las comprobaciones descriptivas del tipo penal, se adecúen a la situación fáctica ocasionada por la acción.

En Colombia, la ley penal se puede vulnerar tanto por acción como por omisión, siendo la acción la que menos problemas genera a la hora sancionar las conductas activas, en tanto que, le antecede una descripción típica, la cual establece de forma descriptiva los actos humanos que se consideran prohibidos y señala de manera taxativa las sanciones aplicables al autor de la acción. De suerte que, las conductas comisivas generalmente no plantean problemas de ausencia de fuente legal, como si lo pueden hacer las conductas omisivas.

Ahora bien, la omisión, entendida en el marco de un sistema jurídico penal, es la no realización de un comportamiento que la sociedad y el sistema jurídico espera que el sujeto realice para salvaguardar un bien jurídicamente tutelado, en razón de criterios de solidaridad que se imponen en cabeza de todos los individuos. De manera que, la omisión es una falta a la expectativa social y en consecuencia, surge un juicio de reproche por la no realización de una

acción esperada, con la cual, se puede evitar el riesgo o el resultado que afecte bienes jurídicos que resultan de importancia para el derecho penal.

Cabe resaltar que no necesariamente los delitos omisivos implican una pasividad del autor como lo expresa Mir Puig (2010) en su libro Derecho Penal Parte General, cuando establece que “Los delitos omisivos no requieren una “pasividad física del autor”, sino que por el contrario, es necesaria la realización de una conducta bien diferente a la ordenada, “el no prestar el auxilio que el ordenamiento esperaba de él”. (P.309).

Aclara además, que el tipo omisivo se estructura por tres aspectos: “[...] a) la situación típica; b) la ausencia de una acción determinada; c) la capacidad de realizar esa acción” (Pág. 316).

Al respecto, es necesario que la situación que origina la omisión sea típica, es decir, que esté contenida en un cuerpo normativo que prevea la conducta omisiva y su consecuente sanción, pues no toda omisión implica un delito, piénsese por ejemplo, en la no realización de los qué haceres del hogar, situación que por mucho ocasiona malestar en sus integrantes, pero no es considerada un tipo penal, porque carece de relevancia jurídica para el derecho penal, no afecta bienes jurídicamente tutelados, es decir, aquéllos bienes que el derecho penal protege por su relevancia social, como la vida, el patrimonio económico etc. De tal suerte, que mientras la conducta omisiva no se encuentre determinada como típica en el ordenamiento jurídico penal, no podría realizarse reproche del injusto.

Por su parte, dentro de la estructura de los tipos penales de omisión de que habla Mir Puig (2010), se refiere a que la omisión se da por la ausencia de una acción determinada y la desaprobación de ese no hacer, surge porque se faltó a la expectativa social y jurídico penal. A su vez, para que se configure la omisión, es necesario que el sujeto se encuentre en la capacidad de realizar esa acción, es decir, que conozca de la situación que pone en riesgo el bien jurídicamente tutelado, pero que además, se encuentre en condiciones físicas y psíquicas aptas para evitar o contrarrestar el riesgo, ello implica, que mientras el sujeto para poder salvaguardar los bienes jurídicos de otros, ponga en riesgo los suyos o los de terceros, no estaría obligado a realizar la acción esperada, a menos, que el beneficio obtenido con su accionar, sea mayor que la afección que haya podido producir a sus bienes jurídicos o de terceros.

Tipos de omisión

Omisión propia

La omisión propia o pura, es la que reúne las características antes descritas, es decir, que la conducta omisiva sea típica, ello implica que mientras el hecho se adecúe a la descripción del tipo, simplemente se aplica la sanción establecida en ese tipo penal, verbigracia, el delito de omisión de socorro, omisión de denuncia etc, los cuales taxativamente se encuentran señalados de forma inequívoca en la ley penal; pero además, dentro de la estructura de la omisión, se requiere que exista ausencia de una acción determinada y que el sujeto de quien se espera que actúe, se encuentre en la capacidad de realizar esa acción. La omisión propia se enmarca en las conductas que exigen un qué hacer para cualquier persona, bajo preceptivas del principio de solidaridad, surgen con ocasión de un mandato de la ley penal, es decir, la exigencia de un accionar positivo frente a una situación que ponga en peligro bienes jurídicos.

Omisión impropia

La situación es más compleja cuando se trata de delitos de omisión impropia, de ahí que, según la teoría de equiparación¹, la omisión impropia se equipara con la acción, se considera que existe una comisión por omisión, es decir, la persona obligada por el ordenamiento jurídico vigente, en razón de su posición de garante, prefiere o elige, un no hacer cuando tiene el deber y está en la posibilidad y capacidad de evitar un resultado. Entonces, la posición de garante es el elemento que la fundamenta, en el entendido, que debe tenerse en cuenta la relación existente entre el bien jurídicamente tutelado y el sujeto obligado a salvaguardarlo, donde éste es responsable en virtud de un deber específico que le impone la obligación de impedir el resultado evitable.

¹ Teoría de la equiparación, léase a Fernández Madrazo, Alberto en el libro “Derecho Penal Teoría del delito” 1997

Lo que permite que los delitos de omisión impropia se equiparen con la comisión activa, es que la norma exige del sujeto que se encuentra en posición de garante, que despliegue todas las conductas necesarias para evitar el daño, de manera que no hacerlo, equivale a la conducta activa del tipo y, por ende responde por el resultado como si lo hubiese realizado.

Según lo dicho, ha de recordarse lo establecido en un aparte del art. 25 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), el cual expresa lo siguiente:

Artículo 25 - Acción y omisión. 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. (...) (Pág 9).

Incluso, el art 27 del Código Penal Militar (2010), señala:

Acción u Omisión.

Modificado por el art. 99, Ley 1765 de 2015. La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.

El miembro de la Fuerza Pública que tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, cuente con los recursos y medios disponibles y no actuare estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal, si no concurriere causal de exclusión de responsabilidad. A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos.

En consecuencia, se puede observar que en Colombia, se desarrolla la teoría de la equiparación, al establecerse que quien incurra en la omisión de salvaguardar un bien jurídico cuando tiene la obligación específica de hacerlo, en razón de su posición de garante, se hace responsable de la sanción penal señalada para la conducta típica como si la hubiera causado.

Además de la posición de garante, conceptos como el de bien jurídico e imputación objetiva son importantes a la hora de equiparar la omisión impropia con la comisión activa, de manera que, para el derecho penal, la protección de bienes jurídicos es uno de sus objetivos fundamentales, y ello lo hace a través de criterios jurídicos como la tipicidad, por cuanto sólo pueden ser típicos los hechos que creen o incrementen los riesgos para el bien jurídico que busca proteger.

Con la imputación objetiva, se deja un poco atrás el principio de causalidad de la teoría del delito, sin que ello implique que ya no sea necesaria a la hora de hacer juicios valorativos para realizar la imputación objetiva, con todo, lo que tiene mayor relevancia, es si la producción del resultado o el descontrol del riesgo que se tenía controlado, es jurídicamente imputable a la acción.

Lo anterior, como quiera que dentro de la estructura del delito (Tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), el injusto lo conforman la tipicidad y la antijuridicidad, teniendo la tipicidad a su vez, un elemento objetivo y otro subjetivo; para el caso de estudio, interesa el elemento objetivo de la tipicidad, el cual consta de: (i) El sujeto; (ii) El objeto; (iii) La conducta; (iv) El nexo causal; (v) Ingrediente normativo; (Ingrediente descriptivo); (vi) Imputación objetiva. Dentro de la imputación objetiva, entre otras, se debe tener en cuenta: (a) El riesgo; (b) El resultado; (c) Principio e confianza; (d) El rol; (e) Culpa exclusiva de la víctima; (f) Posición de garante.

La posición de garante como elemento de la imputación objetiva, la cual se enmarca en la tipicidad, es la que se tendrá en cuenta para la imputación objetiva de los delitos de omisión impropia de los agentes de policía, en desarrollo de la actividad de policía de vigilancia. En ese orden, si el agente, dentro de su ámbito propio de dominio, despliega todas las conductas necesarias para eliminar el riesgo o el resultado lesivo de un bien jurídico, significa que no incurre en la omisión impropia, pues no incumplió su posición de garante, lo que a su vez,

implica, que se está ante clara atipicidad de la conducta, si se tiene en cuenta la relación entre la posición de garante y la imputación objetiva dentro de la estructura del delito, antes señalada.

En esa línea, el alto tribunal en sentencia (SU 1184, 2001), se refirió a la imputación objetiva manifestando:

Imputación Objetiva-Demostrar si la persona ha cumplido su función de garante

[...] En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.

Además, agrega el alto tribunal que:

La imputación de una conducta o un resultado en derecho penal, depende del ámbito de competencia a que corresponda su protección. Para su delimitación (la del ámbito de competencia) hay que precisar en primer lugar (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella. Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación : i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son

personas autorresponsables que cumplirán con las expectativas que surgen de una determinada función, iii) las acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido. Demostrada la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se requiere además (3) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuándo se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado.

De manera que, en materia de imputación objetiva, en razón de la posición de garante, aplicable tanto para los delitos de acción como de omisión, lo que interesa no es determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, sino, lo que importa, es la demostración de sí el sujeto obligado a salvaguardar un bien jurídico, cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

En tratándose de la responsabilidad penal de los miembros de la fuerza pública, su deber en razón de la posición de garante, surge por la creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal, en consecuencia, en delitos de omisión impropia la Corte Constitucional en (Sentencia T-1003, 2012), ha dicho: “ (...) Por ello, para que el miembro de la fuerza pública sea garante se necesita que “en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos”

Puede inferirse, que lo relevante para estos casos de imputación objetiva de delitos de omisión impropia para los funcionarios de la fuerza pública y en el caso específico de este trabajo, los de policía de vigilancia, es la verificación jurídica de que el sujeto garante haya desplegado todas las conductas tendientes a evitar el resultado indeseado, pero en el marco de sus funciones constitucionales, legales y/o reglamentarias.

Principio de legalidad

En materia penal, la razón de la imputación objetiva de un tipo penal, tiene asidero jurídico en la medida en que exista de manera antecedente una descripción legal del tipo, es decir, de cara al principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege scripta* o más conocido como principio de legalidad.

En efecto, algo que caracteriza a los delitos de omisión impropia es la ausencia de regulación legal expresa, lo que implicaría que se podría estar vulnerando el principio de legalidad, no obstante, dicha dificultad se suaviza con la cláusula de equiparación y la posición de garante; al respecto, como se ha explicado antes, la ley penal colombiana, al señalar en su artículo 25, que el omitente debe responder por su “no hacer” y en consecuencia debe recibir la sanción penal como si hubiese realizado la comisión activa prohibida, así como al indicar que dicha responsabilidad surge en razón de su posición garante, se podría decir, que no se está ante una ausencia total de consagración legal; sin embargo, la descripción contenida en dicho artículo no es unívoca y mucho menos diáfana, por cuanto, es menester recurrir a ingredientes normativos del tipo para establecer si con la omisión se incurre en comisión activa, además, debe hacerse una interpretación sistemática y acudir a la cláusula de equiparación, de lo contrario, los delitos de omisión impropia, per se, no tienen la virtualidad de ser objeto de imputación objetiva sin ser sometidos antes, a un juicio valorativo que la sustente, lo que quiere decir, entre otras, es que mucho depende del caso concreto a la hora de imputar delitos de omisión impropia.

Es aceptado en Colombia que el juzgador pueda recurrir a criterios del bloque de constitucionalidad para flexibilizar el principio de legalidad, no como un acto de arbitrariedad, sino, en busca de unificar criterios normativos existentes en diferentes instrumentos jurídicos internacionales.

La Corte Suprema de Justicia, ha señalado por medio de (Auto 33039, 2010), Magistrado Ponente José Leonidas.

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

En definitiva, si bien es cierto, no existe una normativa expresa que consagre todos los elementos normativos del tipo de la omisión impropia, también es cierto, que no puede hablarse de una ausencia total de legalidad al respecto, toda vez, que el juzgador puede acudir a diferentes fuentes del derecho, como la Constitución Política, que en su artículo 216 prevé la posición de garante de los miembros de la fuerza pública, en especial el art 218 que consagra la obligación específica para la Policía Nacional de mantener a las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de los habitantes de Colombia. Incluso, el art 25 del Código Penal (2000), y el art 27 del Código Penal Militar (2010), los cuales hacen alusión, aunque somera, a la omisión impropia, son fuentes legales de la misma.

Igualmente, el juzgador puede acudir a instrumentos internacionales como el derecho penal internacional (1998), de acuerdo con lo señalado y aplicado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia (SU 1184, 2001), en la cual establece que, cuando se trate de delitos internacionales, es decir, los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario, se puede acudir al Derecho Penal Internacional.

La aplicación de normas penales internacionales, no son un desacierto del juzgador, pues el artículo 93 de la Constitución Política, (1991), señala que los tratados internacionales ratificados por el congreso y que reconocen derechos humanos, son prevalentes en el orden interno; de tal suerte, que mientras se trate de delitos de omisión impropia que vulnere derechos humanos, el derecho penal internacional resulta tener fuerza vinculante, en honor a los compromisos que el Estado colombiano tiene ante la comunidad internacional.

Responsabilidad disciplinaria y penal de los miembros de la policía nacional

De la responsabilidad y sanciones disciplinarias

El Estado colombiano, es quien tiene la titularidad del Ius Puniendi en materia de Derecho Disciplinario, no obstante, le otorga competencias administrativas a la Policía Nacional, como medio para lograr los fines esenciales del Estado, en ese sentido, la Policía Nacional se constituye como una entidad estatal, para conocer y realizar control disciplinario sobre los miembros que la componen, no como una función jurisdiccional, por cuanto ni juzgan ni sentencian, al no tener la connotación de jueces, pero si como una función administrativa, estando sus actos administrativos sujetos al control de legalidad y constitucionalidad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El régimen disciplinario y sancionatorio, busca investigar y sancionar conductas que estén descritas como faltas disciplinarias en la ley vigente al momento de su realización, cuando éstas, hayan sido realizadas por funcionarios públicos.

La facultad sancionatoria de la Policía Nacional, tiene asidero jurídico en la Ley 1015 de 2006, por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional. A su vez, también se soporta en la ley 734 de 2002, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único. Dichos instrumentos legales, estipulan que la facultad sancionatoria se encuentra en cabeza del Estado y, la Procuraduría General de la Nación es la titular del ejercicio preferente del poder disciplinario, en tal caso, puede iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas, así como asumir el proceso en segunda instancia.

La (Ley 1015, 2006), confiere competencia a la Policía Nacional para ejercer funciones de control disciplinario hacia sus funcionarios de policía, cuando éstos realicen conductas contrarias a derecho y cuando afecten el deber funcional sin justificación alguna, bajo el respeto de principios constitucionales como el debido proceso, presunción de inocencia, favorabilidad, igualdad ante la ley disciplinaria, reconocimiento de la dignidad humana, contradicción,

proporcionalidad de la sanción en relación con la falta, derecho de defensa, aplicación de principios e integración normativa, el cual consiste en la armonía entre el régimen disciplinario y los principios rectores de la Constitución Política, pero sobre todo, la aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Unico, Contencioso Administrativo, Penal, Penal Militar, Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que sea compatible con la naturaleza del derecho disciplinario aplicable a los miembros de la Policía Nacional, en lo que dicha ley no haya previsto.

El art 33 de la (Ley 1015, 2006), Clasifica las faltas disciplinarias en “ 1.Gravísimas. 2. Graves. 3. Leves.”, a su vez, el art 37 de la misma, expone:

Otras faltas. Además de las definidas en los artículos anteriores, constituyen faltas disciplinarias la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, las prohibiciones, el abuso de los derechos o el incumplimiento de los deberes contemplados en la Constitución Política, los tratados públicos ratificados por el Gobierno colombiano, las leyes y los Actos Administrativos.

Parágrafo. Para efectos de determinar la gravedad o levedad de la falta, por vía de remisión, constituye falta gravísima la que está taxativamente señalada en la ley o aquella que constituya causal de mala conducta. En las demás, se determinará si la falta es grave o leve con base en los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando en la Institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se preciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se

derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

7. Los motivos determinantes del comportamiento.

8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos, y

9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

Respecto de las sanciones aplicables a los miembros de la policía nacional, el art 38 de la citada ley (2006), define el concepto de sanción, así como la clasificación y límite de las sanciones, el cual reza:

(..) 1. Destitución e Inhabilidad General: La Destitución consiste en la terminación de la relación del servidor público con la Institución Policial; la Inhabilidad General implica la imposibilidad para ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

2. Suspensión e Inhabilidad Especial: La Suspensión consiste en la cesación temporal en el ejercicio del cargo y funciones sin derecho a remuneración; la Inhabilidad Especial implica la imposibilidad de ejercer funciones públicas en cualquier cargo, por el término señalado en el fallo.

3. Multa: Es una sanción de carácter pecuniario, que consiste en imponer el pago de una suma de dinero del sueldo básico devengado al momento de la comisión de la falta.

4. Amonestación Escrita: Consiste en el reproche de la conducta o proceder, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida.

Adicionalmente, el art 39 de la misma ley, prescribe:

Clases de sanciones y sus límites. Para el personal uniformado escalafonado, se aplicarán las siguientes sanciones:

1. Para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima Destitución e Inhabilidad General por un término entre diez (10) y veinte (20) años.
2. Para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave o graves dolosas, Suspensión e Inhabilidad Especial entre seis (6) y doce (12) meses, sin derecho a remuneración.
3. Para las faltas graves realizadas con culpa gravísima, Suspensión e Inhabilidad Especial entre un (1) mes y ciento setenta y nueve (179) días, sin derecho a remuneración.
4. Para las faltas graves realizadas con culpa grave, o leves dolosas, multa entre diez (10) y ciento ochenta (180) días.
5. Para las faltas leves culposas, Amonestación Escrita.

Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Dentro del régimen disciplinario, también se establece las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, en los casos de: (i); fuerza mayor o caso fortuito (ii); los que tengan que ver con el estricto cumplimiento de un deber Constitucional o Legal y el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales; (iii) los casos de protección de un derecho, propio o ajeno, al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad; (iv) Por insuperable coacción ajena; (v) por la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria; (vi) en situación de inimputabilidad.

Se puede inferir que el agente de policía puede incurrir en falta disciplinaria por una conducta dolosa o culposa, la primera cuando éste conoce que su actuar constituye una violación al régimen disciplinario y sin embargo tiene la plena voluntad para actuar; y la segunda cuando realiza la conducta sin la intención de causar el daño, pero obra con imprudencia o negligencia, es decir por falta de diligencia, de cuidado, de celo o de esmero en el ejercicio de su actividad de policía.

De la responsabilidad penal

Ahora, frente a las implicaciones penales que recaen sobre los miembros de policía, cuando incurren en delitos de acción y omisión impropia, puede verse como a través del art 6 de la Constitución Política (1991), se determina la responsabilidad de los servidores públicos, cuando infringen la Constitución y las leyes, y que además, responden por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, es decir, desde la norma superior, se reprocha el accionar del servidor público, cuando con su conducta, vulnera la Constitución y la ley, que bien puede ser la ley penal. Empero, desaprueba además, las conductas omisivas, cuando el servidor público, tiene la posición de garante, que en forma genérica y abstracta, se encuentra también en cabeza del Estado, por ende, el juicio de reproche por su no hacer, cobra gran relevancia en el mundo penal, pues con esa conducta omisiva, se ocasiona un daño, o se descontrola un riesgo que se tenía por contralado.

Además, las conductas activas y omisivas de los servidores públicos, que atenten gravemente contra los derechos humanos, puede aplicársele el derecho penal internacional (1998). En ese sentido, el inciso tercero del art 93 de la Constitución Política (1991), adicionado el Acto Legislativo 02 de 2001, manifiesta lo siguiente:

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías

contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

En ese orden, debe señalarse que el la Ley 742 de (2002), aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para que el mismo, sea una fuente normativa vinculante dentro del ordenamiento jurídico interno de Colombia; a su vez, por medio del Decreto 2764 de (2002), el Presidente de la República promulgó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para perfeccionar el vínculo internacional con dicha normatividad, sumado que, en (Sentencia C-579, 2002), la Corte Constitucional, declaró exequible la Ley 742 de 2002 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), es decir, la aplicación del Derecho Penal Internacional en Colombia, cuenta con suficiente asidero jurídico, de cara al principio de legalidad.

En términos conclusivos, puede decirse que los miembros de la Policía Nacional en desarrollo de la actividad de policía de vigilancia, pueden incurrir en cualquiera de los tipos penales establecidos en las en normas nacionales (Código Penal, 2000) y (Código Penal Militar, 2010), como también, pueden transgredir normas internacionales (Estatuto de Roma, 1998), en tratándose de graves violaciones a los derechos humanos.

Ahora, frente a los delitos de omisión impropia, los cuales se tienen como delitos de comisión por omisión, en tanto no se cumpla con la posición de garante, es menester, precisar que mientras el sujeto obligado, en este caso el policía de vigilancia, habiendo desplegado todas las conductas tendientes a evitar el daño o controlar el riesgo y, aun así, se produce el resultado indeseado, no podría imputársele de manera objetiva el delito por omisión impropia, toda vez, que lo que se reprocha de la conducta omisiva, es la no acción, o la acción contraria al deber específico, más no en sí mismo el resultado, pues si bien, éste es una condición necesaria, no es una razón suficiente para la imputación objetiva. De suerte que, mientras no se configure la omisión impropia porque se cumplió con la posición de garante y aun así, el resultado fue inevitable, esa omisión se enmarcaría dentro de la atipicidad.

CONCLUSIÓN

En síntesis, se puede establecer que la posición de garante, se encuentra en cabeza del Estado Colombiano y éste, a su vez, delega en la Policía Nacional, algunas de sus funciones, relativas a la promoción de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, como garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y que atañen a la comunidad en general. De ese modo, la Policía Nacional tiene la obligación de mantener el orden público, para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y libertades públicas, dentro del Estado Social y Democrático de Derecho, y con ocasión de tal deber, tiene la posición de garante que se predica del Estado, pero en el ámbito específico de sus funciones.

Los funcionarios pueden transgredir las normas constitucionales, legales y reglamentarias, por acción o por omisión; si la conducta es activa, le serán aplicables las sanciones penales prescritas en la legislación penal; por su parte si la conducta es omisiva, debe tenerse en cuenta, que en los casos de los agentes de policía, la omisión en la que incurren, es la omisión impropia, en razón de su posición de garante, toda vez, que al tener tal calidad jurídica, es su deber realizar acciones tendientes a eliminar, disminuir o controlar una fuente de riesgo o resultado lesivo para un bien jurídicamente tutelado, por ello, no cumplir con ese rol de salvaguarda, cuando cuenta con los medios y las condiciones para actuar en defensa de los mismos, equivale a haber realizado la conducta activa y, por ende, le es imputable el delito que se produzca por su omisión.

La imputación objetiva del tipo penal en que incurra el funcionario de policía, por omisión impropia, se ampara en el principio de legalidad flexible, en el entendido que, aunque no existe normativa expresa que consagre todos los elementos normativos y descriptivos del tipo de la omisión impropia, no puede hablarse de una ausencia total de legalidad al respecto, puesto que, el juzgador puede acudir a diferentes fuentes del derecho, como la Constitución Política (1991), que en su artículo 216 prevé la posición de garante de los miembros de la fuerza pública, en especial el art 218 que consagra la obligación específica para la Policía Nacional de mantener a las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de los habitantes de Colombia. Además, encuentra sustento en instrumentos internacionales como el Derecho Penal Internacional (1998); instrumentos legales como el art 25 del Código Penal (2000), y el art 27 del Código Penal Militar (2010), los cuales se refieren a la omisión impropia; como también,

encuentra respaldo en la doctrina y la jurisprudencia, superando, por demás, el criterio según el cual, se tiene a la ley como fuente exclusiva de derecho.

Se concluye también, que si bien es cierto, por el actuar omisivo de quien ostenta la posición de garante frente a los ciudadanos, se le debe imputar objetivamente los delitos producidos por dicha omisión, también es cierto que, mientras el sujeto despliegue las conductas necesarias para eliminar el daño o el riesgo que atente contra bienes jurídicos, no se le podría realizar imputación objetiva del tipo penal, por haber una causal de atipicidad.

A los miembros de la Policía Nacional en desarrollo de la actividad de policía de vigilancia, le son aplicables las sanciones penales que contemplan las normas nacionales e internacionales descritas en el cuerpo de este trabajo, por su acción u omisión, así como las sanciones disciplinarias consagradas en la Ley 1015 de 2006 y el Código Disciplinario Único.

Por último, para ilustrar las actuaciones que realiza la policía de vigilancia y policía judicial, en cumplimiento de su posición de garante, dentro de una investigación criminal, se documentan las actuaciones que realiza la policía de vigilancia en actos urgentes como primer responsable del lugar de los hechos, así como las que realiza policía judicial e investigadores en criminalística y ciencias forenses relacionadas con el caso práctico expuesto en el presente trabajo.

Bibliografía

SU 1184, 282730 (Corte Constitucional 13 de Noviembre de 2001).

Sentencia C-579, LAT-223 (Corte Constitucional 30 de julio de 2002).

Sentencia C-1184, D-7306 (Corte Constitucional 03 de Diciembre de 2008).

Auto 33039 (Corte Suprema de Justicia 16 de Diciembre de 2010).

Sentencia T-1003, T-3492368 (Corte Constitucional 26 de noviembre de 2012).

Cárdenas, J. (25 de agosto de 2017). *Diplomado en investigación criminal - Justicia Penal Military Policial*.
Obtenido de <http://investigacioncriminalycriminalistica.blogspot.com.co/2016/10/haciendo-clic-en-los-diferentes-link.html>

Código Penal. (2000). *Código Penal, Ley 599 de 2000. Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 - Ley 600 de 2000*. Bogotá: Legis Editores S.A.

Código Penal Militar. (17 de agosto de 2010). *Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.* . Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=40200>

Constitución Política. (4 de julio de 1991). *Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.* Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Decreto 2764. (26 de Noviembre de 2002). *Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.* . Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6309>

Decreto 4222. (23 de noviembre de 2006). Obtenido de <https://www.policia.gov.co/sites/default/files/funciones-policia-nacional-decreto-no-4222-del-23-11-2006.pdf>

Estatuto de Roma. (17 de julio de 1998). *Agencia de la ONU para refugiados*. Obtenido de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0033>

García Martín, L. (1999). La comisión por omisión en el derecho penal español. . *Revista Nuevo foro Penal*, N° 61., 127.

Lascurian, J. A. (2002). *Fundamentos de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas.

Ley 1015. (7 de febrero de 2006). *Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.* Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18982>

Ley 742. (5 de junio de 2002). *Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.* Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5964>

Mir Puig, S. (2010). *Derecho penal parte general*. Barcelona: Reppertor .