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:

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.

Dr. **Jorge Fernando Perdomo Torres,** Mg., profesor del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia.

19 de octubre, 2026

I. Equivalencia entre acción y omisión

El Código Penal colombiano advierte con claridad que la conducta punible puede ser realizada tanto por acción como por omisión, equiparando claramente las dos formas de realización de la conducta punible. Esta constatación es importante pues la historia y evolución de la teoría penal estuvieron marcadas por la preeminencia y protagonismo naturalista del delito cometido por acción, siendo considerada la omisión una forma secundaria de delincuencia. El encabezado del precepto deja claro entonces que la acción y la omisión, al ser formas de realización del hecho delictivo, son valorativamente iguales. Esta equiparación ha sido reconocida en Colombia desde las primeras etapas del tratamiento de la

posición de garante. Así, ya desde la Sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional reconocía que «Cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas»[i].

Fieles a la tradición diferenciadora, la mayoría de los códigos penales contiene lo que se ha denominado cláusula de equivalencia o correspondencia entre la acción y la omisión, es decir, un enunciado pensado en modalidad de omisión que ante la infracción del correspondiente deber equivaldría al delito en específico cometido por acción[ii], por lo que se estaría ante una comisión por omisión; otros la llamarían omisión impropia.

Diferente el Código Penal colombiano. La norma parte de la premisa de que el juicio de imputación se hace a partir de un deber de evitar un resultado concreto de los previstos en las normas jurídico-penales y que el sujeto con su conducta (activa u omisiva) no acata ese deber pudiendo haberlo cumplido. Entonces, la famosa equivalencia entre acción y omisión que siempre se ha buscado en la doctrina y jurisprudencia penales debe ser interpretada teniendo en cuenta que existe un autor que no evita un resultado pudiendo hacerlo teniendo una posición de garante, siendo garante efectivo de la evitación del resultado y este deber de garantía debe ser analizado porque se encuentra presente tanto en los delitos de acción como en los de omisión. La equivalencia debe entonces analizarse en torno al significado normativo penal (sentido delictivo) de la conducta del sujeto. El padre de familia que termina con la vida de otro con sus propias manos comete un homicidio (art. 103), pero también cuando no evita que su hijo menor de edad apuñale causándole la muerte.

La jurisprudencia constitucional también ha recogido los planteamientos realizados por la tradición penalista al reconocer que «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»[iii]. Concepto enteramente normativo presente en decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[iv].

II. Sobre la teoría de la posición de garante en general

La teoría de la posición de garante tiene ya más de un siglo de tradición penal. Ella ha venido siendo expuesta y desarrollada por la doctrina y jurisprudencia penales para fundamentar el origen, surgimiento y existencia de deberes de evitación de resultados y, como afirmamos, concebida tradicionalmente como elemento fundante de la responsabilidad por omisión. Esta fundamentación en el derecho penal estilizó esta teoría de tal forma que muchos, casi innumerables, han sido los autores de propuestas de posiciones de garante, desde antaño y hasta hoy[v]; en todo caso se suele atribuir la etiqueta «posición de garante» a Johannes Nagler[vi], quien afirmó hace casi ya un siglo que el elemento característico de la responsabilidad por omisión es la existencia de una posición especial del sujeto frente al resultado, posición que denominó de «garante». Por tanto, cuando se habla de posiciones de garante se suele asociar la temática a la responsabilidad por omisión.

No obstante, y teniendo en cuenta una concepción normativa de la sociedad y del derecho penal, como la expuesta con mucha fuerza y suficiencia por Günther Jakobs[vii], se puede afirmar que los deberes de evitación de resultados hacen parte del juicio de imputación penal para todo tipo de delitos y para todas las modalidades de conducta humana[viii]. La posición de garante y el deber de evitación de resultados dañosos existen tanto en los delitos de acción (¿acaso quien mata a otro con sus propias manos no lesiona un deber jurídico?) como en los de omisión, de tal suerte que el ejercicio concreto de imputación objetiva como criterio de tipicidad es unitario para las dos modalidades de conducta e inicia con la constatación de la existencia del deber y su intensidad, lo que a su vez determina la posición de garante frente al caso concreto. La constatación de la existencia del deber como presupuesto para la posición de garante ha sido desarrollada expresamente, entre otras, en materia de omisión impropia; al respecto, en una reciente decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se señaló que «Lo anterior es suficiente para descartar la responsabilidad penal bajo la modalidad de omisión impropia, porque esta tiene como presupuesto medular la existencia de un deber legal de evitación […]»[ix].

Según Jakobs[x], la tarea de un derecho penal de orientación funcionalista es garantizar por medio de la pena la identidad normativa de la sociedad. Por ello, debe diferenciarse entre deberes negativos y positivos[xi]: el primer grupo contiene aquellos deberes que son impuestos a cualquier persona y que tienen como contenido el no lesionar esferas jurídicas de libertad ajenas; se trata de un deber negativo o una expectativa de omisión en la que se encuentran inmersos tanto prohibiciones como mandatos, es decir, una expectativa que puede ser defraudada tanto por acción como por omisión. Como deberes positivos deben entenderse, por el contrario, aquellos deberes que tienen como contenido proporcionar ayuda a otra persona, edificar con ella un mundo en común y a través de los cuales se garantizan aquellas instituciones que anudan vínculos positivos entre personas. A partir de esta diferenciación se proponen categorías concretas de posiciones de garantía vinculadas con el deber de aseguramiento en el tráfico, el deber derivado de injerencia, aquel de asunción, la institución de la familia, la confianza y los deberes genuinamente estatales, entre otras. La diferencia entonces no debe hacerse a partir de acciones y omisiones, sino a partir de los deberes, su naturaleza y entidad.

III. El inicio en la discusión colombiana: la posición de garante de los miembros de la fuerza pública

El concepto y discusiones asociadas a la posición de garante en derecho penal fueron introduciéndose en la jurisprudencia colombiana de manera paulatina y más bien tangencialmente durante la década de los noventa. La Corte Constitucional abordó el tema de manera mucho más concluyente y directa en la Sentencia SU-1184 de 2001, donde se expone la posición de garante de los miembros de las fuerzas armadas y de policía. La propia decisión empieza reconociendo la falta de desarrollo en la materia, lo que la lleva a exponer los principales fundamentos de la posición de garante, especialmente, su fundamento material ubicado en la delimitación de ámbitos de competencia. Para ello, resume los principales hitos de la discusión sobre el origen de los deberes especiales, desde un primer

enfoque limitado a las fuentes formales de las que pueden surgir (como la ley, el contrato, la injerencia o las estrechas comunidades de vida), pasando por el posterior desarrollo centrado en la posición del sujeto con respecto al control de fuentes de peligro o la protección de bienes jurídicos ante posibles amenazas, hasta llegar a las posiciones normativistas más vigentes que ubican el fundamento material de la responsabilidad en el incumplimiento de los deberes negativos por organización o positivos por institución[xii].

En la Sentencia T-327 de 2004 de la Corte Constitucional se aclara expresamente que un miembro de la Fuerza Pública puede ser garante por cualquiera de esos dos últimos fundamentos. Posición que es ratificada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando sostiene que los referidos sujetos cuentan con «deberes de competencia institucional y también por organización»[xiii]. Esta sentencia, producida dentro del caso conocido como «La masacre de Mapiripán», es sumamente importante para entender el alcance y desarrollo de la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública en Colombia. La posición de garante de miembros de la Fuerza Pública también se reitera en la Sentencia C-1184 de 2008 de la Corte Constitucional. Igualmente se analiza la situación de miembros de la Policía Nacional en una decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[xiv], donde se enfatizó que la posición de garante no se estructura de forma abstracta por el simple hecho de ostentar un rango o un cargo funcional, pues no se puede construir un deber de garantía ilimitado y absoluto únicamente por el deber general de protección a los ciudadanos; limitación que la misma Corte Suprema reproduce en una sentencia posterior[xv], según la cual «No se ofrece admisible» fundar la responsabilidad en deberes generales de los funcionarios. También en una decisión del mismo Tribunal se indica que «La protección del bien jurídico debe ser concreta y no abstracta»[xvi]; en el mismo sentido, otra decisión en la que se señala que no puede edificarse «un deber de garantía ilimitado y absoluto»[xvii] para esta clase de sujetos (y en general, para ninguna persona), pues los deberes institucionales radicados en los artículos 2.º y 6.º de la Constitución deben ser concretados funcionalmente. La necesidad de concretar el deber, entonces, demanda que para determinar la posición de garante de los miembros de la Fuerza Pública se haga un análisis particular en cada caso, como lo señala otra decisión de la misma Sala[xviii].

Como se ha expuesto, la Corte Suprema de Justicia también se ha manifestado en general y de forma amplia sobre el tema; durante la primera etapa del desarrollo jurisprudencial sobre la materia, la Sala de Casación Penal[xix] concluyó que el artículo en comento se compone de dos partes: una primera parte compuesta por los dos primeros incisos, que da lugar a la existencia de posiciones de garantía originadas en deberes consagrados en la Constitución o en la ley, las cuales aplican frente a cualquier tipo de bien jurídico; y la segunda parte compuesta por los incisos y parágrafo subsiguientes, que contempla la existencia de posiciones de garantía originadas en otro tipo de fundamentos (asunción voluntaria de la protección de una persona o una fuente de riesgo; estrechas comunidades de vida, ejercicio de actividades riesgosas, injerencia) y que únicamente procederían respecto de los bienes jurídicos también delimitados por la norma (sobre esto último nuestra posición crítica más adelante). Aunque la concepción bipartita de la posición de garante ha estado presente en varias etapas de la discusión jurisprudencial, desde mediados de la década pasada ha venido

perdiendo importancia de cara al entendimiento del artículo en comento. La famosa sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[xx], producida en el caso «de los perros», fue una de las primeras en señalar que la división conceptual resultaba intrascendente, pues la aplicación de la figura dependía de los diferentes elementos asociados a la teoría de la imputación objetiva.

IV. Sobre el resultado

El resultado perteneciente a la descripción típica no debe entenderse como resultado en el sentido de los tradicionales delitos de resultado (lesión o puesta en peligro del objeto material de la acción), sino más bien en sentido amplio, es decir, como el suceso típico previsto en la norma y que consuma el delito; por tanto, todos los delitos y sus acostumbradas clasificaciones, de mera conducta, resultado, de peligro abstracto, etc., están cobijados por esta norma y por tanto pueden ser cometidos tanto por acción como por omisión. Los delitos de mera actividad contienen sucesos que pueden ser valorados como resultados en sentido jurídico-penal, y que son independientes de la realización de una acción; por ejemplo, quien interpone ante la Fiscalía General de la Nación una denuncia penal conociendo que lo que allí se expone no corresponde con la verdad (art. 435 y ss.) comete un delito por acción, pero también por omisión si no evita que el ente fiscal inicie el proceso de investigación penal.

V. Consideraciones frente al principio de legalidad

Con esta norma el legislador le salió al paso a los posibles cuestionamientos que en torno al principio de legalidad constitucional y al mandato de determinación de las normas penales pudieran hacerse, especialmente en materia de responsabilidad por omisión. Siempre se entendió que la responsabilidad por conductas activas no necesita ninguna norma especial contentiva de deberes o que autorice el juicio de atribución, no siendo así para la responsabilidad por omisión; esta norma surge entonces de la necesidad de regulación expresa del delito de omisión que se ha venido reclamando a lo largo de la evolución dogmática penal en aras de garantizar el principio de legalidad que, de lo contrario, según la doctrina mayoritaria, se vería lesionado de forma grave. En todo caso, el Código Penal reconoce que la posición de garantía es elemento indispensable para la imputación, haciendo claridad sobre algunas teorías y figuras de posiciones de garantía expuestas por la doctrina y jurisprudencia penales en décadas de evolución. Déjese dicho que el principio de legalidad no debe ser entendido de igual forma en la parte general y la parte especial del derecho penal; la descripción de los elementos de un delito exige una mayor precisión y, por lo tanto, una mayor garantía de este principio que la que demandan los elementos generales del delito y su teoría. El contenido dogmático de dicho principio debe interpretarse flexiblemente en la parte general, pues de lo contrario el Código se adscribiría a una corriente dogmática en particular, haciendo poco confiable el trabajo del funcionario judicial[xxi]. Con lo anterior no debe parecer que aquí no se reconoce el principio de legalidad; solamente se trata de una interpretación no utópica acorde con las capacidades del legislador y con las necesidades del derecho penal moderno.

VI. ¿Consecuencias en materia de punibilidad?

El precepto no diferencia, como sí se encuentra por ejemplo en la legislación alemana[xxii], la acción de la omisión en sede de punibilidad; esto resulta de buen recibo, pues una regulación como la consagrada en el párrafo segundo del parágrafo 13 del Código Penal alemán no encuentra explicación alguna en un sistema punitivo moderno que parte de la imputación a partir de la equivalencia entre acciones y omisiones[xxiii]. No se puede entender el hecho de que la comisión por omisión contenga especiales causas de atenuación punitiva de que no gozan, en principio, los delitos de comisión o de acción; una posibilidad de atenuación que, aunque de acuerdo con una opinión podría encontrar aplicación en algunos casos[xxiv], no parece dogmáticamente acertada[xxv]. Como dijimos, esta ha sido la posición acogida en Colombia desde los albores del tratamiento de la posición de garante; así, en la Sentencia SU-1184 de 2001 ya se señalaba que «cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas»[xxvi].

VII. La posibilidad fáctica de evitar el resultado

En cuanto a la posibilidad de realización de la acción ordenada, se reclama que el autor debe haber sido capaz en abstracto de evitar el resultado por medio de una conducta de acción u omisión. No es otra cosa que la consagración de la condición fáctica de que el autor pueda llevar a cabo voluntariamente la conducta que hubiera impedido la producción del resultado; esto significa que, en el caso de la omisión, el omitente debe haber estado en una situación que le permita influir de alguna forma en el suceso y su evitación.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha recogido este principio general bajo la cláusula «[…] nadie está obligado a lo imposible»[xxvii]. El contenido del principio ha sido desarrollado alrededor de diferentes temáticas, como por ejemplo la relativa a la responsabilidad penal médica; en efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que la obligación se extiende únicamente «hasta el límite de realizar la acción posible indicada en la *lex artis* para cada patología […]»[xxviii]. Más recientemente, la misma Sala reiteró que las obligaciones del galeno dirigidas a la curación, mejoría o aminoración de la condición aflictiva llegan «[…] hasta el límite de realizar la acción posible indicada en la *lex artis* para cada patología, en los términos estrictos del compromiso arrogado de forma potestativa […]»[xxix].

VIII. De la causalidad a la imputación objetiva

En cuanto a la causalidad (hipotética), tratándose de la omisión esta no se puede afirmar para la entrada de un resultado típico, pues ontológicamente y desde una perspectiva realista un «nada» no tiene las consecuencias externas propias de un delito de acción, y esto parece ser ampliamente aceptado. Por esto, algunos suelen reclamar como requisito una causalidad hipotética, esto es, una que resulte de la comprobación de que si el autor hubiese ejecutado dicha acción, no se hubiese producido el resultado; otros sustituyen lo estrictamente naturalístico por criterios de probabilidad o estadística. Queda claro, en todo caso, que el

omitente no causa el resultado, pero dado que esta omisión equivale a producirlo, su conducta tiene el mismo significado jurídico de una conducta de acción; es la adscripción de sentido o, con otras palabras, un ejercicio valorativo de imputación el que se impone[xxx].

Es imprescindible comprobar que la acción debida omitida era idónea para impedir el resultado o, al menos, para disminuir el peligro que se realizó, pues el resultado no se puede atribuir si también habría ocurrido con la conducta debida. Así lo ha sostenido de forma pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Por ejemplo, en una decisión de 2007 se demostró que «La acción omitida […] habría sido apropiada para disminuir el riesgo de lesión de los bienes jurídicos vitales de los pobladores»[xxxi]. Más adelante, una decisión de 2009 recordó que «Un resultado no puede serle imputado al creador de un riesgo jurídicamente desaprobado si […] se hubiere producido incluso con una conducta diversa del autor»[xxxii]. Y más recientemente, en una sentencia de 2023 se dijo lo siguiente: «[…] se le reprocha no haber adelantado […] estudios y exámenes […], en cuyo caso […] distinto se habría ofrecido el tratamiento, al punto de evitar el resultado»[xxxiii].

Esta construcción dogmática deja ver con claridad que lo verdaderamente importante en los delitos de omisión es determinar cuáles son las condiciones que deben darse para la imputación del resultado, dicho de otra forma, que estas condiciones están más allá del contexto causal y que, en últimas, son las que determinan la necesidad o no de dicha causalidad. Es evidente que el traslado de la concepción causal tradicional al delito de omisión está destinado al fracaso; ahora bien, el criterio causal experimenta también hoy en día una pérdida progresiva de importancia en el interior de la comisión (por ejemplo, en los casos difíciles en materia de responsabilidad médica), por lo que la fundamentación de responsabilidad debe incorporar prevalentemente criterios de valoración como los ofrecidos por la moderna teoría de la imputación objetiva.

Esta teoría, que entró con fuerza en Colombia a comienzos de la década de los noventa del siglo pasado de la mano de la dogmática penal, ya ha sido acogida por la jurisprudencia de las altas cortes en Colombia; actualmente es vasta la jurisprudencia alusiva a sus elementos. Un recorrido corto pero general sobre el particular permitiría sostener que su desarrollo inicia con la Sentencia SU-1184 de 2001 de la Corte Constitucional. El esquema básico allí trazado serviría de base para las decisiones mediante las que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha analizado y desarrollado los distintos elementos que componen la teoría. Un primer ejemplo significativo se encuentra en una sentencia de casación de 2007[xxxiv], en la cual se acogió la teoría luego de reconocer que la jurisprudencia de la Sala ya había venido desplazando los criterios de realización del delito culposo hacia aspectos meramente objetivos como, por ejemplo, la infracción al deber objetivo de cuidado. Por su parte, la decisión de 2012[xxxv] marcaría un hito sobre la materia, sentando de manera definitiva los criterios que serían posteriormente reivindicados de manera pacífica por la jurisprudencia de la Corte. Corolario de lo anterior, decisiones como la de 2016[xxxvi] han hecho esfuerzos para sistematizar la teoría y aplicarla con mayor facilidad. Mientras, otras han servido para

desarrollar algunos aspectos concretos: sobre roles y ámbitos de competencia, la de 2018[xxxvii]. En materia de concurrencia de riesgos, la de 2022[xxxviii].

A propósito de los referidos criterios de valoración, cuyo estudio no es el objetivo principal de estas páginas, valga resaltar dos muy importantes: primero, la infracción del deber y la creación o el incremento de un riesgo no permitido no bastan para atribuir el resultado, pues debe acreditarse que la omisión tuvo repercusión jurídicamente relevante en este. Así lo recuerda la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: «No basta […] la infracción al deber objetivo de cuidado para atribuir el comportamiento culposo; tampoco el incremento o creación del riesgo no permitido»[xxxix]. Criterio que también se encuentra en otra decisión de la misma Sala: «[…] si la lesión o la muerte […] sobreviene […] al margen de la práctica médica […], no habría lugar a imputar el delito imprudente al galeno»[xl]. En segundo lugar, el resultado solo se imputa cuando constituye la realización del mismo riesgo jurídicamente desaprobado que el garante debía neutralizar y no de otro; este juicio se efectúa *ex post*, atendiendo todas las circunstancias conocidas después del hecho. Aunque este criterio ya se encuentra en decisiones como la Sentencia SU-1184 de 2001, su vigencia ha sido recordada en otras más recientes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como la de 2016: «En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex post*»[xli].

IX. La teoría de las funciones de Armin Kaufmann

Se reclama 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. La norma menciona así unos primeros criterios de posiciones de garantía enfocados en las funciones de protección de bienes jurídicos y de aseguramiento de fuentes de riesgo, lo que en la doctrina se asocia con la teoría de las funciones expuesta por Armin Kaufmann[xlii]. Esta teoría buscó fundamentar las posiciones de garante resaltando dos posibles funciones del agente ante situaciones específicas, partiendo de la relación especial y estrecha entre el sujeto obligado por el mandato y el objeto garantizado (protección), y la situación relacional de un sujeto frente a fuentes de peligro (control). Aunque estas funciones suelen ser consideradas suficientes en aras de dicha fundamentación, como funciones que son, no revelan el motivo real que fundamenta y legitima los deberes de garantía en derecho penal. El que una persona tenga como función la protección de un bien jurídico o el control de una fuente de peligro constituye un aspecto secundario en relación con las condiciones según las cuales alguien está obligado a cumplir dicha función: por ejemplo, un salvavidas puede tener como función la protección de los bienes jurídicos de quienes acuden a la piscina donde trabaja, pero también la de aseguramiento de la fuente de riesgo «piscina»; no obstante, ninguna de estas funciones define o fundamenta el origen del deber. Este enunciado corresponde, sin duda, con lo que en la doctrina penal más recientemente se ha denominado deber de aseguramiento en el tráfico[xliii], es decir, aquel deber que surge del ejercicio de libertad personal de todo ciudadano en sociedad; quien puede organizar libremente debe asegurar su ámbito de libertad para que de este no surjan peligros para intereses jurídicos ajenos.

La Corte Constitucional en la reiteradamente citada Sentencia SU-1184 de 2001 ya afirmó: «[…] lo fundamental es si [el garante] cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos»[xliv]. Exigencia que también realiza la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando señala que «[…] es lo cierto que la atribución de responsabilidad penal demanda no solo de conocimiento respecto de la existencia del riesgo específico […]»[xlv].

En una decisión posterior[xlvi], la misma Sala de Casación Penal se refirió a los límites del alcance de la posición de garante a partir de la idea de dominio del riesgo (algo similar al concepto de aseguramiento). Para evitar extender ilimitadamente la responsabilidad penal en relaciones contractuales complejas, es necesario delimitar en cada caso concreto a quién corresponde el deber especial de protección, pues la garantía no se transmite automáticamente entre todos los sujetos que intervienen en una actividad económica riesgosa; en cambio, el deber especial de protección corresponde únicamente a quien posee un control técnico y operativo sobre cada fuente de peligro o riesgo concreta. El caso de connotación nacional del esquema piramidal instaurado por DMG fue ejemplificativo sobre este asunto, pues la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que con independencia de que las víctimas hubieran invertido y asumido riesgos de forma voluntaria, era al acusado, como captador del dinero, a quien correspondía normativamente el deber de velar por su adecuada custodia[xlvii].

X. Feuerbach presente en la norma

El ejercicio de la función que reclama la norma debe hacerse conforme a la Constitución o la ley, esto es, se hace una especial remisión a la fuente de la obligación o del deber de garantía, el cual ya desde finales del siglo XVIII se reclamaba en el derecho positivo. Fue Feuerbach[xlviii] quien por primera vez intentó sistematizar el tratamiento que en esa época había venido siendo hecho de los delitos de omisión y quien hizo la verdadera diferenciación entre delitos de acción y de omisión; los primeros, aseveró, tienen como fundamento la infracción de un deber con contenido de omisión y solo pueden ser infringidos mediante un actuar (lo que el autor llamó la obligatoriedad originaria del ciudadano), mientras que los segundos encuentran dicho fundamento (aquí catalogado como especial) en la lesión de aquellos deberes que se derivan de la ley o el contrato, tienen como contenido un actuar y solo pueden ser infringidos por omisión. Esta afirmación de que la obligación originaria del ciudadano únicamente debe entenderse dirigida hacia la evitación de lesiones del Derecho a través de un actuar (prohibiciones), desconoce que también existen mandatos que surgen de igual forma de dicha obligación originaria y que tienen también como contenido negativo el evitar que otra persona sea perjudicada o lesionada en su esfera jurídica. La visión legalista del origen del deber de garantía a la que se refiere esta parte de la norma en comento fue superada posteriormente, e incluso figuras de fundamentación de obligaciones como el contrato, expuesta ya por este autor, fueron sustituidas por otras a partir de aspectos

materiales; en la creación y fundamentación de deberes de garantía, el papel de la teoría y doctrina penales ha sido más protagónico que el de la ley. De esa manera se ha sostenido que otras fuentes formales, como los reglamentos, no crean autónomamente posiciones de garante, aunque se reconoce que sí podrían servir para concretar un deber previamente definido en la Constitución o la ley, siempre que medie una remisión previa, precisa y pública. En ese sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-400 de 2013, sostuvo que «El reglamento, de forma autónoma, no puede servir de origen [pero] sí es posible […] una concreción administrativa de los elementos centrales […] previamente definidos en la ley»[xlix]; mientras que en la Sentencia C-297 de 2016 precisó algunos requisitos al señalar que «La remisión debe ser precisa; […] la norma […] debe existir con anterioridad […], ser de conocimiento público y […] preservar los principios y valores constitucionales»[l].

XI. Sobre posiciones de garantía en especial: la asunción voluntaria

La norma contiene también una enumeración de situaciones constitutivas de posiciones de garantía. Con cuatro numerales el legislador persigue taxatividad para la garantía del principio de legalidad. El primer numeral expone el deber de garantía derivado de un comportamiento de asunción, lo que se conoce en la literatura como posición de garante por asunción, una visión material y actual del concepto de contrato. Cuando alguien «asume la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio», tiene el deber de responder por la correcta administración de esa situación de riesgo, la cual incluso puede implicar el desmejoramiento de las condiciones de la organización ajena (piénsese apartando otros posibles administradores del peligro o riesgo). Entonces, el deber que surge tiene por contenido el control de una situación de riesgo presente, futura o potencial que el agente ha decidido administrar voluntariamente y, si es el caso, está ante el deber de llenar el vacío producto de la desconfiguración de las seguridades preexistentes en dicha organización; está obligado a tomar todas las medidas necesarias para administrar correctamente o para la compensación del defecto creado, de todo lo cual el agente es competente.

Un ejemplo expuesto por Stree, uno de los autores que modernamente se ocupó del tema con mucha seriedad: «Quien alienta a una persona insegura en el tráfico a pasar la calzada de una calle concurrida con la promesa de guiarla de manera segura, la ha colocado en peligro para la vida y la integridad corporal. Él no debe abandonarla a su suerte, sino que debe impedir que el peligro alcance pleno desarrollo en un resultado dañino»[li]. En este ejemplo, el agente ha creado un momento de peligro o ha decidido administrar uno presente, pues ha asumido la tarea de conducir a esta persona en la situación peligrosa, de manera que si deja que este momento de peligro creado se concrete en un resultado, defrauda una expectativa de omisión, de no dañar las esferas de libertad del otro que voluntariamente ha traído a su ámbito de protección. También es pensable el caso en que una persona encuentra a un niño abandonado en un bosque y asume en el propio ámbito de dominio su real protección; si bien es evidente que no se trata del desmejoramiento de las posibilidades en una organización ajena y aquí no se crea peligro ni defecto alguno, en todo caso se asume una real administración de riesgos

que origina para el agente el deber jurídico de orientar su conducta de acuerdo con las expectativas de dicho rol.

En rica jurisprudencia y sobre diversos temas la Corte Suprema de Justicia ha venido exponiendo el criterio de la asunción; la Sala de Casación Penal resolvió el caso conocido como de «los perros»[lii]. Tratándose de un delito culposo y refiriendo la problemática de la posición de garante con la teoría de la imputación objetiva, hace énfasis en la asunción del control sobre fuentes de riesgo, indicando que si bien pueden concurrir varias posiciones de garantía (en este caso la de la propietaria de los perros que debe asegurar el peligro que deviene de ellos, y la del padre de la niña que asume la seguridad de esa fuente frente a su hija menor de edad, frente a quien también tiene una posición de garante derivada de la patria potestad), en cada caso debe analizarse el incumplimiento de los deberes asociados a la posición de garante para determinar si todos los participantes pueden ser imputables, pues un garante puede asumir riesgos que, en principio, corresponde asegurar a otro, lo que se conoce como la figura de la delegación de la posición de garante.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expone que la posición de garante no surge exclusivamente de un nombramiento oficial o de un vínculo contractual, sino del ejercicio real y efectivo de funciones de dirección, control y vigilancia asumidas voluntariamente[liii]; la posición de garante puede entonces acreditarse mediante cualquier medio probatorio que demuestre quién asumió materialmente la organización y el mando de la actividad riesgosa. Reiterada por la misma Sala en una decisión posterior, donde se indicó, a propósito de la posición de garante que tienen los médicos, que, si bien la obtención del título profesional es una primera obligación a cumplir por estos profesionales, ella no constituye *per se* la posición de garante, pues en todo caso «se demanda la asunción voluntaria del riesgo, o sea de la protección de la persona»[liv].

XII. La asunción y la responsabilidad penal médica

Sobre la posición de garante en el ámbito de la responsabilidad médica y con referencia a la asunción, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó que un médico puede crear un riesgo jurídicamente desaprobado directamente o asumir uno ya existente, casos en los cuales tiene el deber jurídico de neutralizarlo y/o disminuirlo según las normas que dicta la *lex artis*[lv]; por ello, la omisión de protocolos médicos establecidos constituye una elevación del riesgo jurídicamente desaprobado.

Igualmente, la posición de garante nace cuando comienza materialmente la función asumida, lo que en la atención médica se traduce en el momento en que aquella inicia con independencia de la existencia de un contrato formal. Una decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo ilustra claramente: «La posición de garante surge desde el primer momento en que el facultativo inicia la atención médica […] —no se requiere un contrato formal—»[lvi]. Posición reiterada en otra decisión de la misma corporación[lvii]. Valga mencionar que este mismo criterio se utiliza también en el ámbito de las actividades riesgosas, en las que el deber del garante surge desde que se inicia el ejercicio material de la

custodia de los participantes. La Sala de Casación Penal se refirió de manera muy clara sobre este asunto en una reciente decisión. Obsérvese: «quien asume la dirección de una faena de buceo ocupa una posición de garante respecto de la vida y seguridad de los buzos bajo su conducción. Esa posición se origina en la asunción voluntaria de una función de protección, conforme al artículo 25 numeral 1.º del Código Penal. […] El guía adquiere la obligación objetiva de controlar las fuentes de riesgo que surgen de la actividad y de neutralizar sus efectos lesivos, mediante el cumplimiento estricto de los estándares técnicos aceptados globalmente […] y asume una función de custodia respecto de los participantes»[lviii].

El ámbito de la responsabilidad médica también ha servido para delimitar el momento en que finaliza la garantía por asunción. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que aquella no cesa en el momento en que termina el turno laboral del médico, sino que persiste mientras la persona o la fuente de riesgo permanezcan en la órbita de protección. Esto comprende la atención hasta el alta y el control postoperatorio o postratamiento hasta que termine la intervención o el paciente abandone la terapia. Por ejemplo, en una decisión de 2022 se dijo que «[…] se concede relevancia a la posición de garante que asumen los profesionales de la salud, a partir del momento en que el paciente es admitido al servicio y hasta el momento en que es dado de alta»[lix]. Por su parte, otra decisión de 2024 señaló que «[El médico debe] ejercer un completo y constante control durante el postoperatorio o postratamiento, hasta que se agote la intervención del médico tratante o el paciente abandone la terapia»[lx]. Ahora bien, la asunción por un tercero no extingue automáticamente la posición precedente, sino que el desplazamiento del deber exige una transferencia real e idónea del ámbito de dominio, lo cual comprende la entrega material, adecuada y completa del paciente y de su información clínica al profesional que continúa el tratamiento. Con esto, la Corte señaló que si el control de los riesgos asumidos por un garante no se transfiere de manera adecuada a quien deba asumirlo, la responsabilidad del resultado lesivo seguirá recayendo sobre el primer garante, así: «la casuística enseña de ocasiones en las que ese traslado opera solo aparente, o atemperado, o no se radica en cabeza de persona idónea, o en fin, puede determinarse que el titular de la fuente de riesgo conservó la obligación de evitar el daño»[lxi]; esta idea sería posteriormente retomada y desarrollada con mayor profundidad en otra decisión[lxii]. Según una decisión de la misma Sala, este tipo de escenarios con participación de varios garantes incluso puede llegar a intensificar los deberes de protección, cuando, por ejemplo, se conoce la falla de otro profesional, obligando al primer garante «[…] a incrementar su propio rol de garante, a extremar el cuidado debido y a adecuar la *lex artis* a la deficiente conducta funcional del tercero […]»[lxiii].

La posición de garante asumida por el galeno comprende la protección del paciente y el control de las fuentes de riesgo sometidas al dominio médico. En ese sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dijo que «[…] se activa para él la posición de garante respecto del paciente y de la fuente de riesgo —por ejemplo, medicamentos e instrumentos quirúrgicos—»[lxiv]. Con todo, la posición de garante no convierte al médico en asegurador del resultado, pues la infracción de la norma de cuidado debe concretarse en la lesión y existir una conducta alternativa eficaz. En una decisión de 2016, la misma Sala se refirió así sobre el particular: «No basta la constatación de la infracción al deber objetivo de

cuidado […] la conducta negligente […] debe tener repercusión directa en el disvalor de resultado»[lxv]. Si «no había un comportamiento alternativo […] que hubiera podido impedir la consumación […], no habrá lugar a deducir el delito de omisión impropia»[lxvi]. Recientemente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia trató de unificar la abundante jurisprudencia que hay sobre la materia[lxvii] y se ocupó del tema de los conocimientos especiales del sujeto (especialmente en la valoración *ex ante*), planteando la necesidad de considerar los deberes especiales de conocimiento exigibles a un garante.

Asimismo, la identificación del parámetro de precaución aplicable al caso (protocolo, norma, manual, baremo o regla de la *lex artis*) funge como criterio adicional para limitar la posición de garante. En ese sentido, la citada decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia indica que «[…] es imprescindible determinar cuál es el parámetro de precaución […] que se debía aplicar al caso específico o que hipotéticamente podría haber empleado otro profesional prudente —con la misma especialidad y experiencia— en similares circunstancias […]»[lxviii]. Idea que también se encuentra en otras decisiones de la misma corporación[lxix].

XIII. La asunción y la posición de garante de los oficiales de cumplimiento

Otro ámbito que ha servido para el debate sobre asunción es el de la responsabilidad de los oficiales de cumplimiento. Aunque por ahora no ha habido en Colombia decisiones jurisprudenciales relevantes sobre el particular, la doctrina ha señalado que la posición de garante que tienen estos profesionales y que surge del ejercicio voluntario de una labor de cuidado y administración de riesgo tampoco deriva meramente del cargo, sino que deben examinarse en cada caso concreto las funciones efectivamente asumidas, los casos de delegación, la capacidad decisoria y ejecutoria y la posibilidad real de impedir el resultado en el marco de los programas de cumplimiento[lxx].

XIV. La posición de garante en virtud de estrechas comunidades de vida y confianza legítima especial

El segundo numeral hace referencia a un criterio de posición de garante expuesto originariamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reich alemán, la estrecha comunidad de vida entre personas[lxxi]. Se afirma que el deber de garante puede ser determinado por estrechas relaciones personales con independencia de cualquier regulación legal, precisamente para casos donde la ley no consagra el deber pero la justicia material lo reclama; el Tribunal alemán sostuvo que determinadas relaciones estrechas de vida, por ejemplo, al interior de la familia, pueden llevar a que deberes que originariamente son éticos alcancen un carácter jurídico, se vuelvan así vinculantes y puedan fundamentar posiciones de garante por encima de cualquier ley y contrato. Las altas cortes colombianas han puesto el énfasis en los deberes en virtud de la patria potestad y el matrimonio, por ejemplo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia afirmó que «por el solo hecho de la paternidad el padre o los padres tienen el deber de velar por la protección y desarrollo de sus hijos»[lxxii]. Y en sentido similar, la Corte Constitucional apuntó en la Sentencia SU-1184 de

2001 que «[…] hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) […]. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos»[lxxiii].

Sin embargo, la figura de la estrecha comunidad de vida entre personas permitió abrir la discusión en el seno de la familia y fundamentar deberes en casos que la ley no consagraba, por ejemplo, fue utilizado para fundamentar deberes de garantía en casos de relaciones familiares y análogas donde se construye comunidad como en aquellos casos de parejas del mismo sexo[lxxiv] o cuando el deber familiar no es tan claro, situaciones de deberes entre hermanos, primos, etc.

El grado de indeterminación y abstracción de este criterio ha sido puesto de presente muy críticamente[lxxv]; ¿qué características debe tener una comunidad tal para fundamentar deberes? ¿a qué apunta la calidad de estrecha de una comunidad? ¿existe una estrecha comunidad de vida cuando los cónyuges no viven juntos? Evidentemente, cuestiones trascendentales que ni la jurisprudencia ni la teoría han resuelto, por lo que el criterio se torna más bien formal. El mismo Tribunal Supremo alemán más recientemente y en la tradición alemana de orientar esta discusión planteó la necesidad de poner el acento en criterios materiales de fundamentación, proponiendo la «confianza» que ha sido transmitida a través de la constancia en el ejercicio de un rol como punto de partida en el análisis de la vinculación jurídica en relaciones familiares y análogas[lxxvi]. El caso tratado en esa decisión fue el de una pareja de esposos que aunque separados seguían unidos por el vínculo legal; el Tribunal afirmó que ello no era suficiente para fundamentar el deber de garantía y que lo importante era la verdadera relación de confianza entre ellos. En sentido muy similar, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que en relaciones de pareja la comunidad se determina materialmente, de manera que «Los referidos —relación romántica, convivencia común y relaciones sexuales estables— se erigen en factores objetivos que en sí mismos registran el componente fáctico reclamado»[lxxvii]. La doctrina ha seguido esta senda afirmando que la confianza legítima especial puede fundamentar deberes de evitación de resultados cuando las relaciones conforman una unión normativa con fundamento en dicha especial relación[lxxviii]. Se hace referencia a relaciones estrechas estructuradas sobre la ayuda mutua, como aquellos supuestos de relaciones análogas a la familia (la familia como institución cede espacio frente al criterio de confianza) que no gozan de una expresa protección legal civil, como la situación del menor huérfano que vive con su tío, entre otras; en ellas las personas se encuentran unidas normativamente por una relación de confianza especial formada a través del tiempo mediante contribuciones de confianza creadoras de vinculatoriedad jurídica que los obliga a prestar ayuda mutua solidaria (*venire contra factum proprium*). La confianza se erige entonces como criterio material fundamentador de posiciones de garantía, más allá del concepto tradicional de familia y superando el criterio formal esbozado hace casi un siglo por el Tribunal del Reich alemán.

XV. Posición de garante en las comunidades de peligro

También quien se ha unido a otro en una comunidad de peligro[lxxix], y así abordamos el numeral tercero, tiene un deber de garantía. Este enunciado es bastante impreciso, pero

siguiendo la doctrina sobre la materia se debe entender que la referencia es a una comunidad de peligro que se ha formado a partir de voluntades encaminadas a un fin común, a una actividad peligrosa que demanda la respuesta de todos los concernidos ante la situación de peligro o necesidad. Cuando varias personas emprenden la realización de una actividad riesgosa existe la expectativa del ejercicio por parte de cada uno de los participantes de un rol específico y necesario que precisamente ha fundamentado la comunidad de confianza.

Aquel que en la situación de necesidad defraude la expectativa será imputable por no haber cumplido con las exigencias de su rol; aquí el hecho de que cada participante contribuya al surgimiento de una situación de confianza, de la cual es dependiente la realización del objeto de la comunidad, es motivo suficiente para la fundamentación de deberes recíprocos de garantía. «No decide el carácter íntimo de la comunidad, sino la superación común, puesta en práctica, de peligros»[lxxx]. Se pueden considerar como ejemplos: los casos de montañismo, expediciones en terrenos desconocidos, regatas en alta mar, etc.; en estos casos existen relaciones de confianza recíproca que hacen posible que los participantes orienten su comportamiento teniendo plena garantía de las contribuciones de los demás miembros de la comunidad.

XVI. Posición de garante por injerencia

El numeral cuarto incluye también aquellos deberes de garantía que surgen «cuando se haya creado una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente», esto es, el pensamiento de la injerencia en derecho penal. Fueron los trabajos de Stübel los que esbozaron ya en el año 1828 que existen algunos casos en los cuales alguien está obligado a actuar a causa de una relación especial o a causa de un actuar precedente; para este autor se trata de los deberes jurídicos originados en un comportamiento previo que ha colocado a alguien en un estado de peligro[lxxxi]. El deber de injerencia surge, de forma fundamental, por la decisión voluntaria del agente de ejercer su libertad de configuración del mundo invadiendo las esferas de libertad de otro; se trata en consecuencia de la mala utilización de la libertad propia, en detrimento de la del otro. A través de un comportamiento precedente el agente crea riesgos concretos para los intereses jurídicos ajenos de manera que surgen tanto deberes de aseguramiento como de salvamento según sea el caso; así, si el agente con un comportamiento anterior crea una situación de peligro concreta para un interés jurídico, el deber consiste en asegurar dicha situación defectuosa para que no aumente el riesgo creado y exteriorizado, o en tomar las medidas necesarias de salvamento para que el ámbito de organización de otra persona, en caso de que haya sido usurpado, sea restablecido. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia planteó esta diferenciación a partir del tipo de fundamento que origina la posición de garante, argumentando que la competencia por organización impone «deberes de seguridad», mientras que la injerencia origina «deberes de salvamento»[lxxxii]. Téngase en cuenta que en cualquiera de las dos hipótesis deberá establecerse la contribución concreta del agente a la génesis del peligro, pues tal y como lo recuerda la precitada decisión, dicha contribución no puede deducirse de la simple relación con quienes administran el riesgo.

Los casos en los cuales se pueden dar este tipo de posiciones de garantía se encuentran a la orden del día; piénsese en la participación en el tráfico rodado, donde el conductor tiene el deber de tomar las medidas de seguridad necesarias para que esta actividad riesgosa se desarrolle sin que el peligro se proyecte en las esferas de organización de los demás (en general, respetar las normas de circulación y tránsito), y sobrepasando el riesgo permitido causa un accidente en el que se encuentra en juego la vida de una persona, esto es, se perturba una organización ajena, generando un deber de salvamento, en el caso, procurar asistencia médica a la víctima para restablecer dicha organización[lxxxiii]. En ese sentido se manifestó la Corte Constitucional en la Sentencia C-115 de 2008, afirmando que en accidentes de tránsito culposos el deber de salvamento puede concretarse en «permanecer en el lugar de los hechos» para colaborar en la atención del lesionado, o «transportarlo a falta de otro medio»[lxxxiv].

Es bastante discutido si estos deberes de salvamento se generan tratándose de un comportamiento previo que se mantiene dentro del peligro permitido. Es principalmente Jakobs quien, en la doctrina alemana, propugna por la existencia de deberes de salvamento cuando la persona reivindica para sí riesgos especiales tanto con un comportamiento antijurídico como con uno ajustado a Derecho. Cuando se trata de un actuar precedente enmarcado dentro del riesgo permitido se genera, según este autor, un deber de salvamento siempre que se den dos condiciones: el riesgo permitido debe ser expresión de un «comportamiento con un mayor alto grado de riesgo que un comportamiento cotidiano ineludible» y «la persona puesta en peligro debe haber adoptado todas las medidas de aseguramiento de su incumbencia». Un indicio de la existencia de un riesgo especial semejante puede deducirse de la afirmación de una responsabilidad por la puesta en peligro y del seguro obligatorio jurídico-civiles; por ejemplo en el tráfico aéreo, en el ferroviario, etc.[lxxxv]. En cuanto a los supuestos de responsabilidad por el producto (alimentos, vehículos automotores, juguetes, etc.) o la producción en masa, la Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia C-1141 de 2000 que el productor es el «garante principal de la calidad de los bienes y servicios que ofrece al mercado», de manera que la puesta en circulación del producto defectuoso fundamenta el criterio de injerencia en estos casos[lxxxvi]. También tal interpretación, aunque con otra argumentación, es hecha por Bacigalupo[lxxxvii], de la mano del artículo 195.3 del Código Penal español de 1995 que obliga a intentar el salvamento cuando el peligro para la víctima proviene de un accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio. Según esta opinión, la ley vigente española no condiciona los deberes de auxilio y salvamento a la antijuridicidad del comportamiento anterior.

Si mediante un comportamiento previo antijurídico se usurpa la libertad ajena, como es evidente, se deben tomar las medidas necesarias para que esta usurpación no trascienda; si el comportamiento anterior, por su parte, es ajustado a Derecho, existen algunos casos en los que también se usurpa dicha libertad como lo pone de presente Jakobs en algunos supuestos del estado de necesidad agresivo: «Quien en caso de un incendio en su vivienda penetra en la vivienda de su vecino ausente para llenar un cubo de agua, impone a su vecino una situación a tolerar, por lo que está obligado a volver a cerrar el grifo del agua después de terminar con las labores de extinción del incendio y el agua estropearía el suelo de madera»[lxxxviii]. Este ejemplo pone al descubierto la existencia de supuestos en los que

mediante un comportamiento previo ajustado a Derecho se asume frente a la víctima un riesgo especial, por lo que la limitante de antijuridicidad llevaría a soluciones insatisfactorias; sin embargo, el Código Penal colombiano cierra la puerta a una interpretación amplia como esta, pues establece claramente que la situación precedente debe tener carácter antijurídico. Con todo, la jurisprudencia ha dado espacio a la discusión a partir de algunos matices en los que se reconoce que podría haber excepciones. Por ejemplo, la Sentencia SU-1184 de 2001 de la Corte Constitucional ya señalaba que «[…] si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce —un peatón cae en la zanja— surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo —prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario— (pensamiento de la injerencia)»[lxxxix].

XVII. Posición de garante de los *influencers*

Hoy en día podríamos analizar el rol de las personas *influencers*; no cabe duda de que ellas tienen hoy un papel determinante en la sociedad, caracterizado por la relación de confianza que crean con las multitudinarias comunidades digitales que los siguen. Se trata, entonces, de una posición especial[xc] asumida en ejercicio de la libertad de organización propia, de la cual pueden derivarse deberes distintos enmarcados todos en el deber negativo que surge de la libertad de organizar; pueden tener deberes de aseguramiento frente a los riesgos generados por su propia actividad; por ejemplo, verificando la veracidad de la información que transmiten a través de sus redes sociales. Cabe preguntarse, sin embargo, si de esa posición pueden surgir también deberes de salvamento cuando terceros se han visto afectados como consecuencia de un riesgo incrementado por su comportamiento; piénsese en los casos de *influencers* que instan a sus seguidores a comprar un producto que termina siendo defectuoso, o aquellos casos en que se promocionan actividades de terceros que terminan siendo objeto de estafa. Frente a tales supuestos, consideramos que sí podrían caber deberes de salvamento siempre que se establezca que, previamente, se desatendieron los deberes de aseguramiento que les incumbían.

XVIII. Posición de garante de agentes económicos

También se discute sobre la posición de garante de los agentes económicos empresarios, dueños, fundadores, socios y directivos de una empresa. Quien ha fundado o creado libremente una empresa tiene, *prima facie*, posición de garante sobre los actos de creación de la sociedad, así como su objeto y funcionamiento; es decir, ellos están obligados por la fidelidad al derecho y por el aseguramiento de la actividad empresarial frente a resultados dañosos. Esta competencia debe estudiarse dependiendo del tamaño de la empresa y su forma de funcionamiento, pues esto determinará el alcance de los deberes de vigilancia y control, ya que seguramente habrá directivos que han asumido con su comportamiento voluntario funciones concretas dentro de la empresa, excluyendo la competencia de aquellos; estos últimos, por su parte, tendrán posición de garante por asunción en el marco de sus funciones, las cuales generalmente se enmarcan dentro del concepto de *management*, esto es,

planificación, organización, coordinación y vigilancia de la actividad empresarial; conceptos como la delegación de funciones y competencias deberán tenerse en cuenta para concretar el espectro obligacional[xci]. Ahora bien, si la empresa desarrolla políticas delictivas en su funcionamiento (por ejemplo, maniobras de lavado de activos), los dueños, socios, fundadores, dependiendo del caso, y el directivo concernido tendrán deberes derivados de injerencia para evitar que se sigan dando este tipo de conductas, o también en los supuestos de la responsabilidad por la producción en masa. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expone la individualización de la posición de garante dentro de una estructura empresarial compleja[xcii].

XIX. El parágrafo del artículo 25

El parágrafo de la norma limita la aplicabilidad de las situaciones, que según el Código constituyen posiciones de garantía, a «conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales», esto es, a la conculcación de bienes jurídicos considerados como personalísimos. Es innegable que tratándose de los bienes jurídicos mencionados se puede fundamentar una posición de garantía: por ejemplo, el propietario de un perro de ataque es garante de las lesiones que pueda sufrir una persona a causa de la embestida del animal, como también los padres de alimentar y cuidar a sus hijos, evitar los peligros para la vida e integridad, etc.; sin embargo, tratándose de otros bienes jurídicos, por ejemplo el patrimonio económico, se encuentran innumerables situaciones en las que el derecho penal no puede desconocer la existencia de una posición de garante. Piénsese en los supuestos de creación de peligros no permitidos relevantes para el delito de estafa (suministro de una información defectuosa); aquí el autor (según las reglas básicas de la responsabilidad por injerencia) está obligado a la aclaración de la información defectuosa que suministró de la que él es competente; se trata en primera línea del deber de aclarar el error en el que se encuentra inmersa la víctima en el momento de la disposición patrimonial; un ejemplo al respecto: el autor que aprovechándose de la circunstancia de que ha suministrado a la víctima de forma no dolosa información falsa en el marco de una relación jurídica, la continúa utilizando en su relación jurídica posterior con la víctima a pesar de que se ha percatado entretanto de la falsedad de la declaración de entonces[xciii]. También aquellas posiciones de garante que surgen de la asunción de protección de un determinado bien jurídico, por ejemplo el vigilante de una fábrica que observa en la noche cómo algunos intrépidos sustraen objetos del interior del edificio sin reaccionar al respecto. Estos son casos de posiciones de garante que de acuerdo con las reglas de la injerencia, en el primer caso, y de la asunción en el segundo, fundamentan deberes en el interior de una relación negativa, que al ser lesionados generan responsabilidad. Por tanto, esta limitante del parágrafo es errónea, dogmáticamente insostenible y político-criminalmente inconveniente.

---

[i] CC, SU-1184 de 2001.

[ii] RODRÍGUEZ MESA, María José. "La imputación del resultado a la omisión. Una propuesta para la aplicación del artículo 25 del Código Penal colombiano", *Nuevo Foro Penal*, n.º 70, 2006. La autora se refiere ampliamente a los elementos que componen la equivalencia estructural entre conductas activas y omisivas y desarrolla expresamente el juicio de equivalencia.

[iii] CC, C-1184 de 2008.
[iv] CSJ, sentencia de 27 de julio de 2006, rad. 25536.
[v] PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión: la contribución de la filosofía del Derecho de Hegel a la solución*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001. Algunos autores y criterios: el trabajo presentado por Nikolaos K. Androulakis (*Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963) propone el criterio de la «cercanía o proximidad social» como el fundamento material de equiparación entre el delito de comisión y el de comisión por omisión. También Henkel (*Das Metodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1961) aboga por el uso de una cláusula general que le permita a la jurisprudencia y a la doctrina la elaboración de grupos de casos que puedan explicar las posiciones de garante. También de forma similar la argumentación de Klaus Pfleiderer (*Die Garantenstellung aus vorausgegangenem Tun*, 1968); otro criterio de gran connotación es el esbozado por Bernd Schünemann (*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971) como dominio sobre la causa del resultado; algunos autores intentan explicar el fundamento de las posiciones de garante con planteamientos sociológicos, así Richard Bärwinkel (*Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1968), propone la llamada «teoría sociológica de los roles»; también la idea de la protección de la confianza, como criterio único fundamentador de posiciones de garante (Ernst Amadeus Wolff, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965; Jürgen Welp, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968; Hans-Heiner Kühne, *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?*, 1978); el criterio de la «creación de un peligro», según el cual, en todos los deberes de garante se encuentra contenido dicho elemento (Gunther Arzt, *Zur Garantenstellung bei unechten Unterlassungsdelikten*, JA 1980, y Michael Schultz, *Amtswalterunterlassen*, 1984), entre otros.
[vi] NAGLER, Johannes. "Die Problematik der Begehung durch Unterlassung", en *GS*, III, 1938.
[vii] JAKOBS, Günther. *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991; el mismo, *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
[viii] Al respecto: JAKOBS, Günther. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999; el mismo, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; el mismo, *Acción y omisión en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
[ix] CSJ, SP189-2026, rad. 60455.
[x] Cfr. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión: la contribución de la filosofía del Derecho de Hegel a la solución*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
[xi] PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009. La obra parte precisamente de la contraposición entre respeto de las esferas de organización ajenas y deberes de solidaridad, enfatizando en la diferenciación de deberes positivos y negativos.
[xii] Cfr. sobre esa decisión hito: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. "El Estado como garante. Algunas consideraciones a propósito de la sentencia n.º SU-1184 de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia", en *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
[xiii] CSJ, SP7135-2014, rad. 35113.
[xiv] CSJ, SP14547-2016, rad. 46604.
[xv] CSJ, SP19802-2017, rad. 46166.
[xvi] CSJ, SP2848-2020, rad. 53872.
[xvii] CSJ, SEP0001-2024, rad. 52348.
[xviii] CSJ, SP19677-2017, rad. 36487.
[xix] CSJ, sentencia de 27 de julio de 2006, rad. 25536.
[xx] CSJ, SP14547-2016, rad. 46604.
[xxi] Cfr. también FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Rosaristas-Legis, 2002.
[xxii] Así reza el tenor literal del parágrafo 13 del Código Penal alemán según traducción de Claudia López Díaz, *Código Penal Alemán*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999: «Comisión por omisión, (1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible

conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y cuando la omisión es equivalente a la realización del tipo legal mediante una acción. (2) La pena puede atenuarse conforme al § 49, párrafo 1». La posibilidad de atenuación punitiva es contemplada también en el artículo 13 del Código Penal peruano: «El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: (1) Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; y (2) Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada».

[xxiii] Un estudio que confronta el artículo 25 del Código Penal colombiano con el derecho comparado se encuentra en FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Rosaristas-Legis, 2002.

[xxiv] Sobre la posibilidad de atenuación en los delitos de omisión con deberes en virtud de responsabilidad institucional: JAKOBS, Günther. *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, 29/125.

[xxv] Así PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. "Das Begehen durch Unterlassen im positiven Recht", en *FS-Günther Jakobs en su cumpleaños 70*, Berlín, Carl Heymanns, 2008; en el mismo sentido y esbozando «dos faltas fundamentales» de la dogmática de los delitos impropios de omisión: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Das unechte Unterlassungsdelikt", *ZStW*, n.º 111, cuaderno 2, 1999, p. 314; también SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "La regulación de la comisión por omisión (artículo 11)", en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 51 y ss., encuentra correcto que se prescinda de una atenuación facultativa en la cláusula de comisión por omisión.

[xxvi] CC, SU-1184 de 2001.

[xxvii] CSJ, SP1205-2024, rad. 65768. Amplio sobre la fundamentación que trasciende a este principio: COCA VILA, Ivó. *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, Atelier, 2016. El autor resalta "El *impossibilium nulla obligatio* como principio rector del proceso de determinación de las posiciones de competencia jurídico-penales", pp. 132 ss.; y, dentro de este, "El principio de capacidad en la discusión jurídico-penal contemporánea", pp. 136 ss., y "La capacidad de cumplimiento como presupuesto esencial para la legitimación de las normas penales", pp. 155 ss.

[xxviii] CSJ, sentencia de 11 de abril de 2012, rad. 33920.

[xxix] CSJ, SP3218-2023, rad. 54707.

[xxx] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Aranzadi La Ley, 2025, pp. 1031 y ss. El autor propuso recientemente un interesante método de aproximación sobre causalidad de la mano de tres reglas de adscripción de sentido.

[xxxi] CSJ, sentencia de 14 de noviembre de 2007, rad. 28017.

[xxxii] CSJ, sentencia de 4 de febrero de 2009, rad. 26409.

[xxxiii] CSJ, SP481-2023, rad. 55121.

[xxxiv] CSJ, sentencia de 8 de noviembre de 2007, rad. 27388.

[xxxv] CSJ, sentencia de 11 de abril de 2012, rad. 33920.

[xxxvi] CSJ, SP8759-2016, rad. 41245.

[xxxvii] CSJ, SP1291-2018, rad. 49680.

[xxxviii] CSJ, SP1369-2022, rad. 52728.

[xxxix] CSJ, SP3218-2023, rad. 54707.

[xl] CSJ, SP3369-2024, rad. 57269.

[xli] CSJ, SP8759-2016, rad. 41245. Reiterada en: CSJ, SP3790-2022, rad. 56430.

[xlii] KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

[xliii] Ya BAR, Christian. *Verkehrspflichten*, Colonia, Heymanns, 1980.

[xliv] CC, SU-1184 de 2001.

[xlv] CSJ, SP14547-2016, rad. 46604.

[xlvi] CSJ, SP1291-2018, rad. 49680.

[xlvii] CSJ, AP2428-2015, rad. 42527.

[xlviii] FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I, 1799; el mismo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1847, §§ 8, 9 y 24.

[xlix] CC, C-400 de 2013.

[l] CC, C-297 de 2016.

[li] STREE, Walter. "Garantenstellung kraft Übernahme", en *FS-Hellmuth Mayer por su cumpleaños 70*, Berlín, 1966, p. 157.
[lii] CSJ, sentencia de 4 de febrero de 2009, rad. 26409.
[liii] CSJ, SP801-2022, rad. 54940. Otras decisiones de la misma Sala han enfatizado el componente de voluntariedad que demanda la asunción. Cfr. CSJ, sentencia de 22 de mayo de 2008, rad. 27357; CSJ, SP8759-2016, rad. 41245; CSJ, SP1315-2019, rad. 46766; CSJ, SP3369-2024, rad. 57269.
[liv] CSJ, SP3369-2024, rad. 57269. También sobre este asunto: CSJ, sentencia de 11 de abril de 2012, rad. 33920; CSJ, SP1315-2019, rad. 46766; CSJ, SP3218-2023, rad. 54707; CSJ, SP1991-2025, rad. 62475.
[lv] CSJ, sentencia de 8 de noviembre de 2011, rad. 37327.
[lvi] CSJ, SP3084-2024, rad. 58763.
[lvii] CSJ, SP3369-2024, rad. 57269.
[lviii] CSJ, SP089-2026, rad. 60218.
[lix] CSJ, SP1369-2022, rad. 52728.
[lx] CSJ, SP3369-2024, rad. 57269.
[lxi] CSJ, sentencia de 4 de febrero de 2009, rad. 26409.
[lxii] CSJ, SP3084-2024, rad. 58763.
[lxiii] CSJ, SP8759-2016, rad. 41245.
[lxiv] CSJ, SP1369-2022, rad. 52728.
[lxv] CSJ, SP8759-2016, rad. 41245.
[lxvi] Cfr. CSJ, SP3218-2023, rad. 54707.
[lxvii] CSJ, SP1991-2025, rad. 62475. En la doctrina nacional también se encuentran trabajos muy interesantes sobre la materia. Cfr. BERNATE OCHOA, Francisco. *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010; SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. *Derecho penal y responsabilidad médica en Colombia*, 2.ª ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, reimpresión 2025; VALENCIA CABALLERO, César. *La imputación objetiva en la responsabilidad penal médica*, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga (Temas Socio-Jurídicos), 2014; GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Claudia Eliana. *Análisis de la posición de garante del médico en la sentencia SP8759 de 2016 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, bajo una perspectiva de la responsabilidad del equipo médico*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2024.
[lxviii] CSJ, SP8759-2016, rad. 41245.
[lxix] CSJ, SP1369-2022, rad. 52728; CSJ, SP1991-2025, rad. 62475.
[lxx] Cfr. SUÁREZ DÍAZ, Yenifer Yiseth. "La responsabilidad del oficial de cumplimiento por delitos de omisión en el ordenamiento jurídico colombiano", *Ius et Praxis*, vol. 29, n.º 3, 2023, pp. 26-44; muy completo al respecto: DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control: una aproximación tópica", en ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (eds.), *El derecho penal económico en la era del compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; también HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. *La responsabilidad de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 283 y ss.; detallado: RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*, Valencia, Tirant lo Blanch / Universidad Católica / CIDCE, 2012, p. 152.
[lxxi] Decisión de la Sala 1.ª en asuntos penales del Tribunal Supremo del Reich alemán, del 10 de octubre de 1935; en la doctrina colombiana: ANDRADE CASTRO, Jason Alexander. *La posición de garante en virtud de una estrecha comunidad de vida*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
[lxxii] CSJ, sentencia de 4 de febrero de 2009, rad. 26409.
[lxxiii] CC, SU-1184 de 2001.
[lxxiv] Así el Tribunal regional de Duisburg, sentencia del 25 de agosto de 1971, AG Duisburg, *MDR*, 1971, p. 1027. También, CC, C-029 de 2009, según la cual: «[…] una comunidad de vida permanente y singular, aspecto en relación con el cual no se aprecian diferencias entre las parejas heterosexuales y las homosexuales».
[lxxv] Cfr. ALBRECHT, Dietlinde. *Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen*, Colonia, 1998, pp. 33 y ss.
[lxxvi] BGH, *NJW*, 2003, p. 3214.
[lxxvii] CSJ, SP1686-2025, rad. 68350.

[lxxviii] Así PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
[lxxix] Una vez más en la doctrina colombiana: ANDRADE CASTRO, Jason Alexander. *La posición de garante en virtud de una comunidad de peligro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
[lxxx] JAKOBS, Günther. *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, 29/71.
[lxxxi] STÜBEL, Christoph Carl. *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berechtigung der in den Criminalgesetzen geltenden Grundsätze*, Dresde, 1828.
[lxxxii] CSJ, SP1291-2018, rad. 49680.
[lxxxiii] Cfr. en detalle PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. "La responsabilidad por injerencia en la dogmática penal", en *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 33 y ss.
[lxxxiv] CC, C-115 de 2008.
[lxxxv] JAKOBS, Günther. *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, 29/42.
[lxxxvi] El fundamento material de la responsabilidad por el producto se encuentra incluso por fuera de la órbita de la jurisprudencia penal. Por ejemplo, en la Sentencia C-1141 de 2000 de la Corte Constitucional se señalaba que: «El empresario profesional, en este caso, es el sujeto que debe enfrentar y soportar un juicio de imputación de responsabilidad, no por tratarse propiamente de un riesgo de empresa, sino fundamentalmente por el hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso». Y añade: «[…] la responsabilidad corresponde al empresario que controla la esfera de la producción, la organiza, dirige y efectúa el control de los productos que hace ingresar al mercado». Más sobre el particular en la doctrina nacional: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Derecho penal económico y de la competencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2026.
[lxxxvii] BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*, 1997, pp. 406 y ss.
[lxxxviii] JAKOBS, Günther. "Theorie und Praxis der Ingerenz", en CANARIS, Claus-Wilhelm et al. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Múnich, 2000.
[lxxxix] CC, SU-1184 de 2001.
[xc] Así: CC, T-256 de 2025; CSJ, sentencia de 22 de enero de 2025, rad. 60580.
[xci] Al respecto en detalle: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Derecho penal económico y de la competencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2026, pp. 115 y ss.; muy detallado al respecto: RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*, Valencia, Tirant lo Blanch / Universidad Católica / CIDCE, 2012, pp. 143 y ss.
[xcii] CSJ, sentencia de 19 de junio de 2024, rad. 56833.
[xciii] En este sentido PAWLIK, Michael. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 187.