

PORRAS CHIBLY, JUAN DAVID, "Análisis de la posición de garante, aparejado con la naturaleza de los derechos de los menores. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de marzo de 2022 SP-801 de 2022, (54940). M.P: Luis Antonio Hernández Barbosa", *Nuevo Foro Penal*, 104, (2025)

Análisis de la posición de garante, aparejado con la naturaleza de los derechos de los menores. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SP-801 de 16 de marzo de 2022 (54940). M.P: Luis Antonio Hernández Barbosa".¹

Analysis of the position of guarantor, coupled with the nature of the rights of minors. Commentary on the judgment of the Supreme Court of Justice SP-801, March 16, 2022 (54940). M.P: Luis Antonio Hernandez Barbosa

JUAN DAVID PORRAS CHIBLY*

1. Hechos jurídicamente relevantes en el caso

El 18 de noviembre de 2006, directivas y personal docente del Instituto Pedagógico Domingo Sabio de Floridablanca (Santander), incluida su propietaria AYDEE LAMUS QUINTERO, se dirigieron al balneario *La Playa*, ubicado en la vereda El Llanito de Piedecuesta, como parte de las actividades lúdicas de culminación del año escolar, en compañía de 19 menores de edad, entre los que se encontraban 15 estudiantes de 4º y 5º grado de primaria, además de 4 hijos de sus empleadas. La única atracción del mencionado centro recreacional era un lago de 4.8 metros de profundidad.

1 El presente comentario jurisprudencial se enmarca en la investigación realizada en el Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar" de la Universidad del Rosario en el año 2023, bajo la dirección de María Camila Correa Flórez y Luisa Fernanda Téllez Dávila

* Abogado de la Universidad del Rosario, perteneciente al Semillero de Derecho Penal "Carlos Eduardo Mejía Escobar" correo: juanda.porras@urosario.edu.co

Alrededor de las 10:30 a. m., 12 de los alumnos asistentes abordaron dos balsas con el propósito de navegar, sin la compañía de algún adulto ni elementos de seguridad. Una embarcación fue ocupada por las niñas y otra, por los varones. Cerca de finalizar el recorrido, el menor A.F.S.M., de 11 años, se lanzó al agua para remolcar aquella en la que se desplazaban sus compañeras. Sin embargo, debido a la profundidad del lago y a su incapacidad de flotar, el menor terminó por hundirse. Al percatarse de la situación, el menor Y.A.C.P., de 10 años, acudió en su rescate, pero no sabía nadar y falleció también.

2. Resumen de la actuación procesal

En audiencia realizada el 15 de julio de 2014 ante el Juzgado 11 Penal Municipal de Bucaramanga con Función de Control de Garantías, la Fiscalía 13 Seccional de esa ciudad le imputó a AYDEE LAMUS QUINTERO la comisión del delito de homicidio culposo en concurso homogéneo y sucesivo —Art. 109 de la Ley 599 de 2000—. La procesada no aceptó el cargo.

El 8 de septiembre de 2014 la Fiscalía presentó escrito de acusación por el referido punible contra Aydee Lamus Quintero y César Augusto Uribe Hernández —representante legal del balneario—, la audiencia de verbalización de acusación tuvo lugar el 3 de marzo siguiente ante el Juzgado 5º Penal del Circuito de Bucaramanga con Función de Conocimiento. Por virtud del preacuerdo suscrito entre Uribe Hernández y la Fiscalía General de la Nación, se dispuso la ruptura de la unidad procesal, prosiguiendo el mencionado despacho judicial con el trámite, únicamente respecto de Lamus Quintero.

La audiencia preparatoria se realizó el 27 de mayo de 2016 y la del juicio oral, en sesiones del 4 de abril y 18 de agosto de 2017; 10 de julio, 5 y 28 de septiembre y 3 de octubre de 2018. En esta última, el Juzgado de primera instancia anunció el sentido condenatorio del fallo, corrió el traslado previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y profirió sentencia contra Aydee Lamus Quintero, condenándola a 38 meses de prisión, multa de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autora de las conductas objeto de acusación. El Despacho le concedió la condena de ejecución condicional.

Impugnada la sentencia por la defensa, mediante fallo del 11 de diciembre de 2018, recurrido en casación, el Tribunal Superior de Bucaramanga lo confirmó.

3. Exposición de la demanda de casación

La defensora recurrente fundamentó la demanda en un único cargo: La violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio por desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba. Con fundamento en la presunta mendacidad de algunos testigos y la falencia e inseguridad de algunos medios probatorios. La defensora arguye que el tribunal admitió, de manera errada, la posición de garante que se adjudicó en cabeza de su defendida. Inicia diciendo que las reglas de la experiencia indican que no hay un testimonio lineal y sin contradicciones, y, que de darse este, corresponde a una versión *amañada*; además, alude a que no se presentaban testigos directos que puedan corroborar la presunta posición de garante.

Por otra parte, controvertió el testimonio de Beyanid Moreno Murillo, madre de A.F.S.M., en razón a que, si bien aseguró que Lamus Quintero ejercía funciones de directora, administradora y propietaria, durante el juicio se probó que al momento de los hechos la rectoría era ejercida por Fabiola Díaz Serrano, como bien lo estableció el Tribunal. No obstante, cuestionó que, para hacer frente a tal escenario, la Corporación judicial de segunda instancia optó por invertir la carga de la prueba y considerar que la defensa no desvirtuó la *«titularidad del dominio o las funciones administrativas»*, cuando era la Fiscalía la llamada a demostrar esas circunstancias.

En lo tocante a la trascendencia del error descrito, argumentó que, por recaer sobre la prueba principal de la declaratoria de responsabilidad, tiene la virtualidad de afectar los resultados del trámite, por cuanto *«al incluir tales medios probatorios como instrumentos idóneos, la actuación procesal, antes que certeza, sembró duda en sede de su responsabilidad»*. Por otra parte, alude que existe una circular expedida por la institución educativa donde se acredita que la rectora era la mencionada señora Fabiola Díaz y hace una enunciación sobre la inexistencia de una prueba que determine que fue la procesada quien contrató el lugar donde se iba a llevar tal actividad; también destacó que en la formulación de acusación se hizo una referencia genérica a los encargados de la organización del evento, aspecto tal que no fue individualizado. Argumenta, además, que los fundamentos de la condena son negligencia de la procesada al no ir previamente al lugar de la actividad a verificar la seguridad, no permitir a los padres acompañar a los menores y consentir que las dos víctimas entraran al lago solos, sin seguridad y sin saber nadar.

Razonó que la ausencia de pruebas sobre esos aspectos *«afecta la congruencia entre lo afirmado en la facticidad de la acusación, lo probado en el juicio y la condena impuesta»*. Y adujo, nuevamente, que el tribunal no se esforzó en determinar en qué función actuaba su defendida. Reiteró, además, que esta no era la rectora al

momento de la ocurrencia de los hechos y que su presencia en el evento respondió a una invitación, excluyéndola de las obligaciones contempladas en el numeral 4, artículo 44 de la ley 1098 de 2006 el cual enuncia las obligaciones de los centros educativos para con la vida de los menores.

En síntesis, discutió que la presunta responsabilidad de la recurrente se derivó de su condición de garante, pese a que esta no fue demostrada, en tanto no se probó que fuera la propietaria, administradora o directora del plantel. Tampoco se ratificó que estuvo a cargo de la organización o *«que envió nota en calidad de directora del colegio para la actividad (...), pues la defensa incorporó prueba documental de quien fungía como rectora era Fabiola Díaz Serrano, y aquí los testigos mintieron buscando responsabilidad en Aydee Lamus Quintero»*.

4. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

4.1. Fundamento del fallo condenatorio

Inició este aparte refiriéndose a la tarea del Tribunal, cimentada sobre el análisis que este hizo respecto de los delitos culposos y sus presupuestos: a saber, la inobservancia de un deber legal, su materialización en un posterior resultado típico y la acreditación del nexo de causalidad; en este sentido, expuso que el fundamento de la responsabilidad atribuida a Lamus Quintero fue su omisión respecto de las obligaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios educativos y que tal descuido constituye el nexo de causalidad entre la inobservancia de las referidas obligaciones impuestas por su condición de garante y el trágico desenlace.

Para lo anterior, se trae a colación el testimonio de *Beyanid Moreno Murillo, madre del menor fallecido A.F.S.M, la cual dijo conocer a la procesada como rectora del colegio, que a ella se le pagaba la pensión y que ella figuraba en las actas y circulares; además del testimonio de Yaneth Pinto aludió, quien conocía a Lamus por aproximadamente 24 años y que fue quien le sugirió matricular a su hijo Cristhian Johan Mejía Pinto en el instituto pedagógico santo domingo del cual era directora y propietaria, además de los testimonio de Ingrid Paola Becerra Hoyos y del citado Cristhian Johan Mejía Pinto quienes fueron alumnos para la época de los sucesos que aseveraron, sin asomo de duda, que la procesada actuaba como directora.*

Por otra parte, destacó que el tipo penal de homicidio culposo no reclama del sujeto activo ninguna calidad especial, en tanto la posición de garantía no depende

del cargo que este ocupe *«sino del deber y la posición concreta que como garante tuvo en los trágicos acontecimientos»*.

El *deber* lo estructuró a partir del contrato de prestación de servicios educativos celebrado entre los padres de las víctimas y la recurrente y *la posición de garante* desde la visibilidad de Lamus Quintero entre los padres de familia y su participación en los acontecimientos previos, concomitantes y posteriores a la ocurrencia del siniestro. Adicionalmente, tuvo en cuenta que el debate probatorio evidenció que ninguno de los docentes participantes conocía las instalaciones del centro recreacional, ni verificaron que contara con el mínimo de seguridad para garantizar la integridad de los asistentes, al punto que la persona que cumplía la función de salvavidas no se encontraba presente y tuvieron que esperar que llegara para proceder al rescate de los afectados.

Para finalizar, el Tribunal precisó que por *«ser conocedora de las minucias de la actividad lúdica e intervenir en la misma dada su concurrencia al establecimiento La Playa el 18 de noviembre de 2006 (...) se adjudicó la posición de garante respecto de los menores víctimas, de tal manera que al asumir finalmente una actividad omisiva cuando arribaron al sitio, así como en general respecto de los distintos ejercicios realizados por los menores en aquella locación, habida cuenta que le asistía el deber jurídico de impedir aquel resultado típico, además, se encontraba en la posibilidad de hacerlo debido a su propia participación en la actividad lúdica (...)»*.

4.2. Tema objeto de debate

4.2.1. Posición de garante

La Sala tiene establecido que ostenta *posición de garante* quien, por competencia organizacional, institucional o de injerencia, tiene el deber de cuidado respecto de un bien jurídico protegido (CSJ SP1291-2018).

Además, se hace referencia a que está contemplada en el artículo 25 del estatuto penal, alude, entre otras cosas, los presupuestos que deben probarse, a saber, i) la posición de garantía del acusado derivada de un mandato legal o constitucional o su competencia por organización o injerencia; ii) la lesión de un bien jurídico tutelado que se encuentre a su cargo; iii) la capacidad de tomar las medidas requeridas para impedir su afectación; iv) la inejecución de dichas medidas, y v) la conciencia, por parte del agente, de los ingredientes normativos de la infracción, su condición de garante y su capacidad de acción (CSJ SP5333-2018).

Hace unas breves menciones de los delitos culposos o imprudentes y su infracción al deber objetivo de cuidado en cuanto se presentó un actuar negligente por parte del agente.

4.2.2. Principio de libertad probatoria

Aquí La Corte hace referencia al mencionado principio de libertad probatoria, entendido esto y, en consonancia con la sentencia SP907-2021, que no se goza de una plena libertad, pues la demostración de un hecho debe ser acorde a la pertinencia y conducencia, exigidos por el operador judicial. Por ello, el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 prevé que en todo caso los medios de convicción deben referirse de manera directa o indirecta *«a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias»*, a la atribución de responsabilidad, a hacer más o menos probables los supuestos fácticos que rodearon el acaecimiento del ilícito o a la credibilidad de un testigo.

4.2.3. Del caso concreto

Inicia La Corte analizando lo concerniente al cargo de la acusada, dado que en el presente asunto no se debate si AYDEE LAMUS QUINTERO ocupaba el cargo de rectora del Instituto Pedagógico Santo Domingo Sabio para el momento en que fallecieron los menores A.F.S.M. y Y.A.C.P., sino su participación en el evento extracurricular en el que tuvo lugar el deceso. Recuérdese que dentro del juicio se probó que dicho cargo era desempeñado por Fabiola Díaz Serrano

Acreditado lo antedicho, el Tribunal centró la discusión, no en torno a la posición de garante que surge de la competencia institucional de la procesada, sino de las obligaciones que le eran exigibles a partir de *las pautas de comportamiento social del hombre promedio*.

Posteriormente La Corte y, en consonancia con los testimonios mencionados anteriormente, alude que la señora Lamus desplegó actos de administradora, que, además, se realizó una reunión para discutir los aspectos tocantes con la salida lúdica, reunión que fue precedida por ella, que además la confianza y seguridad que la procesada plasmaba en los padres de familia fue una de las razones cruciales para que estos accedieran a otorgar permiso para que sus hijos asistieran a la actividad y que la recurrente denegó el acompañamiento de los padres con sus menores hijos por resultarle innecesario puesto que iban varias personas.

Aunado lo anterior al testimonio de Aleida María Hoyos Montoya, quien relata que en varias oportunidades fue la misma señora Aydee Lamus quien le solicitó que dejara ir a su menor hija a dicho paseo pues era ella quien estaba organizando todo.

También se aludió, por parte de los que en ese momento eran estudiantes, que nunca supieron en qué condiciones de seguridad se encontraba el lugar que acogería tal evento hasta que arribaron a él, y se encontraron con que la señalización y las medidas de seguridad eran precarias.

Lo cierto, entonces, es que las revelaciones de los testigos permiten afirmar que Aydee Lamus Quintero asumió, desde esa reunión, la posición de garantía que ahora pretende repudiar, posición que ratificó con su asistencia al evento

Sumado a lo anterior, conforme lo narrado por los asistentes, ni LAMUS QUINTERO ni los otros 5 adultos que acompañaban a los 19 menores de edad notaron que dos de éstos se apartaron del grupo hasta la hora del almuerzo. Sólo en este instante repararon en que A.F.S.M. y Y.A.C.P. habían desaparecido. Descuido que, no obstante, los enormes esfuerzos de la defensa, resulta injustificable. Nada explica que los presentes hayan inadvertido la ausencia de dos alumnos que estaban bajo su cuidado y custodia.

Ante ese panorama, está acreditado que *i)* AYDEE LAMUS QUINTERO asumió el deber de cuidado de los infantes, pues los padres de familia, *ii)* amparados en la trayectoria profesional de la procesada, consintieron que acudieran a la despedida del año escolar sin el acompañamiento de alguno de ellos. Pese a lo anterior, *iii)* la procesada omitió adoptar medidas eficaces de cuidado y vigilancia de los niños, *iv)* lo que facilitó que A.F.S.M. y Y.A.C.P. se apartaran del grupo y fallecieran ahogados, *v)* sin que los adultos presentes notaran su ausencia.

Ante esta situación, se puede concluir que, contrario a lo sostenido por la defensa, la Fiscalía General de la Nación logró demostrar que AYDEE LAMUS QUINTERO se encontraba en posición de garantía frente a los 19 menores de edad que asistieron al paseo y que, como resultado de la desatención de los deberes que le eran exigibles en su condición de organizadora y asistente, dos de éstos fallecieron.

En consecuencia, al no haber incurrido las decisiones de instancia en el yerro atribuido por la casacionista, la Sala no casará el fallo.

5. Desarrollo del comentario jurisprudencial

5.1. Introducción

Desde nuestra posición, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia adopta una decisión que resulta compatible con los postulados de la teoría

del delito, los principios del derecho penal y los principios consagrados en la Constitución Política y que, aunque desarrolla más unos aspectos que otros, lleva a una solución que resulta apropiada.

De igual manera, hay aspectos neurálgicos de la teoría del delito y de la aplicada posición de garante en los delitos de omisión impropia que no fueron detallados a profundidad por el máximo tribunal que, en nuestra opinión, podría haber dado un poco más de claridad respecto del tema que se debatía, su desarrollo y su posterior resolución; tales como la viabilidad de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, el fundamento directo de la aplicación de la posición de garante, no solo aludiendo que es la procesada quien incentiva y promueve la actividad lúdica, también la incidencia de la participación y asistencia de los demás directivos de la institución académica, incluso los demás adultos que se encontraban en el recinto; y, de la misma forma, se evidencia la transgresión de algunos principios del derecho penal y por esto repercutiría en su imposibilidad de aplicación como el principio de confianza y el principio de seguridad.

Para los mencionados aspectos se propondrá una alternativa a lo largo de este trabajo desde una visión doctrinal, legal, jurisprudencial y constitucional, en aras de ofrecer una perspectiva que ahonde en el caso concreto y pueda darle una resolución con un mayor número de aristas. Lo anterior se hará de una manera holística, pero diferenciado en dos partes, a saber, la discusión dogmática, con las instituciones penales antes descritas y con otras que resultan de especial relevancia y otro aparte analizando el sustrato fáctico; reiterando, de igual forma, que en su integridad se considera que La Corte ha efectuado un análisis que concluye en un fallo acertado por las razones preliminarmente expuestas.

Para concluir, se analizarán dos propuestas que, desde esta perspectiva, podría ser de utilidad a la hora de analizar este tipo de fenómenos, que no son eventos aislados u ocasionales, dada la frecuencia con que se realizan este tipo de actividades; lo anterior tiene su principal fundamento en la naturaleza de los sujetos pasivos del injusto, dado que al ser menores de edad requieren una enfoque diferencial por las características propias de su edad, es por esto que se ruega al lector no dejar de lado dicha naturaleza de los infantes a la hora de analizar esta propuesta, pues es, desde esta óptica, el aspecto neurálgico del caso.

6. Discusión dogmática

6.1. Concepto de acción y omisión como formas de conducta

Para abordar de manera correcta este análisis sobre los delitos de naturaleza omisiva, sus alcances y, lo más importante en este trabajo, su fundamento para ser imputado, hay que elaborar un concepto sobre esta tipología de conducta.

Sobre este aspecto se sabe que *“Solo puede ser imputado aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío”*², aunado a lo anterior, se puede aludir a que, aun cuando en derecho penal son denominados comportamientos omisivos en el plano natural incluso lo que se conoce dogmáticamente como omisión, responde a las acciones voluntarias del agente, la cuestión estriba en cuanto dicho agente actuó contrariando lo que la norma esperaba de él, por lo anterior, *“La imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad”*³

Toda esta explicación teórica cobra importancia para poder determinar si la omisión en la que incurrió la procesada en el caso que nos ocupa resulta reprochable desde un punto de vista penal y que aun cuando ella, intencionalmente, no buscara un resultado típico este resultaba previsible; en consonancia con lo anterior y procurando darle un sentido objetivo a la definición propuesta por Hegel, Larenz afirma que esta imputación de un hecho a un sujeto es de carácter objetivo dado que no solo contempla los hechos queridos y que son conocidos, sino también los que pudieron haberse querido, es decir los que pudieron haber sido objeto de la voluntad del agente, aludiendo a los hechos imprudentes o culposos, en tratándose de conductas típicas; también se dice *“Lo no conocido me puede ser imputado por cuanto el no conocer no es algo fortuito sino, obra de mi libertad, pues el conocer constituye una circunstancia que me era posible”*⁴

Por último, Honig, procurando complementar la teoría esbozada por Larenz, propone lo que es denominado como *“susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad”*⁵ es decir ostentar un control sobre el curso causal.

Para aunar las descripciones doctrinales con los pronunciamientos de nuestras altas cortes, se tiene que, *“La causalidad por sí sola no basta para la imputación*

2 Hegel, 1820 como se citó en Reyes Alvarado. *Teoría de la imputación objetiva*, (Bogotá: Temis, 2005), 4

3 Larenz, 1986 como se citó en Manuel Cancio Meliá. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, (Madrid: Ediciones Jurídicas, 2022) 94

4 Ibid.

5 Honig, 1930 como se citó en Manuel Cancio Meliá. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, (Madrid: Ediciones Jurídicas, 2022) 94

jurídica del resultado” (Artículo 9, Ley 599 de 2000, Congreso de la República de Colombia, 2000) y, por tanto, es preciso acreditar que la consecuencia lesiva es” obra suya, es decir, que depende de su comportamiento como ser humano, en últimas, que le es atribuible” Radicado: 39023 (16-10-2013.)

Como se dijo precedentemente, con estas aproximaciones solo se busca darle un fundamento naturalístico y dogmático al actuar desplegado por la procesada en el caso objeto de estudio; es por esto por lo que se puede concluir válidamente que la procesada exteriorizó una conducta, fruto de su voluntad y de su libertad, que le puede ser reprochable como será analizado íntegramente en este trabajo.

6.2. Principios de confianza, de autorresponsabilidad y de seguridad

Como se ha pretendido desde el inicio del trabajo, lo que se procura es dar una propuesta integral desde diferentes perspectivas al caso que está siendo estudiado junto con sus particularidades. Lo que ahora nos ocupa es el análisis de los principios de autorresponsabilidad, principio de confianza, principio de seguridad y su interrelación entre ellos.

Para abordar el principio de autorresponsabilidad es necesario hacer una aproximación teórica a sus dos connotaciones, una primera que alude al comportamiento de la víctima respecto del suceso ilícito, su capacidad de haberlo previsto y, de alguna forma, haber evitado que este se materializara en un resultado típico. Y así lo que se pretende dogmáticamente es trasladar la responsabilidad sobre la ocurrencia del suceso a la víctima⁶

Por otro lado, tiene una acepción desde el punto de vista del sujeto activo, y es que, según la Corte Suprema de Justicia, “El principio de confianza se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad, en la medida en que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta”. Sentencia SP153-2017 (2017, 18 de enero). Es por lo precedente que se procurará explicar, de manera sucinta, los dos significados del principio de autorresponsabilidad relacionado con el caso concreto; como ya se ha dicho lo que busca el principio de autorresponsabilidad es poder desconcentrar la responsabilidad de un solo agente, lo cual en este escenario es inviable, toda vez que si Lamus Quintero hubiera intervenido para evitar el resultado típico, cumpliendo con su rol de garante, no se hubiera analizado la conducta de los otros asistentes al lugar donde se llevó a cabo el evento, es por esto que la responsabilidad de Lamus sería “indivisible” y debería responder por lo que implicó su actuar omisivo.

6 Cancio, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, 94

Por otra parte, aludiendo a la otra connotación del principio de responsabilidad, resulta práctica y dogmáticamente inviable siquiera sugerir que el actuar de los menores podría restarle responsabilidad a la omisión de la procesada, puesto que por su condición de infantes requieren de la atención y vigilancia que fundamenta la posición de garante.

De la misma forma, la procesada no podría ser acreedora del principio de confianza según el cual la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera *"Ahora, el principio de confianza que consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario"*. Radicado 36422 (2012, 6 de mayo).

Posteriormente esa misma corporación se pronunció al respecto en los siguientes términos: *"Como consecuencia práctica, de acuerdo con el principio de confianza, quien se comporta adecuadamente no tiene que prever que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, pues por su propia definición «no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario"* Radicación 61464 (2022, 2 de noviembre).

Después de la descripción teórica se hace necesario aludir a cuando no procede el principio de confianza y como se aterriza al caso concreto, del cual se ha dicho que: *"En primer lugar, no es procedente su aplicación cuando la persona posee un especial deber de vigilancia o cualquier otra función de control dentro del ámbito de sus competencias, pues en tales eventos no es posible afirmar que la conducta del actor ha quedado supeditada a la intervención de los demás"* Radicación 61464 (2022, 2 de noviembre). Por lo anterior, es necesario decir que, en contraposición al principio de confianza, el principio de seguridad presenta un límite para los eventos en que se hace necesaria una conducta con un mayor grado de diligencia, el cual ha sido desarrollado por la misma Corte así *"Por otra parte, como no todo principio absoluto se tiene que el de confianza se exceptúa por el también conocido como principio de seguridad. Éste postulado significa que el hombre medio debe prever que si bien su comportamiento puede, en general, sujetarse al principio de confianza y así tener una cierta seguridad en cuanto a que aquel con quien interactúa también cumplirá su función, de todos modos existen circunstancias excepcionales en las que, con el fin de evitar el riesgo y el consiguiente daño antijurídico, debe actuar conforme al principio de defensa y así adecuar su comportamiento a una excepcional situación en la que no tiene vigencia el principio de confianza. Si así no lo hiciere, el agente*

creará un riesgo no permitido y le será imputable el resultado dañoso que se produzca como consecuencia de no obrar conforme el principio de confianza". Radicado: 39023 (2013, 16 de octubre.)

Para concluir con este aparte se puede determinar que la recurrente no podría alegar el citado principio de confianza toda vez que: (i) La procesada no actuó conforme a lo que las disposiciones legales le exigían, (ii) No tuvo en cuenta el ya mencionado principio de seguridad, que le exigía prever un resultado dañoso, (iii) Poseía un deber especial de vigilancia, (iv) No podría valerse del ya analizado principio de autorresponsabilidad puesto que no puede trasladar su responsabilidad para que sean los menores quien se hagan cargo totalmente por el actuar desplegado, esto por su condición particular.

Por lo ya expuesto, el análisis de estos principios brinda una herramienta adicional a la hora de analizar el caso bajo estudio y permite concluir válidamente que le era exigible otro actuar a Lamus en aras de impedir que dicho riesgo se concrete en un resultado típico.

6.3. ¿A qué título responderían los presuntos responsables?

Resulta pertinente analizar el hecho de que en la sentencia bajo análisis se cuestiona respecto al título al que responderían las personas imputadas, es decir, todas las que estaban presentes el día de la ocurrencia del suceso. En principio, cabe resaltar las teorías de la participación en las que no hay un concepto unitario de la autoría que nos distinga entre autores y partícipes, y los trata indistintamente aludiendo que todo el que tenga una incidencia en el resultado típico debe ser tratado como autor.

En sentido contrario el concepto restrictivo de la autoría alude que solo quien ejecuta el tipo penal y su verbo rector tendrá el tratamiento de autor, el resto de las personas que tengan incidencia en el resultado típico serán tratados como meros partícipes⁷, concepto por el cual parece decantarse nuestra legislación según lo consagrado en los artículos 28, 29 y 30 de nuestro estatuto penal⁸.

7 Sara Gonzales Cifuentes. "Autoría y participación en delitos de omisión impropia". Tesis presentada para optar al título de Magíster en Derecho Penal, Universidad EAFIT, 2021.

8 **ARTÍCULO 28.** *Concurso de personas en la conducta punible.* Concurrén en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes

ARTÍCULO 29. *Autores.* Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin

Lo cual suscita una gran discusión doctrinal dado que, como lo ha dicho Reyes Alvarado, la clasificación de autor y partícipe es exclusiva de los injustos dolosos y esta no cabe en los delitos de índole imprudente, puesto que los agentes no estarían concertados para la comisión del ilícito, en consecuencia, no se podría colegir que uno sea partícipe y otro sea el autor.⁹ En consonancia con lo anterior, y como lo ha determinado también Robles Planas tampoco habría cabida para esa distinción hablando de delitos culposos y que cada persona, compatible con el principio de autorresponsabilidad, respondería por su grado de participación en el ilícito, y propone que, si se presenta un homicidio imprudente, en el supuesto de que haya intervención de varias personas, todos responderían como autores de homicidio imprudente.¹⁰

Por otra parte, hay que afirmar que nuestra normativa penal, al referirse a las formas de intervención en el punible, no distingue si estas se llevan a cabo a través de acciones o de omisiones, es por eso, aunque no para el caso concreto, se podría colegir que nuestra legislación admite el fenómeno de la participación en la conducta omisiva.¹¹

Como ya se había comentado, la imputación de responsabilidad penal, en el caso concreto, se fundamenta en la posición de garante y la desatención de un deber, teniendo en consideración que todas las personas allí presentes tenían un deber especial de cuidado por su posibilidad de evitar el resultado típico y que dicho deber fue desentendido; desde este trabajo se propone concluir a este respecto que todos deberían tener el tratamiento de autores, puesto que no se concertaron para la realización de un delito y todos tenían en su cabeza, de manera individual, el mismo deber de cuidado, es por lo anterior que todas las personas imputadas deberían ser vistas como autores del delito de homicidio culposo por omisión, dado que si se pensara de forma contraria se llegaría al absurdo de pensar que, trayéndolo al caso bajo estudio, los profesores,

tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero si en la persona o ente colectivo representado. El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible. **ARTÍCULO 30. Participes.** Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

9 Reyes, *Teoría de la imputación objetiva*. 36

10 Ricardo Robles Planas. *Garantes y cómplices la intervención por omisión en los delitos especiales*, (Madrid: Atelier, 2006) 30

11 Juan Carlos Forero, *El delito de omisión en el nuevo código penal* (Bogotá: Ediciones Rosaristas legis, 2002) 58

directivos y demás personas presentes en dicho evento no querían el resultado (muerte de los menores) pero se concertaron para que ello ocurriera.

6.4. Inexistencia de calidades especiales en el sujeto activo para el delito de homicidio

En consonancia con nuestros principios constitucionales, la posición de garante deviene de nuestro estado social de derecho, en el cual es viable imponer a los asociados deberes sobre los otros, carga que sería impensada en un estado liberal¹², es por esto por lo que, debido a una base funcional, es posible imponer deberes a ciertas personas por la posición que ostentan en la sociedad, lo que es denominado por Forero como “omisiones puras de garante”. Es por esto por lo que a quien ostenta ese ‘deber puro’ se le hace exigible un mayor grado de diligencia y cuidado en atención a que han sido dotados de una obligación concreta en una situación concreta; por lo anterior es que los sujetos que tienen esa posición específica de garante solo responden por este deber de cuidado mientras estén en estricto cumplimiento de ese rol. (radicado 28017, 2007, 14 de noviembre)

Como bien se determina en la sentencia del caso , el argumento de que la procesada no fungía como rectora de la institución educativa es inocuo, dado a que el delito atribuido, a saber, el homicidio, no prevé un sujeto activo calificado, y no es por ser rectora o directora de la institución que se predica su posición de garante, sino porque con su actuar consintió y asumió este rol de garante, además porque concurren los requisitos de la posición de garante analizados en la providencia los cuales son, ‘ i) la posición de garantía del acusado derivada de un mandato legal o constitucional o su competencia por organización o injerencia; ii) la lesión de un bien jurídico tutelado que se encuentre a su cargo; iii) la capacidad de tomar las medidas requeridas para impedir su afectación; iv) la inejecución de dichas medidas, y v) la conciencia, por parte del agente, de los ingredientes normativos de la infracción, su condición de garante y su capacidad de acción’. Sentencia SP5333 (2018, 5 de diciembre).

Para ahondar en lo precisado, resulta de especial relevancia aludir a que no solo se puede imponer el rol de garantía por algún tipo de relación contractual o por disposición expresa de la ley (Conocido como teoría formal del deber jurídico), sino que se procura ampliar este concepto para que pueda atribuirse tal condición de garante a relaciones que respondan más a los roles intrínsecos de las sociedad en la que nos desenvolvemos

12 Forero, El delito de omisión en el nuevo código penal, 41

(Conocido esto como la teoría material).¹³ En estricto apego al caso que nos ocupa se podría aludir que por el actuar y el papel desempeñado por la condenada se le podría atribuir, desde las dos teorías descritas, la posición de garante.

Por lo expuesto se puede concluir que en el marco de nuestro estado social de derecho es inherente que ciertas personas tengan deberes de conducta respecto de una persona o un grupo poblacional por su posición en la sociedad y su capacidad de crear, disminuir o prever riesgos, el ejemplo por antonomasia de esta situación es quien tiene a su cuidado menores de edad.

6.5. Causalidad en delitos de omisión

Como ya se ha expuesto, ontológicamente solo existen acciones, la connotación de las omisiones tiene un alcance meramente jurídico, dada esta precisión, se concluye que, aun cuando estemos en presencia de omisiones en el ámbito penal, existe un nexo causal entre el comportamiento omisivo del agente y el resultado dañoso.¹⁴

Lo que resulta importante analizar a profundidad, es la conexión directa que hay entre el actuar omisivo y que dicho actuar haya desencadenado un resultado lesivo, lo que propone Yesid Reyes Alvarado es que la probabilidad de consumación del hecho debe ser rallante con la certeza, es por esto que también afirma que 'La probabilidad de causalidad se encuentra casi demostrada cuando se pueda determinar que de haberse presentado el comportamiento que se omitió el resultado y la posterior afectación al bien jurídico no habría sucedido'¹⁵ Para afianzar esta propuesta se pretende aproximar al contenido de la *conditio sine qua non*, afirmando que sería la causa de la omisión la cual no se puede sustraer del nexo causal sin que el resultado desaparezca.¹⁶

Por lo anterior, se podría colegir que el actuar omisivo de la rectora Lamus constituye la condición sin la cual el resultado no se habría presentado, puesto que si la actora hubiera cumplido con el deber que le había sido encomendado con fundamento en la posición de garante el resultado lesivo para los bienes jurídicos de los menores no se habría presentado, cumpliendo con el requisito propuesto doctrinalmente asegurando que el resultado pudo haberse evitado casi con certeza.

13 Forero, *El delito de omisión en el nuevo código penal*, 45

14 Reyes. *Teoría de la imputación objetiva*, 41

15 Reyes. *Teoría de la imputación objetiva*, 49

16 Reyes. *Teoría de la imputación objetiva*, 45

El anterior análisis de causalidad en el delito de omisión serviría como fundamento para la imputación al tipo objetivo, tema que será analizado a continuación.

6.6. Análisis de la teoría de la imputación objetiva

Como ya se adujo con anterioridad, el actuar desplegado por la recurrente en casación resulta reprochable, es por esto por lo que se procurará analizar, con algunas referencias doctrinarias y jurisprudenciales, la posibilidad de aplicar la institución de la imputación objetiva, determinando si hubo un descuido y, como consecuencia, la elevación de un riesgo socialmente permitido.

Para zanjar la discusión de la imputación objetiva en el marco de la posición de garante, La Corte ha dicho que resulta irrelevante la existencia del curso causal, tampoco resulta de gran importancia analizar si fue quien ostentaba la posición de garante, lo que resulta imprescindible a la hora de este análisis es el actuar del agente respecto de sus deberes como garante, le será imputable si este, ostentando una posición de garantía, no actúa conforme a ellos o no actúa en aras de impedir la materialización de un resultado si estamos en el supuesto de los delitos de índole omisiva.. Sentencia SU 1184 (2001, 13 de noviembre)

De la misma forma, en los delitos imprudentes, para que se pueda hablar de una imputación, se requiere de la creación de un riesgo desaprobado por parte del autor y, posteriormente, la materialización de este riesgo en un resultado antijurídico. Además de esto, Roxin añade un tercer aspecto especial: Que la concreción del resultado este dentro del ámbito de responsabilidad del autor¹⁷. Por otra parte, Larenz introduce el concepto de juicio de imputación para develar el fundamento de la imputación de un hecho a un sujeto, y afirma que la relación de causalidad debe verse fundamentada en la intención real de este ¹⁸(Larenz, 1986 como se citó en Manuel Cancio Melia, 2022). Lo cual suscita varios problemas doctrinales, dado que siempre se afirmó que resultaba imposible entrar en la cabeza del autor para saber cuál era su verdadera intención, es por ello que Larenz intenta superar esta problemática asumiendo que el actuar del agente responde directamente a la expresión de su voluntad y de su libertad, desde una concepción filosofía nos encontramos ante un término teleológico, es decir que prioriza la finalidad y siempre es el autor quien actúa conforme a lo que realmente quiere.

17 Claus Roxin. *Injerencia e imputación objetiva*. (Munich: Doctrina, 2001) 151

18 Larenz, 1986 como se citó en Manuel Cancio Meliá. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, (Madrid: Ediciones Jurídicas, 2022) 96

En el caso concreto, la procesada Lamus, estando en el lugar donde se llevaba a cabo el evento, desplegó ciertas actuaciones que respondían a su voluntad y su ámbito de libertad, decidió disfrutar de la actividad, ir a comer, estar pendiente de los demás menores, todas situaciones hipotéticas al no poder ser contrastables con la realidad por ser aspectos que escapan al análisis que realizó La Corte, pero, fruto de su voluntad, desplegó actos diferentes a los exigidos por su rol de garante; es de esta forma que, Larenz, si hubiera estado en presencia de este caso, aseguraría que la conducta omisiva podría ser atribuida a Lamus, pues siempre estuvo en la libertad de elegir que conductas llevaba a cabo.

Siguiendo con lo expuesto por Roxin, Engisch, aludía que la teoría de la imputación objetiva cuenta con dos presupuestos, la creación o elevación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su materialización en un resultado, este último no solo en un sentido naturalístico sino como un quebrantamiento de la normativa.¹⁹

Siguiendo la idea de imputación objetiva de Hegel, en la cual esboza que la imputación objetiva no es solo una herramienta de imputación jurídica, sino la asignación de un resultado a un agente²⁰, se puede concluir que el resultado (muerte de los estudiantes) puede ser atribuido objetivamente a la procesada Lamus por concurrir los dos requisitos, la elevación de un riesgo, al no cumplir con los deberes que su posición de garante le imponía, y la materialización de este en el desenlace antes expuesto.

7. Discusión fáctica

7.1. La confianza como criterio fundamental para asignar la posición de garante

Como se puede abstraer de la sentencia de casación, La Corte le da una gran preponderancia al sentimiento de confianza que emerge de los padres de familia respecto de la procesada Lamus y que este es un factor de relevancia, por lo enfática que es en dicho aspecto, para atribuir el rol de garante que le fue finalmente asignado a la procesada.

Es menester analizar si el sentimiento de confianza que tiene la víctima, o en este caso su tutor, con el presunto sujeto activo de la conducta resulta suficiente para, en efecto, imponer dicha condición de garantía. Si bien es notorio que en nuestra

19 Engisch, 1930 como se citó en Yesid Reyes Alvarado. *Teoría de la imputación objetiva*, (Bogotá: Temis, 2005) 91

20 Hegel, 1820 como se citó en Reyes. *Teoría de la imputación objetiva*. 4

legislación no hay una estandarización clara, unívoca y suficiente de que personas y con que fundamento ostentan un rol de garantía y la norma denota cierta amplitud y, si se quiere, cierta vaguedad por no definirlo, se puede afirmar que esto responde a la necesidad de la ley de ser general e impersonal y, en particular, a la legislación penal dada la imposibilidad de regular cada aspecto concreto²¹, es entonces necesario aludir que debe haber ciertos parámetros para respetar el principio de legalidad y que no termine siendo una facultad absolutamente discrecional, e incluso arbitraria, por parte del operador judicial el imponer o no una posición de garante.

También se ha estipulado que no cualquier situación puede fundamentar una posición de garante (Como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo hay ciertos requisitos que se deben cumplir) pero, además de lo atinente a la creación o elevación del riesgo²², al igual que La Corte Suprema, también alude que son merecedoras de posiciones de garantía las personas que siembran un sentimiento de confianza de tal entidad que los hace correr riesgos que en otras situaciones no correría. Y es que, siguiendo esta idea, para nuestro caso, sería perfectamente posible aludir que el solo sentimiento de confianza que los padres de familia depositaron en la rectora del colegio fundamentaría la aludida posición de garante sin tener que revisar ninguno de los otros presupuestos que en este trabajo se han analizado.

Nuestra posición es que claramente hay un reproche hacía la institución educativa e incluso respaldamos la posición de La Corte respecto del rol de garantía atribuido, en lo que resulta necesario discrepar es con el hecho de que la confianza, un aspecto meramente subjetivo, pueda ser constitutivo de una posición de garantía; desde esta perspectiva, la confianza es un aspecto que puede devenir de los actos y funciones que ostenta el agente, pero de ninguna manera se puede aludir que es ese el aspecto fundamental.

Nos resulta pertinente cuestionar que hubiera pasado si entonces los padres no hubieran aludido tal confianza y que solo acceden a que sus menores hijos asistan a la actividad por ser esta obligatoria o que tuviera tal sentimiento de confianza en otra persona que no fuera la procesada quien claramente ostenta tal rol de garantía.

Por lo anterior, se puede colegir que la sensación de confianza que expresa la víctima, o en el caso *sub iudice*, su tutor, es un asunto que está en la periferia de los aspectos fundamentales de la posición de garante los cuales se analizan a lo largo de este ensayo.

21 Forero, *El delito de omisión en el nuevo código penal*, 45.

22 Santiago Mir Puig. *Derecho penal parte general*. (Barcelona: Reppertor, 1996), 75

7.2. La irrelevancia de los cargos de director y rector para el caso concreto

Con fundamento en las sentencias CSJ SP, rad. 28017, 14 nov. 2011 y CSJ SP, rad. 35113, 5 jun. 2014 y, siendo esto compatible con el desarrollo de este trabajo, se ha determinado que la posición de garante es el deber de evitar un resultado que deviene de algún tipo de relacionamiento entre quien ostenta tal rol de garante y la potencial víctima; las sentencias antes enunciadas ponen de presente los fundamentos que trajo La Constitución de 1991, además del Estado Social de Derecho instaurado con ella, para imponer deberes en cabeza de los funcionarios del estado e incluso de los propios particulares.

Una vez evacuada la aproximación teórica de la posición de garante, se partirá de la premisa de lo que supone tal rol en relación con el caso concreto y la razón, desde esta perspectiva, de porque un rector o director de un colegio debería responder por no impedir resultados lesivos respecto de los menores.

Los artículos 44, 67 y 68 de la Constitución Política consagran la prevalencia de los derechos de los menores sobre otros y, además, la trascendencia de la actividad educativa. En el mismo sentido determina que dicha actividad educativa no puede ser ejercida por cualquier persona, contemplando el artículo 68 lo siguiente *“La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente” (Congreso de la República, 1991).*

Aunado a ello, a fin de incluir una referencia jurisprudencial, La Corte Constitucional en las sentencias T 468/18, T-731/17, T 075/13 las cuales ratifican el valor y la importancia de los derechos de los niños, además dotándolos, como ya es ampliamente conocido, de la categoría de Sujetos de Especial Protección Constitucional, dada su ostensible condición de indefensión y vulnerabilidad, lo cual hace imperante que todos los integrantes de la sociedad asumamos un compromiso para con los derechos de este sector poblacional.

Para hilarlo con el tema que aquí nos ocupa, luego de evacuar el análisis del deber general que impone la constitución y la jurisprudencia de La Corte Constitucional respecto de los menores, es importante realizar un análisis respecto de ese deber particular y concreto de las instituciones académicas para con los estudiantes. Para lograr lo anterior, se debe hacer mención a la ley 115 de 1994 (Por el cual se expide la ley general de educación) y el decreto 1860 de 1994 (Que reglamenta la precitada ley), los cuales, en términos generales, regulan la prestación del servicio académico, sus presupuestos, fundamentos y requisitos.

En relación con la normatividad citada, lo que resulta importante es que dan una definición de las atribuciones y funciones de los rectores de las instituciones académicas. Esto para determinar si de estas funciones se puede abstraer el deber y la consecuente posición de garante asignada a la procesada. En el artículo 25 del citado Decreto se consagran los deberes del rector²³, deberes que pueden fundamentar este rol de garantía, pero no define otros cargos de manera individualizada dentro del esquema institucional, lo cual hace más compleja la tarea de asignar roles de garantía en concreto. Sumado a lo anterior, La Corte en la providencia objeto de estudio usó de manera indistinta los términos de “directora”, “rectora” y “propietaria” y al no tener una definición legal de estos cargos se hace aún más complejo individualizar responsabilidades, siendo forzoso remitirse a los manuales de convivencia internos de cada institución a fin de determinar que roles hay dentro de cada colegio y que funciones cumple cada uno.

Lo que al caso concreto concierne, y de la mano con las precisiones antes realizadas, se puede colegir que debe haber un reproche para el colegio como órgano institucional al cual le fue encomendado el valioso deber de educar y tener bajo su custodia menores de edad y, además, a las personas que, aún en capacidad de evitar este resultado por formar parte del colegio y estar en el evento, no lo hicieron. En suma, por transgredir y desatender deberes impuestos por nuestra Constitución Política.

Nuestra propuesta, la cual será desarrollada al final de este trabajo, es implementar y regular estas funciones; si bien se limitaría en cierta medida la autonomía de la voluntad privada en la prestación de este servicio, al ser la educación de los niños un punto neurálgico dentro de nuestra sociedad y nuestro estado social de derecho se debe dotar de ciertas garantías y certezas a la hora de saber quiénes serán los encargados de velar por el cabal cumplimiento de los derechos de los

23 ARTICULO 25. FUNCIONES DEL RECTOR. Le corresponde al Rector del establecimiento educativo: a). Orientar la ejecución del proyecto educativo institucional y aplicar las decisiones del gobierno escolar; b). Velar por el cumplimiento de las funciones docentes y el oportuno aprovisionamiento de los recursos necesarios para el efecto; c). Promover el proceso continuo de mejoramiento de la calidad de la educación en el establecimiento; d). Mantener activas las relaciones con las autoridades educativas, con los patrocinadores o auspiciadores de la institución y con la comunidad local, para el continuo progreso académico de la institución y el mejoramiento de la vida comunitaria; e). Establecer canales de comunicación entre los diferentes estamentos de la comunidad educativa; f). orientar el proceso educativo con la asistencia del Consejo Académico. g). Ejercer las funciones disciplinarias que le atribuyan la ley, los reglamentos y el manual de convivencia; h). Identificar las nuevas tendencias, aspiraciones e influencias para canalizarlas en favor del mejoramiento del proyecto educativo institucional; i). Promover actividades de beneficio social que vinculen al establecimiento con la comunidad local; j). Aplicar las disposiciones que se expidan por parte del Estado, atinentes a la prestación del servicio público educativo, y k). - Las demás funciones afines o complementarias con las anteriores que le atribuya el proyecto educativo institucional.

menores y así facilitar, no solo la función del derecho penal, sino la función educativa, dictando directrices donde haya responsabilidades individuales que sean fácilmente contrastables y así determinar si hubo o no un quebrantamiento de dichos deberes.

7.3. ¿Aún por el simple hecho de ser asistente al evento sería reprochable la conducta desplegada por Lamus?

Después de analizar prolijamente los fundamentos y presupuestos de la posición de garante se puede concluir que el operador judicial tiene una tarea compleja a la hora de imponer este deber de vigilancia en cabeza de los particulares y abstraer de sus roles y/o funciones una posición de garante.

Lo que ahora nos ocupa es como La Corte analizó el tema de la posición de garante en cabeza de Lamus Quintero. En un primer lugar La Corte afirmó que el rol de garante devenía de su posición institucional, de ser la encargada de haber contratado y puesto en conocimiento de los padres la actividad lúdica e incluso por la confianza que las madres de familia le tenían (Aspecto que fue previamente abordado). En otro aparte, La Corte aludió que la posición de garante devenía de la titularidad del dominio y la funciones con relación al evento; también sugirió que dicho rol está dado por el actuar de Lamus el día del lamentable suceso y también teorizó sobre la posibilidad de que dicha calidad de garantía deviniera del contrato de prestación de servicios educativos suscrito entre Lamus y los padres de familia.

Desde esta óptica, no se determinó si hubo una de estas circunstancias que fuera excluyente o de mayor preponderancia respecto de las otras o si fue el hecho de que concurrieran todas estas situaciones lo que hizo que La Corte concluyera la existencia de esta posición de garante. Es por esto por lo que, de manera sucinta, se dará una opinión al respecto para tratar de entender los argumentos de La Corte y auscultar en su razonamiento. Resulta importante tener presente, como ya se explicó, la naturaleza preeminente de los derechos de los niños y la importancia de la prestación de servicios educativos. Como se aludió, esta es una actividad que es de trascendental importancia en nuestro Estado Social de Derecho. Es por esto por lo que este servicio no puede ser proveído por cualquier persona y hace que estas adquieran un rol de gran importancia en la sociedad.

Dicho lo anterior, se permite suponer que, al haber una relación contractual entre el colegio y los padres de familia, hace acreedor al ente institucional de un importante deber respecto de los niños. Esto, aunado a la presencia de la recurrente en Casación el día del evento, hace que le sea reprochable su conducta omisiva por

la posibilidad de romper con el curso causal y evitar el daño, Esto, junto con su rol rectora, la hacen acreedora de este rol de garantía.

Los demás aspectos analizados por La Corte, desde esta perspectiva, no revisten la misma importancia dada la explicación teórica y doctrinal esbozada a lo largo de este trabajo.

7.4. ¿El hecho de que Lamus no supiera nadar, como se adujo, podría servir como fundamento para eximir la de su responsabilidad por el ahogamiento de los menores?

Para analizar esta cuestión, es necesario hacer una breve descripción del rol que asume el garante pues es quien *'Ha creado o elevado un riesgo y en este ámbito tiene la obligación de vigilar una fuente de peligro'*,²⁴ a saber, la situación en que se han introducido a los menores. En el caso puntual, resulta ser un escenario de riesgo que debió ser vigilado para evitar su materialización en un daño a un bien jurídico. Es en esta circunstancia, que conforme a la sentencia SU 1184-2001, se presentan los llamados deberes negativos (En los cuales las personas no deberían inmiscuirse en las órbitas personales de los ciudadanos para crear riesgos y de ser así deben evitar su materialización) y los deberes positivos (Los cuales tienen lugar por ostentar un rol institucional que, involucrándose o no en la creación del riesgo, tiene el deber de vigilar, de nuevo, por esa condición de ser parte de una estructura institucional a la que este deber le ha sido asignado), dadas las anteriores precisiones teóricas se hace necesario recordar el fundamento para la atribución de responsabilidad desde Jakobs, la cual en el ámbito penal es *'La defraudación de un rol previamente designado'*²⁵

Corolario de lo ello, desde esta perspectiva, la recurrente en casación no puede escudarse en el hecho de su incapacidad para nadar debido a que lo que le exigía su posición como garante era actuar en procura de proteger los bienes jurídicos de los menores y tenía que hacer lo que le fuera posible para evitar un resultado lesivo, *verbi gratia* se diría que la procesada bien pudo llamar al salvavidas, alertar a los demás integrantes del cuerpo directivo del colegio o a los encargados del lugar donde se realizaba la actividad o, mejor aún, haber previsto la posibilidad de que ese riesgo se materializara en un daño efectivo y, de esta forma, suministrar a los menores los correspondientes equipos de seguridad o el acompañamiento necesario para asegurarse de salvaguardar su integridad. Contrario a lo propuesto, Lamus

24 Mir Puig. *Derecho penal parte general*, 307

25 Jakobs, 1997, como se citó en Juan Carlos Forero. *El delito de omisión impropia en el nuevo código penal* (Bogotá: Ediciones Rosaristas Legis, 2002), 15.

desatendió su deber de cuidado, siendo esto un aliciente para que el resultado típico se concretara, como en efecto ocurrió.

8. Propuesta

Una vez culminado este análisis, se proponen dos ideas respecto del caso concreto que, a la final, tiene un mismo sentido, pero, por factores prácticos, se dividirá en dos.

8.1. Estandarizar los cargos y las funciones en las instituciones educativas

Como se trató de abordar, el hecho imponer a una persona una posición de garante suscita grandes problemáticas, pero, a nuestro modo de ver, la más grande es el hecho de que no es muy fácil aparejarlo con el principio de legalidad y en la mayoría de los casos que se presentan en la práctica son casos que no están regulados de manera expresa y unívoca, lo cual obliga al juez del caso a hacer un análisis de normativa extrapenal y revisar cada caso de manera detallada para poder deducir si se configura un rol de garantía.

Lo anterior se entiende, como se explicó en un apartado de este trabajo, en atención a que regular todos los supuestos de hecho es utópico y prácticamente imposible, lo cual no admite ninguna discusión. Lo que se pretende desde este trabajo es poder regular y estandarizar las funciones que tiene cada cargo dentro de una institución educativa.

Reglamentar los cargos que se ocupan en un colegio y sus debidas funciones brindaría seguridad jurídica e igualmente permitiría lograr que nadie pueda ser obligado a lo imposible y se radique una responsabilidad penal de tan amplio alcance. En la misma línea, se busca evitar la impunidad y aplicar la figura de la teoría de la imputación objetiva con unos lineamientos previamente establecidos. Por otra parte, se podría dotar de mayor confianza no solo al sistema penal, sino al sistema educativo en su integridad, pues se propone que, si los padres de los menores tienen claridad de quienes y de qué manera estarán a cargo de sus hijos, ellos pueden sentirse con mayor tranquilidad al respecto.

En el mismo sentido y con el fin de desincentivar el concepto que se tiene de que el derecho penal debe estar presente para regular todos los fenómenos sociales y así materializar su característica de *ultima ratio*, se propone que desde otros escenarios que escapan a la órbita del derecho penal, como lo es un colegio, se tenga total

claridad de las funciones que se cumplen en la institución; esto ayudaría a que se dé cumplimiento a dichas directrices y que, si con posterioridad, se activa el derecho penal, haya una claridad de los deberes que ostentaban los funcionarios para atribuir correctamente esta responsabilidad. Por último, se le da un menor margen de discrecionalidad al aparato judicial debido a que, como se dijo preliminarmente, sería más fácil atribuir responsabilidad contrastando el deber previamente regulado con su efectivo quebrantamiento. Es por ello que se podría, al menos en este sentido, hablar de un derecho penal más justo.

8.2. Ampliar el análisis de la posición de garante en consonancia con los derechos de los menores

Con los conceptos desarrollados a lo largo de este trabajo es posible denotar la importancia de los roles sociales asignados por nuestras mismas expectativas de lo que debe ser una sociedad y como esta debe regirse: Por esto, grupos poblacionales como los niños, que aun requieren de un cuidado mayor, deben tener un análisis más prolijo y próximo a la hora de cotejarlo con instituciones jurídicas como la posición de garante. A raíz de ello, desde este trabajo, se hace extensiva la propuesta de ampliar la interpretación que se tiene de la posición de garante cuando el sujeto pasivo o víctima es un menor. Lo anterior para crear una conciencia de cuidado para con estos sujetos, que, al ser catalogados de Especial Protección Constitucional, puedan llegar a recibir la protección que realmente requieren.

Pensemos que, *verbi gratia*, si un menor se pierde en la calle, una persona avizora esta situación, pero decide no prestar ayuda justificándose en que no tiene ningún grado de proximidad con el menor y tal situación desencadena en un resultado típico, dicha persona, que con su actuar omisivo facilitó el daño al menor, quedaría impune.

Para tratar de esbozar la idea con claridad, no se trata tampoco de obligar a la sociedad y a sus integrantes a lo imposible, sino que, más bien, en el derecho penal se encuentre una herramienta de prevención y de cuidado, sobre todo respecto de ciertos bienes jurídicos que resultan más vulnerables como los de los menores. Tampoco resultaría esta una idea revolucionaria dado que sentencia como la que se está analizando ha dado pequeños atisbos de este pensamiento al procesar a todos los adultos que se encontraban en el lugar donde se llevó a cabo el evento.

9. Conclusión

Después de analizar doctrinaria, jurisprudencial, legal y dogmáticamente la posición de garante, contrastándolo, además, con el caso puntual, se puede colegir, desde esta perspectiva, que La Corte ha resuelto el problema con estricto apego a principios del derecho, a la ley y a presupuestos dogmáticos. Es por ello que hay una compatibilidad entre lo analizado en este trabajo y por el Máximo Tribunal Constitucional, especialmente con que la procesada es responsable penalmente por el fallecimiento de los menores; debido a que quebrantó su deber de cuidado, viéndose notablemente la antijuridicidad de su actuar.

Pero distamos, como se dijo anteriormente, con el hecho de que La Corte radique en cabeza de la procesada la posición de garante teniendo como factor relevante la confianza que sobre ella se había depositado, debido a que esto podría atentar con la seguridad jurídica de la cual deben estar dotados los ciudadanos y el derecho de tener, si bien no de manera concreta y absoluta, de alguna forma la posibilidad de saber previamente si su actuar transgrede la normativa penal y, desde nuestra opinión, el simple hecho de que alguien confíe o no en otra persona no la puede hacer acreedora de una posición de garantía.

Si bien es cierto que los menores han sido tratados como Sujetos de Especial Protección Constitucional, se puede avizorar que en muchos escenarios, como el caso que fue objeto de análisis entre muchos otros ejemplos, los menores se ven desprotegidos ante innumerables riesgos a los que se ven expuestos y es necesario determinar que quien, por cualquier circunstancia, está al cuidado de un menor o en posibilidad de mitigar o eliminar un riesgo en su contra debe comprometerse con el cumplimiento de esta labor *so pena* de que haya un reproche en su contra en atención a que, como se ha expresado a lo largo de este trabajo, el niño es un elemento esencial sobre el cual se erige y se cimenta nuestra sociedad. Después de lo mencionado, es en este momento que podrían hacer sentido las dos propuestas aportadas de manera preliminar.

Igualmente, es importante recalcar que, para este tipo de casos, la imputación objetiva es una herramienta valiosa que actúa en procura de los derechos de las víctimas y de toda la población en general, debido a que pretende reducir los índices de impunidad; además, da cierta seguridad y da cumplimiento al principio de legalidad, puesto que los riesgos que son desatendidos por el agente se encuentran ya desarrollados jurisprudencial o legalmente.

Bibliografía

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-3754/22 del 2 de noviembre de 2022. (Myriam Ávila Roldán, M.P.).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia R-39023 del 16 de octubre de 2013. (M.P. José Luis Barceló Camacho).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-14547/16 del 12 de octubre de 2016. (M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-2772/22 del 3 de agosto de 2022. (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SP-1369/22 del 27 de abril de 2022. (M.P. Fernando León Bolaños Palacios).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia Su-1184/01 del 13 de noviembre de 2001. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).
- Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 115 de 1994: por la cual se expide la ley general de educación. Diario Oficial No. 41.214.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000: por la cual se expide el código penal. Diario Oficial No. 44.097.
- Ministerio de Educación de Colombia. (1994). Decreto 1860 de 1994: por la cual se reglamenta parcialmente la ley 115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos generales. Diario Oficial No. 41.473.
- Baraona, Jorge, Raúl Carnevalli, Hernán Corral y Tatiana Vargas. *La relación de causalidad*. Bogotá: Cuadernos de extensión jurídica 15, 2008.
- Benavente, Hesbert. “La imputación objetiva en la comisión por omisión”. Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005.
- Cancio, Manuel. “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”. En *Imputación objetiva y dogmática penal*. Compilado por Mireya Bolaños González. Madrid: Universidad de los Andes – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Complejo Universitario La Liria, 2003.
- Cancio, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Madrid: Editorial Externado, 2022.
- Daza, María. “La posición de garante en tratándose de los delitos impropios de omisión cometidos por los militares por incumplimiento de sus funciones

- constitucionales y legales". Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Penal, 2013.
- Forero, Juan. *El delito de omisión en el nuevo código penal*. Bogotá: Ediciones Rosaristas Legis, 2002
- González, Sara. "Autoría y participación en delitos de omisión impropia". Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Penal, Universidad EAFIT, 2021.
- Jakobs, Gunter. *Derecho penal parte general. fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Ediciones jurídicas, 1997.
- Jakobs, Gunther. *La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación*. Madrid: Ediciones jurídicas, 2001
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general*. Barcelona: Reppertor, 1996
- Mir Puig, Santiago. "Significado y alcances de la imputación objetiva en derecho penal. Revista electrónica de ciencia penal y criminología", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º5 (2002): 2-19.
- Reyes, Yesid. *Teoría de la imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 2005
- Robles, Ricardo. *Garantes y cómplices la intervención por omisión en los delitos especiales*. Madrid: Atelier, 2006
- Roxin, Claus. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Múnich: Grijley, segunda versión, 1996
- Roxin, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Múnich: Grijley, 1997
- Roxin, Claus. *Injerencia e imputación objetiva*. Múnich: Doctrina, 2001.
- Schunemann, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Ibáñez, 2001

