

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADO**

**“AUSENCIA DE LAS FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTE EN LOS  
DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN: ¿VULNERA EL PRINCIPIO DE  
LEGALIDAD?”**

**ANTONELLA ARROBO ESPINOSA**

**DIRECTOR: CHRISTIAN GALLO MOLINA**

**QUITO, ECUADOR**

**2024**

**Agradecimientos**

A mi madre, Karla Espinosa quien siempre me ha dado amor y fortaleza para alcanzar mis sueños.

A mi padre, Carlos Arrobo Villavicencio, quien ha sido mi mayor crítico e inspiración en el mundo intelectual.

A mi hermanita, a quien quiero inspirar y enorgullecer.

A mi abuelo, Carlos Arrobo Rodas, quien me ha enseñado el verdadero significado de abogar por los demás.

A mis maestros, Felipe Rodríguez Moreno y Gianina Naranjo Rivadeneira, dos mentes brillantes que han confiado en mí y siempre me han guiado con sabiduría.

## **Resumen**

Este trabajo escrito examina las consecuencias jurídicas de la falta de disposiciones sobre la asunción de hecho en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) ecuatoriano, especialmente en relación con la posición de garante en delitos de omisión impropia. Al identificar esta laguna legislativa, el estudio busca clarificar la aplicación de conceptos clave en el derecho penal y su impacto en la atribución de responsabilidades penales, proponiendo un análisis detallado de la omisión propia e impropia, así como una evaluación de la situación actual de las fuentes de la posición de garante en Ecuador. Este esfuerzo tiene como objetivo proporcionar una comprensión más profunda de estos complejos mecanismos legales, contribuyendo a una práctica jurídica más precisa y justa

## **Palabras claves**

Delito; Acción; Omisión; Responsabilidad; Ley; Pena; Garante; Dolo; Solidaridad; Resultado típico; Deber de actuar; Tipicidad; Culpabilidad; Bien jurídico protegido.

## **Abstract**

This thesis examines the legal consequences of the absence of provisions of assumption of fact in the Ecuadorian Penal Code (COIP), especially in relation to the guarantor position in improper omission offenses. By identifying this legislative gap, the study aims to clarify the application of key concepts in criminal law and their impact on the attribution of criminal responsibilities, proposing a detailed analysis of proper and improper omission, as well as an evaluation of the current situation of the sources of the guarantor position in Ecuador. This effort seeks to provide a deeper understanding of these complex legal mechanisms, contributing to a more accurate and just legal practice.

## **Keywords**

Crime; Action; Omission; Responsibility; Law; Penalty; Guarantor; Intent; Solidarity; Typical Result; Duty to Act; Typicity; Culpability; Protected Legal Interest.

## ÍNDICE

<b><u>INTRODUCCIÓN .....</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b><u>SECCIÓN 1: CONDUCTA COMO ELEMENTO DEL DELITO .....</u></b>	<b><u>3</u></b>
<b>1.1. CONCEPTOS PREVIOS .....</b>	<b>3</b>
1.1.1. DELITO .....	3
1.1.2. CONDUCTA.....	4
<b>1.2. OMISIÓN PROPIA .....</b>	<b>8</b>
1.2.1. DEFINICIÓN .....	8
1.2.2. ELEMENTOS .....	9
1.2.3. CARACTERÍSTICAS.....	10
1.2.4. DELITOS DE OMISIÓN PROPIA.....	12
<b>1.3. OMISIÓN IMPROPIA .....</b>	<b>13</b>
1.3.1. DEFINICIÓN .....	13
1.3.2. ELEMENTOS .....	14
1.3.3. CARACTERÍSTICAS.....	18
<b>1.4. POSICIÓN DE GARANTE EN LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA .....</b>	<b>19</b>
1.4.1. CONCEPTO DE LA POSICIÓN DE GARANTE.....	19
1.4.2. FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTE.....	20
<b>1.5. DISTINCIÓN ENTRE OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA .....</b>	<b>24</b>
<b><u>SECCIÓN 2: LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....</u></b>	<b><u>27</u></b>
<b>2.1. TIPIFICACIÓN DE LAS FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL .....</b>	<b>27</b>
<b>2.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....</b>	<b>28</b>
2.2.2. COLISIÓN CON LA OMISIÓN IMPROPIA .....	31
<b>2.3. ANÁLISIS DE CASO.....</b>	<b>33</b>
2.3.1. HECHOS DEL CASO.....	33
2.3.2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO CONCRETO .....	34
<b><u>CONCLUSIONES.....</u></b>	<b><u>40</u></b>
<b><u>RECOMENDACIONES .....</u></b>	<b><u>40</u></b>
<b><u>BIBLIOGRAFÍA.....</u></b>	<b><u>43</u></b>

## Introducción

En el ámbito del derecho penal, la precisión en la definición de conceptos como la omisión propia e impropia, así como la identificación de quién asume la posición de garante frente a determinados bienes jurídicos protegidos, resulta fundamental para la correcta atribución de responsabilidades penales. El Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece las bases legales para la persecución de actos delictivos; sin embargo, la omisión de referencias específicas a la asunción de hecho plantea desafíos significativos en la atribución de la posición de garante en delitos de omisión impropia. Este vacío normativo limita la capacidad del juzgador para reconocer como garantes a individuos fuera de los casos explícitamente definidos por ley, lo que podría llevar a interpretaciones y aplicaciones jurídicas incorrectas, o inclusive a la vulneración del principio de legalidad.

Ante esta coyuntura, el presente trabajo de integración curricular se propone como objetivo general determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de la asunción de hecho en el COIP. Para lograr este fin, se establecen objetivos específicos que incluyen la diferenciación y definición de las figuras de omisión propia e impropia, con el fin de determinar las fuentes de la posición de garante en los delitos de omisión impropia, y la verificación de su existencia dentro del marco legal ecuatoriano. Asimismo, se buscará identificar la situación actual de las fuentes de la posición de garante en el COIP, contribuyendo así a un mejor entendimiento de la atribución de responsabilidad penal en el contexto ecuatoriano. Finalmente, se realizará el análisis de un caso real dentro del cual se pretendió atribuir de manera errónea la posición de garante.

Este estudio se estructura en dos secciones principales que abordan desde fundamentos teóricos hasta análisis prácticos. La primera sección, *Conducta como elemento del delito*, profundiza en las nociones de omisión propia e impropia, explorando sus definiciones, elementos, y características. Especial atención se dedica a la posición de garante, examinando sus fuentes y destacando la importancia de entender la asunción de hecho e injerencia para una correcta atribución de responsabilidades. La segunda sección, *La situación actual de las fuentes de la posición de garante en el COIP*, evalúa cómo la legislación ecuatoriana aborda estas cuestiones, destacando la importancia del principio de legalidad y analizando las posibles consecuencias de una errónea aplicación de la posición de garante.

Con este trabajo, se pretende no solo aportar claridad a un aspecto fundamental del derecho penal sino también promover una reflexión sobre la necesidad de una legislación más precisa y efectiva que asegure la justa atribución de responsabilidades penales en Ecuador, respetando los principios de legalidad, culpabilidad y justicia. Este estudio busca contribuir al debate académico y a la práctica jurídica, ofreciendo recomendaciones basadas en un análisis exhaustivo y crítico del marco legal y la doctrina penal ecuatorianas.

## Sección 1: Conducta como elemento del delito

### 1.1. Conceptos previos

#### 1.1.1. Delito

El delito proviene etimológicamente del latín *delictum*, expresión que hace referencia a un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. A su vez, la Real Academia Española define al delito como “acción u omisión voluntaria o imprudente castigada por las leyes penales.”.

Luis Jiménez de Asúa (1992) define el delito como una acción humana voluntaria que es típica, antijurídica, culpable y punible, subrayando la importancia de la intencionalidad, la conformidad legal, la reprochabilidad personal y la susceptibilidad de sanción dentro del marco del derecho penal.

A su vez, Carlos Santiago Nino (1989) concibe el delito como una violación significativa de las normas éticas fundamentales que sustentan la cohesión y justicia social, destacando la importancia de la dimensión moral en la regulación del comportamiento humano dentro del derecho penal.

Finalmente, Francisco Muñoz Conde en su interpretación de la teoría de Santiago Mir Puig (2015), define el delito como una conducta socialmente dañina, prohibida por la ley bajo amenaza de una pena, con el fin de proteger determinados bienes jurídicos y mantener el orden social.

Miguel Polaino (2015) establece que el delito de una especie del género de infracción, es decir, ésta no es la única, pero sí la más grave de cuantas sanciones puede imponer el ordenamiento jurídico. Muchas veces se emplea el concepto de delito como género, sin embargo, no puede considerarse al delito como sinónimo de una infracción penal.

No obstante, el Art. 18 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) define al delito de la siguiente manera:

Art. 18.- Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código. (2014).

### **1.1.2. Conducta**

El concepto dogmático de delito se configura por la unión de cinco elementos encadenados entre sí que son; la conducta (acción u omisión), tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Miguel Polaino, se refiere a los elementos del delito como un “puzzle”, lo que quiere decir que, todas las piezas deben estar presentes de determinada forma (2015, p. 286).

La conducta es el elemento base sobre el que radican los demás elementos del delito. Paolaino (2015) establece que: “únicamente se puede sancionar una acción exteriormente manifestada y que tiene una trascendencia social al lesionar o poner en peligro un bien jurídico” (p. 335). Es decir, son penalmente relevantes las acciones u omisiones que lesionan un bien jurídico.

En el mismo sentido, el Art. 23 del COIP, determina expresamente lo siguiente:

Art. 23.-Modalidades de la conducta.-La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión.

No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo. (2014).

Por otro lado, Rodríguez (2019) establece que la conducta con relevancia penal es una acción u omisión que contiene una prohibición. Es decir, únicamente se constituye una conducta penalmente relevante cuando la conducta exteriorizada se subsume a una norma que contiene una prohibición. Por lo expuesto, no toda conducta, per se, es penalmente relevante. Por ejemplo, la acción humana de saltar de una silla evidentemente no le interesa al punitivismo penal, pero si Martina asesina a Antonio, sí existe una conducta penalmente relevante que resulta ser típica y antijurídica por cuanto ha lesionado un bien jurídico y ha modificado el mundo exterior.

Polaino (2015) aborda la distinción entre los eventos o comportamientos que, aunque puedan parecer relevantes desde una perspectiva penal debido a sus efectos nocivos, no se consideran acciones penales debido a la falta de un agente adecuado capaz de ejecutar una acción con relevancia penal. Esta exclusión se basa en la idea de que ciertos eventos, como los causados por animales o desastres naturales, no surgen de un sujeto que cumpla con las características necesarias para ser considerado penalmente responsable. Los daños resultantes de estos eventos, a pesar de ser externamente similares a los efectos de acciones humanas penalmente relevantes, no entran en el ámbito del Derecho penal porque no provienen de la voluntad humana.

Por otro lado, el Derecho Penal se rige por el principio de hecho o de acto, el cual consiste en sancionar actos, más no por lo que es el sujeto activo. Polaino, cita acertadamente a Antón Oneca (2015) quien dice que “ el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra” (p. 288). No obstante, el término hecho no es acertado por cuanto los hechos pueden

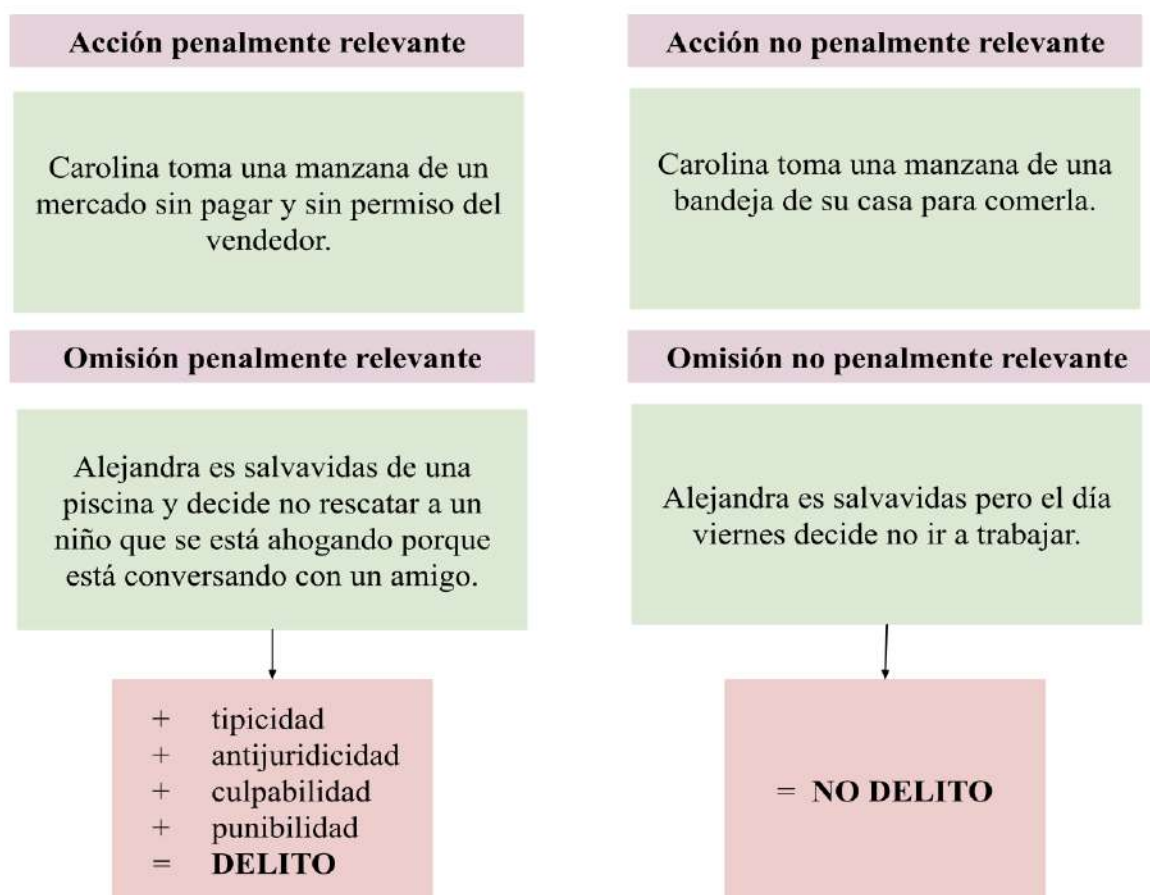
ser hechos humanos y hechos no humanos (Polaino, 2015). Los hechos no humanos son producidos por la naturaleza que por esencia no son voluntarios, en cambio, los hechos humanos provienen del hombre y resultan ser voluntarios.

La conducta penalmente relevante abarca la acción propiamente dicha pero también la omisión. “La omisión consiste en un no hacer específico” (Polaino, 2015, p.351). A su vez, Molina (2014) menciona que: “En el ámbito del Derecho Penal hablamos de omisión, obviamente no nos referimos a una mera “no acción”, sino a un “no hacer algo”” (p. 28).

La omisión se encuadra dentro de una categoría más amplia de comportamientos que podríamos llamar "no actuar". Sin embargo, no todas las formas de no actuar son consideradas omisiones penalmente relevantes, al igual que las acciones. Lo que distingue a la omisión de otros tipos de inacción es su relevancia normativa, es decir, se trata de situaciones específicas en las que, según la norma el individuo debería haber actuado. En otras palabras, lo que caracteriza a la omisión y la hace diferente de meros actos de no hacer es que representa una falta de acción censurable o criticable desde el punto de vista de lo que se espera en determinadas circunstancias.

El Art. 22 del COIP, establece que son penalmente relevantes las conductas, ya sean acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables (2014).

El siguiente cuadro tiene como objetivo ilustrar la importancia de diferenciar a una acción u omisión con relevancia penal de una simple acción u omisión:



(Tabla 01)

La omisión en el derecho penal se puede distinguir en dos categorías fundamentales: omisión propia y omisión impropia, cada una con características y consecuencias jurídicas específicas. Esta distinción es crucial para comprender cómo el derecho penal aborda la inacción frente a situaciones que requieren una intervención activa para prevenir un daño o asegurar el cumplimiento de una obligación legal. Además, esta distinción es esencial para identificar no solo las expectativas legales sobre la conducta de los individuos en situaciones específicas, sino también para determinar el alcance de la responsabilidad penal en contextos donde la no acción tiene consecuencias jurídicas significativas. En el ámbito jurídico, la no acción (omisión) en muchos casos es igual de grave que la acción.

Gonzálo Javier Molina (2014) reflexiona lo siguiente:

(...) es válido reflexionar sobre la razón de existir de estas figuras penales. El motivo de su existencia no es otro que una razón práctica: el legislador necesita, muchas veces, imperiosamente, acudir a la redacción de una figura clásica de omisión (omisión pura), ya que le resulta imposible proteger cierto bien jurídico de otra forma. (p. 26).

## **1.2. Omisión propia**

### **1.2.1. Definición**

La omisión propia, también conocida como omisión simple, se refiere a la inacción de un sujeto frente a un deber legal específico de actuar, sin que sea necesario que de esta inacción se derive un resultado externo dañino para que se configure el delito. En otras palabras, la omisión simple ocurre cuando la norma penal espera de cualquier individuo (o de un sujeto activo calificado) una determinada acción en ciertas circunstancias, y la falta de realización de esa acción (omisión) constituye, por sí misma, un delito.

La omisión propia, en palabras sencillas es, la omisión determinada por la ley” (González, s.f., p. 169). A su vez, Gimbernat (2013) establece que este tipo de omisión se caracteriza por no requerir la producción de un resultado lesivo para que se configure el delito; es la propia inacción frente al deber de actuar lo que se sanciona. Además, el autor subraya la importancia de la claridad en la definición de los deberes jurídicos y la necesidad de que estos deberes estén precisamente delimitados por la ley para evitar interpretaciones excesivamente amplias que pudieran conducir a una responsabilidad penal por omisión en casos donde no esté suficientemente justificada.

Debido a la definición precisa de las circunstancias particulares que caracterizan a los delitos de omisión simple, estos se conocen también como "tipos penalmente

contextualizados". Es la legislación la que estipula explícitamente el contexto específico del cual emerge el deber de actuar (Molina, 2014). Por otro lado, Rodríguez (2019) menciona que: "la omisión propia como tal está tipificada en la redacción del tipo con frases como " el que omite"" (p.63).

### 1.2.2. Elementos

Existen tres elementos que deben concurrir para la existencia de una omisión simple: situación típica, ausencia de acción determinada y capacidad de realizar la acción que se omitió.

- I. **Situación típica:** El contenido del deber de actuar se determina de acuerdo con las circunstancias fácticas, y teniendo en cuenta los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico.
  
- II. **Ausencia de una acción determinada:** En los delitos omisivos no existe el "no hacer" sino que existe un hacer diferente al debido (Molina, 2014). Como por ejemplo, la conducta (omisión) es descrita por la ley como un "no auxiliar". Esto quiere decir que se exige socorrer pero se hace todo lo contrario (Rodríguez, 2019).
  
- III. **Capacidad de realizar la acción que se omitió:** quien omite actuar, debe ser capaz de actuar, es decir, la acción que se espera debe ser posible según las circunstancias y capacidades del sujeto.

La responsabilidad penal por omisión requiere que el individuo, al no ejecutar la acción que la ley le obliga, haya tenido la capacidad real, física o material, de llevar a cabo dicha acción en las circunstancias específicas en que se encontraba. Esto

significa que para atribuir responsabilidad por omisión, es esencial que la acción que se esperaba del sujeto fuera factible de realizarse en ese contexto particular. Además, es importante señalar que esta capacidad de actuar no se limita exclusivamente a la habilidad de intervenir directamente o "con sus propias manos" (Jakobs, 1997).

### **1.2.3 Características**

Las principales características de la omisión propia son las siguientes:

#### **a) Tipificación legal expresa**

Una omisión propia se caracteriza por estar expresamente definida en la ley. Esto significa que la legislación delimita de manera precisa el contexto y las circunstancias en las cuales la inacción es penalmente relevante. Por lo dicho, surge un deber directamente de la ley y se aplica a cualquier persona que se encuentre en la situación descrita por la normativa.

#### **b) Independencia del resultado**

A diferencia de las omisiones impropias como se analizará más adelante, en los delitos de omisión propia la relevancia penal de la conducta no depende de la producción de un resultado externo. El simple hecho de no cumplir con el deber de actuar establecido por la ley es suficiente para configurar el delito, sin necesidad de que se materialice un daño o peligro concreto.

#### **c) Principio de mínima intervención**

Polaino (2015) establece que la omisión penalmente relevante consiste en la infracción de un deber, es decir, no se refiere a la mera inacción respecto de un movimiento corporal. Por lo tanto, el deber jurídico de la omisión propia recae sobre determinadas características esenciales, entre esas, se encuentra el deber de solidaridad mínima. "Esto es un

deber positivo que conmina a la persona a realizar conducta positiva de auxilio, salvamento o colaboración en una situación de necesidad o desgracia (...)” (Polaino, 2015, p. 352). Por otro lado, la titularidad de este deber le corresponde a cualquier persona, contrario al rol de garante que recae sobre determinados sujetos. Por otro lado, Rodríguez señala que en la solidaridad mínima existe un deber negativo que no basta con no causar un daño, sino que se exige hacer alguna conducta expresa (tipificada en la norma), de salvamento o colaboración en beneficio de un tercero o de la colectividad (2019).

A su vez, Rodríguez cita correctamente a Polaino al referirse que: “el Derecho penal no exige del ciudadano que sea siempre y en toda circunstancia un héroe” (2019, p.69). Es por ello que la solidaridad mínima es un deber mínimo de realizar lo posible y bajo ningún concepto lo imposible.

#### **d) No existe posición de garante**

La idea de que el deber de solidaridad mínima recae sobre cualquier persona. Este principio se aplica universalmente a todos los individuos que se encuentran en una situación contemplada por la normativa, independientemente de sus calificaciones personales o profesionales.

Este concepto introduce una distinción fundamental entre el deber de solidaridad mínima y los deberes de garante. Mientras que los deberes de garante se asignan a sujetos específicos debido a su rol, posición o relación con el bien jurídico o la víctima (por ejemplo, la responsabilidad de un padre hacia su hijo o la de un médico hacia su paciente), el deber de solidaridad mínima se extiende a todos sin necesidad de una conexión previa o una calificación particular.

### 1.2.4. Delitos de omisión propia

En la sección que sigue, se despliega un cuadro con ejemplos de delitos de omisión propia, seleccionados del Código Orgánico Integral Penal, para demostrar las circunstancias bajo las cuales la ausencia de acción, ante deberes explícitamente señalados,, constituye una infracción penal:

Artículo:	Delito:	Tipificación:
Art. 134	Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria	“La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, <b>omita</b> las medidas de socorro y asistencia humanitaria a favor de las personas protegidas, estando obligada a hacerlo, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.”
Art. 274	Evasión o fuga	“La persona que por acción u <b>omisión</b> permita que una persona privada de libertad se evada o fugue de un centro de privación de libertad en cualquiera de sus tipos, o de un centro de adolescentes infractores, o durante la ejecución de un traslado, remisión o actividad derivada de la privación de libertad o custodia del Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (...)”
Art. 276	Omisión de denuncia en razón de la profesión, cargo u oficio	<p>“La persona que, en razón de profesión, cargo u oficio, en los ámbitos de educación, salud, recreación, religioso, deportivo o cultural, conozca de hechos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos o delitos contra la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva o muerte violenta de una persona y <b>no denuncie</b> el hecho, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.</p> <p>Si la <b>omisión</b> es por parte de quien sea el propietario, responsable o representante legal de la institución pública o particular, se aplicará el máximo de la pena.</p> <p>Si la <b>omisión</b> se produce sobre delitos contra la</p>

		<p>integridad física, psicológica o sexual de niños, niñas y adolescentes, se aplicará el máximo de la pena aumentada en un tercio.</p> <p>No se podrá alegar secreto profesional y objeción de conciencia para justificar la falta de denuncia.”</p>
Art. 319	Omisión de control de lavado de activos	<p>“La persona que, siendo trabajadora de un sujeto obligado a reportar a la entidad competente y estando encargada de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos, <b>omita</b> el cumplimiento de sus obligaciones de control previstas por la Ley, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.”</p>

(Tabla 02)

### 1.3. Omisión impropia

#### 1.3.1. Definición

Puig (2015) define a la omisión impropia como aquella situación en la que un sujeto, encontrándose en una posición de garante, omite realizar una acción de la cual dependía evitar la realización de un resultado típicamente delictivo. En estos casos, la inacción del sujeto se equipara a la comisión del hecho por acción, debido a su deber jurídico previamente establecido de actuar para prevenir ese resultado. La posición de garante implica una obligación especial de cuidado o protección sobre ciertos bienes jurídicos.

Por otro lado, para Jiménez de Asúa, la omisión impropia podría definirse como la situación en la que la ley atribuye responsabilidad penal a un sujeto por no realizar una acción requerida para prevenir un resultado dañino, en circunstancias donde dicho sujeto se encuentra en una posición especial de control o protección respecto al bien jurídico amenazado. Este tipo de omisión, también conocida como comisión por omisión, se

caracteriza por la existencia de una relación específica entre el sujeto y el bien jurídico, que impone al primero un deber jurídico de actuar para evitar un resultado lesivo (2004).

Por último, el COIP tipifica a la omisión impropia de la siguiente forma en el Art. 28:

Art. 28.-Omisión dolosa.-La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico (2014).

### **1.3.2. Elementos**

Molina (2014) determina que en todo delito de omisión impropia deben concurrir los siguientes elementos: situación típica que genera un deber de actuar; no realización de la acción mandada; posibilidad física o material de realizar la acción; producción de un resultado típico; nexo de evitación, y posición de garante.

Los primeros tres elementos son los mismos que constituyen a la omisión propia, por lo tanto, se va a realizar una explicación respecto de los otros elementos restantes y diferenciadores de la omisión impropia.

#### **a) Producción de un resultado típico**

En los delitos impropios de omisión, la ley penal exige la producción de un resultado específico, directamente vinculado a la inacción del sujeto, quien poseía un deber jurídico de intervenir para evitar dicho resultado. Este tipo de delitos, por lo tanto, se fundamenta en la existencia de una omisión que, bajo circunstancias particulares, tiene la capacidad de producir un daño o lesión previsto por la normativa como típico de una figura delictiva. Para

establecer la responsabilidad penal en estos casos, es esencial que se demuestre la relación de causalidad entre la omisión del agente y el resultado lesivo, lo cual implica analizar si el individuo, mediante una acción esperada y legalmente obligada, podría haber evitado el daño. Esta conexión se profundiza mediante el concepto de la imputación objetiva, que sirve para evaluar si el resultado típico era prevenible por parte del sujeto, dada su posición de garante y el deber jurídico de actuar que le incumbía.

La posición de garante y el deber jurídico de actuar constituyen elementos centrales en la atribución de responsabilidad penal en los delitos impropios de omisión, tema que abundaremos más adelante.

#### **b) Nexos de evitación**

En el ámbito del derecho penal, tanto para los delitos de acción como para los de omisión, la relación entre la conducta del sujeto activo y el resultado típico es fundamental para establecer la responsabilidad penal. En los delitos de acción, esta relación se manifiesta de manera directa y clara, pues una acción concreta del sujeto activo produce un resultado que la norma penal sanciona. La exigencia de una relación estrecha entre acción y resultado no solo busca confirmar la causalidad, sino también establecer la imputación objetiva del resultado a la acción, fundamentando así la atribución de responsabilidad penal al autor. Este vínculo permite afirmar que sin la acción del sujeto, el resultado típico no se habría producido, o al menos, se habría producido de manera significativamente distinta en casos de tentativa (Molina, 2014).

En contraposición, los delitos de omisión, especialmente los impropios o comisiones por omisión, introducen una dinámica distinta en la relación causal. En este caso se analiza

un vínculo hipotético entre el no hacer del sujeto y el resultado típico. Esto significa que para atribuir responsabilidad penal, es necesario establecer que de haber actuado el sujeto conforme a su deber jurídico de intervenir, el resultado típico probablemente no se habría producido. Este vínculo hipotético exige demostrar que el sujeto tenía la capacidad real de actuar de manera diferente y que su intervención habría tenido un efecto significativo en la prevención del resultado (Molina, 2014). Por lo tanto, en los delitos de omisión, la ley penal se enfoca en lo que razonablemente podría haberse evitado mediante una acción requerida por el derecho, considerando la posición de garante del sujeto activo y su deber de actuar para proteger bienes jurídicos (principio de máxima intervención).

Debemos imaginarnos hipotéticamente qué hubiera ocurrido si la acción mandada se hubiera realizado. Si la acción mandada —que no se realizó— hubiera impedido la producción del resultado, eso significa que existe un nexo de evitación entre la pura omisión del autor y el resultado (Molina, 2014, p. 62).

El núcleo del debate surge respecto de la atribución de responsabilidad del grado de certeza necesario para establecer que la acción no realizada por el sujeto activo, pero jurídicamente esperada, habría efectivamente evitado el resultado dañoso. La doctrina mayoritaria sostiene que es imperativo contar con una probabilidad muy alta, casi rozando la certeza, de que si el sujeto hubiera cumplido con su deber de actuar, el resultado lesivo se habría prevenido. Este enfoque resalta una postura cautelosa, priorizando la seguridad jurídica asegurando así que solo se impongan sanciones penales en casos donde exista una conexión clara y casi indudable entre la omisión y el resultado típico. La adopción de este estándar de "probabilidad rayana en la certeza" busca proteger a los individuos de ser injustamente responsabilizados por resultados que su intervención no hubiera podido prevenir de manera casi segura (Molina, 2014).

No obstante, la aplicación práctica de este medidor de probabilidad genera controversias significativas. Críticos de esta posición argumentan que tal exigencia puede conducir a un vacío de responsabilidad penal en escenarios donde, a pesar de existir una alta probabilidad de que la acción omitida hubiese evitado el resultado, no se logra satisfacer el criterio de certeza casi absoluta. Esta perspectiva sugiere que tal enfoque podría obviar la complejidad de las dinámicas humanas y las múltiples variables que inciden en la causalidad de los eventos, dificultando en muchos casos el establecimiento de un vínculo causal claro y robusto entre la omisión y el resultado. En consecuencia, este debate contrapone a la necesidad de asegurar que solo se responsabilice penalmente a aquellos cuya inacción tuvo un impacto decisivo en la producción del resultado con el riesgo de impunidad ante la imposibilidad de alcanzar un grado de certeza (Molina, 2014).

Por otro lado, para equiparar un delito de omisión con uno de acción, no basta simplemente con que el omitente (sujeto activo) se encuentre en una relación jurídica específica con el bien jurídico afectado. Este enfoque amplía la mirada tradicional que se centraba primordialmente en la posición de garante del sujeto, añadiendo una capa de complejidad al análisis. Es decir, que la omisión del sujeto debe considerarse equivalente, en términos de resultado, a la comisión de un delito mediante un acto positivo. Esta interpretación busca asegurar que la responsabilidad penal por omisión se atribuya de manera justa y proporcionada, evitando extender de forma desmedida el ámbito de aplicación del Derecho Penal.

Este enfoque responde a una necesidad de precisión y justicia en la atribución de responsabilidad penal, enfatizando que no cualquiera omisión puede ser tratada como la

comisión de un acto delictivo. Esto implica un análisis de cada caso, donde se debería considerar el bien jurídico afectado como la intensidad y lesividad de la infracción.

### **c) Posición de garante**

A diferencia de la obligación de solidaridad, que implica una actuación proactiva, ser garante implica estar asociado con la prevención de situaciones o riesgos que no son aceptados legalmente. La obligación de actuar como garante no se extiende a todos, sino que se circunscribe específicamente a individuos con deberes concretos, tales como los padres en lo referente al sustento y cuidado de sus hijos menores o los funcionarios públicos en relación con sus responsabilidades oficiales (Molina, 2014). La violación de estas obligaciones particulares no conlleva una responsabilidad genérica basada en la solidaridad, sino una responsabilidad específica asociada a su posición de garante, manifestándose en la figura de la comisión por omisión. Quien incumple este mandato asume la posición singular de garante (Polaino, 2013). Según Jakobs, la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante y de qué (1997).

Rodríguez (2019) establece que el deber de garante se vincula con la idea de institución jurídica; por ejemplo, la relación institucional padre-hijo (relación paterno-filial).

Por otro lado, Rodríguez dice:

“Esto nos deja claro que del ciudadano promedio se espera un deber de solidaridad mínima (rol común o general), mientras que del garante se espera una solidaridad máxima por su rol especial.” (2019, p. 87).

### **1.3.3. Características**

- a) Existencia de un deber jurídico de actuar:** Para que se configure una omisión impropia, debe existir un deber legal o jurídico de actuar. Este deber puede derivar de la ley, de un contrato, de una relación especial.
- b) Capacidad de actuación:** La persona debe ser física y jurídicamente capaz de realizar la acción esperada para prevenir el resultado. Esto significa que debe tener la posibilidad real de actuar de manera que se evite el resultado dañoso.
- c) Equivalencia entre acción y omisión:** En la omisión impropia, se equipara la no actuación del sujeto con una acción positiva que produce un resultado típico. En otras palabras, se trata a la omisión como si hubiese realizado una acción.
- d) Resultado típico:** Al igual que en los delitos de acción, en la omisión impropia se requiere la producción de un resultado típico, es decir, un cambio en el mundo exterior que se subsume al tipo penal. La diferencia radica en que dicho resultado se produce por la no intervención del sujeto activo.
- e) Relación de causalidad:** Se debe establecer una relación de causalidad entre la omisión del deber de actuar y el resultado. Esto implica demostrar que de haber actuado el sujeto conforme a su deber, el resultado probablemente no se habría producido.

#### **1.4. Posición de garante en los delitos de omisión impropia**

##### **1.4.1. Concepto de la posición de garante**

Para comprender los delitos de omisión impropia es necesario desarrollar el concepto de la posición de garante, por cuanto, es elemento esencial de la comisión por omisión.

No todos los sujetos responderán por sus omisiones como si hubiesen actuado de forma activa, simplemente lo harán quienes adquieran posición de garante. No obstante, aunque se compruebe el nexo de evitación entre su omisión y el resultado típico, deberá probarse la relación especial que tenga el sujeto activo con el bien jurídico que está obligado a proteger. Esta relación especial entre una persona y el bien jurídico que se afecta se llama posición de garante.

Polaino define el deber del garante como “un deber que corresponde a aquellos sujetos situados en una posición de garantía de un bien jurídico protegido” (2019, p. 358).

No obstante, cabe la siguiente interrogante: ¿quién es titular del deber de garante?

El deber de garante no se atribuye a todo el mundo, sino exclusivamente a sujetos determinados, es decir, tiene una estrecha relación con instituciones jurídicas como la paterno-filial, etc. (Polaino, 2019, p. 359).

#### **1.4.2. Fuentes de la posición de garante**

Según Jakobs, la determinación de la posición de garante es una de las tareas más complicadas dentro de la dogmática del Derecho Penal. Inicialmente hay tres fuentes que son las principales; la ley o el contrato, la injerencia y la asunción de hecho.

##### **1.4.2.1. Ley y contrato**

El Art. 1 del Código Civil establece la siguiente definición de Ley:

La Ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

A su vez, Polaino (2019) establece que el contrato se asimila a la norma jurídica a la cual se le atribuye un comportamiento jurídicamente exigible. Por lo tanto, Rodríguez menciona que la primera fuente de la posición de garante es la obligación legal o contractual de actuar (2019).

Gimbernat cita a Lehrbuch quien menciona que un delito de omisión impropia presupone una base jurídica especial como la Ley o el contrato (2013). Consecuentemente, para comprender mejor esta fuente, Gimbernat hace la siguiente explicación:

(...) los padres (ley) que no dan de comer al hijo pequeño permitiendo que muera de inanición, o la empleada doméstica (contrato) que omite la alimentación del bebé que tiene a su cargo, realizan, en comisión por omisión, un delito contra la vida. Al socorrista funcionario en una piscina municipal (ley) y al contratado en una privada (contrato) se les imputa la muerte si no intervienen (...) (2013, p. 133)

Ahora bien, se va a aplicar este caso hipotético a un caso real para comprender la importancia de la determinación de la posición del garante y de su fuente.

Kristel Candelario es una mujer ecuatoriana que abandonó durante una semana a su hija de un año y medio para irse de vacaciones a la playa con su pareja. Su hija murió después de sufrir deshidratación extrema, y la encontraron envuelta en sus propias heces y orina. Este caso sucedió en Estados Unidos, pero ¿qué hubiera sucedido si esto pasaba en Ecuador?

El Art. 102 del Código de la Niñez y Adolescencia establece:

**Art. 102.- Deberes específicos de los progenitores.-** Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas. Para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, en la forma que establece este Código.

Kristel tenía la obligación de proteger el bien jurídico (vida) de su hija de un año, de conformidad con el Art. 102 del mencionado código, por lo tanto, la propia Ley le otorgó la posición de garante. Esto quiere decir que, si Kristel hubiese sido procesada y condenada en Ecuador, probablemente la Fiscalía la hubiera acusado de homicidio ya que su omisión causó el resultado típico.

Por otro lado, ¿las niñeras podrían constituirse como garantes? La respuesta es que sí.

Sofía es una niñera que acuerda verbalmente con Matías y Manuela cuidar a su hijo pequeño de cinco años durante unas horas. Los padres salen a un evento social y dejan a su hijo con Sofía, pero minutos después reciben una llamada de la Policía quien les dice que su hijo acaba de morir ahogado. ¿Sofía tiene responsabilidad penal por la muerte del niño? Sí, definitivamente. El contrato es otra fuente de la posición de garante, y el momento en que Sofía fue contratada como niñera, adquirió la obligación jurídica de proteger la vida del hijo de Matías y Manuela.

Consecuentemente, Polaino (2019) menciona que:

La determinación de la titularidad del deber especial es clave para determinar el sujeto a quien puede imputarse por omisión un resultado como si lo hubiera realizado activamente (p.71).

#### **1.4.2.2. Asunción de hecho**

La asunción de una posición de garante supone que un sujeto, en principio ajeno a tal posición, se subroga la situación que ocupa alguien que sí es garante. Esta asunción subrogatoria puede provenir por contrato, por una gestión de negociaciones o cualquier conducta concluyente de la aceptación de aquél, pero la idea clave consiste en la asunción

fáctica de la situación de garante, que genera una expectativa social de conducta fundamentada en una confianza jurídica, no de solidaridad sino de garante (Polaino, 2013).

Tomando nuevamente el ejemplo de Sofía la niñera, supongamos que debía quedarse en la casa de Matías y Manuela desde las 13h00 hasta las 17h00, tal como habían acordado contractualmente, pero la pareja llega a su casa a las 20h00. Si el niño se ahogó a las 19h00, ¿Sofía tiene obligación de cuidado? Por supuesto que sí. Justamente la asunción de hecho genera una obligación *de facto*, es decir, Sofía se convierte en garante del pequeño, inclusive si contractualmente ya no lo era. Rodríguez explica con un ejemplo similar que: “(...) a la niñera no se le es exigible únicamente un deber de solidaridad mínima, sino de máxima solidaridad” (2013, p. 91).

No obstante, Rodríguez cita acertadamente a Frank Reinhard:

(...) el penalista Reinhard Frank sostuvo que esta situación es completamente distinta en los supuestos en que no exista una aceptación previa de un manejo de riesgos ni compromiso de superar a la propia intervención un estado de peligro ya existente (...)" (2019, p. 91).

Polaino (2019) explica esta idea con el siguiente ejemplo:

Por ejemplo, y a diferencia de la niñera que se comprometió a correr con el riesgo que supone cuidar a un menor, si un sujeto que pasea casualmente junto a un estanque saca del agua a un bañista medio ahogado que ha caído en el mismo, pero a continuación no prosigue con las posibles labores de salvamento (boca a boca, masaje pectoral, etc.), el hecho de que haya sacado a la víctima del agua no le convierte automáticamente en garante de la vida del bañista, de manera que si éste muere la muerte no será imputable a quien comenzó el auxilio.

Por otro lado, Polaino (2013) señala que la asunción de hecho puede surgir de un contrato o cualquier conducta que acepte la situación del garante. Además, la idea esencial es que la asunción de hecho es una asunción fáctica que genera una expectativa social de una conducta fundamentada en una confianza jurídica, no de solidaridad, sino una acción de garante.

### 1.4.2.3. Injerencia

También conocida como la actuación peligrosa procedente, la injerencia consiste en que quien realiza una conducta previa peligrosa se convierte en garante de la situación de peligro, debiendo disminuir o neutralizar el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el sujeto. Si no lo hace, responde como garante de la producción del resultado material (Polaino, 2013).

A fin de explicar esta fuente, vamos a analizar el caso que plantea Rodríguez (2019) llamado “el bebé volador”.

Michelle eleva en el aire al bebé de su amiga Macarena, pero no lo atrapa entonces cae al suelo y muere. ¿Michelle tiene responsabilidad por la muerte de ese niño? ¿o su amiga Macarena por ser su madre? La respuesta es Michelle.

Michelle creó un riesgo respecto del bebe, por lo tanto, su obligación era disminuir o neutralizar dicha conducta. No obstante, Gimbernat (2013) explica que “no todo precedente condicionante después de un resultado típico crea una posición de garante.” (p. 142). A su vez, el autor explica que el precedente del resultado típico debe gozar de peligrosidad.

### 1.5. Distinción entre omisión propia e impropia

Elemento	Omisión Propia	Omisión Impropia
Definición	Falta de realización de una acción que constituye un	Falta de realización de una acción que, de haberse

	deber específico, tipificado como delito por la ley.	realizado, habría impedido un resultado delictivo, y donde el sujeto tenía un deber especial de actuar.
Base legal	Tipificada expresamente en el código penal como un delito de omisión pura.	No siempre está expresamente tipificada; se basa en la equiparación con los delitos de acción en función del deber de actuar.
Deber de actuar	Surge de una obligación general impuesta por la ley.	Surge de la posición de garante.
Ejemplos comunes	No denunciar ciertos delitos.	No alimentar a un hijo menor.
Resultado necesario	La mera omisión constituye delito, independientemente de que ocurra un resultado.	Es necesario que la omisión produzca un resultado típico que podría haberse evitado con la acción debida.
Naturaleza del deber	Deberes generales impuestos por la ley (obligaciones erga omnes).	Deberes especiales derivados de una posición de garante.
Sujeto activo	Cualquier persona.	Padres, tutores, profesionales con deberes

		específicos (ejemplo: médicos, maestros), funcionarios públicos.
--	--	--

(Tabla 03)

Según la doctrina dominante, el criterio diferenciador entre ambas formas de omisión reside principalmente en la existencia o no de una posición de garante.

De conformidad con lo expuesto en anteriores capítulos, se ha determinado de manera clara que en la omisión propia el sujeto que omite una acción no tiene una posición de garante respecto al bien jurídico protegido. En otras palabras, el omitente se encuentra desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión. La obligación de actuar en estos casos proviene directamente de la norma y es impuesta a todos los ciudadanos de manera general, es decir, no existe sujeto activo calificado. Por ejemplo, la omisión de socorro tipificada en el artículo 424 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece que cualquier persona al observar a otra en peligro grave y manifiesto, tiene la obligación legal de prestar ayuda sin poner en riesgo su propia seguridad. Este deber de actuar es general y no requiere una relación específica con la víctima.

Por otro lado, la omisión impropia se configura cuando el sujeto omitente tiene una posición de garante respecto al bien jurídico protegido. Esta posición de garante surge de un deber jurídico extrapenal (contrato, injerencia o asunción de hecho) que obliga al sujeto a actuar para evitar un resultado dañoso. En estos casos, la omisión se considera equivalente a una acción activa en términos de responsabilidad penal debido a la existencia de este deber especial de protección o solidaridad máxima.

## Sección 2: La situación actual de las fuentes de la posición de garante en el Código Orgánico Integral Penal

### 2.1. Tipificación de las fuentes de la posición de garante en el Código Orgánico Integral Penal

La posición de garante nace de tres fuentes principales; la ley o contrato, injerencia y asunción de hecho. No obstante, la asunción de hecho no se encuentra tipificada en el Código Orgánico Integral Penal.

El Art. 28 del COIP establece lo siguiente:

**Art. 28.-Omisión dolosa.-**La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una **obligación legal o contractual** de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico **y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.**

El legislador deja mucho que desear de dicho artículo por varias razones. La primera de ellas es que de la simple lectura del artículo se entiende que una persona se encuentra en posición de garante por una obligación legal o contractual *y (énfasis en la conjunción)* cuando haya provocado o incrementado un riesgo precedente. Es decir, si la norma se la interpreta de forma literal, como debe hacerse tal como lo establece el numeral 2 del Art. 13 del COIP, se entiende que el sujeto activo deberá incurrir en ambas circunstancias para constituirse como garante. En otras palabras, el legislador unificó dos fuentes completamente diferentes a una misma situación.

Como segundo punto, el legislador omitió tipificar en el COIP a la asunción de hecho como una fuente para atribuir posición de garante, lo cual permite plantearnos la siguiente interrogante: ¿qué consecuencias jurídicas puede acarrear la falta de tipificación de la asunción de hecho? A continuación se expondrá la principal consecuencia, que es, la posible violación al principio de legalidad.

## **2.2. Principio de legalidad**

El ejercicio del ius puniendi del Estado no es una actividad ilimitada o discrecional. Por el contrario, está intrínsecamente sujeto a límites constitucionales, lo cual es esencial para mantener un equilibrio entre la potestad punitiva del Estado y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Estos límites son indispensables para asegurar que el poder punitivo del Estado se ejerza de manera justa y no arbitraria.

En primer lugar, es fundamental reconocer la primacía de la Constitución. La Constitución representa la cúspide de la pirámide normativa del ordenamiento jurídico, lo que significa que todas las normas y actos del Estado deben estar subordinados a los principios y disposiciones constitucionales. En caso de conflicto normativo, la Constitución prevalece, asegurando que ninguna ley o acción estatal pueda contradecir sus mandatos. Por ejemplo, en Ecuador, la Constitución de la República establece en su artículo 424 la supremacía constitucional, declarando que cualquier norma que la contradiga es nula.

Además, el derecho penal, por su naturaleza, debe ser limitado y sujeto a una serie de garantías normativas con la finalidad de proteger los derechos y libertades de los individuos. Entre estas garantías se encuentra por ejemplo, el principio de legalidad. Además, es importante subrayar que el reconocimiento y la observancia de estos límites son de trascendental relevancia para el correcto desarrollo de las funciones del Derecho Penal. En

primer lugar, garantizan que el derecho penal cumpla su rol de proteger a la sociedad y mantener el orden público sin menoscabar los derechos individuales. Un sistema penal que respeta los límites constitucionales y protege los derechos fundamentales se percibe como legítimo y justo por los ciudadanos, aumentando así la confianza en el sistema judicial y en las instituciones del Estado. Además, la existencia de límites claros y la supervisión constante previenen el uso excesivo o indebido del poder punitivo, evitando situaciones de injusticia y arbitrariedad. A su vez, el resguardo de los límites al poder punitivo permite que los ciudadanos gocen de seguridad jurídica.

Por otro lado, la actividad legislativa y judicial está sujeta al principio de legalidad, el cual establece que sólo la ley puede definir delitos y establecer las sanciones correspondientes. Aunque existen numerosos antecedentes históricos de este principio, su formulación en el ámbito penal se atribuye al penalista alemán Paul Johann Anselm von Feuerbach. Este jurista acuñó el aforismo que resume el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege*, el cual ha sido objeto de generalizado reconocimiento en el derecho penal comparado.

El principio de legalidad implica que la ley es la única fuente de creación normativa en materia penal. Esto significa que solo a través de leyes formalmente aprobadas por el poder legislativo se pueden definir las conductas que constituyen delitos y establecer las penas correspondientes. De esta manera, se garantiza que los ciudadanos solo puedan ser sancionados por acciones que hayan sido previamente tipificadas como delictivas en una norma clara y precisa.

Además, conforme al principio de legalidad, para que una acción delictiva sea sancionada, debe existir una expresa cobertura legal en el momento de realización del delito.

Esto implica que no se puede aplicar retroactivamente una ley penal para castigar conductas que, en el momento de su comisión, no estaban definidas como delitos. Este aspecto del principio de legalidad protege a los ciudadanos de la arbitrariedad y asegura la previsibilidad del derecho penal.

Es importante destacar que el principio de legalidad no solo limita la actividad legislativa, sino que también constriñe la actividad judicial. Los jueces, al interpretar y aplicar las leyes penales, deben adherirse estrictamente a los términos de la ley y no pueden crear delitos o imponer sanciones que no estén expresamente previstos en la normativa vigente. Esto garantiza una aplicación uniforme y justa del derecho penal, evitando interpretaciones expansivas o arbitrarias que puedan vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

No obstante, Rodríguez (2023) establece que el principio latino *nullum crimen, nulla poena sine lege* es incompleto por cuanto la forma correcta debe ser: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*.

Respecto a la *lex praevia*, Rodríguez establece que va dirigida al juez y al legislador, latinismo el cual consiste en que la ley debe existir previamente del hecho. Por otro lado, la *lex scripta* se refiere a la ley escrita que suprime a la costumbre como elemento constitutivo del Derecho Penal. La *lex stricta* se refiere a la prohibición de analogías. Y finalmente, la *lex certa* hace referencia a que la ley debe ser cierta, clara, entendible.

Por otro lado, Rodríguez explica que el principio de legalidad se compone por otros dos principios que son el principio de literalidad y de taxatividad. Si bien el principio de literalidad hace referencia a la *lex stricta*, el principio de taxatividad implica que para que una conducta se constituya como delito, la norma debe describir una conducta y agregar una

sanción (2023). “Esto quiere decir que sólo podemos llamar delito a la descripción de una conducta que lleva asociada una pena, es decir, si haces A, te sucede B.” (Rodríguez, 2023, p. 109).

A su vez, Rodríguez (2023) explica que la función del principio de taxatividad es asegurar la certeza de la ley con el fin de evitar el libre arbitrio del juez, mientras que el principio de legalidad, es asegurar el monopolio e imperio de la ley con el fin de evitar la arbitrariedad del ejecutivo. También, el principio de taxatividad fortalece la certeza del derecho adjetivo, por lo tanto, figuras como dolo, causas de justificación, etc, deberán encontrarse taxativas en la norma penal.

### **2.2.2. Colisión con la omisión impropia**

De conformidad con lo expuesto anteriormente, se podría considerar que existe una colisión entre la omisión impropia y la ausencia de tipificación de la asunción de hecho en el COIP, ya que varios autores han entrado a la discusión de determinar la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia por cuanto no están determinados en la ley, discusión la cual no abundaremos por pertinencia el trabajo. Sin embargo, Molina cita a Zaffaroni quien dice que la falta de claridad en la dogmática penal respecto a las teorías sobre la posición de garante genera incertidumbre sobre quiénes deben ser considerados garantes y quiénes no, frente a casos concretos (2014). Esta ambigüedad ha llevado a algunos autores a concluir que el principio de legalidad no se respeta adecuadamente en el contexto de la omisión impropia debido a la ausencia de una ley clara y precisa que defina estos roles y responsabilidades.

El principio de legalidad, como se ha mencionado anteriormente, exige que los delitos y las sanciones estén definidos de manera clara y precisa por la ley. Sin embargo, cuando se

trata de omisión impropia, la falta de una normativa específica que establezca claramente quiénes ocupan una posición de garante puede llevar a interpretaciones amplias y subjetivas por parte de los jueces, teniendo como resultado o impunidad o una equivocada atribución de responsabilidad.

Por otro lado, esta indeterminación en la definición de las posiciones de garante puede llevar a situaciones en las que los individuos no tengan una comprensión clara de sus obligaciones legales, contraviniendo inclusive la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que tienen el derecho constitucional de conocer con anterioridad sus responsabilidades específicas en virtud de su posición. Además, la aplicación de sanciones penales basadas en criterios vagos o indefinidos puede resultar en decisiones judiciales inconsistentes y, en algunos casos, injustas.

Del mismo modo, para Zaffaroni, los delitos de omisión impropia que están plasmados en el Código argentino son constitucionales no solo por estar formalmente escritos, sino porque también se prevé quiénes son las personas legalmente obligadas a realizar la acción demandada. En otras palabras, su constitucionalidad radica en que especifican de manera clara quiénes tienen la posición de garantes, lo cual no pasa en la legislación ecuatoriana.

Molina (2014) menciona que el mismo Mayer desde la doctrina alemana rechazaba la teoría de la posición de garante, ya que, en su opinión, contradice el principio constitucional de una determinación legal de los tipos penales (*nullum crimen*) y viola la prohibición de la analogía. Por otro lado, los doctrinarios españoles establecen que la propia norma debe especificar en qué casos el sujeto omitente adquiere una posición de especial garantía. Consideran que dejar ese punto crucial de los delitos de comisión por omisión en la

indefinición sólo es fuente de inseguridad jurídica y podría ser contrario al principio de legalidad, que exige sea el legislador, y no los jueces, quien se pronuncie acerca de cuándo existe un específico deber jurídico de obrar.

### **2.3. Análisis de caso**

En el presente análisis, se abordará el caso del femicidio de María Belén Bernal con el objetivo de examinar la posición de garante de Sebastián Camacho. Este estudio se centrará en determinar si Sebastián Camacho tenía una obligación legal específica de actuar para proteger la integridad de María Belén Bernal y si su omisión de esta responsabilidad podría constituir una omisión impropia. Al considerar los hechos y las circunstancias del caso, se evaluará si Camacho, en virtud de su profesión policial debe ser considerado como un garante conforme a la normativa ecuatoriana.

#### **2.3.1 Hechos del caso**

María Belén Bernal y Germán Cáceres fueron cónyuges. Él se desempeñaba como agente de la Policía Nacional del Ecuador y ella como abogada en el libre ejercicio. El día 01 de septiembre de 2022, aproximadamente a la 1:13 de la mañana, María Belén Bernal ingresó a la Escuela Superior de Policía "Alberto Enríquez Gallo" ubicada en la ciudad de Quito a fin de buscar a su esposo para encarar una supuesta infidelidad. Una vez dentro de la Escuela de Policía, se dirigió al bloque tres del edificio conocido como "Castillo de Grayskull" y ascendió hasta el cuarto piso, concretamente a la habitación número 34, donde se encontraba su esposo, Germán Cáceres. En dicha habitación, Germán Cáceres discutió con su esposa y luego le causó la muerte mediante asfixia mecánica por estrangulamiento. Este lamentable suceso no solo culminó con la vida de la víctima, sino que también generó un considerable debate jurídico sobre las responsabilidades y obligaciones de los individuos presentes en la

institución durante la comisión del delito, planteando la necesidad de examinar si hubo omisiones en la protección y salvaguarda de la integridad de Bernal.

En este contexto, se procederá a analizar la posición de garante del señor Sebastián Camacho, evaluando si, en virtud de su rol y las circunstancias del caso, tenía una obligación legal específica de actuar para prevenir el resultado fatal y si su inacción podría constituir una omisión impropia según la normativa vigente y los principios de la dogmática penal.

### **2.3.2. Análisis jurídico del caso concreto**

#### **Obligación Legal de Actuar**

La Fiscalía argumentó que, al ser un oficial de policía en servicio, Sebastián Camacho tenía la obligación constitucional y legal de proteger la vida y la integridad física de las personas, incluyendo a María Belén Bernal. Esta obligación se deriva del mandato general de los cuerpos policiales de salvaguardar la seguridad pública.

Sin embargo, la defensa y el Tribunal señalaron que la asignación específica de funciones de Camacho era el control de la segunda compañía de cadetes, y no la vigilancia de toda la escuela o de los oficiales. Por tanto, su deber específico no incluía la responsabilidad directa sobre la seguridad de María Belén Bernal en ese contexto particular.

#### **Conocimiento de que se estaba cometiendo un femicidio**

La Fiscalía sostuvo que Camacho escuchó los gritos de auxilio y deliberadamente esperó a que cesaran antes de actuar, lo que constituiría una omisión dolosa.

No obstante, la defensa argumentó y el Tribunal encontró plausible que Camacho, debido a la estructura de las habitaciones y la distancia de diecisiete metros entre la habitación número 33 y la habitación número 34, no pudo escuchar claramente los gritos de auxilio. El peritaje acústico indicó que los ruidos desde la habitación 34 eran apenas audibles y no inteligibles desde la habitación 33, donde se encontraba Camacho. Además, estaba en estado de somnolencia tras su jornada laboral, lo que dificulta aún más su capacidad de reacción inmediata.

### **Capacidad de Evitar el Resultado**

Para que se configure una omisión impropia, es necesario que la persona en posición de garante tuviera la capacidad real de evitar el resultado fatal. El Tribunal consideró que, dada la rápida secuencia de eventos (46 segundos entre los gritos de auxilio y el desenlace fatal), incluso si Camacho hubiera escuchado los gritos, no habría tenido tiempo suficiente para intervenir eficazmente y prevenir la muerte de María Belén Bernal.

### **Razonamiento del Tribunal en la Sentencia**

El Tribunal para el análisis propuso el siguiente problema jurídico ¿se justificó que el teniente de policía Alfonso Camacho Viscarra, adecuó su conducta al delito de femicidio previsto en el Art. 141 del COIP, en virtud de que teniendo el deber jurídico de impedir el femicidio de María Belén Bernal, deliberadamente no lo llevó a cabo?

En primer lugar, el Tribunal en su sentencia se remite a la ley y la doctrina para analizar la omisión impropia y se refiere a que el artículo 23 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) de Ecuador establece que no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de hacerlo equivale a causarlo. El artículo 28 del COIP describe la

omisión dolosa como la conducta de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico cuando se encuentra en posición de garante.

La sentencia se apoya en esta parte en la doctrina y detalla que el catedrático Álvaro Román Márquez, citando a Mir Puig, explica que el delito de comisión por omisión comparte elementos con el delito de omisión propia, tales como la situación típica, la ausencia de la acción determinada y la capacidad de realizarla, además de tres elementos adicionales: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. Román Márquez concluye que los requisitos para el delito impropio de omisión son la presencia de un resultado material típico, la ausencia de la acción que debe evitar el resultado, la capacidad de hacerlo, la posición de garante y la equivalencia de la omisión con la acción cuando no evitar el resultado equivale a ocasionarlo.

Hace referencia el Tribunal a Santiago Mir Puig quien señala que la posición de garante implica una función específica de protección del bien jurídico o el control de una fuente de peligro. También el Tribunal recurre a Edgardo Donna y añade que el dolo en la omisión es similar al de los delitos de acción, ya que incluye el conocimiento de la infracción de la norma y la capacidad de actuación para evitar el resultado.

En cuanto a la autoría, el Tribunal recurre a Román Márquez quien sostiene que es autor quien, en calidad de garante, tiene una relación o vinculación absoluta en el caso concreto y no puede evitar su actuación sin producir el resultado.

El Tribunal llega a la conclusión que la omisión impropia se configura cuando una persona teniendo el deber jurídico concreto de impedir un resultado previsto en una

descripción típica y que es evitable, deliberadamente no lo hace, estando en la posibilidad de hacerlo.

Luego, el Tribunal pasa a analizar la prueba presentada en el caso concreto y concluye:

De la prueba presentada se permiten deducir que a la fecha y hora que ocurrieron los hechos (11 de septiembre de 2022 a las 01h19 aproximadamente), Alfonso Camacho Viscarra, se encontraba descansando en la habitación 33 del llamado castillo de Grayskull, destinado para dormitorios de los oficiales de la escuela superior de policía.

Del testimonio del perito en audio y video presentado se puede concluir que los hechos se presentaron en un corto periodo de tiempo (46 segundos), lo que conlleva a establecer que era muy difícil para el procesado evitar el fatal resultado (muerte de María Belén Bernal), cuanto más que después de su jornada laboral él estaba durmiendo en la habitación 33 y como se analizará en líneas subsiguientes, por el lugar en donde él se encontraba no podía entender los gritos de auxilio, sólo podía escuchar ruidos.

Por otro lado, del perito en ingeniería civil y arquitectura se concluye que por la distribución de las habitaciones 33 (donde dormía Alfonso Camacho) y 34 (donde murió María Belén Bernal) así como por la distancia de 17 metros que existía entre ellas, no existe certeza ni el convencimiento de que el teniente Camacho podía escuchar y entender los pedidos de auxilio o ver lo que estaba pasando en la habitación 34, para tomar algún tipo de acción.

El estudio técnico presentado por el perito acústico conduce de manera lógica y racional, a deducir que no se puede confirmar que el teniente Camacho podía escuchar y menos aún entender los pedidos de auxilio de María Belén Bernal, esto por la distancia y ubicación de las habitaciones 33 y 34, lo que le impedía conocer de la situación típica que se estaba perpetrando en el lugar.

La explicación dada por el neurólogo sobre el estado de cansancio por los últimos turnos del teniente Camacho hacía que él a la hora de los hechos, se encontrará en estado profundo de sueño estando así muy poco reactivo, y sólo estímulos muy fuertes podían sacarle de ese estado, por lo que era difícil que escuchara y entendiera los gritos de auxilio de María Belén Bernal.

Para el Tribunal, Camacho no estaba en posición de Garante. El Tribunal razona que si bien es cierto que los miembros policiales por mandato constitucional y legal tienen el deber general de proteger la integridad, vida y bienes de todos los ciudadanos, en el caso en concreto del teniente Alfonso Camacho Viscarra, a él se le asignó una específica función que era el control de semana de la segunda compañía y no de toda la escuela superior de policía, por tanto, él no estaba obligado a permanecer vigilante a todo momento de los acontecimientos que se suscitaron en dicho establecimiento policial. Según el Tribunal, se evidencia que el día de los hechos el teniente Alfonso Camacho, tenía una asignación específica de funciones, por tanto, el Tribunal no tiene el convencimiento de su posición de garante frente al hecho que se estaba produciendo en la habitación 34, ocupada por el teniente Cáceres.

### **Conclusión del Tribunal y Sentencia**

El Tribunal concluyó que no se demostró más allá de toda duda razonable que Sebastián Camacho conocía que se estaba perpetrando un delito de femicidio en la habitación 34 y que tenía la posibilidad de evitar su consumación. Además, no se estableció que Camacho tuviera una posición de garante específica con respecto a María Belén Bernal en el contexto de los hechos. En consecuencia, el tribunal ratificó el estado de inocencia de Camacho, considerando que no se cumplieron los requisitos del delito de omisión impropia según la normativa vigente y los principios de la dogmática penal.

Por todo lo razonado en líneas precedentes, y contestando el problema jurídico planteado, el Tribunal insiste que no se demostró más allá de toda duda razonable que el procesado Alfonso Camacho Viscarra conocía que se estaba perpetrando el delito de femicidio en la habitación 34, peor aún que tenía la posibilidad de evitar su consumación, y tampoco que tenía una posición de garante específica con relación a María Belén Bernal Otavalo, por lo que este órgano juzgador no tiene la certeza que en el presente caso se cumplan los requisitos del delito impropio de omisión. (

La prueba presentada por la Fiscalía y la acusación particular, resulta insuficiente para establecer la responsabilidad del ciudadano procesado, toda vez que no permite inferir conclusiones sólidas, tal como se ha evidenciado por el análisis antes efectuado, generando en este juzgador evidente duda razonable en los términos fijados en la norma legal contenida en el numeral 3 del Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal (..)”.

## Conclusiones

El estudio realizado en este trabajo académico ha permitido reconocer que el delito es una conducta humana que debe ser típicamente antijurídica, culpable y punible. Este fenómeno puede manifestarse tanto a través de acciones como de omisiones. Sin embargo, no toda conducta es penalmente relevante ya que solo lo serán aquellas acciones u omisiones que pongan en peligro o produzcan resultados lesivos, descritos y demostrables, serán objeto de sanción penal.

Asimismo, se ha evidenciado que la mayoría de las acciones tipificadas en el COIP se realizan de manera dolosa, es decir, con intención de causar un daño. Esta intencionalidad también se extiende a las omisiones, las cuales deben ser dolosas para ser penalmente relevantes. Es importante distinguir entre omisión propia e impropia, donde la omisión propia se caracteriza por la falta de realización de una acción exigida por la norma y no requiere un resultado lesivo, mientras que la omisión impropia surge de una posición de garante y produce un resultado lesivo debido a la inacción. Dicha diferenciación es relevante a fin de garantizar una correcta atribución de responsabilidad.

La omisión propia, actuando bajo el principio de mínima intervención, establece que la inacción en sí misma constituye un delito sin necesidad de un resultado lesivo. En cambio, la omisión impropia implica que el sujeto omite una acción estando en una posición de garante, la cual puede surgir por ley, contrato, injerencia o asunción de hecho, y esta omisión debe producir un resultado lesivo. El artículo 28 del COIP establece que solo la ley o el contrato y la injerencia son fuentes que atribuyen la posición de garante en casos de omisión impropia,

también conocida como comisión por omisión, destacando la necesidad de claridad en la normativa penal.

A pesar de ello, la falta de una tipificación precisa de las fuentes que atribuyen la posición de garante en el COIP genera incertidumbre y vulnera el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Es fundamental que la normativa penal ecuatoriana determine expresamente quiénes se constituyen como garantes en los delitos de omisión impropia para evitar interpretaciones analógicas por parte de los jueces. Este enfoque garantizará que la interpretación de la norma penal sea literal y precisa en la atribución de responsabilidades.

Finalmente, en el caso específico de Sebastián Camacho dentro del caso de María Belén Bernal, se concluye que el mismo no se encontraba en una posición de garante, ya que no se le atribuía dicha responsabilidad por ninguna fuente tipificada en el COIP. Además, su supuesta conducta omisiva no contenía dolo, pues no tenía la capacidad ni el conocimiento necesario para evitar el resultado lesivo, es decir, la asfixia de María Belén Bernal por parte de Germán Cáceres. Esto refuerza la importancia de una adecuada tipificación y claridad normativa en la atribución de responsabilidades penales. Dentro del caso, los jueces decidieron interpretar favorablemente la norma, sin embargo, otro Tribunal penal podría tener un criterio diferente. Este escenario podría considerarse arbitrario y obtener como resultado una evidente violación al principio de legalidad ya que los juzgadores estarían atribuyendo responsabilidad penal en virtud de doctrina e interpretación no literal (tal vez analógica) de la norma.

## **Recomendaciones**

En primer lugar, se recomienda la inmediata reforma del Artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) con el propósito de especificar claramente los dos tipos de omisiones: propia e impropia. Esta reforma debe incluir una determinación expresa de todas las fuentes que atribuyen la posición de garante, a fin de eliminar cualquier ambigüedad que pueda generar incertidumbre jurídica. La precisión en la normativa contribuirá a una correcta aplicación del principio de legalidad y garantizará que las responsabilidades penales sean claras y bien definidas.

A su vez, resulta indispensable realizar un análisis de derecho comparado, tomando como referencia, por ejemplo, la legislación argentina. El estudio de otras legislaciones puede proporcionar una valiosa guía para reformar el COIP, ofreciendo soluciones efectivas que han sido implementadas en otros sistemas jurídicos con éxito. Este enfoque comparativo permitirá identificar buenas prácticas y adaptarlas al contexto ecuatoriano, mejorando así la calidad y la coherencia de nuestra normativa penal.

Además, se sugiere realizar una consulta formal a la Corte Nacional de Justicia para que emita un pronunciamiento respecto del criterio de aplicación del Artículo 28 del COIP y la atribución de las fuentes de la posición de garante. Este pronunciamiento judicial será fundamental para unificar criterios y orientar a los operadores de justicia en la correcta interpretación y aplicación de la norma. La intervención de la Corte Nacional asegurará una interpretación uniforme y evitará la dispersión de criterios que puedan afectar la seguridad jurídica.

## Bibliografía

- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. [Código Orgánico Integral Penal.]. (10 de febrero de 2014). RO. 180.
- Asúa, J. (1992). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Constitución de la República del Ecuador [Const]. (2008). (artículo 424). 2da Ed. CEP.
- Gimbernat, E. (2013). *Estudios sobre el Delito de Omisión*. Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona, España: Editorial Reppertor.
- Molina, G. (2014). *Delitos de Omisión Impropia*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni
- Nino, S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Polaino, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Polaino, M. (2013). *Lecciones de Derecho Penal Parte General, Tomo II*. Madrid, España: Tecnos.
- Polaino, M. (2013). *Lecciones de Derecho Penal Parte General, Tomo I*. Madrid, España: Tecnos.
- Rodríguez, F. (2019). *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Rodríguez, F. (2023). *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.