

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**



**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA
DEL ECUADOR**

**“EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN: CASO DE LA
EX MINISTRA DE DEFENSA Y SU HIJA.”**

NIURKA KARINA JÁCOME GONZÁLEZ

DIRECTOR: DR. NICOLÁS SALAS PARRA

QUITO, 2016

Quito, 18 de febrero de 2016

Señor Doctor

Wladimir García

**DECANO ENCARGADO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR**

Presente.-

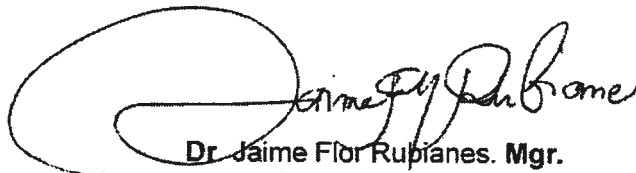
Señor Decano:

En contestación al oficio No. 019-SJG-16, suscrito por la Dr. Manuel Jiménez Moreano, Secretario de la Facultad, en el que se solicita informe acerca de la disertación intitulada **"DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN: CASO DE LA EXMINISTRA DE DEFENSA Y SU HIJA"**, elaborada por la señora **NIURKA JÁCOME GONZÁLEZ**; cúmpleme manifestar que la mentada disertación observa el instructivo metodológico que la Universidad ha preparado para esta clase de trabajos; constituye una buena investigación en la materia, profundiza el tema que aborda, ha consultado bibliografía actualizada sobre la materia; por lo tanto constituye un aporte jurídico en la temática penal ecuatoriana.

Procedo a evaluarlo con la nota de diez sobre diez (10/10).

Dejo a salvo su más ilustrado criterio.

Muy atentamente,



Dr. Jaime Flor Rubíanes. Mgr.

PROFESOR DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE



Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Facultad de Jurisprudencia

Quito, 3 de febrero de 2016

**Señor Doctor
Wladimir García
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA (E)
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.**

De mis consideraciones

Por medio de la presente remito a usted el informe cualitativo de la Disertación que me fuera entregada para el análisis correspondiente, intitulada "EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN: CASO DE LA EX MINISTRA DE DEFENSA Y SU HIJA", elaborada por la señorita estudiante NIURKA JÁCOME GONZÁLEZ dentro del trámite de titulación y previo a la obtención del título de Abogada; informe que se encuentra contenido en los siguientes puntos:

I

Luego de la revisión del contenido de la disertación, en cuanto a la forma, observamos que la autora ha realizado su investigación iniciando con un primer capítulo que en lo principal abarca la figura de los delitos de omisión desde el punto de vista doctrinal con relación a las escuelas causalista, finalista, funcionalista hasta la teoría de la imputación objetiva, realizando la autora la correspondiente clasificación de los delitos de omisión propia e impropia; para entonces, en un segundo capítulo, proceder con un análisis de la normativa ecuatoriana, tanto en relación al anterior código sustantivo penal, cuanto al actual COIP en lo atinente a los delitos de omisión; para, a partir del tercer capítulo de su disertación realizar un análisis casuístico concreto en relación a los hechos acaecidos el 24 de enero de 2007 y que son de conocimiento público, finalizando su disertación con las correspondientes conclusiones.

Respecto a la forma, en general se observa de la disertación una redacción clara, de fácil comprensión, organizada y metódica, siendo que en lo atinente a las citas constantes de la disertación, las mismas cumplen los parámetros propios de forma y estilo para estos textos de investigación.

II

En relación al Fondo de la Disertación, la autora ha abarcado en 99 páginas un primer capítulo en el que trata sobre los temas jurídico-doctrinales relativos a los delitos de omisión con profundización en el ámbito dogmático; para entonces en el segundo capítulo, mismo que pretende un análisis dentro del ámbito ecuatoriano respecto de los delitos de omisión, en 7 páginas hacer mención exclusiva a los números de artículos pertinentes del COIP, sin realizar efectivamente un análisis de la normativa ecuatoriana frente a la dogmática, sino que más bien regresa a un análisis general-doctrinal de los delitos de omisión, sobre lo cual ya trató abundantemente en el primer capítulo; para entonces en el tercer capítulo, proceder a realizar un recuento histórico de hechos anteriores y posteriores referentes al caso, cuyas fuentes de



Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Facultad de Jurisprudencia

obtención de tal información no se citan (en ninguna parte del capítulo tercero existe cita alguna); sin que tampoco exista en el mencionado capítulo un análisis JURÍDICO entre la figura analizada en el primer capítulo en relación con el caso, limitándose, a través de un criterio propio, y no jurídico, (lo cual se supone debía realizar la autora, por ello el título de la disertación **"EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN: CASO DE LA EX MINISTRA DE DEFENSA Y SU HIJA"**; y más aún cuando la propia autora ha denominado al tercer capítulo **"ANÁLISIS DE LA MUERTE (SIC) LA MINISTRA DE DEFENSA GUADALUPE LARRIVA, SU HIJA CLAUDIA AVÍLA (SIC), Y LOS CINCO PILOTOS EN LA COLISIÓN DE LOS HELICÓPTEROS EL DÍA 24 DE ENERO DEL 2007 DESDE EL ESTUDIO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN"** (los resaltados me pertenecen)); y en lugar de ello se limita, desde su personal criterio a referirse a *"... las obligaciones que debían cumplir los miembros de la 15-BAE según sus diferentes rangos y dignidades..."* (Pág. 145), llegando finalmente tras todo este trabajo que abarca 153 paginas, a CUATRO conclusiones, pobres en redacción y contenido, por decir lo menos, cuando por ejemplo concluye la autora, tras todo un análisis doctrinal de la figura de los delitos de omisión en su primer capítulo, que *"La doctrina y la legislación ecuatoriana actualmente conceptualiza al delito como la conducta humana típica antijurídica y culpable incluyendo así tanto los delitos de acción como los de omisión..."*; o concluyendo que *"El no considerar a los delitos de omisión como relevante para el derecho penal se arriesga a que un grupo de actividades de los seres humanos que vulneran bienes protegidos queden sin ser juzgados"*

Por lo expuesto considero que la calificación de la presente disertación, corresponde a SIETE (7) PUNTOS SOBRE DIEZ.

Por la atención que se sirva dar a la presente le anticipo mis agradecimientos.

Atentamente,

Dr. Márcell Chávez Q.
PROFESOR INFORMANTE

DEDICATORIA:

A mi Madre, pilar de mi vida. A mi abuelo Jorge, motivo de orgullo y ejemplo. A mi hijo, motor de mi día a día. Y, por último, pero no menos importante, a la memoria de Claudia Ávila Larriva, y Guadalupe Larriva, grandes seres humanos y amigas, razones de esta investigación.

AGRADECIMIENTOS:

A mi Director, Nicolás Salas Parra, por la ayuda brindada en el proceso de elaboración y culminación de la investigación.

A mis profesores de Derecho Penal, por sembrar la semilla del amor por esta rama del Derecho, y hacerme entender que si no existe un buen Derecho Penal no se puede conseguir que se respete los derechos humanos.

A Efrén Guerrero, por motivarme a realizar esta investigación cuidando que la misma no me afecte personalmente por el tema principal de la investigación.

A cada una de las personas que no dejaron de recordarme la importancia de que concluya esta investigación, no solo por llegar a graduarme, sino porque me recordaron día a día porque decidí realizar este tema.

A Claudia Ávila, aunque hubiera preferido no agradecerte y que sigas a nuestro lado, pero gracias por ser mi inspiración de seguir adelante.

A la familia Ávila Larriva por permitirme realizar esta investigación tan personal e importante para todos nosotros.

A las madres y esposas de los pilotos que me permitieron acceder a la información confidencial para poder tener los elementos de convicción de base para la exposición de los hechos del caso.

A la Gran Familia, por no permitirme desfallecer y darme todo tipo de consejos para concluir este proyecto y a mi Familia Chiquita por acompañarme en las madrugadas para que el sueño no impida terminar el trabajo.

A mis hermanos, por el apoyo sentimental y logístico para que se haga realidad este sueño.

A mis amigos más cercanos, Micaela Muñoz, Carla Zambrano, Daniel Palacios, por estar ahí en cada etapa, buena y mala de esta investigación.

A cada uno de los que no he nombrado pero que estuvieron, gracias y mil gracias.

RESUMEN:

En el presente trabajo se realizó un estudio de los delitos de omisión en el Ecuador, enfocado en el accidente donde murió la Ministra de Defensa Guadalupe Larriva, su hija Claudia Ávila y los pilotos que eran parte de la tripulación de los helicópteros. Los tres parámetros de estudio de la presente investigación son: un análisis doctrinario de los delitos de omisión, posteriormente nos ubicamos en la legislación ecuatoriana definiendo que postura de las escuelas de derecho penal adquiere la misma y el comportamiento de los operadores de justicia en torno al juzgamiento de los delitos de omisión. Por último nos concentramos en los hechos del caso y un estudio de las investigaciones en concordancia con la normativa Militar de seguridad. Se concluye por último que existe una responsabilidad por omisión por parte de la Alta Cúpula Militar por no cumplir lo que le exigía los reglamentos de seguridad al permitir que se suban dos civiles a una nave unimotor que se encuentra expresamente prohibida para el transporte de Autoridades como el Presidente de la República y Ministros de Estado, además de no estar en condiciones ni físicas, psicológicas para practicar un ejercicio con fuego real.

TABLA DE CONTENIDOS:

RESUMEN:	iv
INTRODUCCION:	5
1. CAPITULO 1: LOS DELITOS DE OMISIÓN	7
1.1. La omisión en la dogmática penal	7
1.1.1. Teoría clásica	7
1.1.2. Finalismo	8
1.1.3. Funcionalismo	9
1.2. Concepto de omisión	11
1.2.1. <i>Concepciones negativas</i>	11
1.2.2. <i>Concepciones positivas</i>	13
1.3. Clases de omisión:.....	14
1.3.1. <i>Omisión simple o propia</i>	14
1.3.2. <i>Omisión impropia o comisión por omisión</i>	15
1.4. Delitos de omisión impropia.....	17
1.4.1. <i>El tipo objetivo en el delito de omisión impropia.</i>	17
1.4.2. <i>El tipo subjetivo en los delitos de omisión impropia</i>	39
1.4.2.1. El dolo en la omisión impropia	39
2. CAPITULO 2: LA OMISIÓN EN EL ECUADOR	41
2.1. Análisis normativo	41
2.2. Análisis Jurisprudencial.....	45
3. CAPÍTULO 3: ANÁLISIS DE LA MUERTE LA MINISTRA DE DEFENSA GUADALUPE LARRIVA, SU HIJA CLAUDIA AVÍLA, Y LOS CINCO PILOTOS EN LA COLISIÓN DE LOS HELICÓPTEROS EL DÍA 24 DE ENERO DEL 2007 DESDE EL ESTUDIO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN:	64

CONCLUSIONES:	94
BIBLIOGRAFIA:	108

INTRODUCCION:

La razón por la cual me he propuesto estudiar los delitos de omisión impropia o también llamados delitos de comisión por omisión es debido a las diferentes discusiones que ha provocado en la doctrina más destacadas, en cuanto a considerarlo como relevante o no para la imputación jurídico penal.

Uno de los principales problemas que tienen esta clase de delitos es la ausencia de disposiciones legales expresas, convirtiéndose en un reto para la jurisprudencia y sobre todo al ejercicio intelectual de los operadores de justicia al momento de determinar si una conducta humana de inactividad realmente es lesiva a un bien jurídico protegido teniendo que convertir normas prohibitivas en imperativas.

Para el sector doctrinario que considera a la omisión como parte de la conducta humana, se entiende que no es una simple inacción, sino el no hacer algo, por ejemplo, se puede considerar una conducta humana tanto al trasladarse de un lado a otro como quedarse como expectante y no hacer nada.

Terragni (Terragni, 1997) explica que la acción u omisión para que sea relevante en la teoría del delito lo importante para determinarlo como tal no debe partir de conceptos naturales, sino como está regulada en el tipo penal, así la valoración jurídica llegará no solo a la conducta que tuvo manifestación en movimientos externamente apreciables, sino también a las que se concretaron en forma de inactividad.

Sin embargo, no todos los representantes de la doctrina opinan que un no hacer, deba ser sancionado por el derecho penal, sobre todo basándose en el principio de legalidad, considerando que atentaría contra el mismo, al momento que el tipo penal no está expresamente descrito en una disposición legal.

Además de las discusiones doctrinales, en el Ecuador se ha presentado un cambio del Código Penal del 2000 al Código Orgánico Integral Penal donde se introduce la figura de la omisión dolosa, considerando al comportamiento de una persona que estando en posición

de garante deliberadamente decide no impedir el acontecimiento delictivo, cuando en el Código Penal anterior presentaba delitos de omisión genéricos con una suerte de cláusula de equivalencia donde el no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivalía a ocasionarlo.

Cabe aclarar que el COIP, si bien en el artículo 23 en su inciso final tiene la misma redacción que el artículo 12 del Código Penal del 2000, en el artículo 28 define a partir de la omisión dolosa, el concepto de posición de garante, siendo esta la principal diferencia que existe entre estos dos códigos.

Otro motivo de la presente investigación es estudiar las decisiones de los operadores de justicia, en cuanto a que consideran elementos necesarios para establecer responsabilidades penales por delitos de omisión. Como se podrá evidenciar más adelante, hay jurisprudencias que a mi criterio son muy pertinentes y realizan un verdadero análisis, aportándonos de gran manera a nuestro estudio. Sin embargo, existen otras, que, salvo el mejor criterio de los expertos en materia penal, parecen confundir a esta clase de delitos con situaciones que se alejan de los elementos para incluirlos como delitos de omisión.

Por último, la razón principal y más relevante de esta investigación se enfoca en determinar si en los acontecimientos del 24 de enero de 2007, donde fallecieron la Ministra de Defensa, Guadalupe Lárriva González, su hija Claudia Ávila Lárriva, y los cinco Oficiales que estaban en los dos helicópteros Gazzela, se puede determinar si existió acciones u omisiones y quienes serían los responsables, en caso de hallarse algún tipo de responsabilidad penal.

La motivación de realizar este análisis se desprende de la falta de acusación del Fiscal General de Estado, debido a que no halló suficientes elementos de convicción para acusar en este caso, cuando según los reglamentos de seguridad correspondientes y los diferentes informes de la investigación, tanto nacionales como de participación extranjera, a mi parecer si reúnen elementos de los cuales se podría evidenciar violación a estas normativas de seguridad pudiendo evitar este acontecimiento fatal.

1. CAPITULO 1: LOS DELITOS DE OMISIÓN

1.1. La omisión en la dogmática penal

1.1.1. Teoría clásica

1.1.1.1. Causalismo naturalista-positivista:

La teoría naturalista-positivista es la primera escuela en estudiar a los delitos omisión, considerándolas como una nada o el no ser, y resaltando como característico de la omisión la ausencia de contar con una voluntad de poner en marcha un proceso causal de cara al resultado típico.

En el esfuerzo de querer encontrar un supra concepto que englobe los delitos de acción con los de omisión hizo que se intente buscar alternativas para conseguir dicho objetivo.

Por un lado, hay quienes pretenden explicar a la omisión apoyándose de la doctrina de la acción esperada considerando a la omisión como la no realización de un determinado hacer esperado (Liszt, 1927) estableciendo que en la omisión existe una relación de causalidad entre la voluntad y el resultado.

En cuanto a la omisión, lo primordial para el derecho penal no sería tan solo que la acción esperada que no sea cumplida, sino que también dicha acción pueda ser exigible al sujeto que la lleva a cabo (Jiménez de Asúa, 1975).

Por su parte, la teoría sobre la contención voluntaria de los nervios motores partiendo del propio concepto de acción el mismo que contempla a la acción como un movimiento corporal voluntario. Y al incluir la voluntad como elemento fundamental en de la conducta humana, logra incluir tanto a la omisión como la acción en un mismo concepto del delito (Beling, 2005).

Sin embargo, esta teoría es criticada en el sentido que la contención muscular voluntaria no se da por completo al omitir, por ejemplo, la madre que no le da de comer a su hijo y por esto el niño fallece, la madre tuvo que realizar otra acción para dejar de hacer su deber de alimentación para con su hijo y se dedica por ejemplo ir a dar un paseo con sus amigas.

1.1.1.2 Causalismo valorativo

La definición de omisión para el causalismo valorativo es simplemente la voluntad de realizar una omisión. Sin embargo, tal voluntad de omitir para el derecho penal no se podría considerar la voluntad de causar, sino abstenerse de realizar la acción mandada. Radbruch (citado por Bacigalupo, 1983) consideraba que solo en los delitos de acción se puede constatar la trilogía de voluntad, hecho y causalidad; en cambio los delitos de omisión eran la negación de estos debido a que en el primer elemento la acción humana se parecía a la acción de los animales; en el segundo carecía de un movimiento corporal humano con voluntad que produzca la modificación en el mundo exterior y en el tercer no se evidenciaba una transformación en el tiempo y el espacio.

1.1.2. Finalismo

El principal autor del finalismo considera que no hay una marcada diferenciación desde el concepto base entre la acción y la omisión, definiendo a la omisión desde el punto del sujeto quien se encuentra en la posición de garante. (Welzel, 1970) Sin embargo este autor se dio cuenta que no era fácil definir el concepto de omisión y fue cambiando su criterio del mismo.

Al inicio entendía a la omisión enfocada desde el punto de vista de la voluntad explicando que la omisión no puede causar por si misma nada, pero si puede cambiar a

realidad al dejar de realizar algo que estaba confiada a una persona asignada a cierta actividad determinada.

El principal exponente de la teoría finalista sobre los delitos de omisión fue Armin Kaufmann quien introdujo dos elementos que permitirían encontrar un concepto común entre la acción y la omisión mediante la capacidad y el aspecto intelectual. El primero que consistía en que una decisión de actuar también pueda ser realizada y una capacidad de conducta final que consiste una adopción de la decisión y tener el control sobre proceso que se ha puesto en movimiento.

La omisión tiene un aspecto positivo, ello por el elemento de capacidad de acción que presenta, pudiéndola definir como la no realización de un determinado acto, siempre que quien no se lo realice tenga la posibilidad de hacerlo.

De manera concluyente se puede indicar que, la denominada teoría de la acción brinda una mejor oportunidad para entender la naturaleza de los delitos cometidos por omisión, contrario al causalismo; resaltando que la importancia es el dominio final del hecho y la finalidad de la conducta, apoyando su explicación en base a estos dos conceptos.

1.1.3. Funcionalismo

Mediante esta teoría, a cada individuo se le debe asignar un rol específico en la sociedad a la cual pertenece, así lo afirma su máximo exponente (Jakobs, 1995) quien considera que si cada individuo cumple con su rol, la sociedad se desarrollaría de forma perfecta e inalterable, siendo otorgado por el ordenamiento jurídico un margen permitido, con la finalidad de imponer la obligación de preservar las condiciones de vida social y desempeñar estrictamente el rol asignado, en todas y cada una de las actividades desarrolladas o ejecutadas por el sujeto.

Considerando, además, que las diferencias entre los delitos de acción y de omisión, son solo de carácter técnico, desarrollando más adelante y con mayor profundidad dicha teoría.

Otro fiel exponente del funcionalismo moderado es Roxin, para quien el Derecho Constitucional debe imponer los límites al Derecho Penal, de manera que los derechos o bienes jurídicos tutelados deben estar en completa armonía con los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Para ello basa su teoría en la necesidad de que se haya creado un riesgo por parte del sujeto activo y que, además, este riesgo haya superado el riesgo permitido, de manera que le ha dado el nombre de Funcionalismo Radical.

Al respecto, podemos observar que la idea central del funcionalismo (Jakobs, 1997) estriba o se fundamenta sobre la base de que cada individuo de la sociedad debe tener asignado un rol en la sociedad, de manera que es lógico según el que, si cada uno cumple con su rol, la sociedad debe marchar a la perfección y para ello es necesario que el sistema social cuente con medios precisos para su autoconservación y autodefensa con la finalidad de que dicho sistema funcione adecuadamente.

Ese rol en la sociedad al que hace referencia Jakobs, es el mismo concepto el cual analizaremos más adelante, y se denominara como la posición de garante, la cual no es otra cosa que el fiel cumplimiento de ese rol que le es asignado por la sociedad a las personas que en ella habitan, con consecuencias jurídicas en caso de no cumplir cuando se tiene la obligación de ello.

La principal diferencia del funcionalismo de Jakobs, con respecto al de Roxin es precisamente que el funcionalismo radical se soporta sobre la base del incumplimiento de deberes, mientras que en el funcionalismo moderado el derecho penal gira en torno a los bienes jurídicos tutelados.

Para concluir con este punto, podemos afirmar que Jakobs plantea la denominada teoría de la Imputación Objetiva, la cual se basa en elementos

fundamentales tales como el riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo y la prohibición de regreso.

1.2. Concepto de omisión

1.2.1. Concepciones negativas

Para estas concepciones, existen corrientes que consideran que la omisión presenta un elemento único, el cual es entendido como un “no hacer” (Silva Sánchez, 2006); mientras que, para otros a este elemento único de no hacer, se le debe agregar la idea de la posibilidad de hacer, siendo dicho elemento analizado a mayor profundidad a continuación. Por su parte, Beling (citado por Silva Sánchez, 2006) considera que la omisión en sí, consiste en una completa inactividad corporal, humana y voluntaria, o lo que es lo mismo, una completa contención de muscular. Como puede evidenciarse, este representa un concepto negativo, puesto que la base fundamental de la omisión sería el no hacer nada, pero motivado por la voluntad o intención de omitir. Es por ello que Beling, se permite agrupar la acción y la omisión en lo que define “comportamiento humano voluntario” creando de esta manera una especie de supraconcepto al buscar definir la acción.

En base a ello, puede evidenciarse que, en la omisión, la voluntad o intención domina por completo los nervios motores, restringiendo algún movimiento corporal. De modo que a efectos penales esta concepción no brinda ninguna utilidad, puesto que no precisa en que consiste la omisión, además de que es inconcebible que se le exija a una persona una inactividad corporal para poder considerarse que se encuentra ante una omisión, por el hecho de que al momento de que esta persona omite la realización de un acto, en su lugar, estaría realizando otra acción; Así por ejemplo tenemos que, la persona puede considerarse que incurre en una omisión de socorro, por no prestar ayuda a otra que se encuentra en des poblado en peligro de muerte. En dicho caso, no se le exige que se abstenga de todo movimiento corporal, sino que se le debería sancionar por no haber

llevado a cabo la acción exigida, siendo posible que, al momento de omitir prestarle ayuda a esa persona, realice otro acto diverso como pudiera ser el marcharse del lugar.

Luego, la doctrina se dedica a complementar esta concepción, añadiendo un nuevo requisito a ese “no hacer”, como lo sería el requisito de la “posibilidad”, considerándose desde ese momento que la omisión consiste en un “no hacer algo posible”. El primer autor en definir la omisión de esta manera fue Von Liszt (1907) señalando que “(...) solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto posible de parte de una persona.” (p. 304). Es preciso señalar que, a pesar de que existe aceptación en la doctrina de que la posibilidad es un requisito necesario para que nos encontremos ante una omisión, no es menos cierto que existe parte de ella que consideran que esa condición puede ser necesaria pero no es suficiente como elemento del concepto de omisión.

Claro está que, es extremadamente necesario llevar a cabo un análisis de los requisitos exigidos a esta “posibilidad” de la acción, ya que, al exigir en la omisión que el acto humano no realizado debió ser posible llevarlo a cabo, no significaría decisión alguna para el sujeto que debió haberlo hecho y en qué circunstancias.

Otro de los autores que defiende la teoría finalista es Armin Kaufmann (citado por Luis Cousiño, (1979), el cual sostiene que “La omisión ni es realización de voluntad, ni puede ella soportar una voluntad de realización, cosa esencial para la omisión no es el gobierno final del omitir, sino la finalidad potencial en relación con la acción ausente” (pp. 494 y 495). Podemos advertir que, en la metodología empleada por el referido autor, se desvanecen todos los elementos que la corriente finalista pretendieron concederle a la acción, habida cuenta que en la omisión no existiría ni la voluntad, ni la finalidad e incluso, según estos autores, la omisión carecería de todo tipo de dolo. El elemento dominante para realizar un estudio correcto de la omisión, desde mi punto de vista, sería la finalidad potencial de un acto que pudo realizarse y no se realizó.

1.2.2. Concepciones positivas

Pudiera afirmarse que, para estas posiciones, la omisión no consiste simplemente en un no hacer algo. Por ello, ha sido concebida la omisión de diferente forma, destacando que existe en la doctrina 2 corrientes de autores encargados de desarrollar su contenido: la corriente que apoya la tesis de que, en la omisión, la posibilidad se pudiera concebir como un “ser de otro modo”. Por lo que, puede afirmarse que esta positividad de la omisión sería filosófica y no normativa.

Por su parte, la segunda corriente de autores sostienen que la positividad de la omisión estriba en un plano netamente normativo, es decir, en el marco de un sistema de normas (no necesariamente jurídico) haciendo énfasis en que la omisión no consiste solamente en no hacer o no llevar a cabo una acción posible, sino que además, dicho acto o acción debe haber sido esperada o exigida de alguna manera; teniendo como referencia lo señalado por Liszt (1927) en el sentido de que “solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria, cuando teníamos fundamento para esperar un acto posible de parte de una persona” (p. 304). Siendo para el referido autor, ese deber de actuar, el requisito indispensable e imprescindible de la omisión, por lo que, el no hacer en el que incurre una persona, siempre que no se encuentren exigidas o esperadas, no constituirían omisión alguna desde el punto de vista del derecho penal.

De manera que, dichos autores son enfáticos en la expectativa que debe existir en la omisión, por lo cual, solo al verificarse la no realización de la acción exigida, ordenada o esperada es donde se estaría configurando la omisión; pero por ser tan breve dicha definición, es que se presentan varios problemas que generan controversia en los doctrinarios que se encargan de analizarla, toda vez que no se precisa quien espera la realización de una acción o cual sería el fundamento para esperar dicha acción, y peor aún, no determina la naturaleza de esa expectativa

1.3. Clases de omisión:

1.3.1. Omisión simple o propia

El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de la omisión pura teniendo como elementos a la situación típica, ausencia de la acción determinada y capacidad de realizarla; pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la posición de garante, producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo.

En términos generales se dice que, efectivamente, los delitos propios de omisión son aquellos que se encuentran tipificados expresamente en la ley penal (Bacigalupo, 1983) requiriéndose la verificación de tres elementos esenciales para la correcta comprobación de la tipicidad objetiva de alguna conducta humana en particular, siendo estos los siguientes:

1.3.1.1. La situación generadora del deber

Para mayor entendimiento debemos dirigirnos hacia la situación fáctica, de la cual surge el deber de realizar una determinada acción; siendo identificada como un peligro para el bien jurídico, estando por lo general descrita en la ley, siendo característico la exigencia o la espera de un deber de actuar para salvaguardar el bien jurídico en peligro.

1.3.1.2. La no realización de la acción que es objeto del deber

En relación a este segundo elemento, es preciso señalar que se debe comprobar la acción que realizó la persona obligada y la que debió realizar en virtud del deber que tenía de actuar, por lo general, contemplado en la norma este último punto, existiendo también casos en los cuales el deber de actuar procura evitar algún resultado.

1.3.1.3. *Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción*

En relación a este elemento, lo primero que debemos tener en cuenta es que se trata de un elemento netamente individual esa capacidad de la persona o del sujeto obligado a realizar o evitar una determinada acción (Jescheck, 2002). En base a lo anteriormente expuesto, se puede hacer la siguiente observación; toda vez que se debe tener presente que esa capacidad de ejecutar o de evitar el resultado debe ser evaluado sin tomar en cuenta el conocimiento que el sujeto tenga de dicha capacidad, así por ejemplo: la persona que no sepa nadar, no tiene la capacidad de arrojar al agua a los fines de salvar la vida de otra que se está ahogando, pero en cambio sí tiene la posibilidad de arrojar al agua un salvavidas que no ve pero que podría haberlo visto.

1.3.2. *Omisión impropia o comisión por omisión*

En términos abstractos, la impropiedad de los delitos de omisión, o lo que es lo mismo, de comisión por omisión, reside en la falta de tipificación que estos tienen frente a la omisión propiamente dicha (Bacigalupo, 1983) de manera que, podríamos inferir que no evitar un resultado lesivo de un derecho, el cual se estaba obligado a evitar, equivale a haberlo ejecutado, pudiendo afirmarse con toda razón que los delitos impropios de omisión representan una variedad de los tipos de comisión; o mejor dicho, estos vienen a complementar los delitos de acción, mediante la fórmula de no evitar el resultado.

De manera que, muy aparte de estos elementos comunes en la omisión impropia, debemos destacar que cuenta con dos adicionales que la identifican, siendo:

1.3.2.1. *El resultado y la imputación objetiva*

Lo único que puede dar lugar a un delito impropio de omisión, es la llamada infracción de un deber de evitar el resultado. Sin embargo, no cualquier tipo comisivo puede dar lugar a un delito impropio de omisión.

Es por ello que se necesita la producción de un resultado típico para que pueda considerarse consumado el delito impropio de omisión, es decir, que el autor haya causado ese resultado lesivo, ocurriendo de la misma manera en los delitos de omisión. (Jescheck, 2002) Abandonando la idea clásica de la causalidad de la omisión, siendo esta la posición sustentada por la actual doctrina penal, partiendo de la premisa de que el problema de la relación causa-efecto se dilucidan según las reglas físicas, mientras que los problemas que derivan de la imputación objetiva obedecen a criterios procedentes de la finalidad y del contenido de la norma. (Bacigalupo, 1983) De manera que puede concluirse afirmando que es de imputación objetiva y no de causalidad, la relación existente entre el resultado no evitado y la omisión.

1.3.2.2. *La posición de garante*

Los autores de teorías más corrientes sostienen que en virtud de la posición de garante, el deber de actuar derivado de la ley misma se erige en deber de garantía cuando: a) se imponga el cuidado de una persona; b) cuando el sujeto es según la Ley, el responsable de un determinado ámbito concreto; c) cuando el sujeto activo tuviese un especial poder respecto de la protección o vigilancia para los bienes jurídicos de terceros; y d) cuando el deber legal que emerge de la relación del sujeto con una fuente de peligro.

Otra de las fuentes clásicas es el contrato, pero cabe destacar que cualquier deber procedente de un contrato no necesariamente representa o puede ser considerado como fuente de posición de garante; para que pueda considerarse en posición de garante, deberá primero depositarse la confianza en la persona para que de esta emerja el deber de cuidado, vigilancia o protección de bienes jurídicos.

Es evidente que la posición de garante presenta notorias ventajas frente al deber de actuar; sin embargo, no deja de ser un razonamiento impreciso para la construcción analógica de tipos penales. (Kaufmann, 2006) Es por tal razón, que se necesita primero que todo, distinguir entre la necesaria posición de garante y la existencia de un deber de

actuar como presupuesto indispensable de la responsabilidad del sujeto activo, direccionados ambos, a la determinación de la responsabilidad del omitente.

1.4. Delitos de omisión impropia

1.4.1. El tipo objetivo en el delito de omisión impropia.

1.4.1.1. Estructura del tipo objetivo

Puede definirse el tipo como la descripción abstracta y general que hace la ley de los elementos tanto objetivos como subjetivos que conforman el comportamiento humano prohibido u ordenado. Dicho de otra manera, con el tipo se precisa el conjunto de los elementos que nos permiten saber ante que delito nos encontramos. Por su parte, Mario Garrido (2001) precisa el tipo como “la descripción hecha por la ley penal del comportamiento humano socialmente relevante y prohibido (acción u omisión), en su fase subjetiva y objetiva” (p. 45). Mientras que para Cury (1973) el tipo consiste en “el conjunto de características objetivas y subjetivas que constituyen la materia de la prohibición para cada delito” (p. 229).

Puede apreciarse que ambos autores coinciden en la circunstancia de que el tipo se conforma tanto de elementos objetivos como de elementos subjetivos (dolo y culpa), recogiendo el aporte realizado por el finalismo. Y es de notar que el estudio del tipo objetivo nos permitirá conocer las normas o preceptos escritos que constituirían la prohibición de cierta conducta, mientras que en los delitos de omisión impropia están presente elementos no escritos, los cuales deberán determinarse por la jurisprudencia o por la propia doctrina como lo es la posición de garante.

Anticipándonos un poco en esta parte, podemos señalar que en el delito de omisión impropia no todo sujeto omitente será autor, por lo que, es necesario determinar la situación típica acudiendo a un tipo de acción que permita la figura omisiva y, ello debido en gran parte, porque la opinión predominante es que la mayor parte de delitos

comisivos pueden ser ejecutados también mediante omisión, ya que están de acuerdo tanto la doctrina nacional como la extranjera en afirmar que el tipo objetivo del delito de comisión por omisión se conforma por:

1.- Situación típica o “que se dé la situación de hecho de peligro de un bien jurídico que le crea al sujeto la obligación de ejecutar una actividad destinada a evitarlo.” (Garrido Montt, 2001, p. 187)

2.- Que no se realice la acción destinada a evitar el riesgo: el no actuar implica determinar la posición de garantía que ostentaba la persona que debió actuar.

3.- la capacidad de actuar o de evitar el resultado

4.- la producción de un resultado que la acción omitida pudo haber evitado y su imputación a la omisión.

Elementos estos, que me dispondré a analizar a continuación por formar parte del tipo de delito de omisión impropia, así tenemos que:

1.4.1.1.1. La situación típica

Como se mencionó apenas unas líneas antes, en la situación típica se trata de que en la realidad se deba llevar a cabo actos que representen algún peligro de lesión a un bien jurídico, requiriéndose además la producción de un resultado, y que este resultado obviamente perjudique o dañe ese bien jurídico, lo que significaría que frente a esa situación de hecho nacería el sujeto garante, con el deber o la obligación de llevar a cabo actos o acciones destinadas a impedir dicha lesión.

Es necesario entonces que, se verifiquen los presupuestos que el tipo contiene y cuya concurrencia provoca que el ordenamiento jurídico obligue que el sujeto lleve a cabo acciones a objeto de lograr alcanzar el fin último fijado por la norma penal, que no es más que, la protección o resguardo del bien jurídico tutelado.

Un ejemplo sencillo al que podemos recurrir para mayor ilustración, es el caso del lactante que muere súbitamente, debiéndose ante todo, verificar los presupuestos típicos del homicidio, es decir, persona viva, hijo, la posición de garante de la mujer responsable de su cuidado y alimentación, etc... al respecto Zaffaroni (2001) considera que la situación de hecho o típica en los delitos de omisión impropia consiste en “una situación en que la afectación del bien jurídico equivaldría a la de una estructura típica activa. En este sentido, el tipo objetivo omisivo siempre es un tipo circunstanciado.” (p. 451)

En base a ello, Zaffaroni concluye que la ejecución de los actos o acciones presentes en el tipo, es debida solo y únicamente a esa situación típica, por lo tanto, lo que compone el núcleo del tipo objetivo es la manifestación real de una conducta distinta a la ordenada para que se pueda estar en presencia de la omisión impropia. Por lo que puede inferirse que en la omisión se requiere la ocurrencia de un acto que no sea dirigido al fin ordenado, el cual sería como ya hemos visto, el evitar que se produzca la lesión a un bien jurídico determinado.

Siguiendo con el caso del niño que muere súbitamente, verificándose que es debido a la inacción de la madre al momento de alimentarlo, este autor sostiene que el tipo del delito requiere que se lleve a cabo acciones que no sean destinadas a evitar la muerte del infante, como sería por ejemplo que la madre se dedicara a la limpieza de su hogar, lo que a mi consideración resulta del todo incorrecto toda vez que los actos por ella ejecutados no forman parte del tipo objetivo en estudio.

Lo que si resulta correcto es, lo señalado por Zaffaroni en relación a que la situación típica debe corresponder con la lesión o afectación de un bien jurídico, debido a que, en los casos de omisión impropia no prevista en la norma, se deberá recurrir a la situación típica descrita por el tipo de acción. Pero a pesar de considerar que es cierto, a mi juicio, no es suficiente ya que debería además tenerse en cuenta el contenido del deber de actuar, determinándose por lo general en atención a las circunstancias, toda vez que, a partir de allí, es que se podrá establecer con certeza cuál era el acto o la acción a realizar,

y que de no llevarse a cabo implicaría una omisión, permitiendo de esta manera la imputación del resultado.

Cuando un niño se quema con agua hirviendo, del alcance y grado de la quemadura, de la edad y la constitución del niño y del lugar y tiempo del accidente se infiere lo que deba hacerse, o sea, si basta aplicar una pomada contra quemaduras, si hay que llamar a un médico o si es necesario el traslado al hospital. (Jescheck, 2002, p. 559)

Ejemplo este, al cual recurre Jescheck para graficarnos el contenido del deber de actuar en atención a las circunstancias particulares del caso, siendo una valiosa ayuda al momento de determinar cuál sería la acción o el acto que debió realizar el sujeto en posición de garante.

A manera de conclusión se puede afirmar, que la situación típica constituye la forma de poder determinar cuál sería el resultado que se pretendería evitar y, por ende, cuál sería la debida acción a tomar para cumplir con ese fin; destacando que la ley no describe las formas específicas de actuar por no ser posible, y ello debido a la infinidad de potenciales actos que podrían ejecutarse para evitar el resultado.

Por último, es necesario hacer hincapié de que, en estos delitos de omisión impropia, como ya se ha manifestado, no todos los posibles autores (emitentes) podrán ser sancionados, sino solo, única y exclusivamente aquellos que se encuentren en posición de garantes, el cual se analizara in extenso más adelante, pero adelantándonos a que esa posición de garante es un elemento no escrito presente en el tipo omisivo impropio de manera que su función sería limitar el círculo de autores.

1.4.1.1.2. Fuentes del deber de actuar o posición de garantía

Hoy día podemos afirmar con toda certeza que la posición de garante representa un elemento no escrito del tipo objetivo de los delitos de omisión impropia, y ello obedece a que de esa manera es concebido por la doctrina mayoritaria, generándose en su

momento intensos debates entre ellos a objeto de determinar los supuestos en los que pudiera encontrarse una persona, para considerar que se encuentra en la obligación de evitar un resultado lesivo para un bien jurídico determinado.

A tal fin, me dispondré a continuación a analizar la visión tradicional que se tenía del tema para luego topar la teoría de las funciones, y por último la doctrina moderna de las fuentes de la posición de garantía. Sin embargo, antes de entrar a dicho análisis debemos tener muy presente que la posición de garante es necesaria para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse con la causación activa del mismo.

Por ende, en atención a lo anterior, podrá castigarse con arreglo a la norma jurídica que sanciona su producción; así el clásico ejemplo del niño que bajo el cuidado personal de su madre, muere por desnutrición debido a que esta lo dejó de alimentar, conducta que pudiera castigarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal, sancionándosele por homicidio simple por encontrarse está en posición de garante, no así pudiendo ser atribuido y sancionado dicho delito cuando el que omite sea un vecino que no se encontraría normalmente obligado a evitar, como resultado, la muerte del niño.

En base a las consideraciones que anteceden, se puede afirmar que no toda aquella persona que omite evitar la producción de un resultado lesivo, pudiera ser sancionada como si lo hubiera causado, sino solo aquellos determinados sujetos que ostenten la posición de garante; de manera que, aquella persona que no se encuentre en dicha posición resultaría inimputable, siempre y cuando su omisión no se subsuma en el tipo penal de omisión de socorro, en cuyo caso pudiera incurrir en responsabilidad por dicha omisión.

1.4.1.1.2. Fuentes tradicionales de la posición de garante.

Al disponernos a estudiar las fuentes tradicionales, ineludiblemente debemos recurrir al análisis de lo que se denominó la “teoría formal del deber jurídico”, mediante

la cual se dispuso que en la existencia de la posición de garante se debía tener en cuenta sus fuentes formales, siendo dichas fuentes el deber de obrar, la ley, el contrato, el actuar precedente y, por último, la comunidad de peligro; que a continuación analizaré

1.4.1.1.2.1. La ley

Entre los deberes derivados de la ley, encontramos aquellos presentes en las relaciones familiares, mediante los cuales se imponen obligaciones de protección y asistencia, como por ejemplo el deber de alimentar a los hijos que no puedan valerse aún por sus propios medios. Es por ello, que, para una buena parte de la doctrina, no bastaría con verificarse el solo incumplimiento de un deber moral, sino, además, el de un deber jurídico, asumiendo que dicha posición de garante evidentemente puede emanar, por ejemplo, de la ley. En el mismo estatus se encuentran aquellos sujetos a los cuales se les establece un conjunto de deberes propios de su cargo o profesión.

En contraste a estos dos grupos, encontramos al resto de los ciudadanos no garantes, los cuales no tienen el compromiso extrapenal de salvaguardar los derechos de determinadas personas, sino que cuentan sólo con la obligación general que abarca a todas las personas de socorrer a cualquier ser humano que se encuentre en peligro, en cuyo caso, respondería, de no intervenir, únicamente por delitos de omisión propia.

1.4.1.1.2.2. El contrato

Según la teoría sometida a análisis en este momento, la forma de actuar de una persona y el deber de acatar esas formas de actuar, puede provenir de un contrato; en tales circunstancias, según los autores que defienden esta teoría, es necesario o preciso que la persona haya efectivamente tomado el puesto de garante.

A pesar de recibir críticas, podemos observar que de lo anterior se desprende que no sería útil equiparar la obligación legal con la contractual, toda vez que esta última lo que pretende es reafirmar que no toda obligación legal es constitutiva de un deber de garantía, de manera que el contrato puede ser considerado como fuente de la posición de

garante solo, única y exclusivamente cuando de la confianza depositada surja el deber de vigilancia, protección o cuidado de un bien jurídico.

1.4.1.1.2.3. El actuar precedente

Con respecto a esta fuente, debemos hacer mención a lo que según algunos autores se denominó la teoría de la injerencia, naciendo para unos en el primer tercio del siglo XIX, mientras que para otros a inicios del siglo XX, partiendo de la obra de Stübel en 1928, el cual considero que el hecho de que un sujeto colocase a otro en una situación de riesgo de la que no pudiera este último salir sin la ayuda de aquel, nacería para el que origino el peligro, la exigencia de actuar a los fines de evitar el resultado lesivo.

Más recientemente, puede entenderse de la siguiente manera: la persona que mediante una acción o un actuar precedente crease un peligro a un bien jurídico, respondería de la lesión, como si la hubiera causado siempre que omita evitar el resultado típico, en el que va a desembocar la cadena causal. Pero vale hacer mención, a que no todo hacer precedente que posteriormente derive en un resultado lesivo crea una posición de garante, ya que si fuera de esta manera todo el mundo respondería por todo. Por ello, se estableció como limitante que la posición de garante sólo puede provenir de un hacer precedente peligroso, en sí, para la producción del resultado. Coincidiendo con aquellos que consideran que la conducta precedente tampoco puede ser deber de garantía cuando la víctima también podía haber previsto el resultado lesivo.

1.4.1.1.3. Extensión de las fuentes de la posición de garantía

1.4.1.1.3.1. Estrecha relación vital

Pudiera afirmarse que el núcleo central de la posición de garante estriba en que cada vez que coexistan determinadas comunidades y se dé una situación de peligro, cada individuo que se considere miembro de esa comunidad está en la obligación indeclinable

de evitar los peligros probables para los demás sujetos restantes. De manera que, se pudiera considerar que existe la posición de garante entre aquellas personas que se encuentren recíprocamente ligadas entre sí, sin que estos lazos que los unan constituyan lazos familiares, sino una mutua confianza que nace de una relación interpersonal.

1.4.1.1.3.2. La comunidad de vivienda

El fundamento de esta fuente se soporta sobre la base de aquellas personas que no se encuentren vinculadas por ningún tipo de parentesco, ni que tampoco tengan una estrecha relación de vida, sino que vivan bajo un mismo techo teniendo, al menos, algo más que la mera circunstancia de compartir la misma vivienda sin la concurrencia de un vínculo futuro.

Es preciso destacar que la sola convivencia bajo un mismo techo, no pudiera considerarse suficiente para suponer que se está en presencia de una posición de garante, por lo que se debería agregar otros elementos para que pueda nacer tal posición, ya que la propia doctrina destaca que la sola convivencia no puede ser lo determinante; siendo lo esencial, la manifestación de una estrecha relación personal entre los miembros de dicha comunidad.

Observamos que de esta manera se precisa un poco más sobre la posición de garante toda vez que se exige que además del vínculo social estrecho, exista una convivencia que tenga por finalidad la cooperación para repeler peligros.

1.4.1.1.3.3. La comunidad de peligro

Con respecto a esta extensión de la fuente de peligro se puede afirmar que, frente a una situación donde varios sujetos se dan a la tarea de llevar a cabo alguna actividad riesgosa, todos y cada uno de los integrantes de ese grupo determinado, se convierten en garantes los unos de los otros, respecto de los peligros que pudieran presentarse en la

realización de esa actividad; debiendo existir auxilio recíproco entre ellos con fundamento en la solidaridad, lealtad y consideración por lo que se asume voluntariamente el deber de protección. Según la propia doctrina, esta posición de garante nace solo cuando se trata de una actividad riesgosa y solo por los riesgos propios de dicha actividad

1.4.1.1.3.4. El dominio de la cosa

Se puede señalar, que surge un deber de actuar tal como lo manifiesta Traerger (citado por Gimbernat, 1997) toda vez que “para aquel en cuya zona de dominio surge una situación de peligro con la que sólo él puede acabar, independientemente de que esa situación se haya producido por el azar o incluso por la culpa de un tercero.” (pp. 40 y 41) formula que evidentemente plantea diferenciándola de la teoría de la injerencia, ya que en el hacer precedente el dominio de la cosa no se requiere de una actuación previa de la persona; mientras que aquí, se necesita que el peligro emerja en la zona de dominio de la persona obligada a contrarrestarla.

Posteriormente, este mismo criterio es tomado por Henkel pero con un objeto distinto al planteado, puesto que para dicho autor no existe hacer precedente en la legítima defensa, salvo en el caso de que el lesionado se encuentre en la esfera de dominio del defensor, como por ejemplo: el ladrón que resulta herido en el interior de un almacén por el vigilante encargado de la seguridad, y producto de ello no puede escapar, deberá ser socorrido por el vigilante para evitar su muerte y esto no deberá hacerse por el hecho de que el encargado lo hirió, sino porque dicho ladrón se encuentra en la esfera de dominio del que se defendió.

1.4.1.1.3.5. Deberes de aseguramiento del tráfico

Son varios los autores que formulan y desarrollan esta posición, siendo Shünemann (citado por Gimbernat, 1997) quien la tratara como criterio autónomo de posición de garante fomentando la idea de que la teoría de la injerencia como posición de

garante debe desaparecer, toda vez que esta halla su núcleo en los **La comunidad de vivienda**, existiendo la posibilidad de que en ciertos casos, un determinado resultado no pueda ser reconducido a una omisión, ya que no se presenta un hacer precedente, es decir, que el sujeto no haya fomentado el peligro sino que se haya encontrado con ese peligro previamente dado.

Para una mejor comprensión, se puede hacer referencia al caso de la persona que adquiere una casa y de la cual se desprende una teja causando lesiones a un transeúnte. Según dicho autor, en éste caso no se podría establecer una responsabilidad del nuevo propietario de la casa en virtud de injerencia, ya que el nuevo propietario no ha fundamentado el peligro, sino que se lo ha encontrado previamente.

1.4.1.1.4. Nueva orientación de las fuentes del deber de actuar

Sobre este tema, Armin Kaufmann (2006) plantea esta nueva visión de las fuentes del deber de obrar, la cual es adoptada por la doctrina dominante que solo conoce dos grandes grupos de posiciones de garantes, la primera de ella referente a la asunción fáctica de una función de protección y la segunda, el deber de vigilancia de fuentes de peligro.

En seguida se realizará el análisis de estas dos fuentes generadoras de la posición de garantes, siendo estas: a) deberes de garante que radican en una función protectora para un bien jurídico específico; y b) deberes de garante que se fundamentan en el deber de vigilancia y control de una fuente de peligro, conociéndose como deberes de asistencia la primera y como deberes de aseguramiento la segunda.

1.4.1.1.4.1. Deber o función de protección de un bien jurídico determinado

Según esta visión con respecto a la posición de protección, la persona es puesta en una especie de defensora de uno o varios bienes jurídicos contra todo aquel ataque que puedan sufrir, siempre existiendo de esta relación una vinculación con el propio titular de ese bien jurídico. Dicha defensa o protección del bien jurídico reconoce la presencia de un sujeto que vela por la integridad de bienes jurídicos pertenecientes a otro, el cual se encuentra en incapacidad de resguardarlos o protegerlos por sí solo. Destacándose que, como requisito a esta clase de posiciones de garante, deberá existir una relación de dependencia derivada de las relaciones familiares; de la posición de representante del titular del bien jurídico; de estrechas relaciones de comunidad o; de una asunción consentida de una función de protección.

Considero importante resaltar que, en todos los casos es necesario que exista realmente una vinculación directa con el bien jurídico a resguardar o proteger, o lo que es lo mismo, que exista una proximidad social con el bien jurídico. Es por ello, que no se puede considerar que estamos en presencia de la posición de garante y por lo tanto no podrá responder la madre con respecto a la muerte del hijo si al nacer fue llevado a una incubadora lejos de su alcance.

En relación a la condición de representante de un titular de un bien jurídico, se le atribuye al sujeto el compromiso o deber de preservar los bienes jurídicos de terceros en caso de peligro. Por su parte, las relaciones de comunidad incluyen a la comunidad de peligro y la comunidad de techo o vivienda; fundamentándose en la proximidad al bien jurídico y a la confianza recíproca entre los convivientes o entre los involucrados en la actividad riesgosa.

Por último, y respecto de la asunción consentida de una función de protección, cabe destacar que la misma se fundamenta en que el que toma voluntariamente la obligación de defensa del bien jurídico ha liberado en forma temporal a otra persona que

tenía ese deber originariamente, o sea, que opera una especie de subrogación en la “proximidad al peligro”.

1.4.1.1.4.2. Deber de vigilancia y control de una fuente de peligro

La gran cantidad de peligros que ha generado la vida moderna es incuestionable, ello debido a las acciones riesgosas que indudablemente son necesarias llevar a cabo para el pleno desarrollo social, motivo por el cual se considera permitido cierto nivel de riesgo, estableciéndose como contrapeso el deber o la obligación de controlar que esos riesgos no deriven en lesiones a los derechos tutelados de las personas.

En base a ello, surge la imperiosa necesidad de tomar en cuenta a personas encargadas de vigilar y/o proteger esas fuentes de peligro, es decir, que nacen las respectivas posiciones de garante de bienes jurídicos ajenos que pudieran verse afectados si dichos peligros no son contenidos. Puede evidenciarse que, la posición de garante asignada y atribuida al sujeto debe dirigirse a la defensa y protección de cualquier bien jurídico que se encuentren frente a peligros de ser lesionados, es decir, que tiene el deber de organizar y encauzar dentro de ciertos límites, apreciándose que en su posición de garantía no es determinante la vinculación del garante con el titular del bien jurídico.

En el análisis de esta fuente lo importante a destacar, es que la determinación del campo de protección es concreto en virtud a los posibles daños que puedan generarse de cualquier fuente de peligro, en contraste con las fuentes que hasta ahora habíamos estudiado, habida cuenta que antes de llegar a este punto observamos que los bienes jurídicos se fundamentaban en la vinculación social con el titular de los bienes jurídicos y su amplitud se encontraba limitada por la relación que existía con el titular de dichos bienes

Dentro de este grupo la doctrina incluye a la injerencia, al respecto Bacigalupo (1983) considera que lo importante en la moderna teoría de posición de garante es la posición donde se encuentre la persona con respecto del bien jurídico, es decir, que lo

importante sería que la persona tenga dominio del ámbito dentro del cual se ha producido el resultado típico. Por ello, se puede observar que el deber de control de la fuente de peligro se extiende tanto a la fuentes de peligro creadas por esa persona garante, como así también, en aquellas fuentes de peligro que no haya generado pero le han sido encomendadas para su vigilancia y protección.

1.4.1.1.5. Teoría de Jakobs

Este autor señala que en el deber de vigilancia de una fuente de peligro y en el deber de protección de un bien jurídico (teoría moderna de las funciones) no se pueden vincular consecuencias sistemáticas, toda vez que en mismo contenido puede formularse como función de vigilancia y como función de protección. En base a ello Jakobs (1995) piensa que “La protección para una persona es vigilancia, a favor suyo, de los peligros que la amenazan, y la vigilancia de una fuente de peligro es protección de las personas en peligro en cada caso.” (p. 969)

En consideración de lo anterior, Jakobs propone como criterio de distinción 2 grupos:

1.4.1.1.5.1. Los deberes en virtud de responsabilidad por organización.

Lo principal en resaltar es que para Jakobs la responsabilidad en virtud del ámbito de organización es debidamente aplicable tanto para la acción como así también para la omisión, por ello es categórico en afirmar que la responsabilidad derivada de la acción es por la vulneración del aseguramiento, incluyendo también los deberes por injerencia, o sea, los deberes de protección y aseguramiento frente a peligros provenientes de objetos o actividades empresariales; por lo que a groso modo podemos observar que, según lo manifestado, el sujeto obligado tendría que preocuparse de que el ámbito de la organización donde se desenvuelve no tenga efectos externos dañinos para las demás personas o bienes jurídicos; sin ser posible que el comportamiento de la víctima cuando incluso, se exponga al peligro, lo excluye de responsabilidad, toda vez que el fundamento de estos deberes se fundamenta en la actividad de la organización.

Para una mayor ilustración pudiéramos hacer mención al ejemplo del caso donde unos obreros se disponen a derribar un muro sin preocuparse que al mismo tiempo están poniendo en peligro a terceros, caso en el cual el mandante de la obra deberá detener la labor de sus obreros en virtud del peligro que ello representa, aun cuando a este peligro se han expuestos esos terceros que no han respetado el cerramiento reglamentario.

En contrapeso al derecho que tiene toda persona de organizarse dentro de determinada sociedad, nace el deber de proteger y garantizar que las relaciones sociales, o lo que es lo mismo, relaciones y contacto con organizaciones ajenas, se mantenga dentro del debido riesgo permitido; siendo que en la omisión, de existir un estado peligroso debe procederse al resguardo de bienes jurídicos pero sin que de ello derive una lesión a un ámbito ajeno, produciéndose dicha lesión por una omisión contraria a un mandato específico de actuar.

Para Jakobs, la posición de garante es común a los delitos de acción y a los de omisión; por ello manifiesta que en los delitos de comisión el sujeto es siempre garante con respecto de su propia organización, pero no respecto a otras organizaciones ajenas a la suya. Por su parte, en la omisión además es garante de la organización propia. Es por ello que señala cuatro maneras de vinculación del ámbito de organización propia con el comportamiento ajeno, siendo: mediante actos peligrosos, que constituyen coautoría o complicidad en comportamientos de otra personas; mediante cosas o situaciones peligrosas, dicho de otro modo, cuando el sujeto tiene bajo su dominio objetos cuyo uso libre ya supera el marco del riesgo permitido; mediante el dominio sobre otra persona, es decir, la persona debe impedir la vulneración de bienes jurídicos o comportamientos peligrosos de los sujetos sometidos a su cuidado; y por último, se agrega a esta vinculación los sujetos que no pueden velar por si mismos por carencia de capacidad de determinación, ejemplo: el menor que no puede alimentarse solo.

Adicional a los vistos deberes de impedir los efectos dañoso en el ámbito de la organización, debemos además, contemplar los deberes de salvación, consistiendo estos

en un deber de impedir los cursos causales peligrosos o dañinos que ya hayan alcanzado a una organización ajena; situando dentro de esta categoría a la asunción, consistiendo está en la imposición a una persona de la revocación de la situación de peligro antes de que el daño se produzca, percibiéndose el paso de un deber de aseguramiento a un deber de salvación.

Puede observarse que la injerencia también pertenece a estos deberes de salvamento, en el sentido de que debería privar la responsabilidad por injerencia cuando la conducta precedente de determinada persona crea un riesgo no permitido para el bien jurídico puesto en peligro, puesto que precisamente dicha puesta en peligro sería la consecuencia no solo desde un punto de vista naturalista, sino que también lo sería desde un punto de vista del comportamiento precedente (Jakobs, 1995) siendo aplicable, como hemos dicho, aun y cuando el titular del bien jurídico puesto en peligro haya sido imprudente y se haya expuesto a dicho peligro.

1.4.14.1.5.2... Deberes en virtud de responsabilidad institucional.

Lo primero que habría que puede apreciarse de este tipo de deberes, es que se tratan de relaciones sociales de las cuales no existe, al menos en general, ninguna alternativa organizacional, siendo equivalente a la comisión, siempre y cuando la institución tenga igual importancia básica para la existencia de la sociedad como para la libertad de organización; señalando que dentro de estos deberes se encuentran: el matrimonio, las relaciones estatales, las relaciones paterno filial, las relaciones estatales de poder, la función policial, y finalmente, el velar por la sujeción a la ley y a la administración de justicia.

En la institución del matrimonio los fundamentos de los deberes provienen a que apuntan a la configuración conjunta del mundo vital, sin que pueda extenderse el deber de garante hacia aquel consorte, cuando el otro cónyuge auto infringe lesiones a bienes tutelados de manera intencional, lo que se traduce a que jamás se le podrá atribuir responsabilidades por omisión.

Por su parte, los deberes estatales de acuerdo a lo considerado por este autor, emergen cuando no existe otra posibilidad de organización, de manera que se excluye el nacimiento de posición de garante cuando el sujeto sometido al poder debe proveerse de una posibilidad de organización, un sencillo ejemplo sería el del agricultor que debe cumplir una condena de privativa de libertad, por ende descuida sus cultivos, siendo que el Estado, no comete ningún delito de daños por no organizar esa esfera que es propia del agricultor.

1.4.1.1.3. Producción de un resultado típico y la imputación a la omisión.

En relación a este punto, hemos de recordar que en el delito de omisión impropia se necesita o se requiere que se haya producido un resultado señalado por la ley, independientemente que se trate de delito de omisión impropia regulado como aquel de omisión impropia que se construye sobre la base de un delito de acción. Por su parte, el resultado radica en el cambio de circunstancias específicas causado por la omisión, o, dicho de otra manera, es la consecuencia de haber omitido una acción a los fines de evitar la lesión a algún bien jurídico; siendo dicha lesión, la destrucción o el deterioro del derecho tutelado.

En cualquier momento que sea incorporado a la descripción típica el requerimiento o la exigencia de la verificación de un resultado, sean en delitos de acción u omisión, es imprescindible para la realización del tipo, la verificación de un vínculo causal entre la acción y dicho resultado, es decir, que el resultado pueda ser relacionado de manera lógica y coherente con la acción u omisión, motivo por el cual se torna pertinente el análisis de la causalidad en los delitos de omisión impropia.

Por ello se analizará brevemente las principales teorías de causalidad, con relación a los delitos de acción para finalizar con las situaciones de causalidad en los delitos de omisión. Comenzando con la:

1.4.1.1.3.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones

La ocurrencia de la totalidad de las condiciones negativas y positivas que reunidas contribuyen a la producción de un resultado es lo que se conoce como causalidad, según las teorías generalizadoras de la causalidad. Por otro lado, existen las teorías individualizadoras las cuales tratan de determinar de entre varias condiciones concurrentes, una a la cual puedan considerar como causa exclusiva de la producción del resultado; reconociendo de esta manera, la existencia de varias condiciones, pero unas más determinantes que otras en la producción de un determinado resultado, y por ende individualizan una de ellas catalogándola como causa del resultado.

De manera que en esta teoría se sostiene que en la causa concurren varias condiciones, pero al existir la imposibilidad de precisar cuál es la condición influyente en el resultado, se debe concluir en que todas las condiciones son equivalentes entre sí.

1.4.1.1.3.2. Teoría de la causa adecuada

En contraposición a la anterior encontramos esta teoría, toda vez que la misma parte del supuesto de que a pesar de que en todo resultado pudieran existir varias condiciones que conllevan a su realización, no todas son equivalentes; considerando que la causa es solo aquella condición (entre varias) que resulte adecuada para la producción del resultado, o sea, que será considerada causal la conducta que posee la cualidad de provocar el resultado típico.

1.4.1.1.3.3. Teoría de la causa necesaria

Mediante esta teoría se considera que solo puede ser tomada como causa, aquella condición de la cual el resultado es consecuencia necesaria; por lo que no hare mayores comentarios debido a que en la realidad es extremadamente difícil determinar a ciencia cierta esa necesidad causal a la cual hace referencia, tornándose inútil su análisis exhaustivo.

1.4.1.1.3.4. Teoría de la relevancia típica

Según esta teoría, se estima que ante cualquier situación lo que debe buscarse es, cuando la acción típica es causa del resultado típico, por lo que se debe indagar o ahondar es si se da un acto o acción a la cual se pueda referir el resultado típico; por lo que se puede inferir que deberá existir una acción homicida para poderla vincular con algún acto de resultado homicida

1.4.1.1.3.5. La causalidad en la omisión

Es evidente y no representa mayor problema entender que en los delitos de acción, la atribución de un hecho a una persona determinada (imputación) consiste en verificar que esa persona con su actuar ha causado un resultado típico; sin embargo, si bien es cierto que en delitos cometidos por acción es necesaria la verificación de la causalidad, no es menos cierto que, dicha verificación no es suficiente para imputar un resultado, toda vez que puede que exista dicha relación causal pero exista también la imposibilidad de imputar el resultado; como cuando falta un riesgo suficiente en la acción que resulte adecuado a la gravedad del resultado.

Por su lado, en la omisión impropia se presenta la dificultad de establecer las condiciones para imputar el resultado típico a la omisión del garante, y ello es debido a la ausencia de una acción exigida. En razón de ello, la doctrina ha transitado por los caminos de aquellas posiciones que niegan la causalidad de la omisión, hasta aquellas que exigen establecer una relación causal.

A los fines de una mejor comprensión me dispondré a discernir sobre cada una de ellas, comenzando por la última planteada, ya que aquellas teorías que exigen establecer una relación causal en los delitos de omisión, consideraban que ciertamente debía existir un nexo causal, entendiendo este como, una correspondencia efectiva entre un antecedente y un consecuente.

Sobre esta corriente es partidario Luden (citado por Silva Sánchez, 2006) para quien el acto llevado a cabo de manera simultánea con la omisión, representa una causa del resultado. Dichas teorías fueron denominadas como “aliud agere”, admitiéndose con la misma que la omisión, representa la realización de una acción distinta a la que se debía haber llevado a cabo; sosteniéndose que ineludiblemente un sujeto al no desarrollar una actividad, consecencialmente desarrolla otra y por ende, la causalidad se encuentra en esa actividad distinta a la ordenada, lo cual significa que la omisión no es considerada como un mero no hacer, sino que obedece a otra realidad, que sería haber ejecutado un acto distinto al que se estaba obligado a hacer.

En la actualidad y a pesar de las críticas realizadas, observamos que Zaffaroni se encuentra adherido a esta teoría expuesta por Luden, llamada aliud agere, toda vez que sostiene que para considerar concretada la tipicidad en los delitos omisivos se debe verificar la disconformidad o diferencia entre la conducta impuesta con la efectivamente ejecutada.

Una de las más vehementes críticas que se le realiza a esta teoría corresponde a casos en los cuales la persona omitente se abstiene de toda acción, de la realización o ejecución de cualquier actividad, durante el tiempo en que dicha acción se hubiese podido impedir. Resultando claro, además, que entre el acto desarrollado en el momento de la omisión y el resultado que se produjera, no existe nexo causal (desde el punto de vista científico) y se sostiene que prueba de eso sería que ese acto podría haber sido sustituido por otro o simplemente suprimido, sin que la consecuencia de ese acto desapareciera o se alterara.

Por su parte, otros autores incluyendo a Binding (citado por Jakobs, 1995) enuncian la teoría denominada “de interferencia”, manifestando que la causalidad de la omisión debería ser buscada en la acción interna del sujeto omitente, respondiendo al porque ese sujeto decidió reprimir sus impulsos de llevar a cabo una acción que habría evitado el resultado; recordando como ya hemos manifestado que, para este autor la acción se caracteriza por poner en movimiento los nervios motores y que contrario a ello,

la omisión se caracteriza por frenar dichos nervios motores, por ende la omisión significaría no hacer nada.

Por ello, Binding pretende encontrar la causa del resultado en un movimiento de paralización, es decir, de inhibición de movimientos que el sujeto debía efectuar en el momento que decide no intervenir, siendo en esa voluntad de inhibición, que éste jurista encuentra la causa del resultado. Criticándose fuertemente ésta teoría por el hecho de que, más que pretender revelar la causa de la omisión, se propone es a explicar el motivo psicológico de la misma. Por ello, se infiere que de aceptarse esta teoría se estaría penalizando un proceso interno en el ser humano, lo que iría en contrario con los fundamentos del derecho penal, el cual se preocupa solo de la voluntad manifiesta. (Cury, 1973) Lo que si resulta atinado es el juicio utilizado por Liszt, al manifestar que las discusiones generadas por la polémica causalidad de la omisión, fue una de las más inútiles que haya sostenido jamás la Ciencia jurídico penal.

Posteriormente, emergen opiniones que en la actualidad se mantienen en la doctrina dominante, las cuales niegan la existencia de una relación de causalidad en la omisión, toda vez que, la omisión se caracteriza por la inexistencia de energía aplicada a los fines de producir un resultado, por lo que, no causa nada. Como contrapartida, la causalidad se caracteriza por la existencia de dicha energía, influyente en el resultado, por lo que se puede concluir que en la omisión no se pone en movimiento condiciones causales en el mundo exterior, por tanto, no pueden influir en la producción del resultado.

En base a las teorías planteadas y a las críticas realizadas a cada una de ellas, surge la denominada “teoría de la disminución de riesgo”, mediante la cual se exige que para atribuir responsabilidad penal de un resultado a una omisión, se deberá tener en cuenta si el acto omitido hubiese disminuido el riesgo de producción del resultado; siendo fuertemente criticada, ya que según sus detractores esto constituye una infracción al principio del “in dubio pro reo”, por el hecho de que, amplifica la responsabilidad en el campo del delito omisivo, evidentemente en contra del imputado, toda vez que, ya no

sería necesaria una certeza sino solo una disminución de riesgo, lo que instituye un requerimiento menor para imputar un resultado a una omisión.

1.4.1.1.3.6. La imputación objetiva

En virtud de que considero que la solución correcta de este tema que tanto ha complicado a la doctrina penalista, es la referida imputación objetiva, me dedicare a centrar mi estudio en ella; toda vez que, esta teoría toma como punto de partida el hecho de que no le interesa en absoluto al ordenamiento jurídico, dedicarse a establecer si una actividad realizada es causa de un resultado en un sentido físico y/o naturista, interesándose por determinar en qué casos es viable atribuir o imputar (desde el punto de vista normativo) un resultado a un determinada conducta humana. Quedando de esta manera, establecido en puntos anteriores que en la omisión impropia no es imprescindible establecer un vínculo de causalidad, sino más bien, precisar cómo se realiza la imputación objetiva del resultado a la omisión.

En base a la consideración realizada, puede afirmarse que dicha teoría tiene como principal objetivo solucionar, desde el punto de vista legal, la imputación de un resultado penalmente relevante a una conducta en aras de establecer la responsabilidad penal. De manera que podemos inferir también, que atribuirle un resultado lesivo a un determinado sujeto es posible cuando la conducta de ese sujeto ha generado un peligro y este ha correspondido con el resultado, por tanto, la falta de creación de peligro conllevaría a la imposibilidad de imputarle hecho alguno. Lo anterior, es lo que se conoce como “el principio de la disminución de riesgo”, la cual implica que no pudiera atribuírsele responsabilidad penal a una persona cuando haya llevado a cabo acciones que conlleve a la disminución del peligro corrido por la víctima.

Es evidente que la razón principal para no imputar el resultado lesivo al sujeto, estriba en el hecho de que la conducta tendiente a disminuir el riesgo no puede ni debe ser considerada como una puesta en peligro, ya que como analizamos anteriormente, la

creación de un peligro desaprobado jurídicamente es uno de los pilares fundamentales de la imputación objetiva, faltando de esta manera, la creación de un riesgo y con ello la posibilidad de imputación; como ejemplo de ello, podemos hacer referencia al caso de una persona que empuja a otra y la hace caer al suelo, con la finalidad de evitar que sobre su cabeza impacte un bloque que se desprendió de una construcción cercana. De allí que puede afirmarse que resultaría un absurdo prohibir acciones que no empeoren, sino que por el contrario, mejoren el estado del bien jurídico protegido.

Existen otros casos que pueden ser debidamente incluidos aquí, referentes a los riesgos socialmente adecuados, en los cuales no procederá la imputación en situaciones que a pesar de existir un peligro, el mismo carece de relevancia típica en materia penal; señalando Roxin (2008) que puede rechazarse la imputación cuando “el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable” (p. 366).

Por su parte, el aumento del riesgo permitido puede considerarse como aquella conducta ejecutada por el sujeto, la cual rebasa el riesgo de producción más allá de lo permitido creando un peligro, cuya ejecución hace imputable el resultado típico. Ello sin olvidarse que, en la vida moderna existen una gran gama de riesgos aceptados socialmente, pero que encuentran una limitación normativa y social, en base a ello deben desenvolverse todas las personas, respetando esos límites, imputando responsabilidad penal una vez que hayan superado ese riesgo tolerado y consecuentemente hayan producido un resultado lesivo a un bien jurídico.

De manera que, si una persona le sugiere a otra que se disponga a caminar por el parque a sabiendas de que en algún tramo del camino se encuentra un asesino que la asechaba, evidentemente se puede afirmar que surgió la creación de un peligro, y este hecho podrá ser imputable como asesinato u homicidio en caso de que se le de muerte a ese transeúnte.

Por el contrario, si un sujeto muere por ser víctima de un accidente de tránsito, pero su muerte se produce en camino hacia el hospital, esa muerte evidentemente no podrá serle atribuida al sujeto que se dispuso a realizar el traslado al centro de salud,

puesto que la conducta por el desarrollada (el traslado) no implica ningún riesgo más allá del socialmente permitido, amén de que tampoco puede este sujeto objetivamente hablando, provocar una muerte de esa manera.

Por ello, podemos inferir que en los supuestos del riesgo permitido, la imputación presupone la existencia de una transgresión de la frontera del riesgo permitido y por ende, la creación de un peligro jurídicamente desaprobado; por lo que para atribuirle responsabilidad penal a alguna persona es imprescindible que la transgresión de ese riesgo permitido haya influido de forma concreta en el resultado.

1.4.1.3.2. Capacidad de evitar el resultado

El requisito de la posibilidad de evitar el resultado, como ya hemos dicho, es incluido por algunos autores al momento de conceptualizar y analizar la omisión, también decíamos que la corriente del finalismo incluía este elemento en su definición de omisión y en ese capítulo, a pesar de las críticas realizadas se reconoció el importante aporte que dio el finalismo en el sentido de que permite incorporar al concepto de omisión este elemento, el cual es debidamente adoptado por la doctrina posterior a al finalismo. En este sentido, Zaffaroni (2005) es de los que opina que en el tipo omisivo se requiere que la conducta debida sea físicamente posible, de lo que se puede concluir que, de no existir la posibilidad de prestar auxilio, no podrá existir la posibilidad de imputar omisión alguna.

1.4.2. El tipo subjetivo en los delitos de omisión impropia

1.4.2.1. El dolo en la omisión impropia

Lo primero en destacar es que el dolo en los delitos de omisión impropia es, un elemento del tipo subjetivo, al igual que en los delitos comisivos. Por lo que del análisis que a continuación se realizara, se podrá evidenciar que el dolo en la omisión contrasta al dolo del delito comisivo en atención a la diferencia estructural entre uno y otro.

De manera que, lo primero que debería analizarse serían los elementos del dolo en la omisión impropia; tomando en cuenta que la doctrina considera que el dolo consiste en “conocer”, sin exigirse un elemento volitivo, entendiéndolo como un “querer” no realizar alguna acción.

Por tanto, no se necesita tener la intención o voluntad de omitir una acción, bastando solo que la persona esté al tanto de las condiciones que lo obliga a actuar, de la acción que se espera de él y el resultado que debe evitar (Zaffaroni, 2005) sin pasar por alto su posición de garante, y por ultimo haber sabido que su actuación evitaría que el peligro se transforme en lesión del bien jurídico, es decir, la capacidad de evitación del resultado, siendo necesario el elemento cognoscitivo.

1.4.2.1. La culpa en el delito de omisión impropia

La doctrina se encuentra completamente de acuerdo, en que los delitos de omisión impropia admiten la posibilidad de su comisión culposa, por el hecho de que la omisión se caracteriza por la no realización de una determinada acción, esperada y exigida según la ley, en el cual el sujeto omitente se encuentra obligado a evitar un resultado lesivo, por lo que la culpa pudiera ser considerada por el mal cumplimiento de un mandato.

Se puede concluir manifestando que el concepto de culpa que al cual nos hemos referido con antelación, no sufre variación en los casos de omisión al igual que en los delitos de acción, estando regidos por el elemento de la violación del cuidado o falta del cuidado exigido en un ámbito de relación.

2. CAPITULO 2: LA OMISIÓN EN EL ECUADOR

2.1. Análisis normativo

Para el análisis de esta figura delictiva en Ecuador debemos ineludiblemente remontarnos al año 1838, fecha en la cual aparecen por primera vez en el Código Sustantivo Penal, definiéndolos desde el enfoque dado por la corriente naturalista, toda vez que eran considerados como un nada, puntualizándola como el no hacer algo que se debía haber hecho, a los fines de evitar la lesión de un bien jurídico tutelado, o dicho de otra manera, no haciendo lo que se debía hacer.

Los juristas del país, llámense abogados y administradores de justicia han acogido cierta conducta jurídica al considerar que las únicas conductas omisivas que le interesa al Derecho Penal son aquellas ejecutadas con voluntad, sin descartar de plano algunas omisiones cometidas de manera culposa, evidenciándose de sentencias emitidas tanto por la propia Provincial como por la misma Corte Nacional.

Por otro lado, debe entenderse y señalarse que no todas las omisiones son iguales, habida cuenta que se divide en dos grupos, el primero de ellos, es la omisión propia las cuales están debida y expresamente tipificadas en la Norma Sustantiva; y los segundos por su parte, no se encuentran descritas en el cuerpo legal, debiendo construirse sobre la base de los delitos de resultado.

Así encontramos que, el Código Orgánico Integral Penal, establece la forma de tipificación de las omisiones propias, al prever y sancionar casos en los cuales la persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe en la determinación de la obligación tributaria, para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero (Artículo 298) como ejemplo de ello.

De manera que, puede evidenciarse del anterior ejemplo que la *ratio legis* o razón legal de la norma, no es la verificación de la infracción o la lesión a un bien jurídico tutelado, sino, la ejecución de la conducta omisiva señalada en el tipo penal;

observando en este supuesto que el sujeto activo es indeterminado (cualquier persona) por lo que puede inferirse que la obligación de actuar deriva de la condición de ciudadano y no particulares relaciones jurídicas (Zaffaroni, 2005, pág. 443).

Por su parte, el Doctor García Falconí considera que pueden dividirse (en el COIP) los preceptos jurídicos que tipifican las omisiones propias en: omisión de ejecución de un delito, la omisión de promover la persecución de un delito, omisiones del deber de socorro y, por último la omisión de impedir un delito.

En relación al segundo grupo señalado, omisiones impropias u omisiones no expresamente identificadas por la redacción legal, corresponden a los delitos de comisión por omisión, contruidos por el intérprete sobre la base de los delitos comisivos que si se encuentran debidamente tipificados en el Código.

La diferencia entre la omisión propia y la omisión impropia (a parte de la prescripción en el cuerpo legal) radica en que esta última es considerada cometida cuando se omite impedir el resultado lesivo; como por ejemplo el delito cometido por el profesor que omite evacuar a los estudiantes en caso de un fuerte temblor y por esa causa varios de estos se lesionan (Art. 153 COIP) o el homicidio cometido por la madre que no alimenta a su hijo recién nacido (Art. 144 COIP). En ambos supuestos podemos evidenciar que se encuentran presente la posición de garante a la cual hace referencia el Artículo 28 del COIP, estrechamente vinculado al hecho cierto de que el sujeto tenga un deber jurídico especial de evitar el resultado.

Por ello, surge la necesidad de fundar jurisprudencialmente el carácter de este tipo de delitos, ya que traen consigo muchas controversias derivadas de la aplicación del principio de legalidad, de la prohibición de normativas penales indeterminadas y la aplicación de analogías; dando por asumida esta posición, hay quienes consideran que se estaría justificando la impunidad de ciertas conductas, por tanto, la doctrina con el firme objetivo de impedir esto, ha establecido parámetros para aquellas situaciones en las cuales la equiparación de la omisión con la ejecución activa se imponga irrecusablemente.

Dichos límites los podríamos resumir en lo siguiente: no podrá atribuírsele el resultado lesivo a toda aquella persona que no lleve a cabo una acción tendiente a evitar el mismo y debe exigirse la concurrencia de esa persona concreta de una determinada característica (posición de garante); por lo cual, debemos tener en cuenta que este tipo de delitos (comisión por omisión) son delitos especiales, no pudiendo ser cometidos por cualquier persona.

La posición asumida por el legislador, si bien admite la dualidad de la tipicidad en objetiva y subjetiva, ubicando por ende al dolo y a la culpa, así como la noción normativa de la culpabilidad fundada en el juicio de reproche, y fundamentada la antijuricidad en la lesión al bien jurídico, la omisión en el esquema del COIP añade el elemento riesgo.

Claro está que, el principio de amparo de bienes jurídicos mediante el cual el derecho penal debe intervenir solo con la intención de prevenir o evitar la vulneración de bienes jurídicos, no permite que el legislador sancione como delitos solo por su desviación o inmoralidad aquellas conductas que no afecten dichos bienes jurídicos, tiene su origen claramente establecido el cual no es otro que castigar las conductas que representen daños concretos al prójimo o a la sociedad.

Puede este principio igualmente fundamentarse sobre la base de una perspectiva del Estado Social y Democrático, motivado en razón de que los bienes jurídicos son condiciones fundamentales para el correcto funcionamiento de la sociedad. De lo anterior se desprende la necesidad de recurrir a la pena para el resguardo o protección de la sociedad en general, toda vez que apelar a imponer una sanción penal para aquellas conductas que no afecten bienes jurídicos es innecesario. (MIR PUIG, 2005, pág. 129).

Por su parte, puede evidenciarse que en el Ecuador hasta la fecha se ha mantenido una noción naturalista de la omisión, en la que se define como una acción voluntaria de no hacer algo que se tenía la obligación de hacer, manifestándose con el resultado lesionador de un bien jurídico tutelado, que no debía haberse producido

si el sujeto cumplía con su deber.

Así pues, la omisión puede definirse como la no ejecución de un acto cuando se estaba en capacidad concreta de desarrollarlo, por tanto, hay que tener en cuenta las concretas condiciones materiales, espaciales y temporales en que transcurre la conducta omisiva para poder determinar la existencia de capacidad de acción. Por ello puede afirmarse que la producción de un resultado típico por omisión puede verificarse si, el sujeto que omite tiene el deber de cuidar jurídicamente porque ese resultado no se produzca, en primer lugar, además de si esa omisión de impedir el resultado equivale a la ejecución del tipo mediante una conducta activa, en segundo lugar.

En relación a ello, Kaufmann es preciso en señalar que, “la posición de garante consiste pues, en una posición de protección con respecto a un bien jurídico. La tarea de defensa puede orientarse en dos direcciones, la una de estar vigilante para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques y la otra puede consistir en la supervisión de determinada fuente de peligros, no importando a que bienes jurídicos amenazan peligros desde esta fuente” (Kaufmann, 2006, p. 289) por lo que la correspondencia de la acción y la omisión supone que el autor de la segunda responda como garante de la evitación del resultado. Por lo que puede concluirse que la extensión de la posición de garante a la cual nos hemos referido, considera tanto a la persona que ha provocado un riesgo como así también a aquella que ha incrementado un riesgo ya existente.

2.2. Análisis Jurisprudencial

He creído menester hacer un análisis de las jurisprudencias debido a que es fundamental, por un lado, estudiar y entender cuál es el ejercicio intelectual que hacen los operadores de justicia al momento de disponerse a juzgar los delitos por omisión y, por otro, también analizar como los tribunales pueden aportar o no, al estudio de esta figura con su debida motivación, como la analizaré más adelante.

Al momento de disponerme a la búsqueda y recopilación de dichas jurisprudencias, a fin de soportar los correspondientes análisis, pude evidenciar que este tipo de sentencias son muy escasas a nivel nacional, por lo que nos hace inferir que en muy pocas oportunidades se juzga a los delitos de omisión en el país.

Además, como se podrá observar a continuación, existen análisis muy precisos frente al tratamiento de los delitos de omisión, sus conceptos y elementos constitutivos; así también podremos ver la falta de conocimiento de ciertos operadores de justicia, al no tener una noción clara cuando se incurre en esta clase de delitos, y el trabajo que tienen que hacer los Tribunales de Segunda Instancia para subsanar esos vacíos doctrinales y legales al momento de sustanciar los procesos.

Los delitos de omisión, si bien han creado una discusión doctrinal muy amplia, es importante que la jurisprudencia constituya un aporte igual de relevante para el estudio del tratamiento de estos delitos. Muchas veces los jueces por no tener presente esta forma de delitos, optan por juzgar por delitos no intencionales o peor aún, absolviendo de la responsabilidad penal, cuando se debe tener muy claro que los delitos pueden cometerse tanto por acción como por omisión; y que el no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

Por lo que, la metodología que tendrá este capítulo será analizar cada una de las sentencias de manera independiente y al final hacer una conclusión global de lo que se pudo aportar y que no debe tomarse en cuenta al momento de juzgar a un delito de

omisión. Así también es necesario explicar que por la calidad de la mayoría de sentencias fue casi imposible identificar el “ratio decidendi” y el “obiter dicta”, por lo que la estructura del análisis jurisprudencial consistirá en establecer los hechos relevantes; cual fue el aspecto jurídico considerado; las partes procesales; el razonamiento por parte del tribunal; la decisión judicial; y por último, un análisis crítico con referencia a la jurisprudencia estudiada.

Sentencia A

A. ANALISIS CONCEPTUAL

I. IDENTIFICACION DE LA PROVIDENCIA

Expediente de Casación: 445

Fecha: 29 de junio del 2004

Registro Oficial: 540 de 09 de marzo de 2005

Resuelve: Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal

Magistrado ponente: Dr. Arturo Donoso Castellón

Voto salvado: No

Procesados: Frixón Iván Cabezas y Ángel Homero Barcia Zambrano

Temas que aborda la sentencia:

Delito de robo y Delitos de omisión

Normas citadas:

- **Código Penal:** Arts. 10, 11,12, 30, 42, 55 y 552 núm. 2 y 3
- **Código de Procedimiento Penal:** Arts. 52 inc.3, 309 núm. 2, 3 y 4
- **Código de Procedimiento Civil:** Art.44 inc. 2
- **Ley de Seguridad Social:** Art. 299

II. HECHOS RELEVANTES

Esta primera jurisprudencia, hace referencia a los hechos materializados por los dos sujetos procesados, en virtud de la obligación que ostentaban de cuidar y resguardar las instalaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), en cuya planta baja se encontraban ubicadas las bóvedas donde se depositaban una gran cantidad de joyas empeñadas; admitiendo los mismos imputados el hecho de haber dejado ingresar a dos personas de sexo femenino con la finalidad de que las mismas libaran alcohol dentro de las dependencias del referido instituto, abriendo para ello las puertas de tal dependencia, permitiendo de esta manera el libre acceso el cual fue aprovechado por tales mujeres, ya que posterior a la embriaguez de estos dos guardias de seguridad, procedieron a apoderarse ilegalmente de numerosas joyas y relojes, ocasionando una pérdida para el IESS de un millón novecientos setenta y dos mil ciento cincuenta y cinco dólares con dieciocho centavos.

III. ASPECTO JURIDICO CONSIDERADO

El aspecto jurídico objeto de debate en el proceso ha sido el tratamiento de la responsabilidad penal mediante los delitos de omisión, analizando la implicación de no hacer algo, derivado de una obligación emanada de un contrato y que por ello se lesiona un bien jurídico protegido, en este caso la propiedad privada, mediante el delito de robo.

IV. PARTES

- **Agente Fiscal:** Dr. Juan Florencio Hernández Hurtado
- **Acusador Particular:** Ing. Jorge Madera Castillo, Director General del IESS
- **Procesados:** Frixón Iván Cabezas y Ángel Homero Barcia Zambrano

V. RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

Luego del exhaustivo análisis que se le realizó a la sentencia recurrida, puede evidenciarse que el Juez encargado del procesamiento de esta causa consideró que se ha comprobado la existencia material del delito mediante el reconocimiento del lugar e informe pericial y declaración de los peritos en la audiencia, pasando analizar la responsabilidad de los acusados, basándose en sus propias declaraciones y en las de los testigos, señalando que ellos aceptan que incumplieron con sus labores al dejar entrar a las féminas con cervezas en su lugar de trabajo, descuidando en esta forma el cuidado que tenían sobre el mismo. Así mismo considera que al presentar la defensa las prueba que servirían para desvirtuar tales testimonios, concluye que no se ha logrado comprobar la responsabilidad, dictando sentencia absolutoria a favor de los procesados, presentándose por ello el respectivo recurso de apelación.

Una vez que el Tribunal de Alzada toma conocimiento del caso, se dispone a emitir su pronunciamiento, considerando que se ha incurrido en una grave contradicción al sostener que los mismos procesados admiten no haber cumplido su obligación de cuidado de las instalaciones del IESS, y dictan sentencia absolutoria cuando confundieron que los acusados no conocieron del ingreso de los sustractores por su condición de embriaguez, sin tomar en cuenta que ellos lo provocaron al facilitar el ingreso a sus dos amigas durante la noche con cervezas, dejando abiertas las puertas de la dependencia, inobservando de esta manera las obligaciones expresamente consignadas en la cláusula sexta del contrato suscrito por el IESS con la Empresa SEPRIVAN en cuanto a impedir que persona alguna ingrese a las instalaciones del IESS.

El tribunal de casación considera también que se ha evidenciado un claro desconocimiento acerca de que los delitos se pueden ocasionar mediante acción u omisión. Los últimos contenidos en el Art. 12 del Código Penal que establece que “el no impedir un acontecimiento, cuando se tienen la obligación jurídica de impedirlo equivale a ocasionarlo”. Dicha obligación se considera que puede emanar del contrato (como es en el caso concreto), de la ley, o de la naturaleza del hecho.

VI. DECISIÓN JUDICIAL:

El proceso se sustancia por Casación donde es revocada la sentencia recurrida, declarando a los procesados Frixon Iván Cabezas Rosales y Ángel Homero Barcia Zambrano autores del delito de robo tipificado en el Art. 550 y reprimido por el Art. 552 número 4 inciso segundo del Código Penal, con pena de seis a nueve años de reclusión menor. Sin embargo, como incurrieron en más de dos circunstancias del artículo precedente como son la perforación de puerta, por la noche, en pandilla, y produciendo un ingente perjuicio a una institución del Estado se les aplica a cada uno de ellos la pena de nueve años de reclusión menor, costas, daños y perjuicios en forma solidaria.

B. ANALISIS CRÍTICO

En la sentencia analizada, es importante destacar que los tribunales deben tener muy presente que los delitos se pueden cometer mediante acción u omisión, criterios que fueron pasados por alto en el tribunal de segunda instancia, confundiendo el elemento volitivo y cognoscitivo con los delitos de omisión, al establecer que no son responsables de la infracción por no haber estado conscientes al momento que entraron las personas que robaron el Monte de Piedad del IESS; cuando en realidad los procesados eran justamente responsables por no cumplir con la obligación emanada del contrato que firmó el Instituto de Seguridad Social con la Empresa SEPRIVAN, donde su responsabilidad consistía específicamente en no permitir entrar a personas no autorizadas a dichas instalaciones. No sólo incumpliendo al momento de dejar entrar a las dos mujeres a los predios mencionados, sino ingerir bebidas alcohólicas, impidiéndoles cumplir con su labor de manera adecuada, permitiéndoles acceder a las bóvedas donde sustrajeron las joyas y los relojes sin ninguna dificultad, ocasionando el perjuicio al IESS de la cantidad *supra* indicada.

Sentencia B

A. ANALISIS CONCEPTUAL

I. IDENTIFICACION DE LA PROVIDENCIA

Expediente de Casación: 378

Fecha: 31 de marzo del 2009

Registro Oficial: Suplemento 203 de 21 de Octubre del 2011

Resuelve: Corte Nacional de Justicia, Primera Sala

Magistrado ponente: Dr. Hernán Ulloa Parada

Voto salvado: No

Procesados: Christian Steven Ponce Salas

Temas que aborda la sentencia:

Asesinato, coautoría, comisión por omisión.

Normas citadas:

- **Código Penal:** Art. 12, 30 núm. 4to, 42, 80, 450 núm. 1, 2, 5 y 6
- **Código de Procedimiento Penal:** Art. 61, 157, 326 Código de Procedimiento Penal de 1983

II. HECHOS RELEVANTES

La importancia que tiene esta segunda sentencia, es el análisis que se realiza en base al estudio de la participación en el delito de asesinato al Ex Diputado Jaime Hurtado González, mediante la cual se condenara a los acusados de autos, recurriendo de la Sentencia de la Corte Superior uno de ellos, bajo el argumento de que la voluntad del procesado no era la de terminar con la vida de alguien ni aportar ayuda para que se cometiera el mismo, a pesar de haber acompañado a realizar días anteriores ciertas diligencias como 1) Haber recibido en el aeropuerto a los; colombianos Milanta y Victorino, quienes según el recurrente, habrían venido a Realizar actos ilícitos en el país; 2) Acompañar a Fernando Aguirre hasta la ciudad de Latacunga, con el objeto de comprar el vehículo que luego se utilizó en la ejecución del ilícito; y, 3) Acompañar al

mismo Aguirre a comprar las dos pistolas Píetro Veretta, con las que posteriormente se disparó a las víctimas.

III. ASPECTO JURIDICO CONSIDERADO

El aspecto jurídico que se ha considerado como relevante en la sentencia, es la responsabilidad penal atribuida a los procesados, bajo la premisa de que el recurrente tenía la obligación de impedir el acontecimiento y no lo hizo, lo que condujo a que se produjera la muerte del ex diputado Hurtado.

VII. PARTES Las partes procesales en el caso en análisis son:

- **Ministro Fiscal Subrogante.**
- **Procesado:** Christian Steven Ponce Salas

VIII. RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

A los fines de satisfacer la motivación de su Sentencia, la Sala de Casación Penal se dedica a realizar un extenso análisis de la situación planteada, señalando razonadamente ocho puntos a los cuales acude para anclar a sus conclusiones, siendo los siguientes:

1.- En primer lugar, hace el recordatorio de que la casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella; ya en fin, por haberla interpretado erróneamente; de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, ilimitada y excepcional del mismo"; por ende

2.- En el caso que nos ocupa la Sala está imposibilitada de reexaminar las pruebas actuadas en fase de juicio, pues, al existir constancia plena de la materialidad y existencia de la infracción, a los juzgadores únicamente les correspondía realizar la valoración racional de las pruebas evacuadas, aplicando la lógica del raciocinio,

experiencia judicial y capacidad intelectual que son componentes de la sana crítica, a fin de determinar, como en efecto lo han hecho, la responsabilidad penal del recurrente. Sin embargo, de lo expresado, y de conformidad con el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal vigente para esa fecha, es obligación de la Sala, analizar las impugnaciones que con respeto a la violación o supuesta violación de la ley pudiere existir en el fallo recurrido y que han sido denunciados por el casacionista, siendo esta la naturaleza de dicho recurso;

3.- La impugnación fundamental de Cristian Steven Ponce Salas (recurrente) se refiere a las contradicciones que supuestamente existen entre el auto de llamamiento a juicio y el fallo dictado por el Presidente de la Corte Superior de Quito, en los que y según manifiesta, se determina como autor de los asesinatos al ciudadano colombiano Victorino y que, posteriormente aquella responsabilidad, luego de su captura, es endosado a Freddy Simón Contreras Luna. Para que finalmente, fuera detenido el, habiéndose sustanciado el plenario en su contra determinándose su responsabilidad material e intelectual, en el mismo crimen, lo que resulta del todo contradictorio y violatorio de la ley, al culpar consecutivamente, a tres personas diferentes de la misma infracción. Refiere además que, en su conducta, jamás estuvo la intención de determinar con la vida de persona alguna y que si bien reconoce haber intervenido en tres momentos previos a la ejecución del ilícito, aquello no pueden ser causa suficiente para acreditarle la autoría de los asesinatos y termina manifestando que, dentro del proceso no existe prueba eficaz alguna para tal incriminación violándose de esta manera el Art. 42 del Código Penal;

4.- Sin embargo de lo expresado, el mismo procesado admite voluntariamente haber participado en tres actos concretos previo a la ejecución del asesinato, como ya se han descrito, fueron actos tendiente a la compra del arma, del vehículo donde se ejecutó el mismo, como así también, asistencia y colaboración en diligencias propias destinadas para la facilitación y planificación del delito cometido;

5.- Por su parte, el Art. 42 del Código Penal vigente para la fecha, establecía que: "Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa o inmediata (...) los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberadamente e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción (...)" disposición legal que lejos de haberse violado por parte de los juzgadores, por el contrario, en ella se subsume o encuadra de manera precisa, los hechos y actos realizados "deliberada e intencionalmente", durante toda la etapa del iter criminis por parte del imputado Ponce Salas; por lo que, en este caso, no existe violación de la ley.

De otra parte, el recurrente manifiesta que en su conducta jamás estuvo la intención de terminar con la vida de persona alguna, aún si fuera así, hay suficiente evidencia procesal que determina, sin duda alguna que, los actos previos realizados por éste y otras personas, eran parte de una elaborada planificación para atentar contra la vida del diputado Jaime Hurtado González, concertación criminal en que intervino con conciencia y voluntad, no solamente comprando armas y vehículo, sino suministrando a los criminales toda la información necesaria del diputado Hurtado González, por tanto, en el supuesto y no consentido caso, como dice el recurrente, de no haber tenido la intención de terminar con la vida de persona alguna, aun así, su inacción; esto es, el no haber hecho nada por impedir la infracción, lo hace tan culpable como a aquellos que efectivamente dispararon en contra de las víctimas.

Estando además, la consideración anteriormente realizada, en completa armonía con el supuesto establecido en el Artículo. 12 del Código Penal vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, el cual expresaba que: "No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo". Por lo que señala que todos los ciudadanos, como parte de un conglomerado social, estamos en la obligación jurídica de impedir el cometimiento de un ilícito, más aún, como en este caso, la etapa de planificación fue de algunos días y el acontecimiento criminal era predecible y por supuesto evitable. De allí que, los argumentos del procesado, además de fatuos, son deleznable y artificiosos;

6.- Finalmente, los argumentos de que existe contradicciones en las diferentes decisiones judiciales, al haber sentenciado a varias personas por la misma infracción, se desvanecen, toda vez que, si bien es cierto en el auto de llamamiento a juicio plenario se le imputa a Victorino como uno de los responsables del asesinato, posteriormente se lo hace con Freddy Simón Contreras Luna y finalmente con el recurrente, no es menos cierto que la intervención del mismo en el referido delito es bajo la figura de la coautoría, pues es conocido que en este crimen, intervinieron no solamente los mencionados sujetos sino también otros coautores materiales e intelectuales y que por no haber comparecido a juicio o por no haber determinado su responsabilidad penal, no han sido juzgados conforme corresponde. Las demás impugnaciones, por ser improcedentes se las desecha;

7.- Otro punto señalado es, la tipificación delictual acogida por el Tribunal Ad Quo, en contra del imputado Cristian Steven Ponce Salas, siendo la norma correctamente escogida, en razón de que en la audiencia del juicio se comprobó la comisión del delito de asesinato y la culpabilidad del acusado quien encuadró su conducta a lo previsto en numerales 1, 2, 5 y 6, del artículo 450 del Código Penal anterior, en concordancia con el numeral 4° del artículo 30 del mismo cuerpo.

Debido a ello, acierta el Tribunal al momento de sentenciar de conformidad con las normas anteriormente citadas, toda vez que para que pueda proceder la calificación de asesinato, debe verificarse su cometimiento en apego a alguna de las agravantes constitutivas de la infracción mencionadas taxativamente en el Artículo 450 del Código Penal anterior, todas ellas vinculadas a un denominador común: “La premeditación” y presentes en el caso analizado.

En efecto, la alevosía, por precio o promesa, ensañamiento, imposibilitando a la víctima para defenderse y por un medio capaz de causar grandes estragos, requieren una deliberada planificación material, incluso una predisposición mental para alcanzar el éxito en el propósito de terminar con la vida de otra u otras personas, como en efecto ocurrió; es decir, el sujeto activo del delito sabe cómo, por qué, con qué para

qué, dónde y cuándo va a consumir su acto delincencial, razones por las cuales, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito al dictar sentencia declara al ciudadano Cristian Steven Ponce Salas, autor material del delito previsto y sancionado en el Artículo 450, numerales 1, 2, 5 y 6 del Código Penal en relación con el numeral 4to. del artículo 30 del mismo cuerpo legal y con el Artículo 80 ibídem, imponiéndole la pena privativa de libertad de 16 años de reclusión mayor extraordinaria; y por último

8.- Culmina afirmando que con relación al petitorio de Medardo Cevallos, en el sentido de que se dicte auto de sobreseimiento definitivo a su favor, aquella decisión únicamente le corresponde al Tribunal Ad Quem, pues a esta Sala, únicamente le corresponde pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto.

VIII. DECISIÓN JUDICIAL:

Por las consideraciones anteriormente expuestas, la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Impartiendo Justicia, en nombre del pueblo soberano y por autoridad de la Constitución de la República y la Ley, de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal vigente para el momento, rechaza por improcedente el recurso de casación interpuesto por Cristian Steven Ponce Salas y ordena devolver el proceso al inferior a los fines de que ejecute la sentencia.

B. ANÁLISIS CRÍTICO

En la sentencia analizada anteriormente, en mi opinión tergiversa el concepto y los elementos constitutivos de los delitos por omisión, toda vez que la legislación vigente para esa fecha era clara cuando el Artículo 12 del Código Penal, estipulaba que el "No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo". Sin embargo, podemos observar que el tribunal confunde el deber moral frente al deber jurídico, este primero, como ya hemos visto, no es relevante para el derecho penal en la institución que se está analizando, ya que la ciudadanía en general no tiene la obligación jurídica de evitar los sucesos delictivos.

Por ello que, cuando se ha estudiado a los delitos de omisión y puntualmente los de comisión por omisión, se determina que uno de los elementos principales es la posición de garante del bien jurídico protegido, y que esta última puede derivarse de la ley o del contrato. Entonces, analizando lo que ha dio la Corte, la pregunta sería, ¿en qué ley o contrato se establece la obligación de la ciudadanía de impedir los delitos? Si así fuere, la ciudadanía entera estaría procesada o en las cárceles, y el derecho penal no sería de última ratio.

De manera que, estoy en total desacuerdo con el análisis que hizo el juzgador en el punto de la omisión, no solamente porque está en contra de todo lo que la doctrina ha establecido al pasar de los años, sino porque dicho análisis atentaría contra el principio de legalidad, el mismo que es fundamental en el derecho penal.

Sentencia C

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

A. ANALISIS CONCEPTUAL

I. IDENTIFICACION DE LA PROVIDENCIA

Expediente de Casación: 141

Fecha: 11 de junio del 2009;

Registro Oficial: Suplemento 215 de 29-nov-2011

Resuelve: Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal

Magistrado ponente: Dr. Hernán Ulloa Parada

Voto salvado: No

Procesados: Claudio Ermel Chicaiza Caiza, Eduardo Santiago Cruz Live, y Geovanny Xavier Álvarez Zambrano

Temas que aborda la sentencia:

El aspecto jurídico que se ha considerado como relevante en la sentencia, es la responsabilidad penal atribuida a los agentes de policía por no hacer lo que tenían obligación legal de realizarlo así también a los superiores a cargo, por no cumplir con lo establecido en la norma por su calidad y rango.

Normas citadas:

- **Constitución de la República:** Art. 76 núm. 3, 168, 169,
- **Código Penal:** Art. 4, 11,12, 13, 30, 32, 450
- **Código de Procedimiento Penal:** Art. 79, 84, 85, 86, 87, 88, 100, 119, 250, 252, 304, 349

II. HECHOS RELEVANTES

El presente caso gira en virtud de la responsabilidad penal atribuida a dos funcionarios policiales que en operaciones propias a sus funciones, se dispusieron a detener a dos menores de edad sin ningún motivo legal para hacerlo, y de un tercer funcionario al cual estaban subordinados los dos primeros; siendo lo más grave, el hecho de que no cumplieron con el procedimiento regular que les obligaba a colocarlos a las órdenes de la DINAPEN, o mejor, ponerlos en su inmediata y absoluta libertad en base a que no se encontraban infringiendo norma alguna. En su lugar, la conducta adoptada por dichos funcionarios fue liberarlos en una zona donde quedaron expuestos en consideración a lo despoblado y a su estado de embriaguez, motivo que condujo a que uno de los jóvenes se precipitara hacia un abismo donde perdiera la vida producto de las lesiones sufridas en la caída.

En base a ello, se llevó a cabo una investigación de carácter administrativa y sancionatoria en contra de dichos funcionarios, donde se determinó su responsabilidad en faltas cometidas de orden disciplinario, lo que consecuentemente fue determinante para que posteriormente se dictara sentencia condenatoria en la jurisdicción penal ordinaria.

III. ASPECTO JURIDICO CONSIDERADO

El análisis principal que se hace en esta sentencia de Casación, es la responsabilidad de cuidado que tienen los policías en su labor, y principalmente cuando tienen a su cargo el cuidado y la custodia de menores.

IV. PARTES

Las partes procesales en el caso en análisis son:

- **Agente Fiscal:** Dr. Juan Florencio Hernández Hurtado
- **Acusador Particular:** Ing. Jorge Madera Castillo, Director General del IESS
- **Procesados:** Claudio Ermel Chicaiza Caiza, Eduardo Santiago Cruz Live, y Geovanny Xavier Álvarez Zambrano

V. RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

En relación de los motivos expuestos por la Sala de Casación Penal, se encuentran los siguientes, como colorario de todas y cada una de las consideraciones que le llevaron a decidir al respecto, así tenemos que:

a) La casación de acuerdo con el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal vigente para la fecha, se contrae a examinar a groso modo si, en la sentencia definitiva se ha violado la ley. El Tribunal en Sentencia debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en cumplimiento de lo que dispone el Artículo 86 del Código Adjetivo Penal anterior, lo que no ha sucedido en el presente caso.

Así tenemos que, la motivación de la sentencia para ser correcta, debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe el Tribunal sobre su examen, respecto de la subsunción del hecho comprobado

en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. Por consiguiente, el Juez debe justificar y señalar las razones que lo llevan a tener por acreditados o no, e históricamente ciertos o falsos los hechos que constituyen los elementos materiales del delito; enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando la valoración que haga de ellas, es decir, la apreciación que lo conducen al supuesto de hecho investigado, a una conclusión afirmativa o negativa.

Para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, esto es, demostrarlos. Para que sea fundada en derecho, la sentencia debe explicar los hechos objeto de la adecuación típica, esto es, describirlos. Otra exigencia para que la motivación sea legítima es que debe basarse en prueba válidamente introducida en el juicio, esta es una consecuencia del principio de verdad real y el de inmediación que es su derivado, el cual supone la oralidad, publicidad y contradicción.

Por otra parte, debemos tener claro que si es controlable en casación el grado de convencimiento que expresa el Juez en su sentencia, toda vez que la misma debe basarse en la certeza, es decir, en la convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron de cierta manera, lo que evidentemente no sucede en el fallo de alzada. Si bien la estimación valorativa de las pruebas y las conclusiones fácticas de la sentencia son inatacables en casación, ésta si controla el proceso lógico seguido por el Juez en su razonamiento.

Es por ello que, el Tribunal de Casación, puede realizar bajo este aspecto, un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley, a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia, verificando si en su fundamentación se han observado las reglas de la lógica, del razonamiento y de la experiencia o conocimiento. La garantía de motivación consiste, que mientras por un lado se deja al Juez libertad de apreciación, queda en cambio obligado a correlacionar lógicamente los argumentos, evitando de esta forma la arbitrariedad;

b) En el presente caso, la Sentencia del Tribunal Penal desconoce el contenido de las autopsias realizadas por los médicos legistas de la Policía Nacional, que expresamente manifiestan que la muerte del menor Paúl Guañuna se debió a precipitación, sin que haya recibido traumatismos de ninguna clase, esto no obstante el Tribunal considera que los policías que capturaron al menor Guañuna, dentro del vehículo policial deben haberle golpeado con sus armas de dotación y encontrándose la víctima gravemente lesionada, decidieron arrojarla en la quebrada de Zámbriza, sin que existiera indicio alguno al respecto, pues en las referidas autopsias no aparece traumatismo que habría producido hematomas en el cráneo de la víctima, que no sean la destrucción del occipital y fractura con minuta del cráneo por golpes en la caída en la quebrada de Zámbriza, la que a la vez ocasionó el estallido del pulmón derecho del menor, consecuencias que no producen los golpes con cachá de arma de fuego que se provocan en el cráneo de la víctima;

c) La prueba de luminol no identifica que las manchas de sangre correspondan al menor Guañuna, simplemente son manchas sin determinar tiempo ni identidad, el Tribunal Penal no pudo presumir o declarar que pertenecían al menor Guañuna, para concluir que los policías le golpearon fuertemente con sus armas en el cráneo de la víctima, hasta dejarle moribundo y en tales condiciones arrojarle en, la quebrada de Zámbriza;

d) De igual manera la cuando en el expediente administrativo instaurado en la policía, concluye que los acusados Álvarez, Cruz y Chicaizá son responsables, pero refiriéndose a la responsabilidad profesional y disciplinaria como policías, ya por haber vertido tres declaraciones contradictorias, ya por haber abandonado el sector de servicio que fue el Inca a Zámbriza, para trasladarse a merendar en Cotocollao, ya también por haber mentido que el Tnte. Néstor Valencia, haya autorizado al grupo policial abandonar el sector de servicio, también haber procedido sin mesura al detener a menores sin causa justificable y no ponerles a órdenes de la DINAPEN, a más de golpear y rociar gas al menor Ávila, estos actos ilegales de los policías imputados determinaron al Crnl. Acosta para emitir criterio sobre que eran responsables de su

conducta profesional, no de la muerte del menor Guañuna, como aprecia el Tribunal Penal en la sentencia, con imperdonable equivocación.

No cabía que el juzgador, sin fundamentación alguna y peor sin motivación suficiente, haya llegado a la conclusión de que en la persona del menor Paúl Guañuna, se cometió un homicidio intencional, más aún si el informe de autopsia pregonaba lo contrario, al señalar que la muerte se debió a precipitación de altura, sin golpes o traumatismos producidos en vida antes de la caída al precipicio, y más aún tomar en cuenta un testimonio de un proceso extraño y de orden administrativo, que apenas emite un criterio personal y sobre otra clase de responsabilidad, para utilizarlo como fundamento de la condena por, asesinato.

El Tribunal faltó gravemente a las reglas de la sana crítica que exigen una apreciación imparcial, objetiva y lógica de la prueba actuada en una causa, sin inventivas fuera de la misma, con suposiciones apartadas de la realidad, demostrando inocultable afán de agravar el hecho e imponer una condena que no corresponde transgrediendo el Tribunal el texto de los artículos 83, sobre la legalidad de la prueba, y 88 del Código de Procedimiento Penal, sobre la calidad de los indicios que pueden fundamentar una condena, con violación también del Artículo 304, literal A del mismo cuerpo legal, que impone la certeza en cuanto a la justificación del delito y de la responsabilidad de los procesados, para emitir sentencia condenatoria, en los términos allí consignados.

1. DECISIÓN JUDICIAL:

Apreciada la prueba con ponderación, se encuentra que los policías Cruz y Chicaiza faltaron a sus deberes profesionales al detener a dos menores sin causa justificable, golpear al menor Ávila y rociarles gas en su rostro, abandonarlos en el camino a Zámbriza, donde se les informó que vivían, expuestos a peligros por el estado de ebriedad de los menores y por la zona en la que quedaron, lejos de tomar precauciones y brindarles más seguridad, debieron prever las circunstancias en que

dejaban a los menores aprehendidos, que existía la posibilidad de que sufrieran algún desenlace fatal, como en efecto ocurrió con el menor Guañuna, pero no previeron ni tomaron acción alguna al respecto, aparte de no haber informado de inmediato a la CEMAC.

Por su parte, el Subteniente Geovanny Álvarez Zambrano, si bien es cierto que no aprehendió a los menores Ávila y Guañuna, ya que no estuvo en el sitio del suceso, se le atribuye responsabilidad por el hecho de que se trasladó a visitar a la Subteniente Vanesa Gallardo en otro sector de la ciudad, dejando a la suerte de sus subordinados la realización de la vigilancia y la adopción de medidas policiales que las circunstancias exigieron, dejando de cumplir sus deberes impuestos por las leyes policiales y de la niñez y la adolescencia, lo que no le exonera de responsabilidad penal, al contrario, le asigna la misma por omisión a sus obligaciones, como lo dispone el artículo 12 del Código Penal anterior, convirtiéndole en autor por omisión de la infracción señalada, en igual forma que son autores por incumplimiento de deberes los nombrados policías Claudio Ermel Chicaiza Caiza y Santiago Cruz Live, por lo que la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, admite parcialmente los recursos de casación interpuestos por los recurrentes y enmendando el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha (Tribunal de Garantías Penales), de conformidad a lo previsto en el Artículo 455, inciso segundo del Código Penal, impone a los acusados Claudio Ermel Chicaiza Caiza, Eduardo Santiago Cruz Live y Geovanny Xavier Álvarez Zambrano, la pena de nueve años de Reclusión Menor, por encontrarse justificadas las circunstancias detalladas en el los ordinales 8° y 9° del Artículo 450 del Código Penal.

Análisis Crítico:

Es de suma importancia el aporte doctrinal que contiene esta sentencia, digna de reconocimiento, toda vez que en su motivación deja muy bien establecida la

responsabilidad penal derivada del incumplimiento de una o varias obligaciones que la Ley establece como mandato imperativo, obligaciones que dichos funcionarios policiales inobservaron dejando a la buena suerte la vida de estos adolescentes.

Puede criticarse que en su valoración el Juez tomo un dictamen administrativo para establecer responsabilidad penal; Sin embargo, me aparto de estas críticas por el hecho de que se evidencia de que además del referido dictamen, se logró establecer en Juicio su responsabilidad penal mediante la acreditación de los hechos por los cuales fueron acusados, siendo el punto neurálgico, como ya he afirmado, haber probado el incumplimiento de obligaciones inherentes a su profesión, sentencia que debe ser tomada como base para futuros casos, como el que planteare a continuación, toda vez que el probar el incumplimiento de una o varias obligaciones por parte de oficiales militares, y que por dicho incumplimiento se produzca la muerte de una persona equivaldría a ocasionarla de manera activa.

3. CAPÍTULO 3: ANÁLISIS DE LA MUERTE LA MINISTRA DE DEFENSA GUADALUPE LARRIVA, SU HIJA CLAUDIA AVÍLA, Y LOS CINCO PILOTOS EN LA COLISIÓN DE LOS HELICÓPTEROS EL DÍA 24 DE ENERO DEL 2007 DESDE EL ESTUDIO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN:

3.1: Hechos del Caso:

Se ha creído necesario en este punto realizar una delimitación en los hechos donde perdieran la vida la Señora Ministra de la Defensa, su hija y cinco militares activos, los cuales han representado la razón de ser del presente trabajo, dividiéndolos en tres partes. Señalando que la primera parte gira en torno a los acontecimientos previos a la colisión de los helicópteros pertenecientes al ejército, de donde se puede evidenciar el conocimiento por parte del alto mando militar de la participación de todas y cada una de las personas muertas en dicha colisión, a pesar de que su participación estuviese contraria a normas y procedimientos regulares en ese tipo de operaciones.

Posterior a ello, y como segunda parte, me dispondré a realizar pormenorizadamente el relato de los hechos objeto de investigación, enfocándolo al momento en sí de la fatal tragedia. Para finalizar en la tercera, analizando los preceptos jurídicos y diligencias de investigación realizadas posterior a los acontecimientos, de donde se fundamenta la responsabilidad penal por omisión del alto mando militar y demás oficiales presentes en el día del accidente, ello entre otras cosas por permitir que la Señora Ministra y su hija (dos civiles) participaran en una demostración con fuego real, siendo peor aún, el hecho que una de ellas participara sin tener vinculación alguna con la fuerza, como es el caso de la menor Claudia Ávila.

3.1.1. Días previos a accidente

Los hechos previos que motivaron esta investigación, se remontan a la planificación de actos destinados a la celebración del Aniversario de la Aviación del Ejército del Ecuador, motivo por el cual el Comandante de la Brigada No. 15 "Paquisha", René Vásquez, remitió al director de Operaciones de la Fuerza Terrestre y presidente del Sistema de Aviación del Ejército, General Hugo Guerrón, el proyecto de programa de los diferentes eventos a desarrollarse, en un principio, el día 17 de enero del 2007, postergándose y llevándose a cabo efectivamente el día 24 del mismo mes y año, entre las 5 de la tarde y 7 de la noche, dentro del cual se incluía una demostración del poder de combate y de fuego real, tanto diurno como nocturno, en el polígono de tiro de Montecristi.

Siendo en la mañana del lunes 22 de enero de 2007, cuando el Director de Operaciones de la Fuerza Terrestre, Hugo Guerrón, se reunió personalmente con el Comandante de la Brigada Aérea, René Vásquez, para tratar sobre los diferentes eventos del programa que fueron aprobados y autorizados.

Para tal fin, el Coronel Hugo Villacís, jefe de Estado Mayor de la Brigada, había elaborado el Instructivo No. 01-07, en el cual, se plasmaba la preparación y ejecución de la demostración de potencia de combate, señalándose que con dicha demostración, se realizaba la verificación práctica, en el terreno, de las capacidades de alistamiento, movilización y empleo de las diferentes armas y sistemas operativos, bajo condiciones de fuego real, en el campo de batalla, por parte de los oficiales a cargo de las unidades de la Aviación de la Fuerza Terrestre.

Según dicho instructivo, debían participar exclusivamente como miembros de la tripulación, militares pertenecientes al escuadrón del Grupo 43, comandado por el Teniente Coronel Gortaire Padovani, ello debido a lo peligroso y riesgoso que significaba dicho ejercicio por la utilización de diversas armas de uso bélico; ejercicios

y demostraciones que debían ser debidamente monitoreados por el Oficial de Seguridad Aérea y Terrestre (DESAT), Mayor Wilson Ovando Cevallos.

Por su parte, cabe mencionar que los helicópteros Gazella (utilizados en estos ejercicios militares) son naves livianas con capacidad para cinco personas, empleadas para realizar operaciones contra vehículos blindados o tanques, están equipadas con misiles y realizan operaciones diurnas y nocturnas para lo cual fueron adecuados con sistemas de navegación con infrarrojos para mejorar la visión nocturna.

En atención a sus características particulares, en las regulaciones de la Aviación del Ejército son consideradas naves de combate y no de transporte; No requiere de copiloto, pero debe incluirse como parte de la tripulación de vuelo, especialmente en cumplimiento de misiones de combate, descrito en la norma O.P.S. No. 18-80 vigente desde 1980. (Regulación de Operaciones de la Aviación del Ejército O.P.S. No. 18-80 del Departamento de Operaciones). Por esa razón no consta entre las naves de la Fuerza Terrestre que pueden ser utilizadas para el transporte del Presidente, Vicepresidente de la República y otras autoridades (Directiva No. R-001-AW-b1 de la Dirección de Operaciones de la FAE, 041200-julio 2005, HAL-003).

En otro particular, el Teniente Coronel Gortaire, Comandante del GAE-43 y responsable de la ejecución de estos ejercicios, sugirió modificar el plan inicial y su cronograma en lo referente a la utilización de helicópteros en la movilización de autoridades a la zona del ejercicio, demostrando la falta de seguridad de dicha movilización, por la existencia de obstáculos cercanos en el observatorio del polígono de Montecristi, motivo por el cual, se optó por prever la movilización de las autoridades militares y civiles por vía terrestre.

De la participación o no de la Ministra, no solo de espectadora de las maniobras sino formando parte de la tripulación en los ejercicios, fue materia de conversación y controversia previa al día de la tragedia, entre los oficiales que iban a estar involucrados directamente en los disparos de fuego real diurno y nocturno.

El Sargento Marcelo Moposita, declaró en su momento que el día anterior al ejercicio en el polígono de tiro, en oposición al posible vuelo de la Ministra, comentaban sobre "lo riesgoso y peligroso que podía resultar subir a los helicópteros a personas ajenas a dicha actividad sin haber realizado una planificación previa". (Informe del Sgto, Marcelo López Moposita Aguay sobre el ejercicio de tiro del 16 de febrero de 2007, hoja 1278, anexo H, apéndice 41 del Informe de la JEIIA.)

El propio Mayor Javier Piñeiros, segundo jefe del GAE-43, hace referencia a conversaciones con el comandante de su Unidad, manifestando que durante el transcurso de la semana, se estimaría la posibilidad de que la señora Ministra, como parte de las autoridades presentes, se incluiría en el sobrevuelo, llegándose a la conclusión de que no es prudente hacerlo, por el riesgo implícito del tipo de vuelo NVG.

A este Mayor el día anterior al ejercicio, el Teniente Coronel Gortaire le manifestó su inconformidad ante la intención de incluir en uno de los vuelos a la señora Ministra. En esa misma conversación coincidieron en que no era nada procedente llevar pasajeros en ese tipo de vuelos, y, el propio día de la tragedia, luego de que se contratara la transportación terrestre para las autoridades, el Comandante del GAE-43 expuso, delante del conductor Marcelo Moposita, su preocupación ante la posibilidad de que se requiera realizar el vuelo con la señora Ministra.

Pero a pesar de ello, el Teniente Coronel Gortaire recibió, en su oficina, en la mañana del 24 de enero (el mismo día de realización y ejecución de la operación) un fax suscrito por los Coroneles Vázquez, Villacís y Arcos, en el que constaba el cronograma definitivo del plan de operación del ejercicio militar de la tarde y en el que se disponía, cambiando la programación inicial, la utilización de tres helicópteros de combate para que participaran las autoridades invitadas en un sobrevuelo y en la fase de fuego nocturno, lo que indicaba, una vez más la predeterminación y aun planificación del mando, sin acoger las prudentes sugerencias del Comandante del GAE-43, de no hacer participar, en contra de toda norma reglamentaria y de elemental

prudencia, a la Ministra de Defensa, a quien se le insistió no solo para que modifique su agenda y concurra a los eventos programados sino, más tarde, para que participe directamente en la parte culminante de la demostración, que era el disparo de fuego con visores nocturnos.

El documento que prueba que la inclusión en el ejercicio militar nocturno de las autoridades y de la Ministra estaba previsto, lo encontró, según expresamente lo declara, el Mayor Javier Piñeiros, el 25 de enero y lo remitió al Comando Conjunto. Una copia de aquél lo agregó a su declaración del 15 de febrero y consta en los anexos “H” y “O” del Informe de la Junta Especial Internacional de Investigación de Accidente Aéreo y rebate con su contenido a quienes se empeña en decir lo contrario.

3.1.2. Hechos sucedidos el 24 de enero de 2007

Una vez dispuestas todas las directrices y ordenes tendientes a la ejecución de los actos conmemorativos, el Coronel René Vázquez Briones y sus principales personeros, desde aproximadamente las cuatro horas de la tarde (16h00) se dispusieron a recibir a las respectivas autoridades del alto mando militar, del mismo modo como autoridad civil a la Doctora Guadalupe Larriva González, Ministra de Defensa Nacional acompañada de su hija la adolescente Claudia Ávila, dando la bienvenida oficial a las autoridades y expresando, antes de salir, su agradecimiento por asistir a la demostración de poder de fuego de helicópteros de ataque, entregando una chompa de vuelo a la Ministra y obsequiando a los presentes un jockey con las insignias de la Brigada.

El Comandante del GAE 43, Teniente Coronel Gortaire, en el polígono de tiro, luego de la bienvenida de rigor, hizo una reseña del desarrollo de la demostración de poder de combate tanto en su fase diurna como nocturna. Los 12 pilotos de los seis helicópteros entrenaron tres días consecutivos, incluido el miércoles, y estuvieron en actividad desde las primeras horas de la mañana.

La Señora Ministra y las autoridades presenciaron desde la tribuna del polígono de Montecristi la primera fase del ejercicio diurno de los helicópteros del ejército, cuando disparaban sus misiles y rockets contra un blanco pintado en el suelo. La fase diurna del ejercicio concluyó con el desfile de las seis aeronaves participantes, alrededor de las 18 horas cuarenta minutos, según el informe del Coronel Vázquez, Jefe de la Brigada de Aviación del Ejército (Informe del coronel René Vasquez al comadane general de las Fuerzas Terrestres sobre el accidente de los Helicopteros E-343 y E-360, el 29 de enero de 2007.) O a las 18h32 según el Mayor Javier Piñeiros, como consta en su detalle de las actividades ese día, incluido en el informe de la JEIIAA. (Hoja 1216 del anexo H, informe de la JEIIAA)

Minutos antes, según El Comercio, "los soldados invitaron a su representante política a que viajara con ellos en una de sus aeronaves". Comenzaba, entonces, la segunda fase del ejercicio de fuego real, el disparo nocturno de misiles. En esta fase, la Ministra y su hija, ya no participarían como espectadoras, como lo hacían todas las demás autoridades militares, sino que, según la invitación, iban a formar parte de la tripulación de los dos helicópteros seleccionados, el E-343 y el E-360, para el ejercicio más peligroso de la jornada: los disparos en la noche con visores nocturnos.

La invitación militar en el polígono de tiro de Montecristi a la Ministra fue para que ella participara en el ejercicio mismo, en su parte más riesgosa. Y justamente, así lo registra la grabación en video efectuada por el Sargento/ Luis Bravo que pretendió ser marginada, por el General Leonardo Barreiro, con la anuencia de los Ministros Escudero Ejército E-343 y E 360, y que consta por exigencia directa de Rodrigo Ávila y Trosky Serrano, quienes actuaron como vedores de la investigación. (Informe de la JEIIAA, anexo H, apéndice 5 dvd video de Sgto. Bravo)

En dicha grabación se puede evidenciar que la Ministra al recibir la invitación no fue debidamente informada del peligro que entraña participar personalmente y con su hija en el disparo nocturno desde los helicópteros de combate portadores de cohetes y misiles.

El Sargento Bravo, por su parte, relata que en el transcurso de los disparos nocturnos, la Ministra conversa con el Jefe del Comando Conjunto; registra imágenes de explicaciones que le dan sobre el uso de visores nocturnos y luego del desfile de las naves se graba su conversación con el coronel Vázquez en la que con claridad le hace dos preguntas: ¿para dónde nos vamos? y ¿nos vamos en helicóptero?". (Informe de Sgto. Luis Bravo a la JEIIAA, hojas 118 a 1121, anexo H.)

Es evidente, del contexto de la situación y de la grabación del video, que tampoco la Ministra es advertida del peligro por nadie y que esa participación, en la peligrosa maniobra, fue respaldada por las autoridades militares que estaban allí, ya que asuntos de menor trascendencia, como se conoce, siempre son consultados a la más alta autoridad presente, el jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Teniente General de Aviación Héctor Camacho Pauta. El propio Coronel Vázquez, dice en su primer informe del 29 de enero, que cuando la Ministra pidió que su hija participara en el vuelo al que fue invitada, su "petición fue aceptada sin objeción por los presentes", lo cual implica una directa participación, en la decisión de involucrar personalmente en el ejercicio militar a las dos civiles, de las altas autoridades militares de las Fuerzas Armadas que estuvieron con ella en el observatorio de Montecristi.

Por ello, surgen sobre el abordaje de la Ministra y de su hija a las naves siniestradas las siguientes versiones contradictorias: El General Héctor Camacho, Jefe del Comando Conjunto de las FF.AA., en la ciudad de Cuenca en el Teatro Universitario, luego de uno de los homenajes póstumos que se rindió a la Ministra el jueves 25 de enero y entrevistado por Lenin Artieda de Ecuavisa, declara que luego del tiro diurno "invitaron" a la Ministra a participar en la demostración militar. La

revista Vistazo recoge esta versión inicial cuando afirma "terminados los vuelos diurnos, el Comandante de la unidad invitó a la Ministra a abordar uno de los helicópteros artillados que participaban en las maniobras". (Revista Vistazo, edición de 1 de febrero de 2007,p. 14)

En el informe de la Junta Especial Internacional de Investigación de Accidente Aéreo constan un hecho incalificable que evidencian la falta de seriedad del Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, Héctor Camacho, quien pretende engañar a los investigadores y tergiversar la verdad de los acontecimientos. Constan, en el informe de la JEIIAA dos oficios, páginas 3 y 5 del anexo "O", con el mismo número 07-043 y la misma fecha 1 de febrero de 2007, firmados por esa autoridad y dirigidos al General Leonardo Barreiro, con un informe de actividades, en los que se modifica únicamente el siguiente texto: "El Comandante de la Aviación del Ejército consulta a la Ministra para volar en el helicóptero. La Ministra aborda el helicóptero Gazzela E-343", por "El Comandante de la Aviación del Ejército acepta el pedido de la Ministra y le invita a abordar el helicóptero Gazzela E-343".

Según lo relataron miembros de la JEIIAA a los observadores de investigación Rodrigo Ávila y Trosky Serrano, Barreiro a petición Camacho -luego éste dijo que el cambio en el documento se prolijo por sugerencia del primero-, pretendió sustituir los documentos: contienen la misma fecha e igual número de oficio, pero que ellos opusieron a ello y exigieron que los dos documentos consten en la investigación, como así finalmente ocurrió.

Pero, además, en los dos documentos antes indicados, que tienen igual fecha y número de oficio, consigna el General Héctor Camacho, máximo Jefe de las FFAA, malintencionadamente, una información falsa. En ellos indica, como parte de su informe y actividades de ese día: "a las 18h40": "Finalización de la demostración". Con esta tergiversación pretende aparentar que los despegues de los helicópteros que llevaban a la Ministra y a su hija a las 18h45 y 18h50, se realizaron luego del ejercicio militar, cuando en realidad la Ministra y su hija se embarcaron en las horas indicadas

para participar directa y personalmente en la segunda parte de la demostración de fuego.

El ejercicio en su totalidad terminó alrededor de las 20h15, precisamente justo cuando, luego del parte correspondiente del Coronel Vázquez, que informó la terminación del ejercicio total, el Jefe del Comando Conjunto registra: "retorno por vía terrestre hacia la base de Manta", sin aclarar o precisar, como era su obligación, que recién entonces terminaba, en verdad, el ejercicio de guerra en forma global.

Retomando la secuencia de los acontecimientos, el Coronel René Vázquez, Jefe de la Brigada de Aviación del Ejército, dispuso a las 18h34, que los dos helicópteros previstos para la operación nocturna de disparo de fuego real, con visores láser, aterrizaran en el observatorio del polígono de tiro con un intervalo de cinco minutos cada uno, con la finalidad de que se embarcaran en ellos la Ministra, 18h39, y su hija a las 18h45. En un tiempo tan corto esas misiones no se habrían realizado si no estaban previstas y alertadas anteriormente las respectivas tripulaciones. En el helicóptero E-343 que estaba tripulado por el capitán Richard Jurado y el capitán Byron Zurita abordó la Ministra de Defensa y en el helicóptero E-360 piloteado por el capitán Hugo Acosta y el teniente Luis Herrera se embarcaron el coronel Marco Gortaire y Claudia Ávila, hija de la Ministra, con destino a la base del GAE-43 Portoviejo.

La familia del Coronel Gortaire manifiesta que el oficial se resistía a su participación y de la Ministra en la operación nocturna, pero que el Jefe de la Brigada, Vázquez, se la impuso indicándole que debía recibir a la funcionaría en la base del GAE-43, acompañarla en el rearmunicionamiento y en el vuelo nocturno. Expresan que existen testigos que afirman que le dijo, luego de que se embarcó la Ministra: "sube Gortaire que es una orden".

El Capitán Calderón, de inteligencia militar y oficial de seguridad de la Ministra, dice en su informe que no estaba prevista la participación de la funcionaría en el ejercicio militar y que cuando le preguntó al respecto al edecán le dijo que

realizaría un vuelo corto y que regresaría al mismo lugar. Posteriormente, luego de que también partió en otro helicóptero la hija de la Ministra, el edecán le informó que debían ir a la base de Manta ya que la doctora Larriva llegaría directamente allá. (Informe del capitán Juan F. Calderón a la JEIIA el 01 de febrero de 2007, hoja 78) De igual manera la capitán Vásquez manifiesta que ella no pudo escuchar las conversaciones de la Ministra con las autoridades militares, que se limitó a pedirle el celular, a pasarle posteriormente la cartera y que luego el edecán le informó que debían ir a Manta para esperar el arribo de la Ministra. (Informe de la capitán Lorena Vásquez a la JEIIAA el 01 de febrero de 2007, hoja 81)

Otro asunto que evidencia la irresponsabilidad y el incumplimiento elemental de las normas de seguridad de vuelo y la falta de acción del oficial de seguridad, Mayor Wilson Ovando, quien al igual que el coronel Hugo Villacís, curiosamente también formó parte de la JEIIAA, y obviamente no se le asignó luego responsabilidad alguna, es la carencia de la imprescindible evaluación biopsíquica de los nuevos pasajeros que "intempestivamente" se incorporaron a los dos helicópteros como invitados a participar en una operación militar riesgosa.

La transportación de pasajeros en helicópteros y no se diga de autoridades, altos oficiales y la Ministra de Defensa o el Presidente, solo es permitido en aquéllos que tienen dos motores más no en los de uno, como los Gazzela, que como hemos indicado son naves de combate o para operaciones riesgosas y peligrosas. Para abordar esos helicópteros se requería, además de cambiar las normas de seguridad en el transporte de autoridades, (Oficio No. 070012-15.BAE—CMDO-1, del 29 de enero de 2007, con informe y anexos del coronel René Vásquez Briones.) de un elemental entrenamiento, y ni la Ministra y peor su hija tenían la experiencia básica para soportar vuelos que realizan todo tipo de movimientos para realizar disparos de fuego real, en los que existe la posibilidad del rebote de munición o la retención de proyectiles, misiles o cohetes disparados, como ocurrió en este caso.

Guadalupe Larriva, llegó al Centro de Operaciones Aéreas (COA) del Grupo No. 43 en Portoviejo con su hija y el Coronel Marco Gortaire, alrededor de las 18h50 minutos y fueron recibidos, como dice el informe de la JEIIAA, "por los cabos Fausto Morales y Jorge García quienes procedieron a inspeccionar las naves y cargarlas con combustible, de acuerdo a las instrucciones de los copilotos".

Los pilotos, Capitanes Acosta y Jurado, siguiendo órdenes superiores, hicieron una explicación sobre el funcionamiento de los visores nocturnos y le informaron a la Ministra, que luego de los disparos nocturnos, en el mismo vuelo se dirigirían a Manta, para que pudiera regresar a Quito, modificando el plan de vuelo y la programación inicial que se tenía previsto para los helicópteros luego de las maniobras militares, esto es, retornar al Centro de Operaciones Aéreas de Portoviejo. Las autoridades, según la misma planificación inicial, debían retomar desde el Polígono de Tiro de Montecristi, desde dónde especiarían los disparos diurnos y nocturnos, a Manta en otro: helicópteros, estos sí de transporte (PUMA) o por vía terrestre como efectivamente lo hicieron los integrantes del alto mando militar y así lo había sugerido el teniente coronel Gortaire, a quien el coronel Vázquez ordenó acompañar a la Ministra en el vuelo fatal.

A las 19h35, la Ministra y sus acompañantes se alistaron para el despegue desde Portoviejo. Los tenientes Reinoso y Méndez dicen que allí la Ministra solicitó al Jefe del GAE-43 que le permitiera viajar en la misma nave con su hija para "compartir la misma experiencia". Las versiones sobre que la Ministra pidió estar junto a su hija era el vuelo de disparos nocturnos, es malintencionadamente mezclada con la invitación a participar en dicho evento riesgoso y peligroso. Debe precisarse, que la invitación a participar en la segunda parte del ejercicio de tiro se dio, en las circunstancias indicadas, en el observatorio del polígono de Montecristi alrededor de las 18h30 y que la petición de ir juntas con su hija, en el mismo helicóptero, que se la pretende hacer aparecer como una nueva orden, se efectuó, posteriormente, en Portoviejo a las 19h30, una hora después, ya en el trayecto del ejercicio militar nocturno, cuando los helicópteros se encontraban aprovisionándose de combustible y

las pasajeras se embarcaban, para ir al rearmamentamiento de las naves; realizar, de inmediato, los disparos nocturnos y luego, en el mismo vuelo, dirigirse a Manta.

El vuelo y disparo nocturno de los dos helicópteros E-343 y E-360, se encontraba inicial y aparentemente programado y planificado sin la presencia de la Ministra, su hija y el comandante del GAE-43. Jamás un ejercicio de esa naturaleza, según las normas militares y aun peor de la aviación civil nacional o internacional, podía contemplar que dé el participaran, ni siquiera su jefe inmediato que dirige las operaciones desde tierra, ni otras autoridades militares y mucho menos la ministra, máxima autoridad administrativas de las Fuerzas Armadas y peor su hija que, además, no habían tenido la más mínima experiencia anterior en vuelos de ese tipo de naves.

En el vuelo nocturno para disparos de fuego real, las naves debían también batir el blanco, realizar un circuito derecho para un nuevo ingreso al polígono, batir nuevos blancos y efectuar un nuevo circuito derecho para verificar retención o existencia de cohetes en los retenedores, para luego regresar a la base de Portoviejo. (Programa de Radio Visión, “Buenos días” de Diego Oquendo, del 06 de febrero de 2007)

Sin embargo, a las 19h40 despegó el helicóptero E-343 en el que iba el coronel Marco Gortaire y luego el helicóptero E-360 que partió, posteriormente, llevando a la Ministra y a su hija Claudia. Los helicópteros, previo a los disparos nocturnos, aterrizaron de inmediato en el PARR (puesto de artillamiento y rearmamentamiento) en los sitios que eran visibles en la noche por las luces químicas que previamente se colocó, (El Comercio de Quito, viernes 02 de febrero de 2007, cuaderno 1, p.8) con la finalidad de que sus bandejas de tiro, que habían sido vaciadas en el disparo diurno anterior, fueran nuevamente cargadas para el ejercicio que realizarían en los minutos siguientes. Allí fueron recibidos para el efecto por el capitán Quiñónez.

En el puesto de artillamiento y rearmamentamiento (PARR) los helicópteros E-343 y E-360 cargaron en sus retenedores, alrededor de las 19h45, 10 cohetes o

rockets de 70 mm, cada uno, para los disparos nocturnos, bajo la supervisión del oficial antes indicado, y debían volar con una separación entre aeronaves de no menos de un minuto, mantener contacto radial con el Mayor Piñeiros, segundo comandante del GAE-43, quien controlaba desde la tribuna la ejecución del ejercicio y luego de los disparos -y de chequear que no existían retenciones-, debían volver a la base según el plan original. Sin embargo, en este caso, luego de los disparos, con la Ministra y su hija en una de las naves se dirigieron a Manta para que pudieran retomar a Quito.

Efectivamente, desde las 20h09 realizaron los disparos; no constataron que en el helicóptero E-360 había quedado retenido un cohete y en lugar de solucionar este riesgoso problema que tiene su propio protocolo de seguridad, siguieron en formación como si continuara el ejercicio militar y se dirigieron a la Base de Manta, para lo cual, sin remitir de manera oportuna el plan de vuelo, se pusieron, nuevamente, en contacto con la torre de control del aeropuerto, a las 20h13, luego de advertir del particular al mayor Javier Piñeiros. El controlador aéreo en ese momento monitoreaba el vuelo rutinario de Ícaro con destino a Quito. Formalmente se declaró concluido el ejercicio nocturno en el observatorio del polígono de tiro a las 20h15

Evaluando el cumplimiento del ejercicio, el jefe de Operaciones GAE-43, mayor Nicolás Ricaurte, el 27 de enero, manifiesta que se realizó la demostración de tiro de acuerdo a lo planificado con la excepción de haber incorporado a la Sra. Ministra, su hija y el Sr. Tcrnl. Gortaire que participaron en el vuelo nocturno". (Relato del mayor Nicolas Ricaurte Arce, pp. 1159-1161 del Informe de la JEIIAA) Agrega: "la maniobra consistió en despegar desde el PARR hasta el polígono en que cada aeronave realizó dos pasadas con lanzamiento de rockets y una tercera pasada en seco para verificar que no portaban más rockets en los contenedores".

También el mayor Javier Piñeiros, en su ampliación de la información sobre las actividades y eventos del miércoles 24 de enero, categóricamente dice, luego de

una detallada cronología de aquellos: “no se cumplió con la planificación”. Esto es, dos oficiales del GAE-43 dejaron, expresamente, consignado que, además de las violaciones de seguridad, se incumplió flagrantemente la planificación militar, que es estricta y obligatoria para un ejercicio de alto riesgo como el que se realizó ese día y noche y en el que se involucró culposa o dolosamente a la Ministra de Defensa y su hija.

En la torre de control de Manta se encontraba esa noche de turno Alex Segovia Núñez, como controlador aéreo en el quinto piso, y Mauricio Imbaquingo Erazo como controlador de aproximación, en el cuarto piso. Curiosamente no se encontraban los controladores norteamericanos que permanentemente los acompañan por turnos en esas funciones. Ellos traspasan información por medio de un intercomunicador. No conocían, previamente, que esa noche se realizarían operaciones militares en Montecristi ni que los helicópteros luego del ejercicio de tiro se dirigirían directamente al aeropuerto de Manta. "Normalmente, dice el primero, no recibimos planes de vuelo acerca de las operaciones de la Unidad de Ejército en Portoviejo y el día del accidente el controlador de aproximación nunca mencionó acerca de que había helicópteros con plan de vuelo hacia Manta". (Entrevista realizada a Alex Segovia, apéndice 25, anexo H, Informe JEIIAA, pp. 1119-1205) Sin embargo, esa noche, antes de los disparos nocturnos, cuando se dirigían al PARR, la tripulación de los helicópteros, según el controlador, a las 19h36, se comunicaron con la torre de Manta e informaron "que habían despegado de Portoviejo hacia el sector de Montecristi en una operación nocturna, que tenían visores nocturnos y que mantenían 1000 pies sobre el terreno". (Transcripción de frecuencia 118,7 de la torre del aeropuerto de Manta, hoja 522, anexo E. apéndice 1, informe JEIIAA)

Después de 37 minutos, a las 20h13, la escuadrilla del Ejército y más concretamente el capitán Celso Acosta, cuya nave iba a la retaguardia, se comunicó nuevamente con la torre de control, informando que abandonaban el sector de Montecristi, que no retornaban a Portoviejo e iban hacia la base militar de Manta por

lo que solicitaban instrucciones, indicando que se encontraban a 13,1 km del aeropuerto, aproximadamente a 4 minutos. "El traslado se realizó en condiciones nocturnas visuales con el empleo de visión NVG, sobre áreas urbanas para aterrizar en el aeropuerto señalado anteriormente", precisa el informe final de la Junta Especial Internacional de Investigación del Accidente Aéreo. (Informe de la JEIIAA sobre el accidente aéreo grave de los helicópteros del Ejército E-343 y E-360. P. M23)

En el informe del investigador aéreo de la JEIIAA consta un hecho sorprendente, que evidencia la irresponsabilidad de quienes autorizaron por acción u omisión, el viaje, en el mismo trayecto, de la Ministra y su hija no solo al ejercicio de tiro nocturno de los helicópteros vino a Manta: "la tripulación de los helicópteros volaba al Aeropuerto internacional Eloy Alfaro, por primera vez en condiciones visuales nocturnas con NVG", (Informe del Investigador Aéreo de la JEIIAA, anexo A, hojas 35-66) lo que implicaba un alto riesgo de siniestro por la luminosidad del ambiente que distorsiona la visibilidad.

Esta última decisión de arribar a Manta sorprendió al funcionario que se encontraba monitoreando el despegue del avión, de Ícaro y no les informo como era su obligación, de manera completa las condiciones de tráfico del campo. El avión comercial estaba encendiendo en la plataforma civil sus motores y luego rodando hacia la cabecera de la pista. En todo caso, el controlador, en nuevo contacto con los helicópteros, les preguntó sobre sus requerimientos y "la plataforma de parqueo". El piloto que mantenía la comunicación, ratificó que se dirigían "donde está el avión del Ejército 503 con la señora Ministra". La torre preguntó: "entiendo la señora Ministra a bordo de la escuadrilla del Ejército", lo cual fue de inmediato confirmado y luego de un nuevo requerimiento del piloto, el controlador puso en conocimiento, a las 20h15, de la decisión de los helicópteros, a la base militar y al avión del Ejército AEE-503 e informó que se dirigían con la funcionaría a su plataforma de parqueo.

El controlador pidió que los pilotos confirmaran la presencia de la Ministra a bordo y una vez que ello ocurrió, coordinó el recibimiento del alta funcionaría en la

plataforma, les autorizó el circuito normal para la pista 23 y luego para taxiway y les instruyó para que notifiquen cuando se encuentren ingresando a tramo con el viento para el aterrizaje.

El controlador se comunicó nuevamente con Ícaro que iniciaba su carrera de despegue y con los helicópteros a las 20h18, que le confirmaron que tenían el "tráfico o a la vista y.." y se cortó la comunicación con la escuadrilla del Ejército. El controlador de la torre no tuvo conciencia inicial de la interrupción de la comunicación con las naves del Ejército y siguió dando instrucciones a Ícaro. (Transcripciones de frecuencia 118,7 de la torre del aeropuerto Manta, hoja 523, anexo E, apéndice 1 informe JEIIAA) Las primeras alertas a la torre, provinieron de testigos presenciales de los hechos.

A las 20h21 los helicópteros ya no contestaron los requerimientos de la Torre de Control; se había producido en esos minutos la tragedia. La Junta Especial Internacional de Investigación del Accidente Aéreo, que se conformó en los días siguientes, consideró a esta deficiencia como factor contribuyente del siniestro, pues evidentemente el controlador aéreo tenía una sobrecarga de trabajo, a lo que se añade la falta de plan de vuelo de los helicópteros, imprecisiones temporales y omisiones en los datos que se proporcionaron a Ícaro y a los helicópteros por parte de la torre.

Preocupado el controlador aéreo Segovia en el despegue de la aeronave de Ícaro y visualizada la pista, no divisó tampoco, desde las torres de control el impacto entre los dos helicópteros que se encontraban en las inmediaciones del otro lado del aeropuerto. Por eso cuando ya despegó Ícaro, recibió vía Motorola las llamadas de un elemento militar, ubicado en los tanques de combustibles y de oficiales militares que estaban en la plataforma de la base militar y en otras instalaciones del aeropuerto informando del impacto de los helicópteros.

A las 20h20 el controlador activó la alarma en caso de accidente aéreo informando a todos los móviles involucrados para dicha emergencia (servicio de rescate ambulancia, base aérea, jefatura del aeropuerto, servicio de tránsito aéreo y supervisión de tránsito aéreo). Debido a que se trataba de un accidente fuera de los perímetros del aeropuerto, el Controlador procedió también a llamar a la Policía Nacional, Bomberos y Ambulancia de la ciudad como lo indica textualmente en su informe de 25 de enero de 2007.

Informe del Factor Humano

Posterior al accidente, fue elaborado un informe el cual gira en torno a determinar la causa o causas más probables que ocasionaron el accidente, sorteándose tres hipótesis. En la primera de ellas, se plantea la posibilidad de que durante el trayecto del Polígono de Montecristi al aeropuerto internacional “Eloy Alfaro” de Manta, las dos aeronaves colisionan en el aire por falla mecánica. En la segunda, que durante el trayecto del Polígono de Montecristi al aeropuerto internacional “Eloy Alfaro” de Manta, las dos aeronaves sufren un atentado o sabotaje. Y por último, la tercera, que durante el trayecto del Polígono de Montecristi al Aeropuerto Internacional “Eloy Alfaro” de Manta, las dos aeronaves colisionan en el aire por falla humana (Factor Humano)

Sin encontrar fundamento en la primera y la segunda hipótesis se analizó, en dicho informe y con mayor profundidad, la tercera hipótesis basándose en el momento en que se produce la colisión de las aeronaves, debido a que es un hecho objetivo y comprobado. Los momentos previos al accidente, se ajustan a los eventos más probables.

Esto implica que, si se realizan suposiciones sobre suposiciones, el error se acumula y se pierde el sustento científico del análisis.

De modo que, según la hipótesis sometida a análisis se evaluaron circunstancias específicas, tales como: que la separación entre una y otra aeronave debía ser mayor a un minuto de distancia; deduciéndose además que, no hubo coordinaciones efectivas de monitoreo entre los dos helicópteros, no manteniendo un control de la posición entre ellos; también se evaluó el hecho de que esta habilidad no estaba entrenada, por lo que su aplicación está supeditada al criterio, experiencia y conocimientos de cada Piloto; y quizás la más importante según el referido informe, la “Pérdida de Conciencia Situacional”, conociendo esta como la apreciación continua por parte del piloto de los aspectos del vuelo en torno a la misión que realiza; destacando que, las tripulaciones no han recibido entrenamiento para: mantener ni conocer las causas de pérdida y métodos de recuperación de dicha conciencia situacional.

Conclusión del informe de factor humano:

De los resultados a los cuales arribaron las diligencias efectuadas por el grupo de personas que conformaron la Junta encargada de la elaboración de este informe, se puede evidenciar que hay dos elementos definatorios para que se haya producido el accidente, por una parte la falta de comunicación eficaz entre la torre de control y los pilotos y por otro lado una desorientación Espacial al usar NVG, lo que se puede concluir que al autorizar que se cambie el plan de vuelo, para llevar de vuelta a la señora Ministra y a su hija y que los pilotos no se encuentren familiarizados con la ruta utilizando NVG, superan el margen de peligro permitido, poniendo en peligro la vida de la tripulación.

Responsabilidades subrogables a los miembros de la Brigada Aérea del Ejército N° 15-BAE “PAQUISHA”

Antes de fijar mi posición con respecto a las responsabilidades de todos y cada uno de los funcionarios militares que tuvieron participación directa e indirecta en la operación ejecutada el 24 de enero de 2007, quiero destacar que, la realizo desde un punto de vista académico, legal y doctrinal; sin que exista en las líneas que a

continuación me dispondré a transcribir algún tipo de ánimo dañino o contrario a los criterios profesionales que privan en un trabajo de disertación como el que he venido desarrollando y, a pesar de que en la “Sección IV CONCLUSIONES” del Informe de la JEIAA, no se establecen responsabilidades de ninguna naturaleza, por lo que considero que el Asesor Jurídico no dio pleno cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 90, numeral 3º del Reglamento de Seguridad Aérea y Terrestre FAE, en el que textualmente establece que el Asesor Jurídico: “Asesorara y establecerá responsabilidades penal, civil, administrativa y disciplinaria de los funcionarios o empleados públicos que por acción u omisión de las leyes, disposiciones o reglamentos incidieron en el accidente”; pues ante la evidente inexistencia de ello, me dispondré a establecer la presunta responsabilidad penal por omisión, en la cual incurren cada uno de los participantes en la operación militar; detallándolos de la siguiente manera:

DE LOS MIEMBROS DE LA BRIGADA AEREA DEL EJERCITO N° 15-BAE “PAQUISHA”

1. DEL COMANDANTE

Sobre la base de las informaciones disponibles, es decir, las plasmadas en todas y cada una de las actas que conforman la investigación referente a los Informes sobre el Accidente aéreo ocurrido el 24 de enero del año 2007, como así también a las normas y disposiciones legales consultadas, se puede llegar a la conclusión siguiente:

Se presume como responsable de los hechos sucedidos en la referida fecha, al entonces Comandante de la 15-BAE, señor CRNL. RENE PATRICIO VASQUEZ BRIONES, quien habría incurrido en acciones u omisiones atribuibles a: negligencia, imprudencia o inobservancia de leyes, reglamentos y normas de procedimiento y seguridad que ponen en peligro el cumplimiento de una misión o la integridad de las personas o los bienes, previstas como faltas en el Reglamento de Disciplina Militar en vigencia.

Ello en virtud, de que en el Instructivo N° 01-07 del 03 de enero del 2007, emitido por el Comando de la Brigada de la Aviación del Ejército N° 15 “PAQUISHA” se dispone al GAE-43 “Portoviejo” la ejecución del ejercicio demostrativo de poder de combate, el transporte de las autoridades militares e invitados desde la plataforma del aeropuerto de Manta hasta el observatorio del polígono de Montecristi; y, sobrevuelo del aérea del ejercicio una vez finalizada la demostración, con el señor Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas el señor Comandante General de la Fuerza Terrestre, en un helicóptero mediano (Súper Puma).

Luego se modifica de manera repentina dicho Instructivo, el 24 de enero del mismo año, ordenándose una nueva cronología, disponiéndose que el transporte de las autoridades desde la plataforma del aeropuerto de Manta hasta el polígono de Montecristi se realice vía terrestre; indicándose que el sobrevuelo en el aérea del ejercicio se ejecutaría en tres helicópteros Gazelle NVG una vez finalizada la demostración diurna, advirtiéndose que la participación de las autoridades militares era únicamente en el sobrevuelo programado, mas no en el ejercicio de la demostración de tiro nocturno.

En el documento denominado Manejo de Riesgos, elaborado para esta actividad, no se prevé la participación de personal ajeno a las tripulaciones de las aeronaves en la demostración de tiro.

En la Orden de Operaciones “Explosión” derivada del Instructivo 01-07 y elaborada por el señor Capitán Miguel Quezada, tampoco se consideró la participación activa de autoridades militares y personas civiles embarcadas en los helicópteros empleados en la demostración planificada ni en el vuelo posterior hacia Manta.

La Orden de Vuelo fue elaborada el día anterior, es decir, el 23 de enero del 2007, donde se designan las tripulaciones que volarían en el evento nocturno y sus respectivas aeronaves; señalándose de manera clara y precisa que la ruta a volar era

Portoviejo – Montecristi, Montecristi – Portoviejo; por lo que no existe constancia en el documento sobre el vuelo con destino a Manta.

El entonces Comandante de la 15-BAE “PAQUISHA”, no legalizo con su firma el documento matriz que inicio el proceso de planificación y preparación del GAE-43 para la demostración de poder de combate ese día; como tampoco superviso la elaboración de este documento por parte del Estado Mayor, ni el proceso que debía efectuarse en la unidad subordinada con este propósito.

Puede evidenciarse además, que en ninguno de los documentos anexados a la investigación realizada se considera la participación de personal ajeno a las tripulaciones; por tanto, se concluye que no se respetó la planificación y se improvisó la participación de la señora Ministra y su hija en ese ejercicio, así como en la actividad de traslado aéreo desde el polígono de Montecristi hasta el aeropuerto de Manta.

Puede establecerse también que, el señor Comandante de la 15-BAE (CRNL. RENE VASQUEZ) omitió el órgano regular, al no dar parte o pedir autorización para la inclusión de la señora Ministra y su hija en la demostración de tiro nocturno.

Por último, se logra determinar el incumplimiento de responsabilidades establecidas en el Manual de Comando y Estado Mayor, inherentes al Comandante, en el cual textualmente consta que el Comando, comprende actividades mediante las cuales el comandante ejerce la autoridad que le ha sido conferida sobre las fuerzas y medios a él subordinados para la operación; para ello es asesorado por el estado mayor; mientras que el control, es el conjunto de actividades ejecutadas o medidas adoptadas por el comandante o el estado mayor, con el objeto de verificar el exacto cumplimiento de las disposiciones. Por lo que, se establece que el Comandante es el único responsable de todo lo que su unidad haga o deje de hacer. No pudiendo delegar esta responsabilidad a persona alguna.

DEL JEFE DEL ESTADO MAYOR

De los documentos de planificación del ejercicio para la demostración de potencia de combate, se logra determinar el incumplimiento de las responsabilidades establecidas en el Manual de Comando y Estado Mayor, inherentes al Jefe del Estado Mayor, toda vez que legalmente se encontraba llamado a dirigir, asesorar y orientar al estado mayor durante el desarrollo del proceso Militar en la Toma de Decisiones; como así también de supervisar la ejecución de las ordenes e instrucciones expedidas o aprobadas por el comandante y, por último, conocer la situación, capacidades, características y técnicas de operar de sus unidades subordinadas.

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, y de las actas de investigación agregadas se presume como responsable de los hechos descritos, al Jefe del estado Mayor de la 15-BAE, señor CRNL. HUGO PATRICIO VILLACIS TRUJILLO, quien habría inobservado las responsabilidades previstas para el Jefe de Estado Mayor contempladas en el Manual de Comando y Estado Mayor de la Fuerza Terrestre, al no ejercer supervisión y control relativas a su función, hechos tipificados también como faltas en el Reglamento de Disciplina Militar.

DEL CONTROLADOR DE TRÁFICO AÉREO

Para arribar a las conclusiones que a continuación mencionare, fueron tomadas en cuenta toda y cada una de las siguientes circunstancias:

Momentos previos al acontecimiento, el controlador se encontraba realizando comunicaciones simultaneas al Pelotón Ejercito y al ICARO en la misma frecuencia, sin precisión respecto de la posición real del Pelotón Ejercito.

Autoriza el rodaje y despegue del ICARO después de haber autorizado aproximar al Pelotón Ejercito.

En las conclusiones del Informe de la Investigación Aérea, el grupo determina que el controlador de tránsito aéreo priorizo mal los tráficos en progreso, en el sentido de que debió haber hecho esperar al ICARO hasta que los helicópteros estuviesen posados en el taxiway.

De lo expuesto se presume que el controlador de tráfico aéreo del aeropuerto de Manta, SGOS. ALEX SEGOVIA, perteneciente a la Fuerza Aérea Ecuatoriana, actuó con negligencia en el cumplimiento de sus tareas específicas, hecho tipificado como falta en el Reglamento de Disciplina Militar.

DEL AYUDANTE DE ÓRDENES

Se evidencia el incumplimiento de obligaciones del Ayudante de Ordenes TCRN. IVÁN MORENO VALVERDE, quien no coordinó las actividades de la señora Ministra de Defensa Nacional durante el desarrollo de sus ocupaciones en la Ciudad de Manta, de acuerdo a lo dispuesto en el Instructivo de Funciones y Responsabilidades del oficial Ayudante de Ordenes del Ministro de Defensa nacional.

Sobre la base de la información disponible, también la Junta Evaluadora presume como responsable del incumplimiento de la obligación de coordinar las actividades inherentes a la función de la señora Ministra, al señor TCRN. IVAN RICARDO MORENO VALVERDE, hecho tipificado como falta en el Reglamento de Disciplina Militar.

DE LAS AUTORIDADES MILITARES ASISTENTES

JEFE DEL COMANDO CONJUNTO Y DEL COMANDANTE DE LA FUERZA TERRESTRE

Cuando la señora Ministra y su hija se embarcaron en los helicópteros con rumbo a Portoviejo, no hubo objeción de los señores Jefe del Comando Conjunto de las

Fuerzas Armadas y del entonces Comandante General de la Fuerza Terrestre, quienes jerárquicamente, después de la señora Ministra, eran las más altas autoridades militares presentes en el evento.

No existe constancia de que las autoridades mencionadas conocieran sobre la participación de la señora Ministra e hija en la demostración de tiro nocturno; así como, no existe evidencia de que al percatarse de que no retornaban al observatorio, se preocuparan por averiguar sobre el destino de la señora Ministra.

Finalmente, en los documentos que reposan en la investigación, existen dos informes, con la misma fecha, suscritos por el señor Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, de los cuales se constata diferencias entre uno y otro; mientras que el uno indica que el Comandante de la Aviación del Ejército, acepta el pedido de la Ministra y le invita a abordar el helicóptero Gazelle E-343; en el otro, manifiesta que el Comandante de la Aviación del Ejército consulta a la Ministra para volar en el helicóptero.

En definitiva, todos y cada uno de los señalamientos anteriormente realizados, me llevan a la conclusión de que la solución correcta en este tema que tanto ha complicado a la doctrina penalista de todo el continente, es la imputación objetiva. Toda vez que, dicha teoría parte del supuesto de que al ordenamiento jurídico no le interesa mucho el establecer si una acción es causa de un resultado, sino que lo que debe establecer es en qué casos es viable imputar un resultado a un determinado comportamiento humano.

De manera que, no podemos perder de vista que los criterios que son esgrimidos por la teoría de la imputación objetiva son la disminución de riesgos, la creación o no de un riesgo desaprobado jurídicamente, el aumento del riesgo permitido y la esfera de protección de la norma.

El principio de la disminución del riesgo implica que no debería imputarse a los militares investigados, los resultados típicos de su acción cuando esa acción haya significado una disminución del peligro corrido por las víctimas; es evidente que, ninguno de los presentes en el ejercicio de demostración de poder de combate con fuego real, ejercieron alguna acción tendiente a disminuir el peligro que corrían las dos civiles en dichas operaciones.

Por su parte, el principio de la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante involucra que el resultado lesivo serán debidamente atribuido a los autores en la medida que la omisión hayan creado para el bien jurídico un riesgo o peligro jurídicamente desaprobado. Es evidente que las omisiones graves en las cuales incurrieron los militares involucrados en la operación militar, crearon un riesgo jurídicamente relevante, de allí que como se ha determinado mediante el presente trabajo, existen normas preestablecidas que regulan las conductas en condiciones de ejercicios militares, considerándose las mismas relevantes porque si no resultaría un absurdo prohibir acciones que no ponen en peligro, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido.

En relación al aumento del riesgo permitido, se puede entender que es aquel que permite la imputación de un resultado típico cuando el autor ha realizado una conducta que aumenta el riesgo más allá de lo permitido. Solo el hecho de rebasar el riesgo permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica. Se evidencia la responsabilidad penal por omisión de los militares involucrados, con fundamento a este criterio, toda vez que el cambio continuo en las ordenes de vuelo, la improvisaciones cometidas, como así también la irresponsabilidad de ordenar el regreso vía aérea al aeropuerto de Manta en las condiciones que lo hicieron, y no intervenir para que el mismo no se llevara a cabo, aumento considerablemente el riesgo y el peligro que corrían todos y cada uno de los miembros de la tripulación, siendo imputable esa conducta por omisión, ya que existió la posibilidad cierta y real de evitarlo.

En todo caso, no debe olvidarse que la posición de garante que ostentaban los militares presentes en el ejercicio, debido a que esta es necesaria para que la no evitación de un resultado lesivo pueda ser equiparado con la causación activa del mismo y así castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción; es decir por el delito de Homicidio Inintencional previsto y sancionado en el artículo 460 del Código Penal vigente para la fecha.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL CASO DE ANÁLISIS

Al realizar el análisis de la Resolución emitida el 04 de octubre del año 2011, que tuvo lugar en virtud de los hechos sometidos a investigación, pudiéramos concluir que la Fiscalía General del Estado basa su abstención de Acusar a los sujetos procesados en la inexistencia de una relación de causalidad, o lo que es lo mismo, falta de nexo causal entre las acciones emprendidas por los militares y la muerte de la tripulación presente en los helicópteros siniestrados; siendo acordado por el Tribunal, el sobreseimiento provisional, del proceso y de los procesados.

En tal sentido, encontramos que el delito que se indaga en fase preprocesal es el delito de homicidio inintencional, previsto y sancionado en el artículo 459 del anterior Código Penal ecuatoriano, el cual establece que es autor de este delito aquel que por falta de previsión o precaución causare el mal sin la intención de causarle otro. A pesar de encontrarse suficientemente fundamentada en esta disertación la responsabilidad penal de los procesados, el dictamen por parte de la Fiscalía fue absolutorio, ello debido entre otras cosas, porque a su consideración intervino en el proceso conforme a lo dispuesto en el artículo 65 del Código Adjetivo Penal vigente para la fecha, realizando el análisis de las categorías dogmáticas a fin de determinar si las acciones emprendidas por los imputados representaban la comisión de algún delito.

En sus conclusiones, considera que los únicos responsables de los hechos investigados fueron los propios pilotos fallecidos, toda vez que eran los responsables

del manejo de las aeronaves, los cuales no cumplieron con las normas de aeronáutica, desechando por completo la responsabilidad penal de los procesados, ya que según su consideración, al ser la causa más probable del accidente la falla humana, no existían cuestiones anteriores a la muerte que debían ser investigadas.

De lo anterior discrepo totalmente, toda vez que el punto neurálgico para lograr determinar la responsabilidad penal de los sujetos investigados es precisamente las conductas por ellos desplegadas momentos antes del siniestro, debiéndose analizar minuciosamente dichas conductas ya que de ellas se lograra evidenciar que todos y cada uno de los militares involucrados directa o indirectamente en los ejercicios que se desarrollaron ese 24 de enero de 2007, no tuvieron la suficiente precaución como para evitar que los hechos sucedieran; incumpliendo leyes y reglamentos internos para la realización de dichos ejercicios.

Es evidente que la teoría en la cual se basa el Fiscal al momento de determinar responsabilidad penal es la Teoría Finalista, por tanto, su decisión de solicitar el sobreseimiento definitivo tanto del proceso como de los procesados, lo hace con fundamento a esa inexistencia de la relación causal. De manera que, desde mi perspectiva, el representante de la vindicta pública incurrió en un error al tratar de subsumir los hechos acontecidos a un delito de acción, siendo la manera correcta procurar la adecuación típica a algún delito por omisión.

Así entonces recordemos que, no representa mayores problemas comprender que en los delitos de acción, la imputación de un delito radica en comprobar que el sujeto ha causado un resultado típico por la conducta por él desarrollada; Por tanto, se encontraría perfectamente señalada la relación Causa-Efecto entre el acto y la consecuencia.

Tratamiento distinto merece la causalidad en la omisión, toda vez que esta representa la realización de una acción distinta a la que se debía haber llevado a cabo; Así lo consideran grandes Autores como Luden y Zaffaroni, recibiendo fuertes críticas

en el sentido de que si el sujeto omitente se abstiene de toda acción durante el momento en que dicha acción se hubiese podido impedir, no pudiese ser posible imputar el acto; Siendo esto lo único tomado en cuenta por parte del Fiscal al momento de concluir la investigación, toda vez que para él fue incuestionable que, entre las actividades desarrolladas por el alto mando militar en el momento de la colisión (ir viajando vía terrestre hacia el aeropuerto de Manta) y la muerte de la tripulación que se dirigía en los helicópteros, no existió nexo causal alguno (desde el punto de vista netamente científico) puesto que el hecho de evitar que la Ministra y su menor hija abordaran los helicópteros no fue la causa del accidente, sino, como lo repitió en reiteradas oportunidades, fue la falla humana y no otra.

Pero he allí la gran diferencia en el resultado de dicha investigación, habida cuenta que al partir de esa errónea interpretación se tornó sumamente difícil lograr establecer responsabilidad penal a los militares que intervinieron directa o indirectamente en esos ejercicios. Ello, porque no se consideró la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva en las acciones emprendidas por los sujetos intervinientes, ya que de haber sido tomada en cuenta esta teoría y no otra, la consecuencia jurídica y legal hubiese sido la imputación de la muerte de la Ministra y la tripulación de conformidad con lo establecido en el artículo 459 del Código Penal vigente para la fecha.

Destacando que no se hubiese tenido que recurrir a determinar el nexo causal entre las acciones por ellos emprendidas y el resultado lesivo, sino, determinar la falta de previsión o de precaución que consecuentemente contribuyeron en la causación del siniestro, tal como lo ordenaba el artículo anteriormente señalado. Por lo que considero que el acto conclusivo en esta investigación hubiera cambiado el destino del proceso en el sentido que no se hubiera decretado el sobreseimiento, como en efecto sucedió, sino en cambio se hubiera ordenado la realización del juicio a fin de determinar la responsabilidad penal de cada uno de los procesados, por el hecho de verificarse con claridad todos y cada uno de los elementos propios de la Teoría de la Imputación Objetiva.

Al respecto, podemos concluir con este punto, afirmando que los militares procesados generaron la fuente de peligro; como así también, aumentaron el riesgo y el peligro ya existente, correspondiendo dicho peligro con el resultado lesivo, sin que se verificara a lo largo de la investigación que llevaran a cabo acciones tendientes a disminuir el peligro corrido por las víctimas, sin pasar por alto que defraudaron de esta manera la condición de garantes que ostentaban en la realización de los ejercicios militares desarrollados ese día, habida cuenta que haber actuado correctamente tal como lo ordenan reglamentos internos, hubiera evitado que ese peligro se hubiese transformado en la lesión del bien jurídico, y bajo el supuesto legal consagrado en el artículo 12 del Código Sustantivo penal vigente para la fecha de ocurrencia de los acontecimientos, el cual considera que el “no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo” se hubiesen podido declarar a dichos militares, como penalmente responsables de los hechos acontecidos ese 24 de enero del año 2007.

CONCLUSIONES:

Para arribar a las conclusiones que a continuación realizare, me dispuse a tomar en cuenta gran cantidad de información disponible, plasmadas en Informes periciales de las instancias militares involucradas; en Actas de Investigación Penal que reposan en el expediente de la Fiscalía General del Ecuador, mucha de ella considerada “Reservada”, y que guardan estrecha relación con los hechos suscitados ese 24 de enero del año 2007, donde perdiera la vida la Ministra de Defensa Nacional, su hija y cinco militares activos pertenecientes a la Fuerza Aérea del Ecuador; como así también, de las Teorías analizadas a lo largo de la presente disertación.

Motivo por el cual, dicha información fue procesada y analizada minuciosamente a los fines de brindar varios puntos de vista que puedan contribuir a la resolución del planteamiento realizado; llevando a cabo un razonamiento amplio sobre lo sucedido, naciendo de esta manera, la imperiosa necesidad de enfocar las conclusiones desde varios puntos de vista, abarcando etapas previas y posteriores a los acontecimientos. Dichos enfoques los señalaré a continuación como antesala a las conclusiones finales, ello en aras de abordar de mejor manera el tema planteado.

DESDE EL PUNTO DE VISTA PREPROCESAL (Nulidad del Informe de la JEIAA)

A partir del mismo día de haber ocurrido la tragedia, se dispusieron bajo la dirección y control de la Fiscalía, las Diligencias de Investigación tendientes a determinar las causas del siniestro, para ello el Estado activo a gran número de funcionarios y empleados públicos, como así también recurso material disponible para llevar a cabo la difícil tarea de indagar sobre lo que realmente habría ocurrido.

Por ello, se le da inicio a la Fase Preprocesal bajo la vigencia del ya derogado Código de Procedimiento Penal, denominada de esta manera por el hecho de que la Fiscalía por medio de sus Funcionarios, se dispone a realizar una serie de actuaciones a los fines de determinar si

los hechos que se investigan constituyen infracción penal, para poderle dar paso a la instrucción fiscal, en caso de que los resultados apunten a alguna o algunas personas directamente relacionadas con el evento.

En esta Fase, como en las demás fases que componen el sistema procesal penal en el País, existen principios y garantías de carácter legal y Constitucional que delimitan las actuaciones de los actores o partes en el proceso. Dichas Garantías y Principios representan la base fundamental de una de las Instituciones más importantes en nuestro ordenamiento jurídico, como lo sería el Debido Proceso.

Dicha institución procesal se puede definir como, el proceso que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, con la finalidad de alcanzar una justa administración de justicia.

Debido a su importancia, la Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 76 que:” (...) En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...) determinando al Estado como el principal responsable para asegurar su cumplimiento conforme lo manifiesta el artículo 11 del mismo cuerpo constitucional.

En estricto apego al Debido Proceso, deben llevarse a cabo todas las actuaciones y los procedimientos, independientemente de su naturaleza; por ello, cuando se encuentra vulnerada alguna Garantía Constitucional, es procedente como medio de protección alguno de los instrumentos o Recursos establecidos en la Ley, ya que lo que se buscaría es la declaración judicial que deje sin efecto el proceso o alguna actuación dentro de él practicada, por violaciones de las garantías constitucionales y de la ley.

De manera que es imperativo para todas las partes en el proceso, el respeto que deben tener a todas las disposiciones establecidas; esto evitaría que dentro del proceso mismo,

existan vicios que afecten de nulidad una o algunas actuaciones practicadas por parte de quien investiga.

Fue tomado en consideración este punto de vista, como primera conclusión a realizar (en conocimiento de que la disertación trate el delito de comisión por omisión) atendiendo a la importancia de representa el referido punto, por el hecho de que en la investigación llevada a cabo por la Fiscalía General del Estado se vulneran normas, principios y garantías Constitucionales que afectan de nulidad absoluta algunas actuaciones, ello por la extralimitación de militares al momento de llevar a cabo diligencias de investigación, poniéndose al margen de la ley, y obligando a que dichas actuaciones sean excluidas del proceso puesto que bajo el imperio de esa institución llamada Debido Proceso, toda prueba nula carecería de validez y eficacia probatoria, por ende debería ser desechada.

Hago referencia específicamente, al tantas veces mencionado, Informe de la Junta Especial Internacional de Investigación de Accidente Aéreo (JEIIAA), elaborado en el año 2007, mediante el cual, como ya se ha dicho, se establece como Causa más Probable del Accidente: el Factor Humano, por pérdida de la conciencia situacional. A pesar de establecer esa causa como “más probable” es tomada por la Fiscalía como una causa concluyente y le da el carácter de certeza, considerando que eso fue lo que realmente ocurrió en ese vuelo, desechando toda posibilidad de investigar otros eventos de igual o mayor relevancia.

Pero, aunque eso parezca de suma importancia, y lo es, no representa mayor gravedad; lo verdaderamente grave e importante son los aspectos que no fueron tomados en cuenta por la Representación Fiscal, como lo sería la intervención que tuvieron dos de los involucrados en la elaboración del referido informe, ello sin tomar en cuenta quien decidió la conformación de la Junta Especial. Así encontramos que dicha Junta de Investigación se conforma por órdenes emanada del señor Teniente General HECTOR CAMACHO PAUTA, Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, mediante Oficio N° S-070026-SG, de fecha 26 de enero del año 2007, y la misma quedo integrada, entre otros, por el Coronel HUGO VILLACIS TRUJILLO, como miembro del Grupo Investigador Aéreo, y el Mayor WILSON OBANDO CEVALLOS, como Secretario de la Junta; participación en la investigación que no debió

haberse permitido, debiendo ser reemplazados por otros miembros, por cuanto ambos militares al igual que el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, HECTOR CAMACHO, estuvieron presentes en el Ejercicio de demostración de Poder de Combate objeto de investigación.

Desde el punto de vista legal, esta designación realizada carece de validez, por ende, debió ser desechada por encontrarse viciada de nulidad absoluta al inobservarse normas, principios y garantías constitucionales referente al Debido Proceso. No debió permitirse la intervención directa de estas personas en la investigación puesto que es el propio Código de Procedimiento Penal, vigente para la fecha, el que marcaba las pautas para llevar a cabo las actuaciones.

Al respecto, puede verificarse que en la normativa se establece que, la principal función del Fiscal es dirigir la investigación preprocesal y procesal, y que en el ejercicio de la acción penal deberá prestar especial atención a los derechos del, o los ofendidos; debiéndose tener muy en cuenta también, que toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria.

Por su parte, de conformidad con el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, se establece que las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas, pero ello, siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de las otras personas; este mandato legal se prevé en la Norma Adjetiva en virtud de que el órgano por excelencia encargado de la investigación penal es la Policía Judicial, quien bajo la dirección y control de la Fiscalía, aplicara todos los medios y técnicas de investigación que se requieran para recoger evidencias respecto de los presuntamente delictivos y de los posibles responsables.

Sin embargo, tiene la facultad el Fiscal de, delegar la práctica de las diligencias, peritajes o informes a investigadores especializados (como sucedió en el caso de marras) pero ello, a pesar de ser una posibilidad que se le da al Fiscal, no da facultad plena de que lo haga a su manera o como mejor le parezca, sino de conformidad con lo establecido en el artículo 94 del mismo cuerpo legal, lo cual significa que deberá ser como consecuencia del nombramiento

en calidad de Perito, siendo estos considerados profesionales especializados en diferentes materias que hayan sido acreditados como tales, previo proceso de calificación de las Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura.

De acuerdo con los textos Legales anteriormente transcritos, considero que de manera clara y precisa, se establece sin ningún margen de error, la conducta a la cual debe ceñirse el Fiscal, al momento de pretender darle participación a algún o algunos funcionarios ajenos a la Policía Judicial, todo ello en aras de garantizar el correcto desarrollo de la actuación o peritaje que requiera realizar o practicar, pero siempre respetando las garantías constitucionales intrínsecas en el Debido Proceso.

Es allí, donde se verifica la violación del Debido Proceso y la transgresión de normas procesales y constitucionales, puesto que dichos preceptos no pueden ser relajados por ninguna de las partes. Debido a ello, y como se había manifestado con anterioridad, la intervención directa de los involucrados en el siniestro suscitado ese día afecta varias garantías constitucionales como el debido proceso, igualdad de las partes, imparcialidad, etc.; mismos que generan perjuicios procesales y a la vez disminuyen la confianza sobre el procedimiento llevado a cabo por la Fiscalía, perjudicando de esta manera la seguridad jurídica y creando un gravísimo Estado de Indefensión; el cual se conoce como aquella situación en la que queda una de las partes en el proceso cuando se le impide el ejercicio de un derecho de naturaleza procesal, anulando o restringiendo, total o parcialmente, sus oportunidades de defensa.

Infortunadamente no fue excluido dicho informe, por lo contrario, fue tomado como válido y considerado por el Fiscal general del Estado para abstenerse de presentar Acusación por los delitos presuntamente cometidos por parte de los militares procesados; de allí que se puede afirmar que se pretendió y se logró endosarles la culpa del siniestro a los pilotos y a la tripulación sin poderles establecer responsabilidad de ninguna naturaleza a los otros actores en la operación militar.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, se observa claramente que la Junta Especial Internacional de Investigación del Accidente Aéreo, por medio de sus

representantes, crea un estado de indefensión, toda vez que impide el curso del proceso penal al emitir un informe cargado de observaciones tendientes a beneficiar a los propios participantes de la operación militar, y por ende, ocultar evidencias de carácter técnico y documental que evidenciarían el cometimiento del delito de Homicidio Inintencional, previsto y sancionado en el artículo 460 del Codo Penal vigente en el momento.

Dicho esto, resulta oportuno hacer especial mención de la consecuencia jurídica que acarreo la intervención de los involucrados en la elaboración del referido informe, la cual no es otra que el impedimento al correcto desarrollo del proceso penal que se llevaba a cabo en su contra, ya que de no haber sido considerado como elemento de abstención por parte de la Fiscalía, el Juez de Garantías Penales hubiera tenido que inexcusablemente llamar a Juicio por haber incurrido los procesados en el delito de comisión por omisión.

DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL

Ya una vez instaurada la Instrucción Fiscal, nace la posibilidad de realizar la Audiencia de sustentación del dictamen dispuesto en el Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal vigente para la fecha, por lo cual, el 04 de octubre del año 2011, es llevada a cabo por ante la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, y donde compareció el Doctor Cesar Morales Naranjo, en representación del Doctor Galo Chiriboga, Fiscal General del Estado.

Una vez verificada la presencia de las partes e instalada la misma, el Doctor Luis Quiroz Erazo, Conjuez Nacional y Presidente de la referida Sala procedió a darle la intervención correspondiente a cada uno de los actores en el proceso, y siendo relevante para el punto a destacar, hare referencia a lo manifestado por el Fiscal General Subrogante, por cuanto el mismo ratifico su dictamen absolutorio a favor de los procesados en virtud, como ya se ha indicado, del informe emitido por la Junta Especial Internacional de Investigación del Accidente Aéreo, mediante el cual se determina que la causa probable del accidente fue el Factor Humano.

El primer punto a destacar, es la pasividad por parte de los acusadores particulares, en cuanto al ataque a la validez del referido informe que debían realizar, ello en virtud de las consideraciones realizadas en el punto anterior, referente a las nulidades absolutas presente en el mismo.

Era en esta fase, y con fundamento en lo establecido en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, donde el Juez de Garantías Penales, posterior a la intervención y sustentación del dictamen por parte del Fiscal, dio la valiosa oportunidad a los acusadores particulares para que realizaran las observaciones pertinentes, haciendo estas observaciones de fondo con relación a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos investigados, pero nunca haciendo referencia a los vicios intrínsecos en dicho informe.

Desde mi humilde punto de vista, debió plantearse de manera categórica los vicios formales respecto de lo actuado hasta ese momento procesal, formulando las solicitudes, observaciones, objeciones y planteamientos que consideren relevantes referidos a la oferta de la prueba realizada por los demás intervinientes, en especial la del Fiscal; cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento para la decisión a ser tomar por parte del Juez, habían sido obtenidas violando las normas y garantías determinadas en la Constitución y en el Código de Procedimiento Penal.

Por ende, una vez realizada la intervención Fiscal, se pudo solicitar la exclusión de las evidencias consideradas como ilícitas o ilegalmente obtenidas, especificando las normas o garantías constitucionales o procesales que consideraron habían sido transgredidas. Y siendo que, la impugnación de la principal evidencia versaba sobre la constitucionalidad o legalidad, el Juez de Garantías Penales debía pronunciarse rechazando la objeción o aceptándola, y en este último caso declarando que evidencias eran ineficaces hasta ese momento procesal.

Por otro lado, al referirse al punto de los delitos de comisión por omisión, dicho Fiscal considera que para que exista una responsabilidad penal por omisión, debe existir un nexo causal entre la omisión en sí y el acto lesivo, lo cual a su consideración, en este caso

específicamente y de forma directa no existe, ya que llega a la conclusión de que no impedir el hecho de que la señora Ministra y su hija abordaran el helicóptero no es la causa de la muerte, haciendo énfasis en que la muerte fue el factor humano.

Al respecto puedo afirmar que, el representante de la Fiscalía confunde las teorías que sustentan la causalidad (aplicable para delitos de acción) con las que defienden la imputabilidad objetiva (relativas a los delitos de comisión por omisión), toda vez que hemos estudiado con antelación la omisión impropia, evidenciando de la explicación que nos hacen sus máximos exponentes, que no es necesario establecer un vínculo de causalidad, sino que en estos casos será preciso establecer como se realiza la imputación objetiva del resultado a la omisión. Es decir, que la imputación es posible cuando la conducta humana ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y éste se ha realizado en el resultado, ello sobre la base de posición de garante que tenga un individuo sobre otro y la capacidad de evitar el resultado.

Aunque, no es aislado este error cometido por una de las máximas autoridades del Estado, como lo es el Fiscal General Subrogante, puesto que en la actualidad infortunadamente no existe un criterio preponderante en los profesionales del derecho con relación a este punto tan importante y que ha mantenido a grandes doctrinarios en constantes discusiones, cada uno fundamentando sus diferentes postulados. Lo verdaderamente cierto es, que en los juzgados de la Republica se presta muchísima más atención a los delitos de acción, dejando a los de omisión sin un sólido criterio legal, doctrinal y jurisprudencial.

DESDE EL PUNTO DE VISTA PRAGMATICO (Inherente a la Acción que se pudiera intentar en la actualidad)

Tomando como referencia las consideraciones realizadas en su momento desde el punto de vista preprocesal, podemos llegar a la conclusión que existe en la actualidad la posibilidad de incoar alguna acción o procedimiento sobre la base de las nulidades presentes en el informe, toda vez que, son consideradas nulidades absolutas aquellas que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en la Constitución de la Republica y demás preceptos jurídicos vigentes.

Por ello, ineludiblemente debemos hacer referencia a que el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador, establece de manera clara y precisa que las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica y por ende estarían al margen de los principios en ella consagrados.

De conformidad con el referido artículo se desarrollan una serie de normas de carácter inferior, pero de vital importancia legal, que vienen sin duda alguna a desarrollar Principios Constitucionales claramente definidos, así vemos que en sus considerandos 1ro. y 8vo. de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de fecha 21 de septiembre del 2009, se establece: (...)

“Que, en el año 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República del Ecuador, en la que se introducen cambios sustanciales y definitivos en el reconocimiento de los derechos, su sistema de protección y en la estructura del Estado Ecuatoriano; (...)

Que, se requiere asegurar que todos los jueces resuelvan todos los asuntos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional y con sujeción a las normas constitucionales, y que la Corte Constitucional lidere este proceso de constitucionalización de la justicia” (...)

Es preciso resaltar que, para que exista nulidad procesal no basta el solo quebrantamiento de la forma sustancial del proceso o de un acto específico; también se requiere que se produzca un perjuicio a la parte. No procede la nulidad invocando meramente la ley procesal; el interesado tiene que fundamentar y acreditar el perjuicio sufrido y exponer el interés que procura obtener con su declaración.

Ahora bien, una vez verificada la vulneración o inobservancia de preceptos Constitucionales y Legales concernientes al Debido Proceso, lo urgente es determinar qué acción emprender a los fines de que cese dicha violación, o que simplemente se deje sin efectos jurídicos las actuaciones correspondientes al proceso penal que se ha incoado contra

varias personas que presumiblemente han cometido algún delito tipificado en el Código Penal vigente para la fecha.

Para responder esta interrogante debemos remitirnos a lo establecido en Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ya que las normas en ella previstas procuran el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales, teniendo en cuenta que existen diferentes tipos de procedimientos a ejercer, según las particularidades o circunstancias del caso; así por ejemplo tenemos que, en caso de existir ya algún acto con carácter de sentencia donde se hayan vulnerados derechos constitucionales, sería procedente la Acción Extraordinaria de Protección, mientras que en aquellas causas en las cuales no se haya emitido aun, sentencia o resolución alguna, o donde lo que se pretenda impugnar no sea una sentencia o resolución, sino actos de carácter administrativos, extrajudiciales o de alguna autoridad pública es procedente la “Acción de Protección”, y es esta acción la que se ajusta al problema planteado.

La acción de protección es procedente contra todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o el ejercicio de dichos derechos, o lo que es lo mismo, cree un estado de indefensión con la realización de acciones u omisiones.

Dicha acción permitirá la reapertura de la Investigación penal; y consecuentemente la Prosecución del Proceso, toda vez que de ser declarada con lugar los efectos inmediatos sería retrotraer la causa hasta el estado que se encontraba antes de la vulneración de derechos y garantías constitucionales, es decir, hasta el momento de la conformación de la nueva Junta que se encargaría de realizar las investigaciones pertinentes, anulando por supuesto la actuado con anterioridad a la audiencia de sustentación del dictamen Fiscal que de manera directa guarden relación con dicho informe. Permitiendo de esta manera, que las partes tengan una nueva oportunidad de señalar de manera directa, clara, precisa y contundente las omisiones cometidas por parte de los militares responsables del ejercicio militar.

DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL (Teoría a Aplicar en el caso concreto)

Ahora bien, en relación a este punto de vista, lo primero que hay que señalar es que tanto la acción como la omisión siempre han sido consideradas como punto de partida para el análisis y estudio de los delitos y por ende, como las únicas formas de conductas delictivas; a pesar de que, los delitos omisivos fueron considerados y tratados por muchos tratadistas y autores como la forma de conducta humana independiente de la acción.

Sin embargo, considero que de todas y cada una de las corrientes doctrinales sometidas a análisis, la de imputación objetiva es la que exhibe una mejor gama de razones normativas para determinar si una omisión corresponde a la ejecución de una conducta delictual por comisión; por lo que se puede deducir que los grandes patrones de desarrollo de los fundamentos causales han sido incapaces de argumentar una relación de causalidad en la omisión. En este sentido, en los delitos de omisión impropia resulta incompresible lograr una metodología que pueda explicar como un resultado puede ser consecuencia de un no hacer (una omisión) lo que permite razonar sobre los fracasos del positivismo por lograr en la omisión impropia una relación causal que estableciera la imputación del resultado.

Hilando fino con lo anteriormente expuesto, pudo evidenciarse del presente trabajo que los fallos emitidos por los Tribunales de la Republica, con relación a la omisión impropia, no se han basado en razonamientos legales adecuados y muchas veces hasta ilógicos, por lo que puede afirmarse que los administradores de justicia no poseen formación conceptual solida ni tampoco suficiente para el abordaje de la omisión impropia.

En relación a lo anterior, podemos inferir que no es necesario buscar un equivalente del nexos causal en la omisión, habida cuenta que los criterios de un riesgo no permitido, como así también, la materialización del riesgo en el resultado (propios de la imputación objetiva) son debidamente aplicables para la acción como para la omisión, toda vez que el referente no es la presentación externa de la conducta, sino la clase de rol infringido, el cual es recogido en el tipo penal.

En la actualidad, la omisión impropia se encuentra regulada por disposición del artículo 23 del Código Orgánico Procesal Penal, en el cual se exige que para su equiparación con la acción se requiere que el sujeto activo tenga el deber de evitar el resultado, o, si también precedentemente ha realizado una conducta peligrosa.

Dicha situación normativa, no es debidamente resuelta por la jurisprudencia, como ya hemos analizado, y ello es debido a que los administradores de justicia tienden a confundir categorías jurídicas, tales como causalidad hipotética con imputación objetiva, por ejemplo; otra razón que no contribuye a su resolución es que se pretende hacer una equivalencia entre la acción y la omisión a través de una figura que funcionalmente no corresponde con esa equivalencia, esto es, la posición de garante, ya que esta es entendida como un elemento exclusivo y excluyente de la omisión impropia; y por último, porque tienden a realizar un manejo inadecuado de los criterios de imputación objetiva.

A pesar de todo ello, puedo concluir que doctrinalmente puede serle atribuida responsabilidad penal a todos y cada uno de los sujetos que participaron en la operación militar sometida a estudio mediante la presente disertación (de la manera que se detalló en el capítulo correspondiente) ya que es evidente que crearon riesgos innecesarios y más allá de los permitidos al momento de incluir a dos civiles en maniobras netamente militares, sin ejecutar actos tendientes a disminuir o eliminar dichos riesgos; además, puede evidenciarse que de los comportamientos previos al suceso igualmente se desprende responsabilidad penal por omisión, toda vez que al compararse los actos por ellos omitidos con el comportamiento correcto que debieron desplegar, se deduce que dichos actos contribuyeron significativamente en el aumento las probabilidades de que el resultado se produjera, vulnerando sus deberes impuestos por la posición de garantes que ostentaban.

En base a las consideraciones anteriormente esbozadas, a las personas mencionadas a lo largo de la disertación pudieran atribuírsele responsabilidad penal con fundamento a la teoría de imputación objetiva, ello debido a que podemos afirmar que del mismo modo en que la sociedad premia a título de mérito a quien se comporta dentro de los márgenes de su posición social o posición de garante (reputándolo como buen militar o un respetable miembro

de las fuerzas armadas), también le recriminará su conducta a través de un juicio de imputación cuando la infrinja, esto es, cuando defraude las expectativas que se derivan de su posición social o de garante.

Por tanto, solo podrá imputarse a dichos militares cuando se verifique (como en efecto sucede en el presente caso) que la infracción es derivada de un deber inherente a su rol o función, y no a algún otro que este fuera del ámbito de sus competencias. Así, por ejemplo, no pudiera atribuírsele a un profesor universitario la muerte de su hija, producida en el momento que aquel se encontraba laborando en un aula de clases, por el solo hecho de ser su padre, habiendo este delegado esa función de garante a una niñera que se quedaba con la menor durante el día.

Aquí, aun cuando nadie niegue el vínculo paterno-filial, no podrá imputarse al profesor el incumplimiento de su rol de padre pues el resultado lesivo no es una concreción del quebrantamiento de algún deber derivado de dicho rol; este último no era ejercido al momento de producirse la muerte de su hija, sino que el profesor se encontraba desenvolviéndose precisamente como tal. En consecuencia, el rol de padre se halla fuera de la interacción que dio lugar al resultado lesivo.

Caso contrario sucede en los sucesos donde perdiera la vida la Ministra, su hija y los cinco militares activos, habida cuenta que tanto las máximas autoridades como aquellos que participaron desde tierra en los ejercicios ese día, se evidencia que defraudaron y quebrantaron normas tendientes a asegurar la vida de todas y cada una de esas personas, estando dichas facultades dentro de los límites de las funciones por ellos ejercidas.

Se puede afirmar con toda franqueza que quien se comporta debidamente en el ejercicio de sus deberes o atribuciones puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario. De haber existido por parte de la Ministra el conocimiento, o la mínima sospecha, de que su presencia en el ejercicio militar iba a poner en peligro la integridad física o la vida de ella y la de las demás personas,

seguramente no hubiera participado en dicho ejercicio, ello en virtud del principio de confianza que depositó en los militares que desarrollaban sus actividades.

De manera que, la Ministra y su hija son invitadas para participar en el vuelo nocturno sin tener la mínima dimensión ni conciencia del peligro que entrañaba su participación en dichos ejercicios militares; sin ser advertida de dichos peligros, siendo respaldados por las máximas autoridades militares en la demostración de Montecristi, ya que ninguno se opuso en su debido momento, a su abordaje a la aeronave que la llevaría a ser víctima de su tragedia. En conclusión, los hechos acaecidos el 24 de enero de 2007 pudieran considerarse como un resultado objetivamente imputable a los militares, toda vez que crearon un riesgo relevante e innecesario, el cual se materializó en el resultado lesivo, debiendo de esta manera, responder por el delito consumado de resultado, es decir, por la muerte de la Ministra, su hija y los cinco militares.

Y a la referida conclusión arriba, luego de la realización de dos juicios de valores, un primer juicio para determinar si las acciones anteriores a la colisión, pudieran considerarse como creadoras de un riesgo típico o si esas acciones elevaron el riesgo existente para el bien jurídico tutelado. Mientras que en la segunda valoración se hace posterior a los acontecimientos, es decir, una vez ha ocurrido el resultado y con ellas se determina si el resultado típico realizado en la concretización del riesgo típico y jurídicamente relevante, creado por la acción del resultado

BIBLIOGRAFIA:

BACIGALUPO, Enrique, *“Delitos impropios de omisión”*. (Bogotá), Edit. Temis, 1983.

COUSIÑO, Luis, *“Derecho Penal Chileno”*. Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, (1979).

CURY, Enrique, *“Orientacion para el Estudio en la Orientacion del Delito”*. (Santiago de Chile), Edit. Jurídica de Chile, 2ª Edicicion, 1973.

GARRIDO MONTT, Mario, *“Derecho Penal. Parte General”*. (Santiago de Chile), Edit. Jurídica de Chile, (2010).

GARRIDO MONTT, Mario, *“Nocions Fundamentales de la Teoria del Delito”*(Santiago de Chile), Edit. Jurídica de Chile, 2001.

GIMBERNANT ORDEIG, Enrique, *“La Omisión Impropia en la Dogmatica Alemana”*. ADPCP, enero-diciembre, 1997.

JAKOBS, Günther, *“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”*. Madrid, Edit. s/n, 1995.

JAKOBS, Günther, *“La Imputacion Objetiva en Derecho Penal”*. (Buenos Aires), Edit. AD - HOC, 1997.

JAKOBS, Günther, *“Derecho Penal. Parte General”*. (Madrid), Edit. Marcial Pons Ediciones Juridicas S.A, 2ª Edicion corregida, 1997.

JESCHECK, Hans Henrich, *“Tratado de Derecho Penal. Parte General”*. Granada, Edit. COMARES, 2002.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, *“Tratado de Derecho Penal”*. Buenos Aires, Edit. s.n., 1975.

KAUFMANN, Armin, *“Dogmática en los Delitos de Omisión”*. Barcelona, Edit. Marcial Pons Ediciones Juridicas S.A, 2006.

MIR PUIG, Santiago, “*Derecho Penal Parte General*”. Buenos Aires, Edit. BdeF, 2005.

ROXIN, Claus, “*Causalidad y Posición de Garante en los Delitos de Omisión Impropia*”. Madrid, Edit. Edisofer, 2008.

SILVA SANCHEZ, Jesús, “*El Delito de Omisión Concepto y Sistema*”. Montevideo, Edit. BdeF, 2006.

TERRAGNI, Marco Antonio, “*Omisión Impropia y Posición de Garante*”. Buenos Aires, Edit. Revista Jurídica Argentina, 1997.

VON LISZT, Franz, “*Tratado de Derecho Penal*”. (Madrid), Edit. Reus, 2ª Edición, 1927.

WELZEL, Hans, “*Derecho Penal Aleman. Parte General*”. (Santiago de Chile), Edit. s/n, 11ª Edición, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, “*Manual de Derecho Penal. Parte General*”. (Buenos Aires), Edit. Ediar, 2001.

INFORMES

Transcripciones de frecuencia 118,7 de la torre del aeropuerto Manta, hoja 523, anexo E, apéndice 1 informe JEIIAA.

DOCUMENTOS OFICIALES

Transcripción de frecuencia 118,7 de la Torre del Aeropuerto de Manta, hoja 522, anexo “E”. Apéndice 1, Informe JEIIAA.

Informe de la capitán Lorena Vásquez a la JEIIAA el 01 de febrero de 2007, hoja 81.

Programa de Radio Visión, “Buenos días” de Diego Oquendo, del 06 de febrero de 2007.

Informe de la JEIIAA, anexo H, apéndice 5 dvd video de Sgto. Bravo.

Informe del capitán Juan F. Calderón a la JEIIA el 01 de febrero de 2007, hoja 78 .

Informe del coronel René Vasquez al comadane general de las Fuerzas Terrestres sobre el accidente de los Helicopteros E-343 y E-360, el 29 de enero de 2007. .

Informe del Investigador Aéreo de la JEIIAA, anexo A, hojas 35-66.

Regulación de Operaciones de la Aviación del Ejército O.P.S. No. 18-80 del Departamento de Operaciones.

Relato del mayor Nicolas Ricaurte Arce, pp. 1159-1161 del Informe de la JEIIAA.

Oficio No. 070012-15.BAE—CMDO-1, del 29 de enero de 2007, con informe y anexos del coronel René Vásquez Briones.

Informe de Sgto. Luis Bravo a la JEIIAA, hojas 118 a 1121, anexo H.

Informe del Sgto, Marcelo López Moposita Aguay sobre el ejercicio de tiro del 16 de febrero de 2007, hoja 1278, anexo H, apéndice 41 del Informe de la JEIIA.

Directiva No. R-001-AW-b1 de la Dirección de Operaciones de la FAE, 041200-julio 2005, HAL-003.

Entrevista realizada a Alex Segovia, apéndice 25, anexo H, Informe JEIIAA, pp. 1119-1205.

PARA GRADOS ACADÈMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICAI UNIVERSIDAD CATÒLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÒN Y AUTORIZACIÒN

Yo, Niurka Karina Jácome González, C.I. 1721780763 autor del trabajo de graduación intitulado: "EL DELITO DE COMISIÒN POR OMISIÒN: CASO DE LA EX MINISTRA DE DEFENSA Y SU HIJA.", previa a la obtenciòn del grado académico de **ABOGADO** de la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligaciòn que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduaciòn para que sea integrado al Sistema Nacional de Informaciòn de la Educación Superior del Ecuador para su difusiòn pública respetando los derechos de autor
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduaciòn, respetando las polífticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 08 de noviembre de 2016



1721780763