



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OPTAR EL GRADO DE:

ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA Y JUZGADOS
DEL ECUADOR

NOMBRE DE LA ESTUDIANTE:

BARBARA DANIELA VANEGAS LASCANO

NOMBRE DEL TUTOR:

ABG. DANIEL KURI GARCÍA, LLM

SAMBORONDÓN, ABRIL, 2019

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

Bárbara Daniela Vanegas Lascano, Universidad de Especialidades Espíritu Santo Ecuador, bvanegas@uees.edu.ec, Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Universidad Espíritu Santo, Km. 2.5 Vía Puntilla, Samborondón.

Resumen

El presente trabajo académico analiza detalladamente cómo está tipificado el delito de comisión por omisión dentro del Código Orgánico Integral Penal. En este caso, se elabora un estudio de los Art. 23 y 28 del Código debido a que - justamente en estas normas - el legislador ecuatoriano reconoce a la omisión como una modalidad de conducta a través de la cual una persona puede configurar un hecho delictivo. Se vuelve importante establecer cuál es el ámbito de aplicación de los Art. 23 y 28 porque se logra comprobar que ambas normas presentan una ligera incongruencia en cuanto a su interpretación, lo cual da cabida a una serie de problemas en la práctica. Es justamente ante este escenario que se instaura como propósito fundamental el revisar el estado de cosas dogmáticas en relación a la tipicidad objetiva de los delitos de omisión propia e impropia antes de dar por concluido este trabajo académico.

Palabras Clave: Omisión, comisión por omisión, delito, posición de garante, COIP.

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

Abstract

This academic paper analyzes in detail how the crime of commission by omission is typified within the Integral Organic Penal Code. In this case, a study of articles 23 and 28 of the Code is elaborated because it is precisely in these norms that the Ecuadorian legislator recognizes the omission as a modality of conduct through which a person can commit a criminal act. It becomes important to establish what is the scope of application of articles 23 and 28 because it was verified that both norms present a slight incongruity in their interpretation, and this actually is something that allows a series of problems in practice. It is precisely after this scenario, that the fundamental purpose of reviewing the state of dogmatic things in relation to the objective typicity of the crimes of own and improper omission was established before concluding this academic work.

Key words: Omission, commission by omission, crime, position of care, COIP.

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

I.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El segundo inciso del artículo 23 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) nos describe claramente la cláusula de equivalencia, que es el principio general de la omisión impropia en la legislación ecuatoriana: No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo (Código Orgánico Integral Penal, C. O. I. P., 2014). Esta simple fórmula empleada, a través de la cual se resalta que una persona puede ejecutar un delito por no evitar un acontecimiento, se vuelve útil debido a que cumple un papel diferenciador entre las omisiones propias y estas (que más bien se equiparan al tipo comisivo). Por ejemplo, para autores como Jakobs, la importancia de este tipo de delitos radica en que sirven de nexo entre los tipos de comisión y los de omisión (pura) como parte de una sola estructura del delito (Jakobs, 1997, p. 951).

No obstante, el COIP no agota su mención a las omisiones con la cláusula de equivalencia, sino que incluye una segunda disposición donde “pretende” hacer una aclaración conceptual, volviéndolo todo más turbio. El artículo 28 del COIP manifiesta:

Art. 28.- Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante (Código Orgánico Integral Penal, C. O. I. P., 2014).

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico. Es por esto que el COIP busca sancionar a las personas que – estando en posición de garante - han provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico. Debido a que la posición de garante consiste más que nada en una *posición de protección* con respecto a un bien jurídico; y obliga -a quien ocupe esta postura- a defender al bien jurídico de ataques, o, a ejercer una supervisión de determinadas fuentes de peligro (García, R., 2014, p. 303).

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

La omisión dolosa que prescribe el legislador en el Art. 28 nos da una serie de complicaciones, ya que parece limitar absurdamente el ámbito de aplicación de esta misma norma. Por otro lado, aun cabe la duda respecto a la función de ésta con respecto al Art. 23 y su cláusula de equivalencia: debido a que ambos Arts. abarcan básicamente los mismos supuestos, cuál tiene prioridad sobre la otra. ¿Limita el Art. 28 la aplicación del Art. 23? ¿Son normas complementarias? ¿Puede utilizarse una sin perjuicio de la otra? La literatura penal nacional poca mención hace sobre este problema; y la mayoría de veces parece tomar una perspectiva meramente expositiva de la doctrina, sin entrar en un análisis amplio del tema. Por ejemplo, Yavar hace una breve referencia a la omisión impropia sin entrar a un análisis profundo (Yavar, 2014, p. 272). Es por tal motivo que el presente trabajo pretende ahondar en el tema desde la perspectiva de la dogmática de la omisión, proponiendo una solución congruente con la propia sistemática penal del COIP.

II.- LA DOGMÁTICA DE LA OMISIÓN

El artículo 22 del COIP nos determina que las infracciones, que crean un peligro o daño, no podrán ser reprimidas si no son consecuencia de una acción u omisión. Es decir, que existen tipos activos y tipos omisivos que prevén un resultado (García, R., 2014, p. 294) (en el sentido más amplio del término jurídico). La importancia de esta sistemática se da por la estructura de ambos tipos, y más aún por la posibilidad de conductas de doble relevancia que pueden ser consideradas de ambas formas (Stratenwerth, 2000). Con ello que el Derecho Penal puede regular conductas sean estas un hacer como un no-hacer, teniendo dichas conductas una regulación distinta según su naturaleza (Muñoz y Aran, 2004, p. 237). La omisión está ligada a la negación de un actuar (Kaufmann, 2006, p. 45), por lo que viene sujeta tradicionalmente al problema del actuar y el no actuar (Schunemann, 2009, p. 39). Para esto, muchos autores determinan a la omisión con el no realizar de una acción posible (Schunemann, 2009, p. 73), con la exclusión de una acción querida por el Derecho en una situación determinada (Cuello & Mapelli, 2011, p. 198). Pero el tipo de omisión se refiere a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se completan si el autor no realiza la conducta prevista: la desobediencia de un

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

mandato de acción (Mir, 2011, p. 309) o de una norma imperativa (Muñoz y Aran, 2004, p. 237).

Esto es fundamental no solo en cuanto a la estructura (formal) del delito, por cuanto también afecta a su significado normativo; ya que, mientras que en los tipos de acción se da la infracción de una norma prohibitiva, en la omisión se infringe una norma preceptiva (Mir, 2011, p. 309). Por lo tanto, si bien esta sistemática puede ser correcta a modo de la expresión de la ley, no lo es en cuanto al fundamento. La omisión no consiste en un “*no hacer nada*”, sino en un “*no hacer lo debido*”, una infracción del deber; por lo que la omisión, en sí misma, no existe. (Muñoz y García, 2004, p. 238) (Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 2002, p. 572). No consiste en una pasividad (Robles & Sanchez – Ostiz, 2010, p. 113) sino en un no actuar conforme a la obligación existente, lo cual suele ser realizado mediante alguna otra acción (Mir, 2011, p. 309). Pero lo que se hace en vez de, o la total inactividad, o el comportamiento en una dirección distinta a la esperada, queda completamente fuera del concepto de omisión (Kaufmann, 2006, p. 46) y, por lo tanto, es irrelevante para su imputación.

La omisión como carácter de acción, o de capacidad de esta, es un concepto que fue ampliamente difundido, en especial por el finalismo (García, R., 2014, p. 288). Para ellos, la omisión tiene su importancia como una forma de conducta independientemente de su carácter típico. Lo cual significa que ésta queda constituida solo por la capacidad concreta de acción y la ausencia de realización de dicha acción, sin importar realmente si existe un mandato o una valoración jurídica (Kaufmann, 2006, p. 69). Sin embargo, la omisión no depende de un carácter físico-naturalista de una conducta, sea esta pasiva o activa, por ello no puede ser comprendida (desde una perspectiva penalmente relevante) desde un punto de vista ontológico (Silva, 2006, p. 155; Mir, 2011, p. 316); resulta imposible comprenderla como una realidad ontológica previa y contrapuesta a la acción (Robles & Sanchez – Ostiz, 2010, p. 114), o desde una perspectiva lógico-objetiva, como la llama Kaufmann (Kaufmann, 2006, p. 37), puesto a que su dependencia se basa fundamentalmente en la estructura del tipo y de su significado (Mir, 2011, p. 310).

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

Lo anterior implica que uno no debería analizar a la “omisión” sin tener en cuenta el tipo al que pertenece. Es más, debería quedar claro a este punto que la omisión únicamente cabe dentro de la *teoría del tipo de injusto* como parte de un juicio basado sobre el tipo (Silva, 2006, p. 165). Y que dicha omisión, no debería comprenderse como una especie de conducta, sino más bien como un tipo de norma que puede llegar a ser infringida (Mir, 2011, p. 310) volviéndose así imputable. Teniendo lo anterior en cuenta, vale la pena recalcar que la omisión surge específicamente en la tipicidad, y que lo hace como un resultado directo del juicio de imputación (Silva, 2006, p. 177).

Por otro lado, puede existir una omisión pre-jurídica que se configura con la infracción de una norma prescriptiva de otra índole, sea moral, social o jurídica no-penal. El concepto de omisión no es propio del Derecho Penal, pero ello no significa que dicho tipo de normas sean necesarias para la existencia del tipo omisivo (Mir, 2011, p. 310). La omisión viene ligada, tradicionalmente, al mandato. Un mandato exige la realización de una acción, mientras que una prohibición la veda (Kaufmann, 2006, p. 25). Aunque incluso puede decirse que todo mandato puede ser una prohibición y toda prohibición puede ser un mandato, (Kaufmann, 2006, p. 26) (Bacigalupo, 2004, p. 501) ello no cambia el hecho de que en un caso ha de realizarse algo y en el otro abstenerse (Kaufmann, 2006, p. 26). Asimismo, debe tenerse en consideración el principio de reserva, por lo cual el lenguaje prohibitivo predomina en el ordenamiento jurídico, mientras que el preceptivo se lo usa en pocas ocasiones. Incluso puede decirse que la omisión es una forma típica de prohibir acciones (Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 2002, p. 572). La reserva de usar tipos prescriptivos se da dentro de la lógica de que “no matar” posee un significado más restringido que el de “debes respetar la vida ajena”, mientras que la obligación de salvar la vida -dada a determinadas personas- no puede ser entregada a todas las personas de la sociedad (Zaffaroni, 1997, p. 571). Con lo que toda acción puede reformularse en una omisión, pero definitivamente esto no puede ocurrir a la inversa (Jakobs, 1997, p. 940).

En relación a la modalidad de omisión, cabe además señalar que en este caso “omitir”, al ser un verbo transitivo, siempre hace referencia a que se omite *algo*

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

(Kaufmann, 2006, p. 46) (Muñoz y García, 2004, p. 238), y ese *algo* es la acción querida; la acción esperada por el Derecho (Cuello & Mapelli, 2011, p. 198). Por este motivo es que la omisión únicamente configura un tipo en caso de ser contraria a una expectativa de acción jurídicopenal (Roxin, 2008, p. 755). Pues estas acciones penalmente relevantes lo son *solo* en tanto exista el deber de realizarlas, por lo que siempre consistirán en la *infracción del deber* (Muñoz y García, 2004, p. 238). Es precisamente el deber lo que diferenciará a las acciones y a las omisiones, si es un deber de no injerencia y respeto de la esfera de libertad ajena (comisión) o si es un deber de salvaguarda de un bien jurídico (omisión) (Silva, 2006, p. 185). Lo relevante para el Derecho Penal son las omisiones de los deberes jurídicos impuestos por este, siempre que se comete un delito se infringirá un deber (sea genérico o sea específico), pero dependerá el tipo de deber que se infringe para que tenga relevancia (Muñoz y García, 2004, p. 239). Lo relevante serían los presupuestos que fundamentan la responsabilidad que se emplea para las conductas, sea la propia organización, o la responsabilidad por la institución (Jakobs, 1997, p. 949). Todos estos presupuestos deben de estar a consideración desde una perspectiva *ex ante*. (Silva, 2006, p. 180).

III.- ESTRUCTURA TÍPICA DE LA OMISIÓN PROPIA

El tipo omisivo posee tres elementos objetivos básicos: la situación típica generadora del deber, la ausencia de la acción determinada, y la capacidad de realizar dicha acción (Mir, 2011, p. 316). Esto con el fin de analizar si la conducta del autor va de acuerdo con la norma de prescripción, siendo una tarea inversa a la realizada en los delitos de comisión, ya que, en vez de comprobar si una conducta se adecua al tipo, se mirará si la conducta no se adecua a Derecho (Bacigalupo, 2004, p. 505) (Zaffaroni, 1997, p. 570).

El primero consiste en la situación típica (Mir, 2011, p. 316), o las condiciones fácticas, de hecho, *necesarias* que se requieren para que surja el deber y pueda producirse la omisión. Son las condiciones y circunstancias que ponen en peligro un bien jurídico y que deben de eliminarse, reformarse, modificarse (Bacigalupo, 2004, p. 506). Estas circunstancias, existentes en todos los tipos omisivos, (ZAFFARONI, Alagia y Slokar, 2002, p. 573) deben de poder haber sido perceptibles *ex ante* por el autor a fin de que este

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

pueda tener la capacidad de actuar. La necesidad de que la situación típica posea la característica de *ex ante* se refleja en la necesidad político criminal de que no podemos exigirle a una persona que haya realizado la conducta debida sin que esta haya tenido la capacidad, objetiva, de realizar dicha conducta por lo que esos elementos deben darse (Silva, 2006, p. 355).

El segundo consiste en la omisión propiamente dicha, la *no realización* de una conducta exigida (Mir, 2011, p. 316); entendiéndose como lo opuesto a lo prohibido (denunciar un delito, en los términos del Art. 292 del Código Penal). Ello se da comparando la conducta realizada por el autor y la conducta prescrita por el derecho, analizando también que el obligado haya realizado un esfuerzo serio para cumplir con el mandato (Bacigalupo, 2004, p. 506). Con ello se aprecia más que el “omitir” sea parte de una estructura jurídica que un concepto naturalista.

El tercer elemento consiste en la capacidad de realización de la conducta por parte del autor, teniendo en cuenta el poder del autor de realizar la conducta exigida (Mir, 2011, p. 316). Esto se basa en que uno no puede ser imputado por un no-hacer simplemente (Cuello & Mapelli, 2011, p. 198), por ejemplo, no se puede decir que una persona ha omitido impedir que se cometa un delito que se realizó en otro país (técnicamente todas las personas hubiesen omitido hacerlo). La omisión debe de ser tal con respecto a una acción posible (Kaufmann, 2006, p. 48). Esto es un elemento individual, por cuanto debe de ser analizado según el obligado individualmente (Bacigalupo, 2004, p. 507).

Para ello se debe utilizar el baremo del hombre mentalmente normal pero situado en la posición del autor, con sus conocimientos anteriores y de la situación como base de la posibilidad de advertir la presencia de la situación típica y del poder actuar externo (Mir, 2011, p. 316). Esto radica en una posibilidad física de acción, lo cual no implica solo un dato de lugar y tiempo sino también de habilidad y facultad física de realizarlo (Kaufmann, 2006, p. 55). A esto se le añade un aspecto intelectual, el cual recae sobre los conocimientos objetivos de la situación típica (Kaufmann, 2006, p. 60). Esto con el fin de

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

que haya podido tomar la decisión de realizar la acción mandada (Bacigalupo, 2004, p. 507).

IV.- LA OMISIÓN IMPROPIA

La omisión puede ser –en principio- de dos clases: propia o impropia (la comisión por omisión). La comisión por omisión es tanto omisión como comisión; la omisión pura consiste en el simple no actuar de la manera determinada, mientras que la comisión por omisión consiste en la no evitación de un resultado (Mir, 2011, p. 312), un resultado que consiste en la lesión a un bien jurídico a la cual el autor había asumido el papel de protector (García, 2014, p. 303), o de vigilante de riesgos que puedan lesionar bienes jurídicos (Silva, 2006, p. 471) . El resultado que se presenta es un resultado propio de un delito de comisión, pero que, sin embargo, el autor no ejerce una participación activa dentro del curso causal lesivo (Silva, 2006, p. 471), sin embargo, al ser el mismo resultado que el de la comisión, se convierte en modalidades equivalentes (Bacigalupo, 2004, p. 505). De ello que su equiparación conceptual con los delitos de comisión lleva a comparar los delitos de omisión propia con los delitos de mera actividad; y los delitos de omisión impropia con los de resultado, con la problemática de cuando la no evitación del resultado es equivalente a su producción (Zambrano, 2006, p. 154; Schunnemann, 2009, p. 74; Bacigalupo, 2004, p. 505).

Por tal motivo es que para Schünnehan la distinción de estas clases de omisión no debe centrarse tanto en el resultado, sino más bien en la cláusula de equiparación de la omisión impropia. En este caso, el hecho de que la omisión impropia sea equivalente a la comisión es el diferenciador principal; por cuanto es el factor material que la legislación utiliza para distinguirlos (Schunnemann, 2009, p. 74; Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002, p. 575). Para Silva, que el autor asuma un rol de garante, ya sea con una función de protección de bienes jurídicos o con función de vigilancia, crea una confianza entre el protegido y terceros. Por esto es que que concurre un control del proceso causal similar normativamente (en el plano de las estructuras de imputación) a la comisión (Silva, 2006, p. 471). También el dominio del resultado es igual en la comisión, por lo que existe una injerencia en la

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

esfera jurídica ajena, justificando la imputación (Silva, 2006, p. 472). De ello que es una comisión propia y una omisión impropia (Silva, 2006, p. 473); pues es precisamente, una comisión propia pero por omisión, es decir, sin actuar activo.

Ahora bien, la terminología existente entre omisión propia e impropia está dividida. Mientras un sector doctrinario considera la terminología de propia e impropia según la necesidad de evitación del resultado; otro sector utiliza la terminología de propia e impropia para los casos en los que las omisiones se encuentran establecidas en la ley o no (Kaufmann, 2006, p. 284). Así, independientemente si es una comisión por omisión, o una omisión pura, si esta está estipulada en la ley, como tal, será una omisión propia, mientras que si no, sería impropia (Mir, 2011, p. 312). Para Muñoz Conde estos delitos pueden ser: omisión propia, de omisión y resultado (lo que, por ser de resultado, algunos ya considerarían impropia), o impropias (las no estipuladas en el Código Penal como tipos penales propios sino como una modalidad de acción) (Muñoz y García, 2004, p. 240). Silva divide los delitos de omisión en impropia (equivalente a la comisión), omisión pura -y entre ambas- la omisión de garante (Silva, 2006, p. 476), que es una omisión agravada, en la que se infringe el deber sin inmiscuirse en la esfera jurídica ajena (Silva, 2006, p. 477).

El problema de la imputación de la omisión impropia contiene ciertos elementos específicos en común con la imputación de la omisión propia. Más aun, siempre hay casos límite en donde el problema de acción/omisión debe de ser aclarado, pues el escoger entre un tipo u otro nos permitirá saber ante qué clase de omisión o conducta nos enfrentamos, y con ello, al requerimiento de posición de garante (Mir, 2011, p. 312). Ahora bien, no porque se omita sin encontrarse en la posición de garante significa que se vaya a quedar impune el delito, simplemente puede serle atribuido un delito de omisión pura, si este existiese (Mir, 2011, p. 320). Puede producirse que una misma norma viole los dos tipos de norma, las preceptivas y las prohibitivas, y en esos casos debemos de plantearnos si nos encontramos ante una acción o una omisión (Mir, 2011, p. 311). Para resolver esto se ha planteado el *criterio de la causalidad*, con el cual se pregunta si la causación del resultado fue principalmente por un actuar positivo (Bacigalupo, 2004, p. 503; Mir, 2011, p. 312). A ello debe de tenerse en cuenta tres criterios diferentes para su aplicación: que el autor haya

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

dado el impulso a la cadena causal que llevó al resultado, que dicho impulso sea típicamente antijurídico y culpable, y si no fuese un hecho activo típicamente antijurídico analizar si le era posible al autor evitar el resultado (Bacigalupo, 2004, p. 503).

V.- EL ART. 23 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 23 del COIP claramente nos expresa la situación a la que nos enfrentamos: No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo (Código Orgánico Integral Penal, C. O. I. P., 2014). Este corto artículo contiene los elementos necesarios para el establecimiento de la omisión impropia, pero que sin embargo, su amplitud merece que se le haga el respectivo análisis para poder delimitarlo correctamente.

Claramente están definidos los requisitos fundamentales para las omisiones impropias: la ausencia de acción esperada (*no impedir*), la necesidad del resultado (*un acontecimiento*), la condicionalidad de la situación típica y limitación del autor (*cuando se tiene*, excluyendo los casos en los que no se tenga), el posicionamiento del deber de garante hacia el autor (*la obligación jurídica de impedir*), la cláusula de equivalencia (*equivale a ocasionarlo*). El “*no impedir un acontecimiento*” no solo abarca la ausencia de la acción esperada por el derecho, sino que además debe de interpretarse que requieren los otros requisitos de imputación para las omisiones, tales como la capacidad de haber realizado la acción esperada, el que el riesgo anteriormente creado (en casos de injerencia) no sea un riesgo permitido, etc. Con ello también se debe analizar el resultado, el cual no es un resultado con *nexo causal* sino con un *nexo de evitación*.

La cláusula de equivalencia ya fue explicada anteriormente, sin embargo analizaremos posteriormente si dicha cláusula es material o formal a fin de que pueda ser compatible con el principio de legalidad. De ello, que si se acepta la existencia de tipos de omisión impropia no escritos o si solo se aceptan aquellos que están estipulados en la ley. La obligación jurídica de evitar resultará ser uno de los ejes de este tipo delictivo. Ello porque a) no toda persona tiene la obligación, y b) no toda obligación es incluido en el tipo.

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

Con ello deberemos de analizar la naturaleza de las obligaciones jurídicas, desde un punto de vista penal, y con ello la respectiva delimitación de cuales deberán de entrar en el tipo penal. Por esto es que el tipo de comisión por omisión posee los mismos elementos que el tipo omisivo general, la *situación típica*, la ausencia de *la conducta exigida*, y la *capacidad de realizar dicha conducta* (Mir, 2011, p. 318). Sin embargo, a estos elementos se les debe de añadir unos elementos adicionales: la situación típica debe de estar integrada por una posición de garante; la falta de conducta típica debe de estar seguida de la producción de un resultado, y; la capacidad de realizar la conducta determinada debe de conllevar la posibilidad de evitar el resultado (Mir, 2011, p. 318).

a.- La situación típica y la obligación jurídica

Para Mir Puig hay dos ideas centrales que se deben de tener en cuenta dentro de la situación típica: la creación o aumento, en un momento anterior, de un peligro atribuible a su autor, y; que tal peligro determine, en el momento del hecho, una dependencia personal del bien jurídico respecto del causante (Mir, 2011, p. 319). No basta con la creación o aumento de un riesgo imputable al autor, por ser anterior, por más que esto nos permita afirmar que dicho agente no es ajeno al peligro; sino que además esto debe de ser realizado voluntariamente para que pueda ser atribuido (Mir, 2011, p. 319; Muñoz y García, 2004, p. 243). Con ello se exige además que dicho bien jurídico se encuentre en el control personal del omitente (Mir, 2011, p. 319). A ello hay que añadirle la necesidad de que el imputado deba de ser responsable, de manera incrementada, del bien jurídico o interés amenazado (Stratenwerth, 2000).

Además de las circunstancias dadas en la situación típica, por cuanto la omisión impropia es básicamente la imputación de un resultado por la no realización de una *acción debida*, debemos analizar qué es lo *debido*, cuál es el deber que da origen a la posición de garante. La *posición de garante* es básicamente un deber especial de evitar un resultado negativo (Stratenwerth, 2000), un deber exigido al autor de proteger el bien jurídico afectado (garante de protección), o el control de una fuente de peligro (garante de control o aseguramiento) (Stratenwerth, 2000). Con ello, se limita la posibilidad de imputación por la

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

no evitación de un resultado solo a personas que posean dicha posición de garante, equiparándose su no evitación a la creación del riesgo (Muñoz y García, 2004, p. 244).

La naturaleza de la obligación jurídica, como tal, es la misma tanto para las acciones como para las omisiones. Si partimos de la premisa de que existen normas permisivas y prohibitivas, ambas normas poseen un carácter obligacional dentro de ellas. La diferencia principal se encontraría pues en que si dicha carga obligacional posee el carácter de impedir un acontecimiento, por lo que esto servirá para hacer responsable al autor de un acontecimiento. De ello, que este tipo de enunciados no son meramente valorativos sino adscriptivos, vocablos como “matar”, en el Código Penal, no tienen la función de describir un hecho ni simplemente valorarlo, sino de adscribir la responsabilidad sobre ese acto (Hart, 1951, p.190). Con esto que la delimitación de la *obligación jurídica de impedir* sea traducido en un *deber de garante de evitar* el resultado. La ley requiere que dicho deber, u obligación, sea jurídico, y por ende no morales o de otra naturaleza (Jakobs, 1997, p. 968). Este deber de garante concede una función protectora, la cual debe de establecerse según sus límites, el cual será el límite mismo de la responsabilidad (Jakobs, 1997, p. 969). La fundamentación de los deberes de garante pueden darse desde varias perspectivas diferentes: según si parten del propio ámbito de organización de una persona (responsabilidad por organización) o según la pertenencia institucional de una persona (responsabilidad institucional) (Jakobs, 1997, p. 968; Bacigalupo, 2004, p. 518).

i.- La función de protección

Ahora bien, para que exista posición de garante debe de haber una *función de protección del bien jurídico* por parte de un sujeto, por lo que este se vuelve responsable del mismo (Mir, 2011, p. 321; Muñoz y García, 2004, p. 246). Esto se da claramente en casos de estrecha vinculación familiar, en las que se encuentre una dependencia existencial (piénsese en los hijos recién nacidos o familiares cercanos sin posibilidad de valerse por sí mismos) (Mir, 2011, p. 321). No basta solo con que exista la vinculación familiar (Mir, 2011, p. 322) o una estrecha comunidad de vida (Stratenwerth, 2000) o convivencia *de facto* (Muñoz y García, 2004, p. 246), sino que debe de existir una dependencia absoluta

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

por parte de la otra persona, asumida por el garante (Mir, 2011, p. 322) por lo que no se necesita un fundamento legal ya que esto se encuentra dentro de la función de protección de los bienes jurídicos del Derecho Penal (Muñoz y García, 2004, p. 246). Además, los funcionarios públicos poseen dicho deber de protección ante los bienes o intereses que están puestos a su cargo (Stratenwerth, 2000). Así, las autoridades de control del medio ambiente en el ámbito de sus atribuciones o los policías en el cuidado de los ciudadanos (si no impiden un delito que observan) (Stratenwerth, 2000). Incluso otros intereses entregados a los fiscales y jueces, quienes tienen el interés de velar y proteger dichos intereses (Stratenwerth, 2000).

Otra situación en la que se da la posición de garante es la llamada *comunidad de peligro asumida voluntariamente* (Stratenwerth, 2000), en la cual varias personas intervienen en una misma actividad peligrosa y, por ello, tienen la obligación de socorrerse entre sí (Mir, 2011, p. 322), fundamentado por el principio de confianza que los motiva a dicha comunidad (Muñoz y García, 2004, p. 246). Por lo que si uno de ellos cae en un accidente relacionado con el riesgo típico, se encuentran en posición de garante todos los demás o quien tenga confiada la custodia, como en el caso de un guía entre turistas inexpertos (Mir, 2011, p. 322). Esto se da a que la realización de dicha actividad se da con la confianza de la ayuda de los demás intervinientes, de ello que la asunción voluntaria de la protección de los demás intervinientes, excluyendo la posición de garante en eventos cataclísmicos inexpertos (Mir, 2011, p. 322).

La *asunción voluntaria* de la función de protección consiste en asumir la protección del bien jurídico cuando este se encuentre en una situación de decisiva dependencia, lo que puede causar que una persona corra riesgos mayores confiando en la protección del garante (Mir, 2011, p. 323), quien estará obligado a impedir determinados resultados, para lo cual dio su aceptación (Muñoz y García, 2004, p. 246). Tradicionalmente esto se lo tomo como la necesidad de un contrato previo, como fuente de deber de garantía (Stratenwerth, 2000). Pero no podemos depender de un contrato para asumir la posición de garante (por ejemplo si la víctima se encuentra inconsciente no podría consentir) (Mir, 2011, p. 323).

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

ii.- La función de vigilancia

La *función de vigilancia*, o *deber de control de una fuente de peligro* depende de quién tiene la capacidad de crearlo o de quien se ha atribuido su vigilancia. Bastará con dejar de efectuar dicho control para que se produzca un daño, y dicha producción equivaldrá a su creación positiva (Mir, 2011, p. 324). Para esto deberemos de diferenciar tres supuestos diferentes: la injerencia (o actuar precedente), el deber de control de las fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio, y, la responsabilidad de las conductas de otras personas (Mir, 2011, p. 324).

La injerencia es una de las figuras que más debate y dudas causa dentro de este ámbito, habiendo sido utilizada tradicionalmente como justificativo para la punición de ciertas conductas que no entraban en los caracteres tradicionales (Stratenwerth, 2000). Se entiende que quien ha provocado, por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico está en la obligación de evitar la lesión que pueda provenir de este (Muñoz y García, 2004, p. 247). Esto bajo la base de que cada persona es libre de configurar sus propias actividades siempre que responda por los daños causados (Bacigalupo, 2004, p. 519). Sin embargo, no basta con la existencia de un deber para afirmar que la omisión equivale a la causación positiva, la sola conducta precedente no es suficiente (Mir, 2011, p. 325). Esto se da, indudablemente, cuando el peligro es creado dolosamente o haya sido previsible desde una perspectiva *ex ante* (Stratenwerth, 2000), pero causa problemas cuando este es causado por imprudencia (Mir, 2011, p. 325).

A esto se le añade la problemática si la fundamentación del deber de garante se basa en una calificación jurídica, sea contraria a deber o ilícita, previa a la conducta (Stratenwerth, 2000). Esta antinormatividad solo ha de importar si condiciona la posibilidad de imputar al sujeto el peligro creado (Mir, 2011, p. 326). Sin embargo, la falta de antinormatividad no siempre será causal para excluir la posición de garante, pues puede darse el caso de que dicha falta antinormatividad se produzca por una acción lícita o habitual, pero se crea un peligro voluntariamente buscado y de forma consciente (Stratenwerth, 2000). Sin duda, dicha antinormatividad no existirá cuando no se cumplan

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

los requisitos de antijuricidad de la conducta (Mir, 2011, p. 326). Así, en casos de legítima defensa, el daño creado es lícito y no se tienen deberes de garante (Stratenwerth, 2000).

El *deber de control del ámbito de dominio*, que se basa en el control de las fuentes de peligro o riesgos en el tráfico jurídico que operan en el propio ámbito de dominio del garante consiste en controlar las posibilidades de lesión para los bienes jurídicos por parte de fuentes peligrosas a control del garante (Mir, 2011, p. 328), como el mantener un vehículo en buen estado o el control que se le debe de poner a un animal para que este no cause peligro (Stratenwerth, 2000), es una responsabilidad por el estado de las cosas (Stratenwerth, 2000). Ello se justifica en el deber de garantizar que dichas fuentes estén controladas o neutralizadas por parte del que tenga el deber de hacerlo o su dominio a fin de proteger a las otras personas que puedan verse en riesgo (Stratenwerth, 2000). Más dudoso es el caso en el que el deber de control este en un supuesto ámbito, en sí, no peligroso (Mir, 2011, p. 328). Esto tiene que ver con el actuar de terceros y la responsabilidad de la conducta de otras personas. Con ello también se incluye la posibilidad de *responsabilidad por el producto* (Stratenwerth, 2000) en la que existen peligros no conocidos ni inadmisiblemente elevados, pero que al momento de conocerse deben de ser retirados (Stratenwerth, 2000) ya que él controla la información circulante y la distribución del producto.

Además existe un *deber de vigilancia* o de supervisión sobre los males que las personas que están a cargo de otras puedan causar a terceros (Mir, 2011, p. 328). Nuevamente puede considerarse aquí el caso de los padres sobre los menores no responsables (Stratenwerth, 2000). Pero ello no debe de extenderse a todos los casos sino a los casos específicos que dicho vigilado pueda presentar peligrosidad (Mir, 2011, p. 329). Ahora bien, esto implicaría que dicha persona obligada a vigilancia no sería considerada autora de dicho delito, sino solo participe, por cuanto no puede considerarse que la otra persona fue un instrumento por la sola omisión de vigilar (Mir, 2011, p. 329).

b.- La ausencia de acción

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

Ahora bien, se exige que además de la posición de garante exista la ausencia de la acción debida unida a la producción de un resultado, es la ausencia de una acción que hubiese producido dicho resultado (Jakobs, 1997, p. 959). Los delitos de comisión por omisión son tipos de resultado, pero no solo por la existencia del resultado significa que es un delito de comisión por omisión. Si no se tiene el deber de garante ni la capacidad de evitar el resultado, no se configura el hecho típico (Mir, 2011, p. 329). El omitente no es causal de lo omitido (Kaufmann, 2006, p. 79), y la omisión no es causal, ni puede ser entendida como tal, de un resultado, por cuanto falta la fuerza desencadenante (*ex nihilo nihil fit*) (Muñoz y García, 2004, p. 243) (Carnevali, 2008, p. 145) sino que la ejecución de la acción debida hubiera sido causal de la ausencia del resultado, como posibilidad fáctica (Muñoz y García, 2004, p. 244) (Jakobs, 1997, p. 960). Se caracteriza por el hecho de que la falta de acción es la de una acción esperada por el derecho (Cuello & Mapelli, 2011, p. 198), acción que realizada pudo haber eliminado o disminuido el riesgo (Stratenwerth, 2000), esto basado en la posibilidad, o potencialidad, de disminución del resultado, lo cual puede consistir, en esencia, en una causalidad hipotética (Stratenwerth, 2000), aunque en realidad es más bien una cuestión de probabilidad o estadística (Stratenwerth, 2000).

c.- Capacidad de evitar el resultado

La capacidad de evitar el resultado está ligada a la capacidad de hacer la acción debida, a la actividad humana (Muñoz y García, 2004, p. 244). Si por más que se actuara de la manera debida se producirá el resultado, faltará la capacidad de evitar dicho resultado (Mir, 2011, p. 330), y con ello el *nexo de evitación* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, A., 2002, p. 574). Esto es una capacidad in abstracto de evitar el resultado (Jakobs, 1997, p. 956). Para ello se debe de ver las capacidades de la persona obligada a actuar y a los medios disponibles para él en las circunstancias determinadas en el momento concreto (Kaufmann, 2006, p. 30).

Si no se encontraba en las condiciones adecuadas para evitar el resultado, mal podría reconducírsele a él la responsabilidad por su omisión. En una capacidad de realizar una acción determinada (y no la capacidad de acción individual) (Stratenwerth, 2000). Para

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

ello, y dentro de la tipicidad objetiva, debe la cognoscibilidad de posibilidad de salvamento, objetivamente determinada y ex ante, dentro de las capacidades individuales del autor (Stratenwerth, 2000) el comportamiento debe de serle física y psíquicamente posible al autor (Jakobs, 1997, p. 956). Para ello, quedan fuera de dicha posibilidad los actos salvadores que no pueden realizarse voluntariamente y los que son físicamente imposibles (Jakobs, 1997, p. 956). Para Jakobs toda definición de la capacidad de evitación del resultado que conlleve la cognoscibilidad objetiva tanto del resultado como de la posibilidad evitación pueden no ser tomadas en cuenta, ya que mezclarían la diferencia entre tipo objetivo y tipo subjetivo (Jakobs, 1997, p. 957). Bajo mi consideración, no hay dicha intromisión ni confusión por cuanto nos topamos en el mismo caso de los conocimientos especiales que puedan poseer los autores.

Los actos voluntarios salvadores corresponden a cuestiones de habilidad, de rutina o de automatismo: el no saber manejar o nadar extinguiría dicha capacidad de evitar el resultado por falta de capacidad abstracta de realizar dicha conducta (Jakobs, 1997, p. 956). La capacidad física faltaría cuando no se tiene la fuerza muscular o la agudeza de los órganos sensoriales suficientes para realizar la acción: nadar contra una corriente fuerte, por ejemplo. (Jakobs, 1997, p. 956). Esto solo extingue la capacidad de salvación de propia mano, por cuanto aun existe la posibilidad de salvamento mediante el pedido de ayuda o socorro o de alerta a las autoridades, o incluso a la misma víctima (Jakobs, 1997, p. 957). Por ello que puede existir una capacidad abstracta múltiple, siempre que se puedan activar los medios idóneos para el salvamento (Jakobs, 1997, p. 957). Esto plantea la pregunta sobre cuanto esfuerzo debe realizar el garante para evitar el resultado: ¿debe hacer todo lo posible hasta el punto de exhausto o basta con un mínimo?

Para ello se debe establecer un estándar objetivo del riesgo, del cual nadie está obligado a ir más allá de dicho estándar (Jakobs, 1997, p. 958). Este estándar puede ser pasado por alto cuando la persona ha buscado un riesgo especial o cuando tiene la obligación de ir más allá de él (Jakobs, 1997, p. 958), no es lo mismo lo que se le exige a una persona normal al socorrer un incendio que lo que se le exige a un bombero. Dicha racionalidad también va con respecto al uso de los bienes utilizados para el salvamento, en

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

donde se pide un uso racional y proporcional a las necesidades de salvamento, sean bienes propios o ajenos (Jakobs, 1997, p. 958).

VI.- CONCLUSIÓN

Para dar por concluido este trabajo académico considero imprescindible señalar que, luego del análisis, es evidente cómo el Art. 28 resulta perjudicial en la práctica. Principalmente debido a que esta norma limita su aplicación únicamente a aquellos casos donde una persona ocupa la posición de garante. En otras palabras, esto significa que en el Ecuador la omisión dolosa es un delito que se le puede imputar a alguien solo en relación a cuatro derechos específicos: la vida, salud, libertad o integridad personal. ¿Por qué únicamente en estos casos prevé el legislador una conducta dolosa? Anteriormente fueron advertidas ya todas las complicaciones que surgían en relación a este tema. Sin embargo, para concluir vale la pena mencionar que si bien en teoría el Art. 23 y el Art. 28 tratan respecto a los mismos supuestos, el Art. 28 específicamente establece que solo quien ocupa una posición de garante puede considerarse culpable de un delito comisión por omisión; y

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

es principalmente por este motivo que se considera que soluciones congruentes con la propia sistemática del Código Orgánico Integral Penal deben de implementarse de manera urgente.

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

BIBLIOGRAFÍA:

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho Penal Parte General*, ARA editores, Perú, 2004.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., *Problemas de Política Criminal y otros estudios*, Legal Publishing, *Ius et praxis*, 2008.

CUELLO CONTRERAS, J., & MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de derecho penal. Parte general*. Editorial Tecnos, Madrid, España, 2011.

Donini, M., *Teoría del Reato*, 1996.

GARCÍA FALCONÍ, R. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, Latitud Cero Editores, Ecuador, 2014.

HART, Herbert L. A., “The Ascription of Responsibility and Rights” en *Essays on Logic and Language*, capítulo VIII sección I, Oxford, 1951.

JAKOBS, G., *Derecho Penal Parte General*, segunda edición, 1997.

JAKOBS, G., *El Fundamento del Sistema Jurídico Penal*, 2005.

JESCHEK, Hans-Heinrich y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal Parte General*, quinta edición, (trad. Olmedo Cardenete), 2002.

KAUFMANN, A., *Dogmática de los Delitos de Omisión*, Marcial Pons, 2006.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, novena edición, 2011.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARAN, M., *Derecho Penal Parte General*, sexta edición, 2004.

ROBLES PLANAS, R., & SANCHEZ- OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Crisis del derecho penal contemporaneo*, Atelier Libros, 2010.

LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General*, t. I, segunda edición, (trad. Luzon Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal) Madrid, 2008.

SCHÜNEMANN, B., *Fundamento y Límites del Delito de Omisión Impropia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El Delito de Omisión*, 2da edición. Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

STRATENWERTH, G., *Derecho Penal Parte General I: el hecho punible*, 2000.

TORRES CHAVES, E., *Breves Comentarios al Código Penal*, 1ra edición. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2002.

YAVAR, F., *Orientaciones del Código Orgánico Integral Penal*. Producciones Jurídicas Feryanú, Quito, 2014.

ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A.y SLOKAR, A., *Derecho Penal Parte General*, segunda edición, Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal, parte general*, t. III, Buenos Aires, 1997.

ZAMBRANO PASQUEL, A., *Derecho Penal Parte General*, 3ra edición, Lima, 2006.