

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**Impunidad del sujeto activo que se encuentra en
posición de garante frente a un deber que se deriva de
la ayuda a la comunidad.**

[Eliminación de sanciones hacia el garante de bienes jurídicos protegidos
en la comunidad por los delitos de comisión por omisión]

Antonia Meneses Bustamante

Tesina presentada como requisito para la obtención de título de abogado de los
Tribunales de la República del Ecuador.

Director:

Dr. Xavier Andrade Castillo

Quito, noviembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

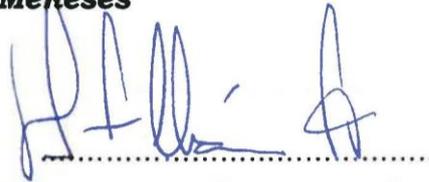
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Impunidad del sujeto activo que se encuentra en posición de garante frente a un deber que se deriva de la ayuda a la comunidad”

Antonia Meneses

Dr. Juan Pablo Albán
Presidente del Tribunal e Informante



Dr. Xavier Andrade
Director de Tesis



Dr. Ernesto Albán
Delegado del Decano e Informante



Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 11 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre:

C. I.:

Fecha:

Antonia Menezes

Antonia Menezes

1713676011

16/01/2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

INFORME DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: Impunidad del sujeto activo que se encuentra en posición de garante frente a un deber que se deriva de la ayuda a la comunidad. [Eliminación de sanciones hacia el garante de bienes jurídicos en la comunidad por los delitos de comisión por omisión]

ALUMNO: Antonia Meneses Bustamante

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema planteado por la estudiante se centra en el universo de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia, particularmente en la muy discutida posición de garante. El problema se deriva en que personas, miembros de un grupo o comunidad, están obligados en "ciertos casos" a cuidar de manera solidaria, directa y obligatoria de bienes jurídicos que entran en su esfera de custodia (vida-integridad física precisamente), y que esta obligación no es jurídica, ni normativa, ni de clase alguna, y que mal puede sancionarse a una persona por considerar que es una acción omisiva punible.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis del problema, planteada y sostenida por la investigadora a lo largo de los tres capítulos de su trabajo, se centra en el análisis jurídico de la omisión como un concepto general, sus elementos y sus clases (pág. 11-15). Aquí es donde precisa su tema cuando aborda a la omisión impropia y el origen de la posición de garante bajo sus elementos funcionales, como los es unos de ellos, el deber de solidaridad social u obligación de prestar auxilio. Su hipótesis entonces responde a que no es posible penar a una persona que está en posición de garante porque se viola el principio de legalidad en cuanto al postulado *nullun crimen, nulla poena sine lege stricta (certa)*, que impide la interpretación o la analogía tanto del precepto como de la pena, para completar tipos penales ciertamente dudosos al asimilar la acción con la omisión. Es claro que la postura jurídica es correcta desde el punto de vista formal penal e incluso constitucional, pero discutible desde el lado material, práctico-real, que es donde justamente se generan los problemas, haciendo del trabajo, una investigación importante, novedosa y controversial.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

La tesina recoge bibliografía de autores nacionales e internacionales tanto en teoría del delito como la parte especial relacionada con los criterios de tipologías omisivas. Los materiales bibliográficos y los documentos de soporte como una normativa suiza y otra colombiana, son complementados con información obtenida de páginas web, generando

APF

un adecuado y conveniente desarrollo estructural de contenidos. Además de ello, se hace un análisis del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal (pág. 52), discutido a la fecha de presentación de este trabajo.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El contenido argumental del trabajo escrito es coherente y consistente en cuanto confronta dos posiciones, una a favor de la punibilidad del que se encuentra en posición de garante; y otra, en contra, tomando en consideración que esta es asumida unilateralmente, sin solicitud del socorrido. Ahora bien, en el capítulo 1 la investigadora señala los conceptos de omisión desde parámetros muy generales, observando un tipo penal (págs. 4-5) para señalar de manera también general cuáles son los elementos de la omisión (pág. 5). Ya más adelante la autora precisa cuáles son los elementos de la omisión citando a autores que los definen, para rápidamente pasar a revisar los tipos de omisión (pág. 10) en donde vuelve a establecer con mayor detalle los elementos estructurales de la modalidad delictiva de estudio (págs. 11-13), precisando dos normas penales como ejemplos de omisión propia. Más adelante, la omisión impropia es abordada de manera breve y general, aunque la autora en esta parte ya expone su opinión al decir que, no haber evitado el daño, equivale a haberlo cometido (pág. 19). La posición de garante como elemento de la omisión impropia es estudiada en el capítulo 2, fundamentándose en dos teorías, una formal y otra material para establecer el origen de una obligación de responder frente a un bien jurídico que se encuentra en peligro. Aquí el estudio es novedoso por cuanto parte de ejemplos prácticos, aunque en la pág. 23 último párrafo se concluye en algo que es evidente, la autora justifica sintéticamente aquí su hipótesis cuando plantea dos parámetros o lineamientos (como ella los llama), para atribuir obligación a una persona y de ello, sea garante de otra, penalmente hablando: 1. Evidenciar que existe una situación de carácter evitable cuya responsabilidad está en manos de quien debía evitar tal situación; y 2. El riesgo de la conducta que se debió evitar tiene que tratarse de algo contrario a derecho (tomando en cuenta la posición de Carlos Blanco -citado por la autora-), esto es, contemplar estas posibilidades de manera precisa en una norma que determine cuando una persona está en posición de garante (págs. 23-24). El subtítulo 2.3 El principio de legalidad y la posición de garante contenido de la pág. 26 a la 30, es la estructura básica del problema planteado, cuyo contenido argumental es consistente y bien fundamentado para sostener la hipótesis planteada. El capítulo último hace un análisis interesante de la normativa colombiana incluso señalando una sentencia de corte constitucional que abre curiosamente otros temas de estudio como la solidaridad y las expectativas (págs. 42-43). Otro dato importante es la información de como en la normativa suiza se maneja al que está en posición de garante a través de reglas, que la autora ilustra en cuadros, pág. 49-51. El último tema de estudio es el análisis del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, en donde la autora critica y lo define de incompleto al texto al sostener que deja un vacío legal que "solo puede ser solventado en base a la interpretación de cada persona según el caso concreto" pág. 52, evidenciando no solo su razón crítica de "observarlo" sino el conocimiento desarrollado en el fundamento jurídico que gira en torno del planteamiento de su tesina. *JP*

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.

Se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de tesinas según las exigencias y reglamento de la USFQ además del cronograma de revisión de borradores.

Por lo expuesto, apruebo la tesina.

FIRMA DIRECTOR:

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Dr. Xavier F. Andrade Castillo", is written over a horizontal line. The signature is stylized and includes a large, circular flourish at the end.

Dr. Xavier F. Andrade Castillo

Índice

Introducción.....	1
Capítulo 1	4
1.1 Concepto Omisión.-	4
1.2 Elementos de la omisión.-.....	7
a. Voluntad:.....	8
b. Mandato u obligación jurídica:.....	9
c. Capacidad psicofísica:.....	9
1.3 Tipos de omisión.-	10
a. Omisión propia:.....	11
b. Omisión Impropia:	15
Capítulo 2	20
2.1 Origen de la posición de garante.-	20
a. Teoría de la Obligación Jurídica Formal:.....	20
b. Teoría de la Obligación Jurídica Material:	20
2.2 Dolo Eventual en la Omisión.-	24
2.3 El principio de legalidad y la posición de garante.-	26
2.4 La imprudencia- Concepto.-	30
2.4.1 Clases de Imprudencia:	33
Capítulo 3	38
3.1 Análisis de la normativa en Colombia	38
3.2 Posición de Garante.-.....	40
3.3 Solidaridad en Colombia.-	43
3.4 Análisis de la normativa en Suiza.-	45
3.4.1 Posición de Garante:	48
3.5 Análisis del Proyecto de Código Orgánico Integral de Garantías Penales del Ecuador.-	52

3.5.1 Principio de Legalidad:	53
3.5.2 Posición de Garante:.....	55
3.5.3 Error de tipo en la omisión impropia:.....	55
Conclusiones y Recomendaciones	58
Bibliografía.....	63

Resumen

El presente trabajo busca pormenorizar el concepto de los delitos de omisión impropia y los elementos que la componen. Como tema central se aborda los orígenes de la posición de garante y se discute la imputabilidad de los sujetos activos que incurren en los delitos denominados “delitos de comisión por omisión”, derivado de un deber frente a la comunidad. Se demostrará la escasa investigación y la poca dedicación que se le ha dado al tema en mención, tanto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como también, en el ordenamiento jurídico colombiano y suizo. También se recalca la grave contradicción que puede tener este tipo de delitos con el Principio de Legalidad. Siendo éste, uno de los principios fundamentales del Derecho y cómo, por dicha contradicción, pueden verse afectados ciertos derechos fundamentales de quienes son juzgados, siendo ésta, una violación a la Constitución de nuestro país. Finalmente, se mostrará como la solidaridad entre los pertenecientes a sociedades disminuye, en base a un desintensivo generado por normas incompletas que castigan la buena voluntad de ayudar a los pares.

Abstract

The present research seeks to detail the concept of the crime of improper omission and the elements that compose it. The topic is based on the origins of the guarantor's position and the discussion on the criminal imputation to those who incur in the "crimes of commission by omission" derived from a social obligation in their community. This work will demonstrate the lack of investigation on this particular topic in the judicial systems in Ecuador, Colombia and Switzerland. Furthermore, it will highlight the serious contradiction that this type of crimes can have with the Principle of Legality. This contradiction, can affect fundamental human rights that are inherent to those who are to be judged, meaning that the criminal law violates the Ecuadorian Constitution. Finally, it will demonstrate how the levels of solidarity inside our communities have been lowered due to a disincentive created by incomplete laws that sanction the willingness of helping those who surround us.

Introducción

La falta de solidaridad en la sociedad ecuatoriana es un hecho notable y que aumenta conforme avanza el tiempo. La solidaridad ha perdido su significado real en razón de un miedo que tienen los ciudadanos a prestar ayuda a sus pares. Dicho miedo proviene directamente del ordenamiento jurídico, puntualmente en las normas penales. Dentro del derecho penal, existen diversidad de delitos e infracciones que se pueden diferenciar con base en su forma de cometimiento, por el sujeto activo, por el sujeto pasivo, los elementos subjetivos y su verbo rector o núcleo. Los delitos pueden ser cometidos por acción u omisión, teniendo en cuenta que la omisión es vista como el no hacer algo a lo que una persona está obligada, afectando así un bien jurídico protegido¹. Este trabajo aborda los dos tipos de omisión y se enfoca en los delitos de omisión impropia y el origen de la posición de garante.

El punto de inflexión, y el que aborda la hipótesis de esta tesina, discute la imputabilidad del sujeto activo que se encuentra en posición de garante frente a un deber que se deriva de la ayuda a la comunidad. El problema se puede evidenciar cuando un sujeto que pertenece a una sociedad y a una comunidad recae en un supuesto delito de comisión por omisión (omisión impropia), cuando éste por ayudar a sus semejantes es considerado como garante de los bienes jurídicos protegidos de la persona a quien ayuda. Es decir, cuando una persona tiene la buena voluntad de ayudar a un tercero sin que se le haya solicitado, tendrá toda responsabilidad sobre lo que a quien se ayuda le pueda suceder. Lo mencionado se puede demostrar cuando una persona ayuda a cruzar la calle a una persona mayor o cuando después de un accidente de tránsito se encuentra una persona herida en la calle y se la ayuda tratando de llevarla a un hospital para que sea auxiliada.

Es importante mencionar que dentro de este tema se está tratando a la posición de garante asumida unilateralmente, es decir, que las personas que son ayudadas no han solicitado socorro o asistencia. Esto quiere decir que no existe un mandato legal en el que se establezca que el garante está frente a la obligación de prestar la ayuda. El garante decide por su voluntad propia entrar en el ámbito y “deber” de protección y de prestar esa ayuda a quien no la ha pedido.

¹ Ernesto Albán Gómez. **Manual de Derecho Penal Ecuatoriano –Parte General**. Sexta edición. Quito: Ediciones Legales, 2008, p. 135.

La doctrina y la poca jurisprudencia han establecido que una vez que uno es garante de los bienes jurídicos protegidos de otra persona, debe responder por cualquier vulneración que se de en contra de dichos bienes. Sin embargo, en este caso específico estamos frente a la posibilidad de un gran debate en el que se consideran aspectos de suma importancia como lo es el Principio de Legalidad, la presencia del dolo y la culpa y la imputabilidad del cometimiento de un delito penal hacia el supuesto sujeto activo. Teóricamente, quien se encuentra en garantía de bienes jurídicos protegidos, responde por la afectación que éstos puedan tener, sin importar el origen de dicha posición de garante. Ahora bien, bajo mi perspectiva personal, considero que existe la posibilidad de que frente a la ayuda prestada a un tercero en base a la solidaridad social y un bien jurídico protegido se vea afectado negativamente, no debe haber sanción alguna por existir una carencia de elementos y sobre todo, elementos objetivos y subjetivos como lo son:

- Carencia de dolo.
- Falta de determinación sobre el significado de la omisión impropia.
- Falta de determinación del origen de la posición de garante.
- Falta de determinación del sujeto activo.
- No consideración hacia la solidaridad social

En cuanto a la organización del presente trabajo, el primer capítulo ahondará sobre el concepto de omisión, detallando sus elementos y sus tipos. Se dará un enfoque diferenciador sobre los elementos subjetivos de la omisión propia y la impropia, poniendo en discusión la existencia y la importancia tanto del dolo como la culpa.

El segundo capítulo se enfocará en el significado de la posición de garante dentro del derecho penal, siendo ésta una manera de establecer cuándo una persona se encuentra bajo el deber de cuidado de ciertos bienes jurídicos de terceros. Posteriormente, se planteará el gran conflicto que tiene tanto la omisión impropia como la posición de garante con el Principio de Legalidad, generando así una gran duda sobre la coherencia que tienen los Principios generales del Derecho con la manera de sancionar los delitos de omisión impropia y la determinación de la presencia de la posición de garante.

Dentro del tercer y último capítulo, se analizarán dos ordenamientos jurídicos distintos a los del Ecuador con respecto a la omisión impropia. Éstos serán Colombia y Suiza. Se analizará el tratamiento que se le da en aquellos países a los delitos en mención. Para finalizar, se estudiará a los delitos de omisión impropia en base al Proyecto del Código Orgánico Integral de Garantías Penales y cómo, este nuevo proyecto puede cambiar el tratamiento que se le dará a los posibles autores de un delito de comisión por omisión.

Para concluir, se hará un análisis exhaustivo del impacto que tiene en la sociedad el hecho de que los delitos de comisión por omisión sean sancionados cuando de ayudar a otros pertenecientes a una comunidad se trata. Se expondrán motivos suficientemente fuertes como para considerar a los delitos en mención contrarios a los Principios Fundamentales del Derecho y la manera en la que, establecer sanciones en el caso particular, puede llegar a ser inconstitucional.

Capítulo 1

1.1 Concepto Omisión.-

La omisión puede ser vista como un simple acto de no hacer o dejar de hacer algo que una persona está obligada². Lo evidente es la ausencia de un comportamiento esperado. Ahora bien, hay quienes confunden a la omisión con una conducta pasiva y de hecho, definen a la omisión como tal. Según el Doctor José de la Cuesta el comportamiento o conducta pasiva se limita en el “no hacer nada”, mientras que la omisión, él la define como;

[...] no hacer aquello que se esperaba, a lo que se estaba jurídicamente obligado. Quien omite una acción que está obligado a realizar puede que no haga nada [...] o, sin embargo, hacer o seguir haciendo otra cosa [...] Al Derecho Penal lo que le interesa es que no se ha realizado el comportamiento esperado [...] por lo que desde el prisma penal habrá habido una omisión a pesar del comportamiento activo³.

Es importante agregar que la omisión contempla un resultado específico por un dejar de hacer o no hacer aquello a lo que jurídicamente se está obligado. La omisión es vista de manera contraria a la comisión de un acto. Por un lado, la comisión es la adecuación de una acción que se realiza, con lo que la norma jurídica establece. Es decir, reúne todos los requisitos que la ley establece en su texto y la acción se acopla a cada una de las palabras escritas en ella. Por otro lado, la omisión, según Chinchilla es la desobediencia respecto de un mandato de acción que ha establecido la ley⁴. Como se mencionó anteriormente, la omisión no es el equivalente a la realización de un acto pasivo, es el no hacer o “abstenerse de realizar aquel comportamiento que debiera haberse hecho⁵”. Para ejemplificar el concepto de omisión, se utilizará el artículo 450 del Código Penal ecuatoriano el cual establece lo siguiente:

² Xavier Andrade. Apuntes de clase. Delitos de Peligro y Omisión. Universidad San Francisco de Quito. 2010.

³ José L. de la Cuesta Arzamendi. *Módulo 1: Derecho Penal.I.2.La infracción penal. Delito y falta*. Bilbao: Universidad de País Vasco, 1997 p 8.

⁴ Carlos Chinchilla. *Delitos de Omisión Propia e Impropia (comisión por omisión) y problemas de coautoría*. 2004. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%203/Delitos%20de%20omisi%C3%B3n%20propia%20e%20impropia%20y%20problemas%20de%20coautor%C3%ADa%20-%20Carlos%20Chinchilla.pdf> (acceso: 23/03/2012).

⁵ Collazos, Marisol. *Delitos de omisión*, Curso 2006/07. Licenciatura en Criminología. UMU. <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-16-Delitos-de-omision.html>. (acceso: 24/03/2012).

Art. 261.- Los funcionarios que cobraren por sí mismos, debiendo hacerlo por medio de otro, las multas que impusieren; o que no otorgaren recibo del pago; o no dejaren constancia de la multa en el libro correspondiente, serán reprimidos con quince días a un año de prisión y el cuádruplo de la multa indebidamente cobrada.

Dentro de este caso específico vale la pena hacer ciertas distinciones antes de ahondar en el tema de la omisión, mediante un análisis de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal anteriormente citado. Los elementos objetivos corresponden a “circunstancias que están fuera del sujeto activo de la infracción, no vinculadas a su acto⁶”, mientras que los elementos subjetivos se refieren a las propias motivaciones del sujeto activo, es decir, aquello que delimita la conducta del sujeto activo. Generalmente es lo que objetivamente no se puede probar⁷.

Dentro de los elementos objetivos, el sujeto activo (quien ejecuta la acción) en este caso es calificado por cuanto quienes pueden cometer este delito son los funcionarios públicos específicamente. El sujeto pasivo, es decir a quien se le vulnera su bien jurídico es, indeterminado por cuanto no se ha especificado en el texto normativo una persona determinada a quien se pueda ver afectada afectar⁸. El bien jurídico protegido es la seguridad pública y el elemento subjetivo del delito en sí es la existencia de dolo ya que el sujeto activo tiene la información necesaria para saber que no puede realizar los cobros de manera anómala y peor aún sin dejar constancia de ello en los libros que determina la ley. Ahora bien, la omisión está establecida al momento en el que el sujeto activo deje de “realizar el cobro de las multas sin dejar las debidas constancias del mismo”.

Luis Jiménez de Asúa hace referencia de la omisión como parte del acto en sí, es decir que el acto “abarca tanto el hacer como el omitir⁹”. En la omisión, lo que se sanciona es el no realizar determinada conducta que la ley manda. En ésta, el bien jurídico que se encuentra protegido ya está en riesgo por un no hacer de orden normativo. El riesgo se da por la provocación de un tercero o el mismo sujeto pasivo, es decir, por quien tiene que actuar y no lo hace como la ley lo ha establecido. El sujeto activo del delito, simplemente no actúa y de esa manera no respeta el mandato

⁶ Ernesto Albán Gómez. **Manual de Derecho Penal Ecuatoriano**. Quito: Ediciones Legales S.A, 2008. p. 154.

⁷ Cfr. Ernesto Albán Gómez. **Manual de Derecho Penal Ecuatoriano**. Quito: Ediciones Legales S.A, 2008. p. 153.

⁸ Xavier Andrade. Apuntes de clase. Delitos de Peligro y Omisión. Universidad San Francisco de Quito. 2010.

⁹ Luis Jiménez de Asúa. **Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 216.

normativo existente. Jiménez de Asúa afirma que la omisión responde a una naturaleza imperativa y para ejemplificarlo utiliza la palabra “socorrerás”, al establecer esa palabra dentro del caso hipotético de que la ley lo haya mandado. El no socorrer o el vulnerar esa disposición equivale a una clara y evidente omisión.

Por otro lado, Edmundo Mezger, citado por Jiménez de Asúa, ha dicho que “Lo que hace que la omisión sea omisión, es la acción esperada que el autor ha omitido emprender. Porque no ha emprendido esta acción que de él se esperaba, es por lo que es punible, siempre que esa acción esperada sea exigible¹⁰”. Es decir, que el ordenamiento jurídico ha establecido normas las cuales espera que se respeten, y que el actuar de las personas que viven bajo este ordenamiento, sea como se lo espera, es decir, apegado al mandato de ley. Criticando esta idea de la “acción esperada”, Eugenio Zaffaroni, establece que dicha acción puede ser esperada tanto por el derecho como por una ética de índole social.

Si lo es por el derecho, lo cierto es que el derecho no “espera” conductas de nadie, sino que las prohíbe o las ordena [...] La otra solución [...] es por la ética social [...] lo fundamental es que en derecho penal nos manejamos con valores jurídicamente dados y que solo podemos acudir a los valores sociales cuando la ley, tácita o expresamente, nos remite a ellos¹¹ (lo subrayado es mío).

Con base en lo expuesto, no queda más que reconocer que la omisión no es sancionada por no cumplir con las expectativas del derecho y su ordenamiento, tampoco lo es, necesariamente, por no responder a los valores de la sociedad. El no cumplir o no realizar los actos o actuaciones que, como se ha mencionado con anterioridad, el ordenamiento jurídico lo ha establecido y con el cuál nosotros como seres humanos nos hemos comprometido por el hecho de vivir en un Estado de derechos se sanciona por el hecho de que se produce un resultado que, tiene una afectación de carácter totalmente negativa.

Cabe recalcar que dentro de la omisión sí existe una conducta, no necesariamente es una conducta que se espera que se realice con base a las normas pero, el hecho de no realizarla, cuando la ley lo ha impuesto, sí genera una falta al derecho y por ende se busca una sanción por el daño que se haya causado que, depende de cada caso. Salas Parra, cita a Welzel cuando éste dice:

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General III*. Buenos Aires: EDIAR, 1987, pp. 90-91.

[...] la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno "limitado": es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida¹².

Un caso bastante ejemplificador que se utilizará para hacer del concepto de la omisión algo un poco más claro es; observando a una madre que deja de alimentar a su hijo para causarle la muerte. Un deber de una madre es alimentar a su hijo y mantenerlo saludable y con vida, ya que el menor no lo puede hacer por sus propios medios. Al dejar de alimentarlo, omite hacer algo que normativamente se ha establecido, dejando así desprotegido el bien jurídico *vida* de su hijo que a ella le corresponde cuidar por lo que es ella quien le produce la muerte por desnutrición. Con base en los hechos de este caso, que se ha creado hipotéticamente, la madre puede ser sancionada por un homicidio calificado en razón del parentesco, a la luz del artículo 458 del Código Penal ecuatoriano. De conformidad con lo expuesto y con las diferentes visiones de varios autores respecto al significado de lo que es la omisión desde la perspectiva del Derecho Penal, puede concluirse que la omisión es no cumplir con la norma jurídica cuando ésta ha impuesto de manera imperativa que se realice o se haga algo en específico. Por este dejar de hacer o simplemente no hacer, se producen resultados o se ponen en peligro bienes jurídicos protegidos y es aquí cuando el Estado, mediante las normas de derecho debe establecer una sanción.

1.2 Elementos de la omisión.-

A la luz del Derecho Penal, la omisión está compuesta por varios elementos que tienen que considerarse. La escuela finalista, que nace en Alemania y uno de sus más grandes pensadores es Hans Welzel¹³, ha tomado en consideración a tres elementos básicos para poder reconocer la existencia de la omisión en cada caso determinado. Estos son la voluntad, la existencia de un mandato u obligación jurídica y la capacidad psicofísica. Por otro lado, Marco Antonio Terragni considera que como parte del los elementos de los de la omisión debe tenerse en cuenta la importancia del principio de legalidad ya que "antes de constituirse la omisión, tiene que haber una ley que ordene

¹² Nicolás Salas Parra. *La omisión en la dogmática penal*. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5123:la-omision-en-la-dogmatica-penal&catid=50:derecho-penal. (acceso: 24/03/2012).

¹³ Xavier Andrade. Apuntes de clase. Delitos de Peligro y Omisión. Universidad San Francisco de Quito. 2010.

hacer algo [...] la omisión será una conducta negativa, siendo que el sujeto activo deja de hacer lo que la ley le manda que realice¹⁴.

a. *Voluntad:*

La voluntad es un elemento que ha sido considerado como esencial dentro de la acción cuando se trata de la comisión de un delito. Ahora bien, la voluntad es algo que se debe considerar dentro de la comisión de un delito en base a una omisión. Es decir, el que cometa o incurra en el “no hacer” generalmente tiene la voluntad de omitir. La finalidad del “dejar de hacer” yace en el resultado. Retomando el ejemplo de la madre que deja de alimentar a su hijo para causarle la muerte, se debe tener en mente que en ese caso; la madre busca causarle la muerte, tiene la voluntad de acabar con la vida de su hijo y lo hace de tal manera que sabe que el dejar de alimentarlo le causará la muerte. El fin de esta madre es que su hijo no viva más y toma la decisión de hacerlo, no en base a una acción sino, mediante la omisión, manteniéndose al margen de alimentarlo cuando ella sabe claramente que lo necesita.

Así como la acción “supone la voluntad y ésta implica la finalidad¹⁵, se puede llegar a decir que por lo general, dentro de la omisión ocurre lo mismo. Esto, obviamente, dependerá del tipo de omisión de que se trate, tema que será desarrollado más adelante. La voluntad en sí comparte varios elementos de la acción que, el autor Nódier Agudelo Betancur ha expuesto. El primero de ellos es el hecho de exista una “anticipación mental del fin”, con esto lo que se busca establecer es que, la persona tiene un objetivo claro. Por ejemplo, en el caso de la madre que le pone fin a la vida de su hijo, el objetivo es claramente dejarlo sin vida. El segundo elemento que se puede acoplar a la omisión es la “determinación de los medios”, lo cual quiere decir que se hace una búsqueda de lo necesario (medios, herramientas, modos) para lograr cumplir ese objetivo.

En el caso hipotético que se ha venido tratando, la madre ha optado por elegir el medio del “no hacer”, el no darle de comer y dejar de proveer los alimentos que el hijo necesita para sobrevivir. Vale advertir nuevamente que, esto se aplica por lo general en la omisión propia o simple y que la voluntad tiene otro tratamiento que será revisado con posterioridad.

¹⁴ Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y posición de garante en el Derecho Penal*. Santa Fe: Culzoni Editores, 2011, p. 69.

¹⁵ Nódier Agudelo Betancur. *Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito*. Bogotá: Editorial TEMIS, 2007, p. 60.

b. *Mandato u obligación jurídica:*

Para que la omisión tenga validez, la existencia de un mandato u obligación jurídica es primordial. Lo que busco decir es que, tiene que haber una disposición de orden normativo impuesta por el legislador que, al dejar de hacer o no hacer lo impuesto, se incurra en una falta de índole penal. Como elemento nuclear de este tesina, tanto el mandato jurídico como la obligación será discutido más adelante mientras se vayan desarrollando los elementos que constituyen la omisión. Como se detalló brevemente en párrafos anteriores, en un Estado de derechos como el ecuatoriano, uno cede ciertas libertades y hasta cierto punto, derechos para ser retribuidos por el mismos Estado con protección y garantías hacia los mismos¹⁶. Es por eso que se crean normas que, en teoría deberían ser respetadas para poder tener un nivel de convivencia óptimo entre quienes somos parte del Estado. Nosotros nos comprometemos a respetar esas normas y las aceptamos, por ende al incurrir en una falta omisiva a la Ley, se aplican las sanciones debidas y conocidas que el legislador ha creado.

Este mandato u obligación impone ciertos criterios generales en los cuales se especifica las circunstancias en las que una persona está obligada a responder frente a un bien jurídico. La Ley ha establecido un mandato de tal manera que se espera que sea cumplido por todos, es decir que, esto es un vínculo legal que nos obliga a todos¹⁷.

c. *Capacidad psicofísica:*

La capacidad psicofísica es tan necesaria como la obligación que nace de la ley. Es una aptitud física por parte del sujeto activo para realizar el mandato legal. Es decir, tanto el elemento anterior como éste están totalmente ligados. Sin la capacidad física de realizar lo mandado por el ordenamiento jurídico, no es posible imputar su no realización. Para lograr entender un poco más a profundidad lo que quiere decir este elemento de la omisión, “la aptitud psicofísica personal hace referencia al grado de

¹⁶ Diego Pérez Ordóñez. Apuntes de clase. Estado y Derecho. Universidad San Francisco de Quito. 2008.

¹⁷ Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y posición de garante en el Derecho Penal*. Santa Fe: Culzoni Editores, 2011, p. 71.

valoración sobre las capacidades psicológicas y físicas de una persona¹⁸ es decir, que se reúnan todos los elementos que de alguna manera puedan complementar al sujeto activo a quien se le está imputando el cometimiento de la omisión.

Volviendo al caso hipotético que se expuso sobre la madre que busca quitarle la vida a su hijo, ella tiene todos los elementos que la Ley establece para cumplir con el mandato dispuesto. En este caso hipotético, se supone que tiene todas las posibilidades para alimentar a la criatura, no tienen impedimentos de ninguna índole, ni mentales ni físicos que no la permitan proporcionar los alimentos necesarios a su hijo para que este se mantenga con vida. Con esta premisa, ella viola y contraviene una obligación jurídica. En el caso de que esta madre sufriera de un desorden psicológico el cual hace que se olvide de alimentar a su hijo, el caso fuera distinto. Analizando el caso, ésta debería ser declarada en interdicción y no debería estar a cargo de su hijo por el riesgo que éste correría de no ser cuidado como debería. En ese caso la madre no tiene todos los elementos necesarios para ser capaz tanto de cuidar a su hijo con la debida diligencia, como tampoco la tendría para seguir cuidándolo y cumplir con el mandato que la Ley ha establecido, no solamente para ella sino también para el resto de personas que están bajo este mandato legal.

1.3 Tipos de omisión.-

Previamente, en la sección 1.1 se analizó y contempló un concepto de omisión por el cual nos guiaremos a lo largo de todo este trabajo. Se estableció que la omisión no es lo mismo que una conducta pasiva respecto de algo en particular, ésta es un “no hacer” o “dejar de hacer” algo a lo que ese está obligado por que la ley lo manda. Con base en lo expuesto vale la pena tomar en consideración que algunos autores consideran que “El concepto de omisión resulta más fácilmente comprensible de su comparación con la noción de acción; resultando ambos, en definitiva, conceptos que pertenecen a un mismo plano¹⁹.” Esto, se puede relacionar con que en ambas

¹⁸ Derecho.com. *Aptitud psicofísica*.
http://www.derecho.com/c/Aptitud_psicof%C3%ADsica_personal. (acceso: 24/03/2012).

¹⁹ Enrique Bacigalupo Zapater. *Lineamientos de la teoría del delito*., Buenos Aires, 2ª. edic., 1986, p. 119. Citado en Carlos Chinchilla. *Delitos de Omisión Propia e Impropia (comisión por omisión) y problemas de coautoría*. 2004.
<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/Delitos%20de%20omisi%C3%B3n%20propia%20e>

situaciones, tanto en la acción como en la omisión se puede ver un resultado que deriva de su cometimiento. Hay quienes piensan que de la omisión no puede haber un resultado como lo establece Wendy Fuentes cuando se afirma que, la omisión “atiende un criterio meramente naturalístico comprendido en la frase “la nada nada puede causar, no puede ser causa de ningún resultado²⁰”. Sin embargo, en este trabajo no está en cuestión discutir lo anteriormente citado sino, hacer una evaluación en base al resultado del acto omisivo y la puesta en peligro, o la posibilidad de ello, en un bien jurídico protegido. Una vez que se ha comprendido el concepto de omisión, es momento de entender y analizar los dos tipos de omisión que el Derecho Penal contempla. Estas son la omisión propia y la impropia.

a. *Omisión propia:*

La omisión propia, también conocida como la omisión simple, es aquella en la que el sujeto activo tiene la obligación de hacer algo y no lo hace, irrespetando así la ley. Es decir, tomando las palabras del Doctor Ernesto Albán, la omisión propia se caracteriza por estar tipificada como delito en nuestra ley penal²¹. Es importante tener en mente los elementos de la omisión propia:

i. Elemento objetivo: Siendo esto todo “aquello que no depende de los conocimientos, de los sentimientos y de los deseos del agente²²”. Ciertos autores consideran que como parte del tipo objetivo de la omisión propia es necesario contemplar tres cosas claves²³.

a. Núcleo del tipo: Según Terragni, esto se refiere a los “hechos penales que se agotan con la no realización de la acción requerida por

[%20impropia%20y%20problemas%20de%20coautor%C3%ADa%20-%20Carlos%20Chinchilla.pdf](#) (acceso: 23/03/2012).

²⁰ Wendy Fuentes Barragán. *Delitos de comisión por omisión (omisión impropia)*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/3/cnt/cnt11.pdf>. (acceso: 23/03/2012).

²¹ Ernesto Albán Gómez. **Manual de Derecho Penal Ecuatoriano**. Quito: Ediciones Legales S.A, 2008. p. 136.

²² Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y posición de garante en el Derecho Penal*. Santa Fe: Culzoni Editores, 2011, p.83.

²³ Oré, Iván. *Los delitos de omisión impropia y el principio de determinación de la ley penal*. <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/03/los-delitos-de-omision-impropia-y-el.html> (acceso 17/08/2012)

la ley²⁴". Es decir, el verbo rector que indica la acción esperada por el ordenamiento jurídico²⁵.

b. La Existencia de una situación de hecho. Es decir "en la que se establece el presupuesto de hecho que da lugar al deber de actuar y que varía según el tipo específico²⁶". Siendo esto, el hecho material que el legislador ha previsto que suceda.

c. Ausencia del acto: En este caso, lo que no se da es la actuación o el acto que el mandato legal espera que se de. Siendo dicha acción aquella que puede evitar que el bien jurídico esté en peligro²⁷. Como cuando la ley establece que se debe prestar una acción de socorro en determinada situación y el sujeto activo no la preste.

d. Capacidad: Es tener la posibilidad o aptitud tanto física como psicológica de poder actuar en determinada situación²⁸. Es decir que "no vaya más allá de las facultades psíquicas y físicas del ser humano²⁹

ii. Elemento Subjetivo :

a. Dolo: el actuar con conocimiento y voluntad efectivos y no potenciales³⁰. "Implica la intención de generar daño"³¹ en el momento que se produce el hecho, es decir que el dolo debe estar en la cabeza

²⁴ Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y posición de garante en el Derecho Penal*. Santa Fe: Culzoni Editores, 2011, p.90.

²⁵ Xavier Andrade. Apuntes de clase. Delitos de Peligro y Omisión. Universidad San Francisco de Quito. 2010.

²⁶ Collazos, Marisol. *Delitos de omisión*. <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-16-Delitos-de-omision.html>. (acceso: 24/03/2012).

²⁷ Oré, Iván. *Los delitos de omisión impropia y el principio de determinación de la ley penal*. <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/03/los-delitos-de-omision-impropia-y-el.html> (acceso: 17/08/2012).

²⁸ Xavier Andrade. Apuntes de clase. Delitos de Peligro y Omisión. Universidad San Francisco de Quito. 2010.

²⁹ Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y posición de garante en el Derecho Penal*. Santa Fe: Culzoni Editores, 2011, p.91.

³⁰ *Id.*, p. 105.

³¹ Sin Autor. Concepto de dolo. <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/dolo>. (acceso: 17/08/2012).

del sujeto activo que omite³². Es necesario tener en cuenta que los delitos que conciernen a la omisión propia con considerados como delitos dolosos y el sujeto activo que recae en el tipo penal debe estar actuando con el conocimiento de que está dejando de hacer algo que por una imposición legal debía ejecutarse, haciéndolo con voluntad³³. Ahora bien, es relevante mencionar que dentro del dolo existen ciertos grados. El dolo que acaba de ser descrito es el de primer grado.

Como se ha establecido en secciones anteriores, para incurrir en la omisión propia, debe existir un mandato legal de actuar de determinada manera y que el sujeto activo, simplemente no lo haga. Generalmente las normativas penales, incluyendo el caso ecuatoriano, establecen una prohibición y generalmente se refieren a los delitos de acción. Como ejemplos de normas en las que claramente se establece que se incurrirá en un delito al omitir hacer algo, tenemos el articulado 23 del Código Penal que dice:

Art. 235.- Los que, sin causa legítima, rehusaren prestar el servicio que se les exija en la profesión, arte u oficio que ejerzan, o de cualquier otra manera que sea necesaria para la administración de justicia, o servicio público, serán reprimidos con prisión de ocho días a dos meses y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, sin perjuicio de que se les compela a prestar el servicio que se les hubiere exigido. (Lo subrayado es mío)

En este artículo, se evidencia que existe un mandato de prestar un servicio que su profesión lo mande. Al no hacerlo o al rehusarse, se violenta la disposición y por tanto, la ley ha establecido la sanción de una multa y prisión. Ahora bien, otro ejemplo normativo se da en el artículo 293 del mismo cuerpo legal en el que se establece que:

Art. 293.- Todo médico, cirujano, dentista, obstetrix o cualquier otra persona que, en el ejercicio de profesión sanitaria, al prestar servicios profesionales, descubriere un hecho que presente los caracteres de un delito y no lo denunciare a la policía o a un juez de instrucción, será reprimido con multa de ocho a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a menos que la denuncia pueda acarrear responsabilidad penal a la persona asistida. (lo subrayado es mío)

Como se puede observar, existen sujetos calificados que pueden ser responsables por este delito, son médicos, cirujanos, obstetrix o personas con una profesión de índole sanitaria. La omisión está en el no realizar una denuncia cuando se presencia

³² Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y posición de garante en el Derecho Penal*. Santa Fe: Culzoni Editores, 2011, p.105.

³³ *Id.*, p. 103.

evidencia suficiente de que se haya presentado un delito. La ley sanciona este “no hacer” con una multa por no obedecer una obligación impuesta.

Para determinar la existencia de un delito cometido por omisión propia, se debe evaluar si es que el tipo penal contempla la omisión (no hacer) de la realización de una acción. Con relación a lo mencionado, Jakobs ha dicho que “los delitos propios de omisión son delitos especiales en sentido amplio, debido a que el autor siempre está definido como autor en una situación de responsabilidad por organización³⁴”.

Es decir que, quien es el autor del delito de omisión propia tiene una obligación determinada y es responsable de ello. Es por esto que se da una sanción a quien incurriera en lo ya determinado. Lo que se puede evidenciar en este tipo de delitos es que se da la ausencia del cometimiento del acto adecuado a la luz de la ley. Se mencionó anteriormente que los delitos de omisión pueden tener un resultado sin embargo, para los delitos de omisión propia, hay que entender que éstos son delitos de mera actividad³⁵.

Esto quiere decir que no necesitan de un resultado forzosamente. De hecho, el solo no hacer ya es la actividad requerida para cometer el delito. En base al artículo del Código Penal ya citado, 235, el delito en sí se comete por no denunciar, sin importar si se vaya a producir un resultado o no. No hace falta que el daño sea materialmente visible, se mira al daño judicial que se dio a raíz de la mera actividad, en esto caso el no hacer, el no producir un movimiento corporal ya es el resultado típico.

En este tipo de omisión se considera que existe un elemento volitivo, “la manifestación de la voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debería haberse realizado... Exígese aquí también... que la conducta del autor esté libre de toda violencia y determinada por representaciones³⁶”. Con esto, es sencillo entender que la exigencia de la voluntad es imperante y tiene un

³⁴ Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, trad. Por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1995, cit., p. 1040. Citado en Carlos Chinchilla. *Delitos de Omisión Propia e Impropia (comisión por omisión) y problemas de coautoría*. 2004. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/Delitos%20de%20omisi%C3%B3n%20propia%20e%20impropia%20y%20problemas%20de%20coautor%C3%ADa%20-%20Carlos%20Chinchilla.pdf> (acceso: 23/03/2012).

³⁵ Xavier Andrade. Apuntes de clase. Delitos de Peligro y Omisión...Óp. cit.

³⁶ Franz von Liszt. Tomo II, p. 302. Citado en Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal. El Delito*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1958, p. 396.

gran efecto en el fin o finalidad que se busca. Ahora bien, Ernesto Mayer busca hacer una diferenciación entre lo que es la inactividad o la pasividad (que fue mencionada en la primera sección) y la omisión es así que ha establecido que “la inactividad y la omisión no son idénticas; el no hacer puede atribuirse ora a un acto de voluntad motivado o bien a un acto no querido; sólo la primera clase de inactividad es omisión³⁷”. Tomando en cuenta lo citado, se necesita un querer omitir, o en otras palabras, es preciso determinar la voluntad de no actuar con un fin determinado. Como de estableció con anterioridad en nuestro caso hipotético de la madre y su hijo, ella tiene el deseo de matar a su hijo al no darle de comer, existe una voluntad que persigue el fin de quitarle la vida al menor. Jiménez de Asúa sugiere que dentro de este tipo de omisión a más de la voluntad, ésta debe contener espontaneidad y consciencia de ese “no hacer”.

En cuanto al peligro dentro de un delito de omisión propia, Luis Jiménez de Asúa, dice que “es de peligro abstracto y se halla configurado en la ley, en forma perceptiva³⁸”. Es decir que, lo que se sanciona o castiga es la mera actividad por la producción de un riesgo virtual. Cuando se habla de un riesgo virtual, lo que se sugiere es que no es necesaria la existencia de un peligro efectivo pues la sola actividad ya genera el peligro propiamente³⁹. En base a esto, el mismo autor comenta que en general son muy pocas aquellas omisiones que llegan a ser sancionadas y que “en la omisión predominan las contravenciones sobre los delitos⁴⁰”. A manera de resumen o conclusión, la omisión propia se va en contra de la orden dispuesta por la Ley y que además, ésta se encuentra claramente tipificada por el ordenamiento jurídico.

b. Omisión Impropia:

Ahora bien, como ha sido advertido en párrafos anteriores, la omisión propia o simple no requiere de un resultado y esa es su mayor diferencia con la omisión impropia. Es fundamental tomar en cuenta los elementos tanto objetivos, como subjetivos que forman la omisión impropia:

³⁷ Max Ernesto Mayer. Citado en Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal. El Delito*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1958, p. 396.

³⁸ Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal. El Delito*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1958, p.404.

³⁹ Xavier Andrade. Apuntes de clase. Delitos de Peligro y Omisión. Universidad San Francisco de Quito. 2010.

⁴⁰ *Id.*, p 397.

i. Elemento objetivo: Según Terragni, existen tres elementos a ser considerados que describiré en los siguientes literales.

a. Existencia de una situación de peligro: Con esto, lo que se quiere establecer es que un determinado bien jurídico protegido tiene cierta posibilidad de estar en riesgo o está en riesgo de ser vulnerado⁴¹.

b. La inacción: Esto se refiere a la existencia de una protección necesaria frente a un bien jurídico protegido en peligro que no es tomada en cuenta y tampoco realizada, sin necesariamente enervar una obligación de carácter formal, o jurídico, sino, siendo aquella una obligación material que, no está necesariamente descrita en la Ley.

c. Resultado: Requiere que el bien jurídico protegido sea expuesto a un riesgo real. Es decir, que se vea vulnerado por la falta de atención o cuidado que este debía tener por parte de quien asume la responsabilidad jurídica de hacerlo⁴², dicho resultado puede ser de lesión o de peligro.

ii. Elemento Subjetivo: Dentro de este elemento voy a diferenciar entre el dolo y de la culpa.

a. Dolo: en párrafos anteriores ya se dio la definición de dolo y lo que quiero exponer ahora son los elementos que constituyen en dolo en la omisión impropia; 1) Quien tiene que proteger el bien jurídico tiene que tener conocimiento del peligro existente⁴³, 2) Tiene que tener conocimiento de que tiene que actuar y 3) Conocimiento de que tiene la capacidad psicofísica de actuar⁴⁴.

b. Culpa: En este caso consiste en que haya conocimiento de lo que va a ocurrir. Se refiere a la no voluntad de hacer algo a lo cual uno está obligado a hacer⁴⁵.

Ahora bien, cabe recalcar que, en la omisión impropia, la existencia del dolo es discutible ya que es necesario analizar en caso concreto y el origen de la posición de

⁴¹ Xavier Andrade. Apuntes de clase. Delitos de Peligro y Omisión. *Óp. cit.*

⁴² *Ibíd.*

⁴³ Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y posición de garante en el Derecho Penal*. Santa Fe: Culzoni Editores, 2011, p.190.

⁴⁴ Xavier Andrade. Apuntes de clase. Delitos de Peligro y Omisión. *Óp. cit.*

⁴⁵ *Ibíd.*

garante que, será tratada más adelante. Algo que si está claro es que en la omisión propia ambos elementos subjetivos si se encuentran presentes ya que en la omisión que se está tratando en esta sección, el tipo penal es lo que lo tiene que determinar⁴⁶.

Los delitos cometidos en base a la omisión impropia son conocidos como delitos de *comisión por omisión*. La razón por la cual se los ha denominado de tal manera es porque existe un problema con el principio de legalidad. El problema versa en que el delito en sí no está tipificado en la Ley penal y en que se convierte a una acción en omisión. Es por esto que para evidenciar el cometimiento de un delito de comisión por omisión, se necesita de un resultado, una lesión o afectación real al bien jurídico, para que se pueda imputar a alguien. El artículo 12 del Código Penal ecuatoriano ha establecido lo siguiente; “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”. Utilizando el ejemplo de las secciones anteriores, si la madre que ha decidido quitarle la vida a su hijo por medio de privarle de comer, viviera con otra persona, que podría ser una trabajadora doméstica o su marido, y estos evidencian la omisión de la madre de alimentar a su hijo, están en una posición de poder impedir el acontecimiento. De no hacerlo, podrían ser denunciados de la misma manera que sería denunciada la madre despiadada.

El Doctor Ernesto Albán es partidario de que siempre hay que tener en mente que si hay maneras de cometer o participar en un delito de acción con base en una omisión. De hecho, él mismo da un caso que nos ayuda a ejemplificar lo establecido. Lo hace poniendo el caso hipotético de un guardia de seguridad que tenía que haber intervenido en el robo de una casa pero, no lo hizo ya que realizó un complot con los delincuentes⁴⁷. Para fortalecer lo que nuestro código penal ha establecido en el artículo 12, se puede tomar la opinión de Bacigalupo cuando dice que,

Estos delitos consisten, en supuestos en los que mediante una cláusula general se determina que, bajo ciertas condiciones, no evitar un resultado que se estaba obligado a evitar es equivalente a realización activa del tipo penal que prohíbe la producción activa del resultado. En definitiva, los delitos impropios de omisión requieren evitar la producción de un resultado; la realización del tipo depende, de esta última⁴⁸.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Ernesto Albán Gómez. **Manual de Derecho Penal Ecuatoriano**. Quito: Ediciones Legales S.A, 2008. P. 137.

⁴⁸ Enrique Bacigalupo Zapater. *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires: 2ª. edic., 1986, p. 257. Citado en Carlos Chinchilla. *Delitos de Omisión Propia e Impropia (comisión por omisión)* y

Con base en lo citado, se puede ver que este tipo de delitos cometidos con base en la comisión por omisión son un tanto complicados de tratar, ya que a más de que no están necesariamente tipificados en la Ley, muchas veces hay confusiones sobre el tratamiento que se les debe dar. Algunos podrían aducir que en la base de que es necesaria la existencia de un resultado, estos delitos deben ser considerados como delitos de acción. Por otro lado, se podría llegar a determinar que sí son delitos de omisión ya que hay que hacer una evaluación del dolo, la culpa, la imprudencia, la negligencia y hasta la intencionalidad (estos son elementos subjetivos) (temas que serán tratados más adelante) del agente o sujeto activo.

Hay quienes han optado por pensar que estos delitos deberían ser considerados como una mezcla entre los delitos de acción y los de omisión. Una de las personas que así lo determina es Mezger, citado por Jiménez de Asúa, cuando dice: “En esos casos [los de comisión por omisión] el autor *no hace* lo que *debe* hacer, y produce por ello un resultado que no debe producir: infringe y menosprecia al mismo tiempo una *norma perceptiva* y una *norma prohibitiva*⁴⁹”. Lo que se puede de alguna manera “traducir” de lo expuesto es que, el delito en sí ha sido generado por un resultado en base a la acción omitida o a ese no hacer. Un ejemplo de lo mencionado podría ser el mismo que utilicé en párrafos anteriores con aquel padre o trabajadora doméstica que ve que la madre no alimenta a su hijo para matarlo. El padre o la trabajadora pudieron haber hecho algo para evitar que se dé la muerte, es decir el resultado, pero sin embargo no actuaron cuando debían.

Al tratar el tema del resultado dentro de este tipo de delitos, puedo decir que a plena vista éste existe y no hay manera de discutirlo. Es decir que, “la producción de un resultado plenamente típico no fue evitado por quien pudo y debió hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en evitación del resultado típico⁵⁰”. De esta manera, me atrevo a establecer que se trata concretamente un delito

problemas de coautoría.

2004. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/Delitos%20de%20omisi%C3%B3n%20propia%20e%20impropia%20y%20problemas%20de%20coautor%C3%ADa%20-%20Carlos%20Chinchilla.pdf> (acceso: 23/03/2012)

⁴⁹ Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal. El Delito*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1958, p 401.

⁵⁰ Carlos Blanco Lozano. “*Criterios de imputación de tipologías omisivas en el Derecho Penal español*”. *Revista de Derecho Penal. Imputación, causalidad y ciencia- III*. Edgardo Alberto Donna (Director). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2011, p. 187.

de resultado en el que la verificación se realiza con la afectación material al bien jurídico que se encuentra protegido, tomando en cuenta los elementos subjetivos del tipo (dolo y culpa).

A manera de conclusión, se puede fundar que la omisión impropia se caracteriza por exigir un resultado que bien puede ser causado por un “no hacer”, el resultado producido es un resultado típico que pudo haber sido evitado justamente por el sujeto activo. Para verificarlo, se debe dar la afectación material al bien jurídico. No siempre está tipificado como un delito de comisión por omisión sin embargo, el no haber evitado el daño, equivale a haberlo cometido.

Capítulo 2

2.1 Origen de la posición de garante.-

De los delitos de comisión por omisión, o delitos de omisión impropia deriva un elemento esencial para que dichos delitos sean considerados como tal. Este elemento es la posición de garante y para explicar este concepto es necesario ahondar en dos teorías que dan razón a su origen. La primera teoría en ser presentada será la de la obligación jurídica formal y la segunda será la de la obligación jurídica material.

a. *Teoría de la Obligación Jurídica Formal.*⁵¹

Lo que esta teoría indica es que al sujeto activo o comitente del delito de omisión impropia, la ley ya le había establecido una obligación y una responsabilidad. Obligación que se encuentra formalmente escrita en las normas del ordenamiento jurídico y que no da espacio a que haya confusiones. Para determinar esta obligación la teoría expone dos puntos esenciales:

- i. Existencia de una acción esperada por la ley: Esto quiere decir que la ley ha establecido una conducta o actividad que se busca se realice. Este deber de actuar se puede dar por obligaciones aceptadas en base a la posible existencia de un negocio jurídico (como puede ser un contrato a una niñera en el que se establece que ella está encargada de alimentar a los niños) y ciertas obligaciones que pueden darse en base a precedentes como lo haría la costumbre. Lo que se trata de transmitir con este requisito es que el deber jurídico solo manda cuando la ley lo establece⁵².
- ii. Causalidad entre la acción omitida y la afectación del bien: Es decir, que guarde relación aquello que se omitió como el resultado dado después de esa omisión⁵³.

b. *Teoría de la Obligación Jurídica Material.*⁵⁴

Esta teoría busca determinar con el apoyo de elementos y criterios de carácter general y material, las circunstancias en que una persona está obligada a responder

⁵¹ Xavier Andrade. *Apuntes de clase Delitos de Peligro y Omisión*. Universidad San Francisco de Quito. 2010.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

frente a un bien jurídico protegido que se encuentra en peligro. Es decir, el actuar para que no se produzca la afectación al bien jurídico, provocando de esa manera un daño. En este caso, la obligación puede no estar descrita en la ley sin embargo, si existe un vínculo material. Dicho vínculo material es conocido como la posición de garante. Dentro de esta obligación material, hay varias tesis a tratar que pueden ser consideradas como fuentes⁵⁵.

Fuentes:

- i. Deber de defensa de determinados bienes jurídicos ajenos.
- ii. Deber de súper vigilancia de una fuente de peligro para cualquier bien jurídico protegido.

Ahora bien, una vez enunciadas las dos fuentes de donde puede provenir la posición de garante serán en forma de tesis materiales, las cuales serán tituladas de manera numérica para poder entenderlas mejor.

Tesis 1: Esta tesis presupone que hay una persona que no puede proteger sus bienes jurídicos y hay otra que si lo puede hacer en su lugar. Hay tres posibilidades en que esto puede ocurrir:

- Deberes de cuidado por vínculo familiar: Los padres están obligados a alimentar a su hijo recién nacido para garantizar su supervivencia⁵⁶.
- Existencia de una condición de representación: Alguien que represente legalmente a una compañía⁵⁷.
- Deber de cuidado por pertenecer a una misma comunidad: prestar ayuda a los pares o si es que se está frente a una posición de liderazgo (como lo es un capitán de un equipo) responder o velar por sus pares⁵⁸.

Dentro de esta tesis, generalmente, la posición de garante es asumida de manera unilateral. Es decir que, el que no puede velar por sus bienes jurídicos no ha pedido ayuda o la protección de otro para cuidar ellos. Estos deberes asumidos

⁵⁵ Hugo María Sierra, Alejandro Salvador. *Lecciones de Derecho Penal- Parte General*. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2005. p, 221.

⁵⁶ Ramón Maciá Gómez. *La posición de garante en el derecho español: concepto y estructura*. http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=326 (acceso: 04/09/2012).

⁵⁷ Xavier Andrade. *Apuntes de clase Delitos de Peligro y Omisión...* Óp. cit.

⁵⁸ Ramón Maciá Gómez. *La posición de garante en el derecho español...* Óp. cit.

unilateralmente pueden provenir de un acto de fuerza que puede ser de forma individual o institucional. Por ejemplo, asumir la posición de garante de manera unilateral e individual se puede dar en el caso del plagiador con su víctima. Éste es garante de la salud de la víctima para así poder cumplir con su fin. En cuanto a un garante que asume sus deberes de manera institucionalizada, se lo podría ver desde el punto de vista de un policía penitenciario frente a los presos. Éste es garante de la salud y bienestar de los presos y responde por una responsabilidad que le ha entregado la institución.

Tesis 2: Se plantea a partir de que el garante puede darse cuenta o constatar que puede existir un peligro respecto del cuál éste tiene un deber de vigilancia para evitar que se concrete el resultado que causará un daño a dicho bien. Para todo esto, debe existir un vínculo material objetivo. Para ejemplificar esto, se utilizará un caso hipotético en el que A encarga su perro Rottweiler a B. Está claro que B no es propietario del perro. Un día B saca a caminar al perro y éste ataca a C y lo mata. En ese momento, B estaba en una posición de garante y como no se le puede imputar la agresión al animal, el responsable del delito de omisión en este caso sería B.

Una vez entendidas ambas tesis, hay que comprender que si alguien se encuentra en posición de garante y éste no pueda cuidar esos bienes jurídicos, incurre en la falta y es así como se causa el resultado. Según Armin Kaufmann, el que está en posición de garante debe cumplir una función, “función de protección de un bien jurídico, o bien de control de las fuentes de peligro para el mismo⁵⁹”.

Un tema importante a considerar es que, dentro de la ley penal no existen ejemplos claros y taxativos de quiénes son garantes de los bienes jurídicos y tampoco expresa los casos en que se puede dar. Es por eso que muchas veces se ha dejado a los jueces o tribunales la forma de determinar dicha posición en cada caso, considerando elementos como “la estructura familiar; las relaciones contractuales; la voluntaria aceptación del deber de garante; la precedente causación de un riesgo para el bien jurídico⁶⁰”. Lo que se intenta decir es que los jueces deben usar la sana crítica

⁵⁹ Armin Kaufmann. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 1959, p 283. Citado en Carlos Blanco Lozano. “Criterios de imputación de tipologías omisivas en el Derecho Penal español”. *Revista de Derecho Penal. Imputación, causalidad y ciencia- III*. Edgardo Alberto Donna (Director). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2011, p. 192.

⁶⁰ *Ibid.*

en base a la información que se pueda obtener de los elementos citados anteriormente⁶¹.

La jurisprudencia colombiana ha logrado establecer un concepto bastante claro sobre la posición de garante y ha determinado que:

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante⁶².

Consecuentemente, se puede determinar que tanto lo presentado en líneas anteriores como lo que piensa la Corte colombiana van por el mismo camino y se ajustan al hecho que el garante de bienes protegidos está al cuidado de éstos y debe evitar que se vean vulnerados o ultrajados. Dentro de la misma jurisprudencia, la Corte ha considerado que hay cuatro elementos que constituyen la posición de garante. La primera es cuando ésta es asumida voluntariamente frente a un riesgo, estando en su propio ámbito de dominio. La segunda versa sobre la existencia de una estrecha comunidad de vida entre personas (algo que se puede considerar como solidaridad y apoyo a los pares del entorno en el que vivimos). La tercera, cuando se es parte de la realización de una actividad de alto riesgo por varias personas. Y, la cuarta consideración de esta Corte es “cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente⁶³”.

A manera de conclusión, se debe tener en mente que la posición de garante es un elemento esencial y básico cuando se tratan delitos de comisión por omisión. Se deben seguir ciertos parámetros o lineamientos para poder atribuir este tipo de responsabilidad a una persona. Primero que nada, debe existir una consecuencia de carácter proporcional con el derecho en sí. Para que esto se dé, es necesario evidenciar que existe una situación de carácter evitable, que se ha generado y ha producido un resultado de carácter nocivo, responsabilizando penalmente a quien tenía la responsabilidad de evitar dicha situación. En segundo lugar, tomando las palabras de Carlos Blanco, el riesgo o peligro de la conducta que se debe o debía

⁶¹ Xavier Andrade. *Apuntes de clase Delitos de Peligro y Omisión...* Óp cit.

⁶² Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación penal. Segunda Instancia. *Causa 25.536 de 2006*. <http://gavillan5.blogspot.com/2006/08/posicion-de-garante.html> (acceso: 18/03/2012).

⁶³ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación penal. Segunda Instancia. *Causa 25.536 de 2006*. <http://gavillan5.blogspot.com/2006/08/posicion-de-garante.html> (acceso: 18/03/2012).

evitar por aquel que lleva el peso de la responsabilidad tiene que versar sobre algo que sea contrario al Derecho, es decir, que vaya en contra de lo que las leyes y normas han establecido en determinado ordenamiento jurídico.

2.2 Dolo Eventual en la Omisión.-

Es significativo analizar la existencia del dolo eventual dentro de los delitos de omisión pero, con mayor importancia, la existencia del mismo en los delitos de omisión impropia. Ha sido de gran debate que dentro de los delitos que atañen a esta tesina exista o no dolo al momento “cometer omitiendo”. En necesario tener presente que la existencia de este elemento subjetivo puede variar dependiendo de las diversas fuentes de la posición de garante que ya se mencionó con anterioridad en la sección 2.1.

Antes de entrar en detalles, es necesario recordar el concepto de dolo eventual. Como se conoce, la palabra dolo se entiende como la intención de producir un daño, ya sea por medio de la acción o la omisión⁶⁴. Por otro lado, la palabra eventual es definida como algo que está “Sujeto a cualquier evento o contingencia”⁶⁵; si es que se hace una combinación de ambas definiciones, el resultado puede ser un tanto confuso y es por eso que Marco Antonio Terragni clarifica el concepto que se utilizará de la siguiente manera:

El sustantivo es dolo y el adjetivo que lo califica eventual. Pues bien: en la materia que nos ocupa, lo que puede o no acontecer, aquello cuya ocurrencia es eventual, no es el dolo sino el resultado... El concepto estaría mejor expresado diciendo que el propio dolo, no el resultado, es incierto o conjetural⁶⁶.

Con base en lo citado, se puede llegar a decir que en este tipo de dolo, existe tanto un poco comprensión como también poca voluntad de obtener un resultado que afecte de manera negativa algún bien jurídico protegido. Mostrándolo con porcentajes, dentro del dolo eventual existe 50 % de comprensión de que se dará un resultado y 50 % de voluntad de que se de dicho resultado; a diferencia del dolo directo en el que

⁶⁴ Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano- Parte General*. Quito: Ediciones Legales, 2008, p. 196.

⁶⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. *Eventual*. <http://lema.rae.es/drae/?val=eventual> (acceso: 17/10/2012).

⁶⁶ Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y posición de garante en el Derecho Penal*. Santa Fe: Culzoni Editores, 2011, p. 113.

tanto la comprensión como la voluntad de obtener un resultado se expresa en un 100%. La base de este tipo de dolo es que éste se encuentra sujeto a una contingencia la cual hace que disminuya, lo anteriormente mencionado, la voluntad de realización y entendimiento de la posible producción de un daño lesivo.

Para algunos autores, como lo es Armin Kaufmann, el dolo en general no existe en los delitos de omisión, sea ésta propia o impropia. Su razonamiento deviene de que:

Primero la finalidad es sobredeterminación del nexo causal, luego si falta la causalidad no puede haber finalidad (dependencia de la categoría final de la causal); segundo, la afirmación de la voluntariedad de la acción implica en todo caso la representación de la acción omitida, lo que no es esencial en la forma más grave de la omisión por oposición a la culpa... la teoría del dolo, entendida como conocimiento y voluntad de realización del tipo, no puede pasar directamente a los delitos de omisión... no es más que una omisión consciente, acompañada del conocimiento del poder final de hecho del autor⁶⁷.

Ahora bien, dentro de la omisión impropia se podría decir que, en ciertos casos el dolo existe y es directo. Por ejemplo, en el caso de una persona que aduce que quiere ayudar a cruzar a un niño la calle pero, su intención es causarle la muerte, esta persona sabe que el niño no sabe cruzar la calle solo y que no entiende de los peligros que se puede correr al estar en la calle mientras pasan los vehículos. Por tanto, deja al niño en la mitad de la calle, pasa un auto, lo impacta y éste muere.

En este caso, su conciencia y voluntad de producir el resultado se evidencia en un 100%, sin embargo, vale cuestionarse qué es lo que sucede con el dolo en los casos en los que una persona asume la posición de garante frente a un deber real ante la comunidad. Cambiando un poco el ejemplo anterior, una persona acude voluntariamente a prestar ayuda a un señor que padece de problemas visuales, la persona que ayuda a este señor, no conoce esa discapacidad que tiene el señor y simplemente acudió a su ayuda por que observó que tenía cierta dificultad al realizar la tarea deseada. La persona en mención le ayuda a pasar de vereda a vereda. Una vez ahí, el señor con las dificultades visuales le pide al ayudante que lo lleve a su casa que queda a 30 minutos de donde se encuentran, a lo que esta persona responde negativamente y se va. Ante esto, el señor decide emprender el camino solo, cruza la calle y lo impacta un auto, causándole así la muerte. En este caso, la persona que asumió de manera unilateral la posición de garante, no conocía que la persona tenía

⁶⁷ Enrique Bacigapulo. *Delitos Impropios de Omisión*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 100- 101.

una discapacidad visual y segundo, no tenía la intención alguna de que dicha persona sufra un accidente que le cause la muerte.

Para algunos, en el ejemplo anterior, se puede estar tratando de una comisión por omisión con dolo eventual ya que se podría alegar que, la voluntad de que le pase algo al señor se ve disminuida por la evidente buena voluntad de ayudar y por otro lado; el conocimiento de que suceda una contingencia en la que el señor decida irse de donde fue dejado pueda causar un accidente tampoco se presenta en un 100%, por cuanto el desconocía de la discapacidad mencionada. Vale resaltar que en los casos de comisión por omisión hay un factor de suma importancia que lo menciona Terragni en sus textos y es que, el sujeto activo de la omisión impropia “tiene que entender que se encuentra en posición de garante⁶⁸”, hecho que por lo general no sucede por cuanto la posición de garante no se encuentra detallada ni tipificada en la ley penal.

El citado autor considera que “Para que haya comisión por omisión dolosa tiene que existir el propósito de que el resultado acontezca⁶⁹”, esto no sucede cuando la posición de garante es asumida voluntariamente con el único propósito de ayudar a personas que pertenecen a una comunidad, con la que se busca proporcionar solidaridad para poder convivir en un mismo lugar. A nivel personal, me atrevo a adherirme a este pensamiento cuando se trata de deberes frente a la comunidad sin embargo, no se puede eliminar el hecho de que dicha posición es debatible, sobre todo cuando no se ha llegado a un acuerdo por la existencia o no del dolo eventual en los delitos de omisión impropia.

2.3 El principio de legalidad y la posición de garante.-

Anteriormente, en el primer capítulo, se mencionó la existencia de un conflicto entre el principio de legalidad y la posición de garante de la manera en la que se ha venido explicando. Antes de entrar y analizar el conflicto existente, es necesario hacer una suerte de recuento sobre el concepto y significado del principio de legalidad.

a. Concepto:

⁶⁸ Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y posición de garante... Óp. cit*, p. 197.

⁶⁹ *Ibíd.*

Este principio puede ser considerado como uno de los más importantes en el derecho y en especial dentro del derecho penal. Lo que este principio quiere decir en un aforismo latino es, “Nulla poena sine lege”, no puede existir un delito sancionado con una pena si es que no está en la ley. Dentro de nuestro Código de Procedimiento Penal en el segundo artículo se expresa lo siguiente:

Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto.

Resulta evidente pensar que toda actuación por parte del Estado en sí o, por parte de las autoridades debe estar sometida al derecho ya que es en las leyes y normas que se ve reflejada la voluntad del pueblo soberano⁷⁰.

b. Conflicto:

En los casos del cometimiento de un delito de comisión por omisión, generalmente estamos frente a un acto que la ley penal no ha previsto, este es el caso del Derecho Penal ecuatoriano. El conflicto que se da específicamente es de carácter constitucional por cuanto la no aplicación de este principio puede vulnerar los derechos de los individuos que tanto la Carta Magna como otras leyes los han reconocido. Esta suerte de crisis se aviene cuando al cometer una comisión por omisión que de alguna manera ha afectado un bien jurídico protegido, no se encuentre en el texto de la ley los elementos identificadores tanto del sujeto activo, el sujeto pasivo, como del resultado que se considera vulnerará el bien jurídico determinado.

Es decir, existe un vacío legal que de alguna manera debe ser resuelto. Quienes deben dar solución a este conflicto, son los mismos jueces que están a cargo de dar una sentencia con una pena al posible infractor⁷¹. Este juzgamiento debe ser realizado mediante la utilización de analogías en otros casos, sin embargo, en el caso ecuatoriano, no ha habido tratamiento alguno sobre este conflicto con el que un juez pueda guiarse. Ahora bien, según Terragni, “La ampliación de la punibilidad sin ley que así lo disponga es un procedimiento arbitrario, no reglado y, por ende,

⁷⁰ Diego Pérez Ordóñez. Apuntes de clase. Estado y Derecho. Universidad San Francisco de Quito. 2008.

⁷¹ Marco Antonio Terragni. *Delitos de Omisión y posición de garante*. Óp cit, pp. 210 – 211.

inconstitucional⁷²". Lo cual nos remonta a una suerte de abuso por parte del poder coercitivo que tienen las autoridades del estado, yéndose así, en contra de una de las ideas principales de un Estado de Derechos en el cual no es permitido que la autoridad esté por encima de la Ley⁷³. Todo acto que realice quien administra justicia, y en especial en el Derecho Penal tiene que estar respaldado por la ley y no puede fundamentarse en su voluntad, por tanto, quien administra justicia no puede tener más poder del que la ley le ha otorgado. Si bien es cierto que los jueces, en determinados casos, pueden utilizar la sana crítica, lo deben hacer de tal manera que no se afecte a quien está siendo juzgado. Todo lo mencionado se basa en el principio "indubio pro reo⁷⁴", que es una de las bases del Derecho Penal a nivel mundial.

Con base en lo mencionado, Jiménez de Asúa asevera que "La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descripta en la ley, incluso aunque sea antijurídica⁷⁵". Sin la tipicidad no se puede hablar de un delito y peor aún condenar al supuesto agente. Una vez expuesto el concepto y su conflicto, se puede llegar a un punto en el que, personalmente, me atrevo a concluir que es de extrema dificultad sancionar a una persona que se supone ha cometido un delito de comisión por omisión sin tener una base legal.

Este vacío no permite que se haga un análisis de la ley por lo cual, sería necesario someterse a la sana crítica de un juez que, podría estar vulnerando otros derechos de las personas a ser juzgadas. Algunos autores, abogados y pensadores, como el prosecretario del Juzgado de garantías nro. 1 del Dep. Judicial de Quilmes, consideran que dentro de "una omisión no escrita existe tanto dominio del hecho como el tipo activo doloso⁷⁶", basándose en la Teoría de la Imputación Objetiva⁷⁷ pero que, sin

⁷² *Id.*, p.217.

⁷³ Diego Pérez Ordóñez. *Apuntes de clase. Estado y Derecho*. Universidad San Francisco de Quito. 2008.

⁷⁴ "Principio, en virtud del cual, el tribunal si tiene duda no puede condenar al acusado por un hecho criminal. Pertenece al momento de la valoración probatoria y a la duda racional sobre los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo. Como tiene dicho la jurisprudencia, este principio sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia..."(Enciclopedia Jurídica. Indubio pro reo. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/in-dubio-pro-reo/in-dubio-pro-reo.htm> (acceso 05/09/2012) .

⁷⁵ Luis Jiménez de Asúa. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997, p.263.

⁷⁶ Emanuel Gonzalo Mora. *Las omisiones impropias "no escritas", el principio de legalidad y la teoría de la imputación objetiva"*. http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=355:las-omisiones-

embargo, sigue interfiriendo con el principio que he venido tratado por no existir elementos determinados en la ley que puedan ser imputados objetivamente al agente del supuesto delito.

Es necesario contemplar que a diferencia de los delitos de omisión propia, en los que “hay siempre un tipo que describe como omisiva la conducta punible⁷⁸”, en los delitos de omisión impropia, para que éstos puedan ser sancionados o para que se pueda dar origen a una responsabilidad de carácter penal, “va a ser necesaria la violación de una norma prohibitiva, relativa a la no producción de un resultado delictivo⁷⁹”. Es decir que, la existencia de una norma que especifique quién puede ser el agente, quién en el sujeto pasivo y cómo deben darse las circunstancias para incurrir en un delito, son de extrema necesidad. De la mano con lo mencionado, cabe que me refiera al Recurso de Casación ecuatoriano de la Gaceta Judicial No. 8 del once de junio del 2009 en el que se revisa los errores de derecho por una condena de asesinato a tres sujetos. Esta sentencia de casación expone lo siguiente:

[...]es necesario determinar las situaciones a partir de las cuales se puede afirmar la existencia de un específico deber del sujeto sobre determinados peligros, es decir, si el propietario de un vehículo, un arma de fuego o un animal feroz, tiene que responder especialmente de los riesgos derivados de tales objetos, o el jefe de policía, empresario, arquitecto, tienen un deber específico de controlar los peligros surgidos en sus respectivos ámbitos, y por tanto, les puede ser imputado el resultado lesivo que se produzca como consecuencia de los citados riesgos. Una vez concretadas las situaciones que generan dicho deber, procede, en segundo lugar, pronunciarse acerca de la posibilidad de admitir distintas formas de autoría y participación en el ámbito de la omisión. 2. Criterios sobre la posición de garante...lo característico de la misma reside en el establecimiento de posiciones de garante en virtud de especiales deberes, basados en la ley [...]⁸⁰

Lo que se acaba de mencionar es poco claro en nuestro ordenamiento jurídico. Existe una norma que trata de topar el tema de la omisión impropia pero, no es evidente, lo que hace que no haya ni un punto de referencia o una guía para quienes administran justicia. El artículo doce del Código Penal vigente, establece que “ No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale

impropias-qno-escritasq-el-principio-de-legalidad-y-la-teoria-de-la-imputacion-objetiva&catid=39:parte-general&Itemid=27 (acceso: 05/09/2012).

⁷⁷ “Teoría formulada por Claus Roxin que establece que si es factible que exista un nexo causal sin que haya una imputación al tipo objetivo, cuando el riesgo no permitido generado por el autor no ha provocado el resultado” (Óp cit, ²²).

⁷⁸ Guillermo Julio Fierro. *Causalidad e imputación*. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 376.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Recurso de Casación. Sentencia de 11 de junio del 2009. Serie 18. Gaceta Judicial 8.

a ocasionarlo”, lo que se puede evidenciar es que el código equipara el no hacer con la acción pero, no hace referencia a la omisión en sí, no establece con claridad qué será considerado como omisión impropia, tampoco hace mención alguna a los elementos que constituirían ese tipo de delitos y peor aún, menciona de alguna manera la necesidad de que exista un sujeto que se encuentre en posición de garante frente a los bienes jurídicos protegidos.

En base a lo que la Corte Nacional de Justicia del Ecuador estableció en lo anteriormente citado, nuestra legislación no hace determinación alguna de las situaciones en las que existe un garante, hecho que nos permite de hablar de una posible pena al supuesto infractor de un delito que no existe en la Ley penal. A diferencia de la situación jurídica del Ecuador en este tema, en El Salvador si se ven caminos más claros respecto de qué hacer cuando se está frente a un delito de comisión por omisión. El código penal salvadoreño contempla lo siguiente:

Art. 20.- El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado.

El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado.

En texto expuesto, se puede evidenciar que dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño, se ha tomado en consideración la posibilidad de que se den los delitos de omisión impropia por la existencia de la posición de garante otorgada por un mandato jurídico que se ha establecido en la ley. No contempla el hecho de que la posición de garante puede ser asumida voluntariamente, sin embargo, vale considerar que con esta norma, quien tiene el deber de juzgar la culpabilidad de una persona que incurre en un posible delito de este tipo, ya tiene elementos suficientes como para poder utilizar su sana crítica y resolver el caso específico de una manera en la que se sujete a la ley y que, no empeore la condición de quien está siendo juzgado.

2.4 La imprudencia- Concepto.-

A la luz del Código Penal del Ecuador, la imprudencia puede ser considerada como un concepto jurídico indeterminado puesto que, su definición no se encuentra en éste y sin embargo, es utilizada en varias ocasiones. Según el diccionario de la Real

Academia de la Lengua española, la imprudencia es vista como; “Falta de prudencia⁸¹”, teniendo en mente que la prudencia la define como; “Templanza, cautela, moderación, sensatez, buen juicio”, concepto que no es lo suficientemente claro para el Derecho. Hay quienes consideran pertinente definir a la imprudencia como

[...]las conductas imprudentes o culposas se refieren a aquellas acciones peligrosas emprendidas sin ánimo de lesionar el bien jurídico protegido, pero por causa de esa falta de cuidado o de diligencia debida, produce la efectiva lesión⁸².

Para esclarecer la duda existente sobre lo que realmente es la imprudencia, la resolución de casación de la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil del 29 de octubre del 2002 y, el Recurso de Casación No. 31-2002 por indemnización de daños y perjuicios, siguió José Luis Guebara Batioja, como representante legal del Comité Delfina Torres Vda. De Concha, establece lo siguiente:

La imprudencia aparece en el supuesto del sujeto que al obrar precipitadamente no prevé las circunstancias perjudiciales a las que arriba con posterioridad. Se caracteriza por la falta de atención o cautela en el actuar del individuo, incurriendo en ella ya sea por acción o ya sea por omisión. El imprudente es aquel sujeto que actúa con audacia y por impulso sin detenerse a percibir los efectos que su accionar haya podido acarrear⁸³.

Por otro lado, hay quienes, como el Profesor en Ciencias Penales de la Universidad de Bonn en Alemania, Urs Kindhäuser, consideran a la imprudencia como una

[...] disposición subjetiva es negativamente determinada: como un error, una falta de previsión o una confianza infundada [...] esta disposición deficitaria es reprochada al autor: como un error vencible y una apreciación equivocada por descuido⁸⁴.

Todo lo mencionado con anterioridad, hace que sea necesario introducir un elemento esencial de la imprudencia, que se denomina el *deber de cuidado*. Siguiendo el lineamiento de Kindhäuser, el deber de cuidado, hace referencia, tanto a las

⁸¹ Diccionario de la Lengua española en : <http://lema.rae.es/drae/?val=imprudencia> (acceso: 10/09/2012).

⁸² Sin Autor. *La imprudencia: el tipo de injusto imprudente*. Derecho Penal I. Universidad de Murcia. [Ocw.um.es/cc.-juridicas/la-ensenanza...clase.../capitulo-xvi.doc](http://ocw.um.es/cc.-juridicas/la-ensenanza...clase.../capitulo-xvi.doc) (acceso: 10/09/2012).

⁸³ Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Recurso de Casación. Sentencia de 29 de octubre del 2002. Serie 17. Gaceta Judicial 10.

⁸⁴ Urs Kindhäuser. *¿Qué es la imprudencia?* <http://www.scribd.com/doc/38024280/Articulo-Prof-kindhuser-Que-Es-La-Imprudencia> (acceso: 12/09/2012).

capacidades físicas como psicológicas que debe tener el agente del caso específico como, para poder asegurar que el bien jurídico protegido no se encuentre en peligro o que no se vea afectado por un resultado negativo, esto se pueda dar mediante la evitación o el hacer algo concretamente que salvaguarde el bien jurídico⁸⁵. El deber de cuidado está estrechamente relacionado con la previsibilidad y la evitabilidad de la producción de peligro hacia un bien jurídico protegido, por cuanto, está en las manos del agente que el bien jurídico no se vea vulnerado. Cabe resaltar que, dentro de las normas de carácter legal y social, este deber de cuidado estará enunciado. Para tener la idea un poco más clara, se seguirá el siguiente ejemplo; X está manipulando un arma de fuego frente a terceros, dentro de la manipulación se le escapa un tiro que le llega a A, provocándole una lesión grave. La imprudencia de X se encuentra en el no verificar si el arma se encontraba cargada con balas. X tiene plena consciencia de que un arma de fuego cargada y mal utilizada puede causar consecuencias muy graves, de haber verificado el arma, A no hubiera resultado herido.

Según Claus Roxin, “la imprudencia es un problema de tipo. Una conducta imprudente puede estar justificada o exculpada en el caso concreto; pero en el tipo se decide si era imprudente⁸⁶”, es decir que, debe estar dentro del tipo penal, cuales son las circunstancias en las que cualquier persona puede incurrir en una falta de debido cuidado. El mismo autor acota que dentro de la imprudencia y el deber del cuidado debido, es importante considerar el *deber de información y de omisión* que, en resumidas cuentas lo define como, “quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo, debe dejarlo⁸⁷”, con esto, lo que se debe entender es que antes de actuar o dejar de hacer algo, toda persona debe informarse si es que hay algo a considerar que pueda afectar un bien jurídico o si es que, uno sabe que no está dentro de sus capacidades actuar de alguna manera y que, eso puede afectar negativamente el bien jurídico, más vale abstenerse de hacerlo.

Ahora bien, cabe analizar y sobre todo, considerar que esto no siempre puede suceder y hay situaciones en que no todo se puede conocer o que las capacidades de uno se pueden ver afectadas justo en el momento del actuar o dejar de hacer. Si es que se va a utilizar esta suerte de teoría, sería pertinente que antes se analice el caso

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Claus Roxin. *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p.999.

⁸⁷ *Id.*, p. 1010.

concreto ya que hay caso en los que no se podrá aplicar dicho razonamiento. Por ejemplo; A, quien desconoce que tienen problemas de corazón, ayuda a un señora de edad mayor a cruzar la calle. A sufre un pre infarto en la mitad de la calle, hecho que lo hace caer al piso y con él cae la señora. Poco tiempo después, pasa un auto y golpea a la señora, causándole así la muerte. A no sabía que no contaba con las capacidades suficientes para elaborar dicho acto, tampoco sabía que en cualquier momento podía tener problemas del corazón, dicho desconocimiento no lo hace culpable de un homicidio imprudente con respecto a la señora, ya que él, de buena fe y con voluntad de ayudar, trató de ayudar a cruzar la calle.

Con base en lo citado y comentado, se podría definir a la imprudencia como el actuar de un sujeto sin la debida diligencia, haciendo así, que se den resultados de carácter negativo sin necesariamente quererlo y que, por la falta de prevención de la posible afectación a un bien jurídico protegido, se incumple con el respectivo deber de cuidado que tenía el sujeto sobre el bien específico. Se trata de un concepto que contiene elementos subjetivos cuando se trata del derecho penal puesto que, involucra temas como el conocimiento y la voluntad.

2.4.1 Clases de Imprudencia:

Una vez establecido un concepto de imprudencia, es importante tener en mente que existen dos clases de la misma, la imprudencia consciente y la imprudencia inconsciente. Es decir que deben tomarse en consideración ciertos elementos de la imprudencia misma para poder hacer un juicio de valor y determinar la debía responsabilidad del agente que incurre en ella.

a. Imprudencia Consciente:

Ésta guarda relación con el actuar de una persona que tiene el conocimiento que puede haber una afectación negativa a un bien jurídico pero que, confía en que nada que pueda afectar dicho bien ocurrirá⁸⁸. Se tomará un ejemplo bastante exagerado en el que; A está en una silla de ruedas y acompaña a un niño que acaba de aprender a nadar a una piscina. A sabe que dicho niño puede no tener todas las capacidades necesarias para nadar de la manera adecuada y que puede ser que se ahogue sin embargo, confía en que eso no pasará y por lo tanto, decide supervisararlo sin tener las capacidades físicas de actuar en caso de que el niño no pueda nadar bien o que se

⁸⁸ *Id.*, p. 1019.

ahogue. José Luis Serrano establece que en la imprudencia consciente “hay conocimiento de la antijuricidad [...] donde el autor conoce la norma de cuidado que infringe⁸⁹”. Se reitera que, en este caso, no cabe duda de que el elemento de la consciencia de la posible violación de una norma está latente y que se conocen las posibles consecuencias.

Para Carlos Bellati, dentro de la imprudencia consciente hay que contemplar que “Él que actúa consciente de manera imprudente crea consciente un riesgo de producción de un resultado, lo que sugiere la actuación con dolo de puesta en peligro⁹⁰”. Como se advirtió en el primer capítulo, una de las implicaciones del dolo es saber que aquello que se está haciendo está mal y que puede provocar un daño, es por eso que, se ha dicho que dentro del dolo a más de existir consciencia, se evidencia el elemento volitivo de causar un daño o, de vulnerar el bien jurídico en juego. Enrique del Castillo establece que este tipo de imprudencia debe ser vista por “[...] la existencia o no de un verdadero conocimiento por parte del sujeto acerca de la potencialidad lesiva de la conducta⁹¹”, lo que podría llevar a concluir que dentro de la imprudencia consciente, aquello que tienen más peso y que la define como tal es el conocimiento de que dentro de la conducta realizada u omitida se está infringiendo una disposición de carácter legal y que consiguientemente exista una consecuencia sancionatoria que debe ser impuesta por no considerar la posible afectación del bien jurídico que se está viendo afectado en el caso concreto.

b. Imprudencia Inconsciente:

Después de entender el significado de la imprudencia consciente, a breves rasgos, se podría definir a la imprudencia inconsciente como aquella en donde no hay conocimiento alguno de lo que se está haciendo u omitiendo acarrea sanciones jurídicas por estar yéndose en contra de las normas que establecen la protección de

⁸⁹ José Luis Serrano González de Murillo. *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*. <http://books.google.com.ec/books?id=CXkc-E0SDIIC&pg=PA346&lpg=PA346&dq=imprudencia+consciente&source=bl&ots=YfEJh4N0uH&sig=luN18LMIVYJf5iUFRyRYNQqcSn4&hl=es-419#v=onepage&q=imprudencia%20consciente&f=false> (acceso: 12/09/2012).

⁹⁰ Carlos Bellati. *La acción el tipo de lo injusto del delito imprudente*. <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200101-1551190101280.html> (acceso: 12/09/2012).

⁹¹ Enrique del Castillo Codes. *Imprudencia*. <http://books.google.com.ec/books?id=bSbP7imIE6sC&pg=PA55&lpg=PA55&dq=imprudencia+consciente&source=bl&ots=c7Xlr6Yzgc&sig=Y0GNmyl-9hNP7eoNjd9FxIOrYGs&hl=es-419#v=onepage&q=imprudencia%20consciente&f=false> (acceso: 14/09/2012).

un bien jurídico protegido. Esta idea no está del todo mal, sin embargo, hay más elementos a considerar. Según Roxin, "quien actúa con imprudencia inconsciente "no advierte la realización de un tipo", a consecuencia de su falta de observancia del cuidado debido⁹²", es decir que no existe el elemento volitivo de que se produzca la vulneración de un bien jurídico. El agente, no conoce la posibilidad de que se afecte negativamente un bien jurídico en base a su desconocimiento de la posible producción de los elementos objetivos que se encuentran descritos en el tipo⁹³.

Ahora bien, dado a que en la imprudencia consciente existe el conocimiento por parte del agente de que, hay la posibilidad de lesionar o causar daño a un bien jurídico y se le agrega a voluntad de seguir actuando u omitiendo y que, a diferencia de ello; en la imprudencia inconsciente se actúa u omite con un desconocimiento y sin voluntad de afectar negativamente dicho bien, Roxin establece que:

[...]la imprudencia consciente resulta más merecedora de pena que la inconsciente, porque la representación de una posible realización del tipo proporciona al sujeto un motivo en contra de la misma sustancialmente más fuerte que los indicios que se daban al sujeto para advertir el peligro procedente de él en la imprudencia inconsciente⁹⁴.

Siguiendo lo citado, Roxin hace mención a la teoría (teoría a la que me acojo) de varios autores en los que consideran que, la imprudencia inconsciente es impune por cuanto no existe el elemento volitivo de actuar u omitir y tampoco consciencia de la posible afectación al bien jurídico protegido. Claus Roxin cita en su obra, Derecho Penal- Parte General, a Bockelmann y a Kaufmann cuando comentan lo siguiente:

[...] "No se puede achacar el haberse decidido de manera equivocada al sujeto que ni siquiera ha sido consciente de que se debería haber decidido de manera distinta a como lo hizo" ". "La puesta en peligro del bien jurídico no entra en absoluto en el terreno de la conciencia y por tanto tampoco puede ser abarcado por la voluntad⁹⁵"

Del mismo modo, Roxin establece que dentro de la imprudencia inconsciente, hay una carencia del tipo subjetivo ya que el agente no cumple con los elementos objetivos

⁹² Claus Roxin. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 1018.

⁹³ Xavier Andrade. *Apuntes de clase Delitos de Peligro y Omisión*. Universidad San Francisco de Quito. 2010.

⁹⁴ Claus Roxin. *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 1020.

⁹⁵ *Id.*, p. 1021.

del tipo penal⁹⁶. Y que cuando se habla del delito de imprudencia consciente, “Para él el tipo subjetivo del delito imprudente consiste en “que el que actúa conoce una porción típicamente relevante de las condiciones del resultado producido de la cual surge según la valoración del ordenamiento jurídico un peligro intolerable⁹⁷”, hecho que en la imprudencia inconsciente no se da por falta de conocimiento y voluntad.

Con lo antedicho, dentro de los delitos de comisión por omisión con referencia a una ayuda que presta un sujeto que pertenece a una comunidad con la voluntad de ayudar y de bien hacer, se debe considerar que la imprudencia inconsciente debe ser considerada. Por ejemplo, A es un sujeto que se encuentra caminando en la calle, divisa a una mujer mayor (con altas dificultades auditivas) que tienen dificultades de cruzar la calle sola, A voluntariamente acude a su ayuda y procede a cruzar la calle con ella, la deja en la vereda contraria a la que se encontraban inicialmente y ella, le pide a A que la lleve a otro lado. A no puede llevarla a donde la señora le ha solicitado, por lo cual se lo advierte y se va. En ese momento, la señora por cruzar sola la calle para dirigirse a su destino deseado. En el transcurso del cruce, se oye de manera muy fuerte el anuncio de una ambulancia que no ha sido oído por la señora, la ambulancia golpea a la señora y ésta fallece por el impacto. A voluntariamente asumió la posición de garante frente el bien jurídico vida de la señora, sin embargo, A no tenía conocimiento alguno de la condición auditiva de la señora y tampoco tenía voluntad alguna de causarle la muerte al dejarla en la vereda a la cual le ayudó a cruzar. A simplemente quería ayudar a una de sus pares. Considero que en este caso concreto, estamos frente a la imprudencia inconsciente en el que A, por servir a su comunidad decidió ayudar a alguien. A no debería ser penado por homicidio imprudente inintencional; como se mencionó, la imprudencia inconsciente no puede ser penada por carencia de voluntad y conocimiento.

Es por el hecho de que a muchas personas se los sancione por cometer delitos de comisión por omisión cuando de ayudar a su comunidad se trata, se ha perdido la noción de ayudar a los pares por miedo a ser culpados por algo que al actuar no tenían la voluntad de hacer y tampoco, conocían de ciertos elementos que daban la posibilidad de afectar un bien jurídico. En el Ecuador, sucede muchas veces que, cuando de un accidente de tránsito se trata y hay un atropellado, no paran a prestar ayuda por miedo a que si fallece el herido, se los culpe por homicidio inintencional.

⁹⁶ *Id.*, p. 1022.

⁹⁷ *Ibid.*

Puede ser que una persona, unilateralmente asuma la posición de garante frente al herido, decide subirlo a su automóvil y llevarlo al hospital, sin embargo desconoce que tienen un derrame interno que le produce un desangre y que, antes de llegar al hospital, le cause la muerte; en base a las teorías de los delitos de comisión por omisión, quien asumió unilateralmente la posición de garante frente al herido, tendrá responsabilidad por la afectación negativa que tenga el bien jurídico protegido. En este caso, vemos la falta de voluntad de causar la muerte y también la falta de conocimiento de la existencia del derrame. Es decir, es una imprudencia inconsciente que, es IMPUNE.

Capítulo 3

En base a investigaciones realizadas, es posible decir que no existe un criterio unificado a nivel mundial cuando de los delitos de comisión por omisión se trata. Muchas de las legislaciones no son concisas al definir los mencionados delitos como tampoco hacen mención contundente cuando se necesita tratar la posición de garante. Dada la falta de consistencia sobre este tema, es prudente realizar un análisis de lo mencionado en nuestro país vecino, Colombia, en un país europeo como lo es Suiza y con el Proyecto del Código Orgánico Integral de Garantías Penales que está en debate en el Ecuador.

3.1 Análisis de la normativa en Colombia

Dentro del Código Penal colombiano, su artículo 25 hace referencia a delitos tanto de acción como de omisión, a más de esto, hace una enunciación numerativa de aquellas situaciones en las que se puede constituir una posición de garante, y lo expresa de la siguiente manera:

ARTÍCULO 25 - Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la Ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1.- Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
- 2.- Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
- 3.- Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
- 4.- Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales. (Lo subrayado es mío).

Con base en lo citado, se puede evidenciar que se hace mención a la existencia de un bien jurídico protegido del cual, un agente o determinada persona debe cuidar. Con esto, se puede suponer que los legisladores colombianos han tratado de ser lo más claros posibles para demostrar que cualquiera puede ser víctima de un delito de estos tipos cuando un bien jurídico se vea afectado negativamente. Posteriormente, se puede ver que se establece de manera taxativa las situaciones en las que una persona puede encontrarse en una posición de garante.

En su primer numeral, hecho que interesa al desarrollo de esta tesina, se describe que dicha posición se puede adquirir cuando ésta sea asumida unilateralmente, es decir, de manera totalmente voluntaria y sin consultar al dueño del bien jurídico. Se decide cuidar de dicho bien y asumir responsabilidad de cualquier cosa que le puede pasar. Es de suma importancia considerar que, en base a un análisis profundo, en el primer numeral, el agente que se convierte en garante solo lo puede ser dentro de sus posibilidades. Es decir, utilizando el concepto “ámbito de domino”, puede considerarse que la manera analizar el concepto, debe hacérsela desde la perspectiva de que, ese ámbito del cual se habla es, tanto la capacidad físicas como psicológica para poder prever un peligro o un posible daño a un bien jurídico específico.

Ahora bien, el motivo por el cual es considerable hacer un análisis del texto de la ley en su numeral primero es porque, se está frente a uno de los tantos conceptos jurídicos indeterminados que dejan un campo muy amplio cuando de comprender la ley se trata.

Cabe reflexionar sobre el segundo numeral en el que se menciona la “la estrecha comunidad de vida entre personas”. Una vez más, se trata de un concepto poco claro y que puede generar diversas discusiones. El conflicto yace en determinar qué es esta estrecha comunidad. Para muchos puede ser una relación familiar, como para otros puede ser la relación que se puede tener con las personas que forman su entorno laboral. En el caso de muchos universitarios, el pertenecer a una Universidad hace que sean parte de una estrecha comunidad entre personas en la que no se tiene cercana relación con todos sus miembros pero, existe ese sentimiento de comunidad. Lo que hace pensar en que depende la percepción que cada persona tiene respecto a lo que significa estrecha comunidad, se debería juzgar.

Al no haber una definición concreta de lo mencionado, con algo de atrevimiento, se puede llegar a pensar que todos estamos en posición de garante frente a todos los

terceros que nos rodean, hecho que resulta poco lógico y que además, va contra los principios básicos del derecho en general.

3.2 Posición de Garante.-

Por otro lado, la Sentencia C- 1184-08 de la Corte Constitucional de Colombia define la posición de garante, como ya fue mencionado anteriormente, estableciendo lo siguiente:

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Se aparta de la misma quien estando obligado incumple ese deber, haciendo surgir un evento lesivo que podía haber impedido. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas⁹⁸.

Se conoce que la posición de garante no existe únicamente en los delitos de omisión, la Corte es clara al mencionar en las últimas líneas que cualquier persona puede ser garante de bienes jurídicos protegidos, ya sea por acción u omisión. La Corte colombiana deja un pequeño vacío en lo anteriormente citado cuando, dentro de la definición de la posición de garante incluye el hecho de que, el garante no cumpla o defraude ciertas expectativas. Esto puede llevar a pensar que se puede hacer una diferenciación de expectativas como lo son, las expectativas legales y las expectativas sociales.

Las expectativas legales pueden ser llamadas también como, expectativas de derecho y son definidas como; “una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, conforme a la legislación vigente en un momento determinado⁹⁹”. Por otro lado, las expectativas sociales, son definidas por Patricia Kurczyn como “anhelos eternos del hombre¹⁰⁰”, es decir que son actuaciones que se esperan por toda una sociedad para así poder vivir en comunidad, como por ejemplo; una sociedad espera

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia – 1184, 3 de diciembre del 2008.*
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1184-08.htm> (acceso 21/09/2012).

⁹⁹ Jurisconsulta. *Derechos adquiridos y expectativas de derecho.*
<http://www.jurisconsulta.mx/index.php/Tesis?iD=160370> (acceso 21/09/21).

¹⁰⁰ Patricia Kurczyn. *El constitucionalismo social frente a la reforma en el derecho de trabajo en México.* <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/92/art/art5.pdf> (acceso 21/09/2012).

que todos ayudemos a nuestros pares, no solo por ser una expectativa sino por cumplir un “código” de ética que nos ayuda a vivir en comunidad.

La solidaridad, puede ser considerada como un elemento básico que las personas esperan que se realice para poder ser “aceptado” por el resto y así convivir. A más de esto, se puede concluir que ambas clases de expectativas se complementan para la vida en comunidad. Para esto, se utilizarán las ideas de Thomas Hobbes, quien estableció que es necesario la construcción de un contrato social en el que el Estado natural (todos contra todos) debe tener un fin y que, es necesario instaurar principios básicos para poder crear una sociedad civilizada¹⁰¹. Dentro de estos principios se ve la combinación de todas las expectativas que la sociedad tiene con respecto al resto para así poder vivir en “armonía”, dichas expectativas han ido tomando forma de normas o leyes y hay ciertas, en base a la cultura, religión, costumbres o creencias que simplemente se esperan y que no necesariamente se encuentran como parte del ordenamiento jurídico de un Estado.

Es interesante tener en mente que de donde proviene la noción de aquella necesidad de cumplir con las expectativas sociales procede del funcionalismo, apoyado firmemente por Günther Jakobs y también por los sociólogos Niklas Luhmann y Jürgen Habermas¹⁰². El funcionalismo parte de la idea de que cada persona tiene que desempeñar con una función social que cumple con las expectativas de la sociedad¹⁰³ y que, por lo tanto “...el comportamiento social necesita reducir la contingencia para habilitar las expectativas de comportamiento recíprocas... que son estabilizadas y blindadas contra desilusiones en las dimensiones temporal, material y social¹⁰⁴”, lo cual quiere decir que al cumplir con dichas expectativas se asegura que exista compatibilidad de comportamiento entre las personas de una sociedad lo que, equivale directamente a la “cooperación social¹⁰⁵”.

Lo mencionado con anterioridad se refiere a las expectativas contrafácticamente defraudadas¹⁰⁶, es decir, con el incumplimiento de expectativas esperadas por toda

¹⁰¹ Diego Pérez. Apuntes de Clase. *Estado y Derecho*. Universidad San Francisco de Quito. 2008.

¹⁰² Estuardo Montero. *El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs*. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0> (acceso: 24/10/2012).

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Santiago Carassale. *Política y Derecho: Unger, Luhmann y Habermas*. Ediciones Coyoacán S.A. y C.V, México DF, 2005. p 91.

¹⁰⁵ *Id.*, p 93.

¹⁰⁶ Oscar Mejía Quintana. *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil: La tensión entre los paradigmas autopoietico y consensual-*

una sociedad, implicando así la necesidad de una sanción para el que incumple, extrayéndolo de la sociedad por no aportar a la convivencia social.

Teniendo en cuenta las clases de expectativas y su necesaria combinación, es de suma necesidad analizar el tratamiento que se le da al Principio de Legalidad penal en Colombia. Las normas penales colombianas, con claridad expresan que: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio¹⁰⁷”. A breves rasgos y en pocas palabras lo que se entiende es que, para ser juzgado y culpado de haber cometido determinado delito, tanto el acto u omisión que constituye el delito debe estar claro en la ley, como también quienes serían los sujetos pasivos y activos del mismo. Dentro de esta línea, Claudia Patricia Orduz considera que:

Se debe entender entonces que el principio de legalidad, implica que la ley debe definir de manera precisa y clara el acto, el hecho y/o la omisión que constituye el delito, la pena a imponer por la infracción realizada, el sujeto activo y pasivo, el procedimiento, la autoridad que debe adelantar el proceso, quién debe emitir sentencia, qué recursos proceden, ante qué autoridades, etc., pues de no indicarse de manera expresa y diáfana quién comete el delito, cómo, cuándo, en contra de qué bien jurídico protegido, cuál es la autoridad competente, las penas, entre otras, se dejaría al arbitrio de la autoridad que conozca del caso estos factores, afectándose derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, como el debido proceso¹⁰⁸.

Es esencial entender que el respeto al Principio de Legalidad es la base fundamental para la no vulneración de otros derechos que son inherentes a todos los seres humanos, en especial cuando de derecho penal se trata ya que dentro de las condenas se puede estar hablando de la privación de libertad de las personas. Del mismo modo, la citada autora hace referencia a la inclusión de la importancia del Principio de Legalidad en la Constitución de Colombia, indicando que, nadie bajo ninguna circunstancia puede ser juzgado por algo que no sea preexistente en las leyes o normas del Estado colombiano. Respecto a esto, y citando una jurisprudencia de 1983, Orduz enuncia ciertos elementos básicos del principio en mención como que la ley:

discursivo en la filosofía jurídica y política contemporáneas. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001. p 131.

¹⁰⁷ Código Procedimiento Penal colombiano. Art 1.

¹⁰⁸ Claudia Patricia Orduz. *El principio de legalidad en la ley penal colombiana*. http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/6claudiaorduz.pdf (acceso: 24/09/2012).

... 2. Debe ser preexistente a la comisión del hecho prescrito como punible y estar vigente al momento que se haya cometido. 3. Debe ser expresa, clara, cierta, nítida, inequívoca, exhaustiva y delimitativa. 4. No puede por lo tanto adquirirse como válida cuando es implícita, incierta, ambigua, equívoca, extensiva, o analógica, a no ser que respecto de esta última característica, su aplicación sea para favorecer y no para desfavorecer al sindicado o condenado¹⁰⁹.

Con base a lo citado, sería lógico establecer que en los delitos de comisión por omisión se da una suerte de vulneración al Principio de Legalidad ya que éstos no se encuentran tipificados en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.3 Solidaridad en Colombia.-

Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia colombiana trae a colación el tema de la solidaridad cuando de los delitos de omisión impropia se trata. La Corte ha establecido que la Constitución colombiana se rige por el Principio de Solidaridad, principio que no solamente involucra a que el Estado actúe de manera solidaria con el pueblo sino que, también actúen con solidaridad entre quienes conforman la sociedad en la que viven. Respecto a lo mencionado la Corte ha establecido lo siguiente:

La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones...El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo... Pero el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental¹¹⁰.

Conforme a lo que la Corte ha puesto en consideración, es evidente que en Colombia la solidaridad es tomada en cuenta como un pilar de la sociedad y que se cree que se debe actuar en base a ella entre todos los miembros que la conforman. Ahora, cabe preguntarse qué es lo que involucra la solidaridad o qué es la solidaridad en sí. Muchos, como yo, consideran que es un elemento básico para la convivencia, otros creen que es una manera de prestar ayuda solo a quienes son cercanos, sin

¹⁰⁹ Claudia Patricia Orduz. *El principio de legalidad en la ley penal colombiana*. http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/6claudiaorduz.pdf (acceso: 24/09/2012).

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 25.563- 2006. 27 de julio del 2006. <http://gavillan5.blogspot.com/2006/08/posicion-de-garante.html>. (acceso 24/09/2012).

embargo, hay quienes, como Óscar Arias, que la miran como una relación entre todos aquellos que forman una comunidad o sociedad¹¹¹.

Por otro lado, yéndose a una rama más filosófica, se dice que: “La Solidaridad es uno de los valores humanos más importantes y esenciales de todos, la solidaridad es lo que hace una persona cuando otro necesita de su ayuda, la solidaridad es la colaboración que alguien puede brindar para terminar una tarea en especial¹¹²”. Sucede muchas veces que la gente ha dejado de actuar solidariamente con sus pares por miedo a ciertas consecuencias de índole jurídico, como puede darse en el caso de los delitos de omisión impropia.

Hay situaciones en las que se debería actuar solidariamente, como en el ejemplo de segundo capítulo de esta tesis cuando, se hablaba del señor que trata de socorrer a un atropellado subiéndolo a su auto y llevándolo a un hospital, pero que, por miedo a que algo negativo suceda y se los haga responsables, simplemente no se hace. Sin embargo, lo que no se toma en consideración y que la Corte colombiana enuncia es que, “todas las personas y ciudadanos que se encuentren en Colombia, están en posición de garantía respecto de todos sus semejantes¹¹³, lo cual significa que todos, en todo momento deberían considerar que al momento de ayudar son responsables de ciertos bienes jurídicos protegidos, tengan conocimiento o puedan prevenir la posibilidad de que un bien jurídico se vea afectado negativamente. Dentro de la mencionada creencia, la misma Corte establece que;

El Código Penal actual trae expresamente consagrada la cláusula general de equiparación, empero, quedan totalmente abiertas las posiciones de garantía. Además del peligro señalado por la doctrina, resulta, de especial importancia, la amplitud inusitada a que quedan sometidos todos los ciudadanos —garantes todos de todos, en materia de vida e integridad personal— por virtud de lo señalado por el numeral 2° del artículo 95 de la Carta Política.

Lo citado muestra cierta contradicción con lo que el Principio de Legalidad significa puesto a que, no están enunciados en la Ley los casos en los que se incurre en los delitos de omisión impropia pero, la Corte dice que asume que todos los colombianos están en posición de garante frente al otro.

¹¹¹ Óscar Arias. *El concepto de solidaridad*. <http://es.scribd.com/doc/49595484/el-concepto-de-solidaridad> (acceso 24/09/2012).

¹¹² Concepto definición. Definición de solidaridad. <http://conceptodefinicion.de/solidaridad/> (acceso 24/09/2012).

¹¹³ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 25.563- 2006. 27 de julio del 2006. <http://gavillan5.blogspot.com/2006/08/posicion-de-garante.html>. (acceso 24/09/2012).

A manera de conclusión, se puede establecer firmemente que por más que la legislación Colombiana pueda llegar a ser más clara en cuanto al concepto de la posición de garante en los delitos de omisión impropia, el Principio de Legalidad y la utilización de Principio de Solidaridad Constitucional; no logra tener una solución clara cuando de sancionar los mencionados delitos se trata. Por un lado, se establece que el que no actúe de manera solidaria con sus pares incurriría en una falta grave pero, también carga el peso a cada uno de las personas al hacerlas garantes de los bienes jurídicos de todos los que los rodean. Hecho que hace dudar a la sociedad sobre ser realmente solidario, por miedo a que se los responsabilice por tratar de ayudar a alguien y que, como resultado no previsto y no previsible, se afecte negativamente un bien jurídico protegido. Es decir, se sigue incentivando a la sociedad a dejar de ser solidario, se les inyecta un miedo de carácter jurídico que no hace más que seguir creando sociedades egoístas. No resulta lógico darle un valor tan importante a la solidaridad si es que, cuando ésta sea practicada, pueda ser sancionada por el simple hecho de actuar de buena fe y con buena voluntad.

3.4 Análisis de la normativa en Suiza.-

Dentro del Código Penal suizo, las normas con respecto a los delitos de omisión impropia parecen ser similares las que se han venido exponiendo, sin embargo, existen diferencias que más adelante serán detalladas. El artículo 11 de la norma enunciada dice lo siguiente:

1. Un crimen o un delito puede también ser cometido por el hecho de un comportamiento pasivo contrario a una obligación de actuar.
2. Actúa pasivamente en violación de una obligación de actuar el que no impide la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico protegido por la ley penal, aún estando sostenido a un responsabilidad jurídica, particularmente en virtud:
 - a. De la ley;
 - b. de un contrato;
 - c. de una comunidad de riesgos libremente consentida;
 - d. de la creación de un riesgo.
3. El que queda pasivo en violación de una obligación de actuar puede ser sancionado en razón de la infracción considerada sólo si, teniendo en cuenta que las circunstancias, incurre en el mismo reproche que si habría cometido esta infracción por un comportamiento activo.

4. El juez puede atenuar la pena.¹¹⁴.

La Ley penal suiza define a los actos omisivos como actos pasivos (en el primer capítulo se vio que sí existe una diferenciación entre ambos conceptos) y lo describe como una violación a una norma que establece que se debe actuar específicamente en determinado caso. Es clara la ley al establecer que todos quienes se rigen bajo ese código pueden ser sancionados por delitos de omisión, sin importar su status jurídico dentro de Estado. Por otro lado, en el numeral segundo del artículo, se enuncian de manera clara las maneras de adquirir la posición de garante. Cabe recalcar que en el Código Penal suizo no se menciona concretamente la posición de garante pero, se la establece como una situación jurídica o una situación de responsabilidad frente a los bienes jurídicos protegidos.

En Suiza, la posición de garante nace de la Ley, de un contrato, de una comunidad de riesgos libremente consentida o, de la creación de un riesgo. En este caso, al igual que en el caso colombiano, los legisladores dejan un amplio espacio para interpretar el literal c del segundo numeral. En este caso, se habla de una comunidad en la que se conozca que existen ciertos riesgos y que los ciudadanos acepten vivir su día a día con esos riesgos no especificados. Ahora bien, a diferencia de Código Penal colombiano, en el que el texto menciona una “estrecha comunidad de vida”. La normativa suiza, simplemente hace referencia a una comunidad que puede ser de diez personas o que simplemente la conforme la Nación entera, lo único que especifica es la existencia de esos riesgos de los cuales quienes conforman la comunidad o sociedad, los aceptan sin necesariamente saber exactamente cuáles son.

Como última oración, se lee que el juez podrá atenuar la pena, lo cual me hace notar que se hace una evaluación del caso concreto, se analizan todos sus elementos y en base a la realización de la omisión simple o impropia, quien administra justicia

¹¹⁴ Texto Original: 1Un crime ou un délit peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir.

2Reste passif en violation d'une obligation d'agir celui qui n'empêche pas la mise en danger ou la lésion d'un bien juridique protégé par la loi pénale bien qu'il y soit tenu à raison de sa situation juridique, notamment en vertu:

- a. de la loi;
- b. d'un contrat;
- c. d'une communauté de risques librement consentie;
- d. de la création d'un risque.

3 Celui qui reste passif en violation d'une obligation d'agir n'est punissable à raison de l'infraction considérée que si, compte tenu des circonstances, il encourt le même reproche que s'il avait commis cette infraction par un comportement actif.

4 Le juge peut atténuer la peine.

podrá hacer uso de la sana crítica para establecer una pena dentro de la sanción que crea es pertinente.

Existe un elemento básico en el Código Penal suizo al cual se le dedica todo un artículo. Esto es la intencionalidad. El artículo 12 del cuerpo normativo en mención establece lo siguiente:

1 Salvo por disposición expresa y contrario la ley punible sólo puede ser sancionado el autor de un crimen o un delito que es intencional. 2 Actúa intencionalmente toda persona que cometa un delito grave o delito menor con conciencia y voluntad. El autor actúa con intencionalidad cuando es posible la realización del delito y lo acepta cuando ocurriría. 3 Actúa con negligencia quien, por una falta de previsión culpable, comete un crimen o un delito sin tomar en cuenta las consecuencias de sus actos. La falta de previsión es sancionada cuando el autor no ha usado las precauciones ordenadas.¹¹⁵

Lo importante del texto del artículo citado, yace en el hecho de que para poder hacer responsable a una persona de haber cometido un delito o un crimen, tiene que ser una persona que haya realizado sus actos con la intencionalidad de producir el resultado que vulnera un bien jurídico protegido. En el segundo numeral se observa la definición que el código suizo le da a la intencionalidad, el cual conlleva actuar con conciencia y voluntad a la vez. En el último numeral, se da la definición de negligencia que, puede ser entendida como la actuación de una persona sin tener las previsiones necesarias para que no se vulnere un bien jurídico protegido.

Siendo los mencionados artículos los que más importan al desarrollo y comprensión de esta tesina, se podría concluir que dentro de la omisión, ya sea propia o impropia, el elemento de la intencionalidad tiene mucho que ver cuando llegue el momento de establecer una sanción, es decir, el DOLO. Por lo tanto, en los delitos de omisión impropia derivados de un deber ante la comunidad, es necesario hacer un exhaustivo análisis de intencionalidad de producir un daño o lesión a un bien jurídico, hecho que puede tener cierta complejidad cuando del tema probatorio se trata pero que puede llegar a ayudar a quienes son culpados a que no se vulnere su libertad.

¹¹⁵ Texto Original:

1 Sauf disposition expresse et contraire de la loi, est seul punissable l'auteur d'un crime ou d'un délit qui agit intentionnellement.

2 Agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté. L'auteur agit déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait.

3 Agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas utilisé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle.

3.4.1 Posición de Garante:

La Corte Federal de derecho penal suiza, da a conocer en el extracto de una sentencia lo que se necesita para que una persona se encuentre en posición de garante:

Según el artículo 11 del Código Penal, un crimen o un delito puede también ser cometido por el hecho de un comportamiento pasivo contrario a una obligación de actuar. Tal es el caso, tomando en cuenta la segunda disposición de este párrafo, cuando el autor no impide la puesta en peligro de un bien jurídico que protege sin importar su situación jurídica en virtud de la ley, de un contrato, de una comunidad de riesgos libremente consentida o de la creación de un riesgo. Cualquier obligación legal no es suficiente, es necesario que exista una posición de garante, es decir, que el autor se haya encontrado en una situación que lo obliga a brindar protección a un bien jurídico contra peligros indeterminados (deber de protección), o a impedir la producción de ciertos riesgos conocidos (deber de vigilancia) que su omisión puede estar asimilada al hecho de haber provocado un resultado con un comportamiento activo. Así que, para determinar que un delito de comisión por omisión fue realizado, hay que analizar y buscar si a la persona a la que se le imputa la infracción se encontraba realmente en una posición de garante^{116 117}.

Con base en lo que la Corte Federal establece, parece evidente que el ordenamiento jurídico suizo se da tiempo de analizar con más profundidad la verdadera existencia de una posición de garante en cada caso que se les presenta. La obligación que les puede dar la Ley a quienes se puedan encontrar en posición de garante, no es suficiente para serlo. Lo dicho, da paso a pensar que la idea detrás de ese argumento de la Corte Federal yace en el hecho de que, deben analizarse más elementos para constituirse como garante de bienes jurídicos protegidos. Un elemento que se puede y debe analizar con mucho detenimiento es la capacidad psicofísica de quien se supone debe estar en posición de garante.

Existen en Suiza ciertas “reglas” o condiciones para determinar la existencia de la posición de garante dentro de las debidas obligaciones de diligencia. La *Société Suisse des Entrepreneurs* (relacionada con los temas de construcción) tiene un

¹¹⁶ Corte Federal de Suiza. Sala de lo penal. Extracto de la sentencia 6B_908/2009 del 3 noviembre 2010. http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_136_2010/BGE_136_IV_188.html (acceso 02/10/2012).

¹¹⁷ Texto Original: ...selon l'art. 11 al. 1 CP, un crime ou un délit peut aussi être commis par un comportement passif contraire à une obligation d'agir. Tel est le cas, d'après l'alinéa 2 de cette disposition, lorsque l'auteur n'empêche pas la mise en danger ou la lésion du bien juridique protégé, bien qu'il y soit tenu à raison de sa situation juridique, notamment en vertu de la loi, d'un contrat, d'une communauté de risques ou de la création d'un risque. N'importe quelle obligation juridique ne suffit pas. Il faut qu'elle ait découlé d'une position de garant, c'est-à-dire que l'auteur se soit trouvé dans une situation qui l'obligeait à ce point à protéger un bien déterminé contre des dangers indéterminés (devoir de protection), ou à empêcher la réalisation de risques connus auxquels des biens indéterminés étaient exposés (devoir de surveillance), que son omission peut être assimilée au fait de provoquer le résultat par un comportement actif.

reglamento con relación a las responsabilidades que empresas como las constructoras deben tener en mente cuando de temas penales se trata. Dentro de este reglamento se ha dicho que es necesario hacer 8 preguntas muy específicas que podrán determinar la existencia de una posición de garante y la existencia del cometimiento de un delito de comisión por omisión. Se menciona en el reglamento que si todas las respuestas son afirmativas, se estaría frente a obvia violación de la posición de garante. Si es que una de las preguntas no resulta ser respondida de manera afirmativa, es necesario hacer más investigación y utilizar el Principio “in dubio pro reo”. Las preguntas que dicho reglamento presenta a simple vista pueden resultar lógicas, sin embargo son contradictorias con lo que el Código Penal establece. Éstas serán mostradas en el siguiente diagrama¹¹⁸ y posteriormente se hará el análisis de la contradicción existente.

1. Producción involuntaria del resultado: ¿el resultado o la lesión fue producida de manera involuntaria?



2. ¿Existirá una posición de garante para un bien jurídico determinado? (por ejemplo: la salud, la integridad corporal, la vida de una persona)



3. ¿Estamos en una situación dentro de la cual dicho bien jurídico protegido se encuentra en peligro?



¹¹⁸ Société Suisse des Entrepreneurs. Obligation de Garant et de devoir de diligence. http://www.baumeister.ch/fileadmin/media/2_Kernthemen/Rechtsdienst/Merkblaetter/garanten-_und_sorgfaltspflicht_f.pdf (acceso 2/10/ 2012).

4. ¿El autor tenía el poder (o la posibilidad y capacidad) de descarta o evitar la situación de peligro?



5. Partiendo del hecho, ¿el garante ha infringido su deber de diligencia?



6. Partiendo del hecho; ¿El garante infringió su deber de diligencia?

- Porque no se dio cuenta de las circunstancias que lo ponían en posición de garante o
- Porque no se dio cuenta de la situación que ponía en peligro los bienes jurídicos protegidos o
- Porque no se dio cuenta que podía evitar o apartar el peligro o
- Porque no hizo uso de todos los medios existentes de asistencia o
- Porque delegó su responsabilidad de garante de manera ilícita.



7. Previsibilidad: Según las circunstancias y la situación personal; ¿el garante hubiera podido prevenir el resultado como consecuencia de su deber de diligencia?



8. Carácter evitable: ¿la producción del resultado podría (muy probablemente) haber sido evitada con respecto a la prudencia requerida?¹¹⁹

119

Ahora bien, una vez entendido el diagrama, se puede evidenciar que este reglamento por las empresas constructoras tiene ciertas inconsistencias respecto al Código Penal suizo. Como se advirtió en el segundo capítulo, la imprudencia presume una falta de diligencia o, valga la redundancia, falta de prudencia que puede derivarse en delitos de carácter culposo. Tanto en la pregunta 5, 6 y 8 del diagrama se plantean los cuestionamientos basándose en una prudencia requerida, lo cual no tiene congruencia alguna con la importancia que el ordenamiento jurídico de este país le da a la intencionalidad de causar daño a un bien jurídico protegido.

Ante lo presentado, es claro que el derecho suizo tiene como primera consideración la intencionalidad de la persona a la cual se le imputa el hecho de haber cometido un delito de comisión por omisión, así mismo, denota la importancia de examinar la real existencia de una posición de garante frente a los hechos ocurridos. Se denota que se hace un examen más exhaustivo con la finalidad de no vulnerar los derechos humanos que les son inherentes a las personas que se pueden ver involucradas en situaciones de este tipo.

Se puede concluir que a diferencia de la legislación colombiana, en Suiza no es necesario hablar del tema de la solidaridad dentro de la comunidad. Esto es un hecho que se asume que existe al enunciar en el artículo 11 del Código Penal en su numeral segundo, la presencia de “una comunidad de riesgos libremente consentida”, lo cual como ya fue mencionado con anterioridad, denota que los ciudadanos que se rigen bajo el Código Penal Suizo ya conocen de la posibilidad de que hayan riesgos y que involucren a cada individuo de la sociedad por separado. Se puede inferir que la forma en la cual la Corte Federal de Suiza analiza los casos de los delitos de comisión por omisión tienden a ser un tanto más flexibles cuando de los deberes ante la comunidad se trata. Con esto me refiero a que las evaluaciones que hacen los jueces consideran

¹¹⁹ Société Suisse des Entrepreneurs. Obligation de Garant et de devoir de diligence. http://www.baumeister.ch/fileadmin/media/2_Kernthemen/Rechtsdienst/Merkblaetter/garanten-_und_sorgfaltspflicht_f.pdf (acceso 2/10/ 2012).

la buena intención que puede tener un ciudadano al momento que desea ayudar a sus pares y se le presenta un circunstancia que, no era previsible y su resultado fue nocivo para el bien jurídico que se encuentra protegido.

La intencionalidad ha sido varias veces mencionada en los párrafos anteriores, lo que lleva a decir que más que una evaluación de la consciencia con la que se actuó, se verifica la voluntad del agente que puede estar incurriendo en el tipo de delitos que he mencionado por lo que, a breves rasgos, se podría pensar que en Suiza, los delitos de comisión por omisión, en el caso de ser sancionados, tendrían carácter de delitos dolosos. Que, de no encontrarse suficientes argumentos para sancionarlos, se estaría hablando de una inimputabilidad de quien estuvo en posición de garante frente a un deber ante la comunidad.

3.5 Análisis del Proyecto de Código Orgánico Integral de Garantías Penales del Ecuador.-

La necesidad que los legisladores ecuatorianos han sentido de reformar o cambiar la legislación penal ha generado que se hablen de temas que en el Código Penal actual no detalla. Uno de los temas que se encuentra un tanto más pormenorizado es el que concierne a esta tesina, la cual se refiere a la posición de garante frente a los delitos de omisión en general y de manera más específica, frente a los delitos de omisión impropia. En el primer capítulo se detalló que, nuestro Código Penal actual, al tratar a la omisión propia la define como un no hacer algo que se está obligado a hacer en base a un mandato legal.

Por otro lado, define de manera incompleta a la omisión impropia como el hecho de no impedir algo a lo que una persona está obligada a hacer por un mandato legal, estableciendo que ese no hacer equivale a cometerlo. Como se ha expuesto, considerable decir que dichas definiciones no tienen el valor jurídico que se necesita para comprenderlas; se deja un vacío legal que solo puede ser solventado en base a la interpretación de cada persona según el caso concreto. Antes de ahondar en el tema específico de la omisión, se considera de suma importancia el hacer un análisis del tratamiento que se le da a los Principios Fundamentales del Derecho con relación a la misma en este nuevo Proyecto que trata de renovar la Ley penal.

3.5.1 Principio de Legalidad:

Es claro, y se ha mencionado, que uno de los principios más importantes en el Derecho es el de Legalidad. Teniendo en mente que eso quiere decir que la administración de justicia en el área penal debe sujetarse estrictamente a lo que dice la Ley. Como se dijo en el segundo capítulo de esta tesina, no se puede sancionar a alguien por un delito que la ley no contempla. El Proyecto del Código Orgánico Integral de Garantías Penales (PCOIGP) que fue efectuado por la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional el 18 de abril del 2012, en su segundo artículo contiene los Principios Fundamentales por los que se espera que la nueva legislación penal se rija, y establece lo siguiente con respecto al Principio que estoy tratando:

Artículo 2.- Principios generales.- En materia penal se aplicarán todos los principios que emanan de la Constitución, de los Instrumentos Internacionales y los siguientes desarrollados en este Código: [...]

3. No hay pena sin infracción penal.

Con base en lo citado, se entiende de manera clara que nadie puede ser sancionado por actos u omisiones que no estén descritas en la ley. Es decir que, la infracción por la cual se pretende castigar a un supuesto infractor, debe estar contemplada de manera clara en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, dentro del mismo artículo, se menciona en el sexto numeral que “No hay necesidad de la pena, sin acción u omisión dañosa, lesiva o que ponga en peligro bienes jurídicos”, lo cual lleva a pensar y a involucrar el concepto de dolo y culpa que este proyecto si contempla. Antes de razonar sobre el sexto numeral, se introducirán los artículos 26 y 27 que harán del sexto numeral algo más claro.

Artículo 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que conociendo los elementos objetivos del tipo quiere ejecutar la conducta. Las acciones u omisiones se cometen con dolo, salvo que el tipo prevea que se cometan con culpa.

Artículo 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que viola un deber de cuidado o evitabilidad en la previsión de un resultado típico, por imprudencia, negligencia o impericia.

Conforme a la definición de dolo que otorga el artículo 26, el numeral Sexto del segundo artículo requiere que, en el tema que atañe en esta tesis, la omisión, ya sea propia o impropia, que cause un resultado lesivo o que simplemente ponga en peligro uno o varios bienes jurídicos, tenga conocimiento por parte del agente de que se está cometiendo algo contrario a la ley.

Ahora, en la segunda frase del artículo en mención se establece de manera general que las acciones u omisiones se cometen con dolo, considero que esta generalización no es correcta por cuanto se asume que todo acto contiene la intención de hacer daño, hecho que contradice el Principio de Inocencia que el mismo PCOIGP establece en el siguiente artículo:

Artículo 5.- Principios procesales.- El proceso penal y la ejecución de penas se regirán por los siguientes principios, como parte de las garantías constitucionales del debido proceso, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas:

De inocencia: Toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no quede ejecutoriada una resolución judicial definitiva que determine lo contrario. En consecuencia, corresponderá a la o el fiscal la carga de la prueba sobre la culpabilidad penal.

Al establecer que los actos son dolosos, el trato que se les da a los supuestos infractores no es el que corresponde y por ende, se estaría violando un Principio Constitucional que, es claro que contraviene los derechos inherentes de todos los seres humanos.

Ahora, el artículo 23 del proyecto, establece que la omisión (se considera que habla de ella en general) solo será penada cuando la infracción esté considerada por la Ley penal. Esto, me lleva a pensar que en muchos de los casos en los que se dan supuestos delitos de omisión impropia, no podría haber una sanción de carácter penal por cuanto los tipos de infracciones que se pueden cometer no están detallados o enunciados en la Ley que los debería regular. Para complementar lo que se ha venido diciendo en líneas anteriores, el artículo 18 del proyecto establece que:

Artículo 18.- Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán como infracciones penales exclusivamente las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia. (Lo subrayado es mío)

Esto en correlación con el Principio de Legalidad debe ser tomado en consideración por su importancia constitucional y el significado que tiene el hecho de ser sancionado por algo que no se encuentra en la Ley.

3.5.2 Posición de Garante:

El proyecto en mención hace referencia a la posición de garante que deriva de los delitos de omisión, se denota en el artículo 28 que la posición de garante deriva de un mandato legal o contractual de cuidado de bienes jurídicos específicos de terceros. Ahora, no detalla en ningún momento que la posición de garante, en su ámbito general deriva de un deber de defensa o súper vigilancia que se adquiere de manera unilateral por ayudar a la comunidad de la cual una persona es parte. El artículo mencionado describe de alguna manera la omisión impropia pero le da el nombre de omisión dolosa y expone lo siguiente:

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

Están en posición de garantes las personas que tengan una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico. También será dolosa la omisión que incremente deliberadamente el riesgo que resulte determinante en la afectación del bien jurídico. (Lo subrayado es mío)

Como lo establece Esteban Righi dentro de la omisión impropia “la realización del tipo supone infringir un mandato que impone evitar la producción de un resultado¹²⁰”, esto es lo que la parte subrayada del artículo 28 enuncia con palabras distintas y que además, agrega la palabra “deliberadamente”, la cual deja de lado la posibilidad de que la comisión por omisión sea realizada sin voluntad de generar un daño a un bien jurídico, como fue expuesto en el ejemplo de la persona que quiere ayudar a una señora mayor de edad a cruzar la calle o, aquella persona que al ver a una persona atropellada la sube a su auto para llevarla al hospital más cerca y así prestarle ayuda.

3.5.3 Error de tipo en la omisión impropia:

Para el caso mencionado en el cual el garante de bienes jurídicos protegidos asume tal calidad de manera unilateral con el propósito de ayudar a la comunidad en la que habita, este proyecto hace una contribución cuando se trate de sancionar a las personas que he dado como ejemplos. El artículo 29 dice lo siguiente:

Artículo 29.- Error de tipo.- No existe infracción penal cuando por error o ignorancia invencible debidamente comprobada, se desconozcan uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal.

¹²⁰ Esteban Righi. *Derecho Penal- Parte General*. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2008. p. 357.

Si el error fuere vencible, la infracción persiste y responderá por la modalidad culposa del tipo si esta existiere.

El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que cualifique la infracción, impedirá la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces. (Lo subrayado es mío)

Al momento de ayudar a una persona que se desconoce pero, a la cual se busca generarle un bien; por ignorancia o falta de previsibilidad se le causa una afectación negativa a su bien jurídico protegido, cabe reconsiderar el hecho de que se le puede imputar una infracción penal, teniendo en cuenta su voluntad nunca recayó en generar un daño sino en prestar ayuda.

Rihgi es claro al establecer que un error vencible o superable “de las circunstancias que fundamentan el deber de actuar, la posición de garante o la posibilidad de obrar en el sentido requerido por el mandato de acción, determina la imputación por un delito de omisión culposo¹²¹”, en el caso de que quien está actuando no conozca una de las circunstancias que lo hacen garante de dichos bienes jurídicos puede estar actuando en base a un error y como considera el autor en mención, se podría estar hablando de un tipo omisivo imprudente, y viendo este tema de una manera objetiva, se trata de una imprudencia inconsciente, la cual es impune y se aplicaría a los casos de ayuda prestada para un bien en la comunidad.

De la mano con el hecho de comprender todas las circunstancias que se pueden avenir al momento de la omisión impropia, el proyecto incluye en su artículo 34 lo siguiente:

Artículo 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada culpable debe actuar con plena comprensión de la ilicitud del acto y determinarse conforme a esa comprensión. Salvo el caso de los daños ambientales, en materia penal no se aplica la imputación objetiva. (Lo subrayado es mío)

Con esto y las debidas pruebas se podría demostrar que determinada persona no actuó dolosamente ya que no tenía plena comprensión de que su actuar podría causar un resultado nocivo para el bien jurídico determinado. Complementa lo mencionado sobre el error de tipo el artículo 35 cuando establece que no habrá responsabilidad en los casos en que se actúe en base a un error de prohibición que es definido por el artículo siguiente como; “...cuando la persona por error o ignorancia invencible no comprende la ilicitud de la conducta”, con esto y las pruebas suficientes, considero que

¹²¹ *Id.*, p. 370.

el ayudar a los pares y el valor de solidaridad en las sociedades como lo es la ecuatoriana se puede recuperar.

Con base a todo lo expuesto, podría considerarse firmemente que, por más que se llegue a hacer una reforma a la Ley penal, el tema de los delitos de omisión impropia y la posición de garante sigue estando en el aire. No quedan claras las situaciones en las que se adquiere la posición de garante y no se menciona el hecho de la aquerencia de dicha posición por voluntad propia para ayudar al prójimo. Es evidente la violación al Principio de Legalidad y la Constitución de la República, lo cual significaría que al sancionar la comisión por omisión se están vulnerando derechos humanos y que, cabe hacer un análisis más profundo de las circunstancias en las que se estaba en la supuesta comisión por omisión. Esto en base al que está en juego la libertad de una persona que simplemente tiene la voluntad de bien hacer. Está dicho por Esteban Righi que dentro de los delitos de omisión impropia existe un severo problema y es que “son consecuencia de una construcción teórica¹²²[...]”, lo cual deja en claro que mientras la libertad de una persona esté en juego y en base al principio de “in dubio pro reo”, no se puede decidir respecto a ésta bajo meras construcciones teóricas y no elementos legales que protejan sus derechos.

¹²² *Id.*, p.357.

Conclusiones y Recomendaciones

Los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión no son sencillos de comprender. Como se ha evidenciado, la concurrencia de elementos tanto objetivos como subjetivos es de suma importancia, sin embargo, comprenderlos en base a lo que la doctrina y el ordenamiento jurídico proponen tiene más peso. Tras la investigación y análisis realizado referente a la imputabilidad del sujeto activo que se encuentra en posición de garante frente a un deber ante la comunidad, se desprenden las siguientes conclusiones tanto de carácter específico como también, de carácter general:

Conclusiones Específicas:

1. Los delitos de omisión impropia no pueden ser equiparados o equivalentes a realizar un delito de acción, sin embargo, la existencia de un resultado es fundamental para considerar el cometimiento de comisión por omisión. El no haber evitado una afectación material negativa a un bien jurídico protegido, equivale a haber cometido el daño.
2. A diferencia de la omisión propia, la omisión impropia no se encuentra especificada o detallada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual genera diversas confusiones sobre cómo debe ser analizada la ley penal, y cómo quienes se rigen por el ordenamiento jurídico ecuatoriano deben actuar. El hecho que el Código Penal tenga una norma en la cual se disponga que “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”, no quiere decir que se expresa de manera entendible en la ley el significado de los delitos de omisión impropia y qué se espera de las personas.
3. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico está clara la existencia de una sanción al momento de cometer un delito de omisión impropia. Sin embargo, las fuentes de la posición de garante que enuncia la doctrina no son consideradas en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha ignorancia perjudica a las personas que se guían por nuestro Código Penal dado a que no se sabe qué es lo que espera la ley de las personas.
4. Previa la sanción hacia una persona por cometer un delito de omisión impropia, el sujeto activo debe comprender de manera clara que se encuentra

en posición de garante frente a los bienes jurídicos de terceros para que, de ese modo pueda tomar una decisión razonada y fundada sobre sus actos u omisiones.

5. En base a lo que propone la doctrina y ciertos casos ejemplificativos que se han dado en nuestra sociedad; la solidaridad dentro de la comunidad tiene bajos niveles de existencia en base a la escasa y poco entendible información que nos provee la ley penal. No existe un concepto claro de lo que es la omisión impropia como tampoco, los elementos que componen la posición de garante que adquiere una persona frente a bienes jurídicos protegidos de terceros.

6. Quienes tienen la buena voluntad de ayudar o prestar auxilio a sus pares, dejan de hacerlo por cuanto existe un miedo inyectado por parte de la Ley y las autoridades. Dicho miedo se evidencia cuando aquella persona que, unilateralmente asume la posición de garante es considerada como responsable de cualquier vulneración material a un bien jurídico protegido de un tercero, por más que hayan elementos totalmente imprevisibles y que, el elemento volitivo de causar un daño no exista.

7. Los delitos de omisión impropia no contemplan la posible existencia de la imprudencia en los casos específicos que se enmarcan dentro de la fuente de la posición de garante que se deriva de un deber ante la comunidad.

8. Cuando la asunción de la posición de garante es de forma unilateral por un bien hacer, y un bien jurídico de un tercero se ve afectado, cabe hacer un análisis exhaustivo de la intencionalidad de causar daño y la presencia de un concomitamiento total de las posibles situaciones de peligro existentes. A falta de ambos elementos, cabe considerar la existencia de la imprudencia inconsciente y su impunidad.

9. Las faltas de debido cuidado o de imprudencia no existen en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco se contempla que al incurrir en una de ellas, se debe tener en consideración la información existente en la mente de quien desea ayudar a alguien perteneciente a su misma comunidad.

10. La comisión por omisión que surge de la posición de garante frente a un deber ante la comunidad, no debería ser considerada como dolosa por cuanto no existe intencionalidad alguna de que el resultado se produzca. Se podría llegar a hablar de la existencia de un dolo eventual, sin embargo, sería una posición existente solo para aquellos que reconocen la existencia de este tipo de dolo en la omisión impropia.

11. El Proyecto del Código Integral de Garantías Penales del Ecuador es totalmente legalista y trata a la omisión impropia como “omisión dolosa”, en la que no describen todas las fuentes de la posición de garante, y en la que no se pueden evidenciar delitos de omisión impropia tipificados. Existe una suerte de mejora sobre este tema en este nuevo proyecto, sin embargo la laguna o el vacío legal sobre, la posición de garante frente a un deber ante la comunidad y su tratamiento, persiste.

Conclusiones Generales:

1. No existe un concepto legal unificado a nivel mundial sobre lo que es la omisión impropia. Se dan muchos vacíos legales y la utilización de conceptos jurídicos indeterminados afecta el cumplimiento de la ley por cuanto no es clara. No determina que acciones u omisiones son consideradas como delitos o violaciones materiales a los bienes jurídicos protegidos que, resguarda el que se encuentra en posición de garante.

2. El concepto de comunidad no es claro, es otro de tantos conceptos jurídicos indeterminados que al ser tan amplios generan confusión para quienes se somete al ordenamiento jurídico específico.

3. Existe un grave conflicto entre los delitos de omisión impropia y el Principio de Legalidad, en base a que los mencionados delitos no se encuentran tipificados en la ley penal. Esto sucede tanto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como en los de otros países.

4. El conflicto con el Principio de Legalidad se extiende hasta la posición de garante por cuanto, no se determina en la ley las fuentes de la misma. No se determinan las situaciones específicas a partir de las cuales nace la posición de garante. Tampoco se detallan quienes pueden ser los agentes de

un delito de comisión por omisión, al igual que los elementos subjetivos que involucran el supuesto tipo penal.

5. En algunos ordenamientos jurídicos distintos a los del ecuatoriano se establecen ciertas fuentes de la posición de garante, sin embargo, no se contemplan todas. Una de ellas la posición de garante frente a un deber ante la comunidad, la cual generalmente deriva de un sentimiento de solidaridad hacia los que nos rodean.

6. Las leyes penales existen por la necesidad de sancionar comportamientos que afectan a bienes jurídicos protegidos y que han sido descritos en la misma como violatorios. Al no estar tipificados los delitos de omisión impropia, se viola con mucho descaro el Principio de “Nulla poena sine lege”, afectando así, bienes jurídicos inherentes a las personas que pueden llegar a ser juzgadas por delitos de omisión impropia que derivan de la posición de garante frente a un deber ante la comunidad.

En resumen, el poco tratamiento que se le ha dado a los delitos de omisión impropia y a la posición de garante que deriva de ésta, ha generado grandes discusiones sobre cómo debe ser la manera de sancionar a los supuestos infractores de los mencionados delitos. La doctrina establece diversos puntos de vista donde estipula las fuentes de la posición de garantía, pocos países tienen jurisprudencia en la que se amplían dicho concepto. Sin embargo, algo que queda muy claro y que se ha visto a lo largo de esta investigación es que, existe una enorme contradicción entre los Principios Fundamentales del Derecho y los delitos de omisión impropia lo cual, se enmarca en una gran violación de carácter constitucional. Por lo tanto, la presente tesina logra demostrar que los sujetos activos que se encuentran en posición de garante frente a un deber ante la comunidad no pueden ser sancionados por las siguientes razones:

- a. Violación al Principio de Legalidad
- b. Incurren en imprudencia inconsciente, la cual es IMPUNE por no contener en su comportamiento consciencia y voluntad de que se produzca un resultado que afecte negativamente un bien jurídico protegido. Esto en base a la buena voluntad de ayudar a todos aquellos que forman parte de una comunidad solidaria.

Como recomendaciones y observaciones pertinentes al ordenamiento jurídico ecuatoriano, es de suma importancia que, si es que se busca que los delitos de omisión impropia tengan un fin de mejorar la sociedad sean tipificados en la Ley penal. La violación al Principio de Legalidad hace de estas normas algo inútiles y peligrosas por, atentar contra derechos de carácter constitucional.

Por otro lado, siendo uno de los temas más importantes de esta tesina, los niveles de solidaridad se ven afectados entre todos aquellos pertenecientes a una sociedad por cuanto las leyes que respaldan la posición de garante frente a un deber ante la comunidad son totalmente condenatorias. Dichas normas no analizan la intencionalidad de las personas de ayudar, convirtiéndolos así en delincuentes injustamente. Por lo tanto, en los casos específicos de la ayuda frente a la comunidad, quienes administran justicia deben realizar un análisis más detallado de los elementos objetivos como subjetivos y que, derechos fundamentales de quienes ayudan están en riesgo. Esto quiere decir, que no existen garantías reales para quienes son solidarios hacia sus pares.

Bibliografía

- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales S.A, 2008.
- Andrade, Xavier. *Apuntes de clase. Delitos de Peligro y Omisión*. Universidad San Francisco de Quito. 2010.
- Antolisei, Francesco. Citado en Escrivá Gregori, José Ma., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1976, pág. 69. Citado en Juan Antonio Magaña de la Mora. *Delitos de Peligro*. <http://www.tribunalmmm.gob.mx/jam/articulos/delito/cap01.htm> (acceso 27/03/2012).
- Arias, Óscar. *El concepto de solidaridad*. <http://es.scribd.com/doc/49595484/el-concepto-de-solidaridad> (acceso 24/09/2012)
- Bacigalupo Zapater, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 2ª. edic., 1986, p. 119. Citado en Carlos Chinchilla. *Delitos de Omisión Propia e Impropia (comisión por omisión) y problemas de coautoría*. 2004. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/Delitos%20de%20omisi%C3%B3n%20propia%20e%20impropia%20y%20problemas%20de%20coautor%C3%DA%20-%20Carlos%20Chinchilla.pdf> (acceso: 23/03/2012).
- Bellati, Carlos. La acción el tipo de lo injusto del delito imprudente. <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200101-1551190101280.html> (acceso 12/09/2012)
- Betancur, Nódier. *Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito*. Bogotá: Editorial TEMIS, 2007, p. 60.
- Blanco Lozano, Carlos. “*Criterios de imputación de tipologías omisivas en el Derecho Penal español*”. *Revista de Derecho Penal. Imputación, causalidad y ciencia- III*. Edgardo Alberto Donna (Director). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2011.
- Carassale, Santiago . *Política y Derecho: Unger, Luhmann y Habermas*. Ediciones Coyoacán S.A. y C.V, México DF, 2005. p 91.
- Chinchilla, Carlos. *Delitos de Omisión Propia e Impropia (comisión por omisión) y problemas de coautoría*. 2004. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/Delitos%20de%20omisi%C3%B3n%20propia%20e%20impropia%20y%20problemas%20de%20coautor%C3%ADa%20-%20Carlos%20Chinchilla.pdf> (acceso: 23/03/2012).
- Collazos, Marisol. *Delitos de omisión*, Curso 2006/07. Licenciatura en Criminología. UMU. <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-16-Delitos-de-omision.html> (acceso: 24/03/2012).
- Concepto de definición. Definición de solidaridad. <http://conceptodefinicion.de/solidaridad/> (acceso 24/09/2012).

- Corte Federal de Suiza. Sala de lo penal. Extracto de la sentencia 6B_908/2009 del 3 noviembre 2010.
http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_136_2010/BGE_136_IV_188.html (acceso 02/10/2012).
- Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Recurso de Casación. Sentencia de 29 de octubre del 2002. Serie 17. Gaceta Judicial 10.
- Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Primera Sala de lo Penal. Recurso de Casación. Sentencia de 11 de junio del 2009. Serie 18. Gaceta Judicial 8.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación penal. Segunda Instancia. *Causa 25.536 de 2006*. <http://gavillan5.blogspot.com/2006/08/posicion-de-garante.html> (acceso:18/03/2012)
- De la Cuesta Arzamendi, José. *Módulo 1: Derecho Penal.I.2.La infracción penal. Delito y falta*. Universidad de País Vasco. p 8.
- Del Castillo Codes, Enrique. *Imprudencia*.
<http://books.google.com.ec/books?id=bSbP7imIE6sC&pg=PA55&lpg=PA55&dq=imprudencia+consciente&source=bl&ots=c7Xlr6Yzgc&sig=Y0GNmyl-9hNP7eoNjd9FxlOrYGs&hl=es-419#v=onepage&q=imprudencia%20consciente&f=false> (acceso 14/09/2012)
- Derecho.com. *Aptitud psicofísica*.
http://www.derecho.com/c/Aptitud_psicof%C3%ADsica_personal. (acceso: 24/03/2012).
- Diccionario de la Lengua española en: <http://lema.rae.es/drae/?val=imprudencia> (acceso 10/09/2012).
- Escrivá Gregori, José Ma., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho penal*. Bosch, Barcelona, 1976, pág. 69. Citado en Juan Antonio Magaña de la Mora. *Delitos de Peligro*.
<http://www.tribunalmmm.gob.mx/jam/articulos/delito/cap01.htm> (acceso 27/03/2012).
- Fierro, Guillermo Julio. *Causalidad e imputación*. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- Fuentes Barragán, Wendy. *Delitos de comisión por omisión (omisión impropia)*.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/3/cnt/cnt11.pdf>. (acceso: 23/03/2012).
- Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, trad. Por Joaquín cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 1995, cit., p. 1040. Citado en Carlos Chinchilla. *Delitos de Omisión Propia e Impropia (comisión por omisión) y problemas de coautoría*. 2004.
<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2023/Delitos%20de%20omisi%C3%B3n%20propia%20e%20impropia%20y%20problemas%20de%20coautor%C3%ADa%20-%20Carlos%20Chinchilla.pdf> (acceso: 23/03/2012).
- Jescheck, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho penal, parte general*. Cuarta edición, traducido por José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada,

- 1993, pág. 238. Citado en Juan Antonio Magaña de la Mora. *Delitos de Peligro*. <http://www.tribunalmmm.gob.mx/jam/articulos/delito/cap01.htm> (acceso 27/03/2012).
- Jiménez de Asúa, Luis. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. Buenos Aires:Editorial Sudamericana, 1997.
- Jurisconsulta. *Derechos adquiridos y expectativas de derecho*. <http://www.jurisconsulta.mx/index.php/Tesis?iD=160370> (acceso 21/09/12).
- Kaufmann, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 1959, p 283. Citado en Carlos Blanco Lozano. "Criterios de imputación de tipologías omisivas en el Derecho Penal español". *Revista de Derecho Penal. Imputación, causalidad y ciencia- III*. Edgardo Alberto Donna (Director). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.
- Kindhäuser, Urs . *¿Qué es la imprudencia?* <http://www.scribd.com/doc/38024280/Articulo-Prof-kindhuser-Que-Es-La-Imprudencia> (acceso 12/09/2012).
- Kurczyn, Patricia. *El constitucionalismo social frente a la reforma en el derecho de trabajo en México*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/92/art/art5.pdf> (acceso 21/09/2012)
- Lozano. "Criterios de imputación de tipologías omisivas en el Derecho Penal español". *Revista de Derecho Penal. Imputación, causalidad y ciencia- III*. Edgardo Alberto Donna (Director). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores. 2011, p. 192.
- Maciá Gómez, Ramón. *La posición de garante en el derecho español: concepto y estructura*. http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=326 (acceso 04/09/2012).
- Magaña de la Mora, Juan Antonio. *Delitos de Peligro*. <http://www.tribunalmmm.gob.mx/jam/articulos/delito/cap01.htm> (acceso 27/03/2012).
- Mayer, Max Ernesto. Citado en Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal. El Delito*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1958.
- Mejía Quintana, Oscar. *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil: La tensión entre los paradigmas autopoietico y consensual-discursivo en la filosofía jurídica y política contemporáneas*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.
- Montero, Estuardo. *El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs*. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0> (acceso: 24/10/2012).
- Mora, Emanuel Gonzalo. *Las omisiones impropias "no escritas", el principio de legalidad y la teoría de la imputación objetiva"*.

- http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=355:las-omisiones-impropias-qno-escritasq-el-principio-de-legalidad-y-la-teoria-de-la-imputacion-objetiva&catid=39:parte-general&Itemid=27 (acceso 05/09/2012).
- Orduz, Claudia Patricia. *El principio de legalidad en la ley penal colombiana*. http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/6claudiaorduz.pdf (acceso: 24/09/2012).
- Oré, Iván. *Los delitos de omisión impropia y el principio de determinación de la ley pena*. <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/03/los-delitos-de-omision-impropia-y-el.html> (acceso 17/08/2012).
- Pérez Ordóñez, Diego. *Apuntes de clase. Estado y Derecho*. Universidad San Francisco de Quito, 2008.
- Righi, Esteban. *Derecho Penal- Parte General*. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2008. p. 357.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Fundamentos La estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.
- Salas Parra, Nicolás. *La omisión en la dogmática penal*. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5123:la-omision-en-la-dogmatica-penal&catid=50:derecho-penal. (acceso: 24/03/2012).
- Serrano González de Murillo, José Luis. *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*. <http://books.google.com.ec/books?id=CXkc-E0SDIIC&pg=PA346&lpg=PA346&dq=imprudencia+consciente&source=bl&ots=YfEJh4N0uH&sig=luN18LMIVYJf5iUFRyRYNQqcSn4&hl=es-419#v=onepage&q=imprudencia%20consciente&f=false> (acceso: 12/09/2012).
- Sierra, Hugo María , Alejandro Salvador. *Lecciones de Derecho Penal- Parte General*. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2005. p, 221.
- Sin Autor. *Concepto de dolo*. <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/dolo>. (acceso: 17/08/2012).
- Sin Autor. *La imprudencia: el tipo de injusto imprudente. Derecho Penal I*. Universidad de Murcia. ocw.um.es/cc.-juridicas/la-ensenanza...clase.../capitulo-xvi.doc (acceso 10/09/2012).
- Société Suisse des Entrepreneurs. *Obligation de Garant et de devoir de diligence*. http://www.baumeister.ch/fileadmin/media/2_Kernthemen/Rechtsdienst/Merkblaetter/garanten-_und_sorgfaltspflicht_f.pdf (acceso 2/10/ 2012).
- Terragni, Marco Antonio. *Delitos de Omisión y posición de garante en el Derecho Penal*. Santa Fe: Culzoni Editores, 2011.
- Von Liszt, Franz. Tomo II, p. 302. Citado en Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal. El Delito*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1958.

Zaffaroni, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte General III*. Buenos Aires: EDIAR, 1987.