

# **Responsabilidad del Policía en un Delito de Omisión<sup>1</sup>**

## **Police Responsibility in a Crime of Omission**

Oscar Tadeo Hidalgo Montero<sup>2</sup>

[o\\_tadeo@hotmai.com](mailto:o_tadeo@hotmai.com)

[othidalgo@estud.usfq.edu.ec](mailto:othidalgo@estud.usfq.edu.ec)

### **RESUMEN**

En el presente trabajo, se analizan los dos tipos de omisión, siendo así, la propia e impropia, dentro de los cuales analizaremos los elementos para que se configure la responsabilidad.

Analizando también una de las áreas más polémicas dentro de la omisión, como es la omisión del policía en una situación de riesgo.

### **ABSTRACT**

In this present paperwork it's been analyzed of the different types of omission. Making emphasis in the Two most important types inside the omission which are the become and unbecoming.

Inside of that we will analyze the elements so we can configure the responsibility.

We will also analyze one of the most polemic areas between omission which is the action of a policeman "cop" in a dangerous situation.

### **PALABRAS CLAVE**

Omisión, omisión Propia, omisión Impropia, posición de garante, culpa, imputación objetiva.

### **KEYWORDS**

Omission, own omission, improper omission, guarantor position, guilt, objective imputation.

Fecha de lectura:

Fecha de publicación:

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Santiago Fabián Escobar Saráuz.

<sup>2</sup> © 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.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. LA OMISION. - 3. DELITOS DE OMISION PROPIA. - 4. OMISION IMPROPIA. - 4.1. TEORIA DE LA POSICION DE GARANTE. - 4.2. LA TEORIA DEL INCREMENTO DEL RIESGO. - 4.3. DELITOS IMPROPIOS. - 5. CULPA. - 6. ELEMENTOS DE LA OMISION. - 7. OMISION PROPIA EN ECUADOR. - 7.1. CASO DE OMISION PROPIA. 8. OMISION IMPROPIA EN ECUADOR. - 8.1. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD ACTIVA. - 8.2. CASOS DE OMISION IMPROPIA. - 9. RESPONSABILIDAD DEL POLICIA DENTRO DEL DELITO DE OMISION. - CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Existe un alto grado de complicación, al momento en que el ciudadano normal, LEGOS (persona que no conoce de leyes), entiende el delito de omisión, ya que; considera que todas las personas tienen un deber de actuar ante determinadas situaciones. Sin embargo, existen personas que, si se encuentran, por ley, facultadas para intervenir, siendo el caso de los miembros de la Policía Nacional, como ejemplo. En el presente trabajo de titulación, analizaremos la omisión, sus partes, y todos sus componentes, para así, llegar a determinar por qué tipo de omisión responde el Policía cuando se encuentra inmerso en un delito de omisión.

Al iniciar con este análisis, es preciso hacer una distinción entre acción y omisión desde un aspecto normativo conceptual. Y para explicar esta distinción hay que decir que existen dos vertientes para hacer esta diferenciación, por un lado, la corriente donde se considera que la acción u omisión tienen una diferencia de carácter, material, entre una y otra forma de conducta, de esta corriente doctrinaria nace el “desvalor” de la conducta que será objeto de análisis dentro del ensayo<sup>3</sup>. Otros doctrinarios consideran que esta diferencia es únicamente de carácter formal, es decir, que toda norma penal, que se ha redactado en un sentido positivo, puede ser omisión y la otra, en cambio, la acción en un aspecto negativo. De este modo, consideran que, lo positivo y negativo se encuentra dentro los tipos penales, entendiendo de esta manera que, la acción y su

---

<sup>3</sup> Virgilio Rodríguez Vázquez. “Revisión de los conceptos de acción, omisión y comisión por omisión: un análisis a través de casos”, Revista Nuevo Foro Penal Vol. 13, No. 89, (2017), 75-120.

contrapartida, que es la omisión no responden ante efectos muy distantes, referente al resultado.<sup>4</sup>En el presente trabajo, nos guiaremos por la primera corriente, a la cual la denominaremos como normativa, ya que; considero que, en este aspecto debemos fijarnos más en la conducta, debido a que; para nada es lo mismo el deber de actuar con el de no hacer.

Para que la omisión pueda igualarse con la acción, deben existir varios elementos que deja de lado la distinción formal, considerando que para que estas sean iguales debe existir un “extra” o “plus” en la inacción, generando una conducta de desvalor. Agregando a esto, es la norma la que verifica si la conducta que se realizó se dio en un aspecto positivo o negativo, es decir solo tomando en cuenta este análisis podríamos hablar si es una acción u omisión<sup>5</sup>.

## **2. EL DELITO DE OMISIÓN**

La omisión puede confundirse o verse relacionada con la pasividad, por cuestiones de lenguaje, sin embargo, no son lo mismo, la omisión tal como lo expone el diccionario jurídico de la Real Academia de la Lengua define a la omisión como “Conducta que consiste en la abstención de una actuación que constituye un deber legal”<sup>6</sup>. Para Beling la omisión constituye en un “no hacer”, siendo esta la inactividad corporal voluntaria, contención de los nervios motores que es denominada por la voluntad<sup>7</sup>. Welzel y la mayor parte de la doctrina finalista señalan que “no existe la omisión en sí, sino solo la omisión de una acción determinada”<sup>8</sup>, posteriormente también señala que la “Omisión no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta”<sup>9</sup>. En la visión de Terragni es el “dejar de hacer algo que debe ejecutarse”<sup>10</sup>, en base a estas definiciones, entonces la omisión es no hacer algo que debe hacerse, dando la idea que significa esto, también como la abstención de hacer algo “necesario” en un determinado momento. Una vez precisado El concepto ontológico- jurídico de omisión, se dividirá en dos tipos de omisiones la propia (delicta omissiva) e impropia (delicta commissiva por

---

<sup>4</sup> *Id.*, 75-120.

<sup>5</sup> Marco Antonio Terragni, *Omisión impropia y posición de garante* (Santa Fe: Centro de Publicaciones U.N.L, 1997).

<sup>6</sup> Real Academia Española. *Omisión*. <https://dej.rae.es/lema/omisión> (acceso: 11/04/20).

<sup>7</sup> Beling, *Lehre vom Verbrechen*, (Boston: Adamant Media Corporation, 2000), 9.

<sup>8</sup> Welzel, *Derecho Penal Alemán*, (Buenos Aires: Roque de Palma, 1976), 277.

<sup>9</sup> *Id.*, 277.

<sup>10</sup> *Id.* 69.

omissionem)<sup>11</sup>, estas son las dos más importantes formas de clasificar las omisiones denominadas por la doctrina como clásica. Sin embargo, no podemos dejar de lado a autores como: Silva Sánchez, quien propone una visión tripartita en la que se divide de la siguiente manera: omisión pura general, la omisión pura de garante y la comisión por omisión, para llevar a cabo esta distinción se utilizan dos criterios, por una parte el análisis de exigencia de un resultado de acción y por otra el análisis del autor y el análisis que ocupa el autor sobre el bien jurídico protegido (en caso de existir la posición de garante).<sup>12</sup> En base a esto, un delito de omisión propia será un delito de mera actividad, siendo así, que su realización simplemente se da cuando se incumple algo que debía hacer, es decir, no se cumple con lo dispuesto en la norma, los de comisión por omisión se le imputa el resultado en los mismos términos que se le imputaría a la acción. En este análisis, se agrega lo denominado como “omisiones de gravedad intermedia”<sup>13</sup>, la cual recae en situaciones, en donde, la posición de garante entra de forma especial, por una conexión contractual o legal que genera una acción determinada, esto se considera un punto medio entre la responsabilidad por omisión pura y comisión por omisión; ya que, el autor se ve obligado a actuar en circunstancias no previstas. Para efectos de este trabajo de titulación, no vamos a utilizar este planteamiento sino únicamente el bipartito (es decir en la propia e impropia).

El profesor alemán Jescheck, propone una división más simple entre los delitos impropios y los propios de omisión, serían de forma objetiva los delitos de omisión simple y cualificada,<sup>14</sup> dentro de los cuales se analizará su contenido, alcance y su relación con la responsabilidad, en este caso del policía.

### **3. DELITOS DE OMISIÓN PROPIA**

A los delitos propios de omisión se los conoce por ser, aquellos que se encuentran expresamente redactados dentro de un Código o ley penal. Tienen una especie de “mandato” para actuar, siendo así, no se tomaría en cuenta los elementos de tipicidad, es decir; si evito o no, algún daño en el bien jurídico protegido. Para ser

---

<sup>11</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, (Granada: Editorial Comares, 2003), 257-258.

<sup>12</sup> Silva Sánchez, *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario, en cuaderno de políticas criminal* (España: Dykinson, 1997). 367-404.

<sup>13</sup> *Id.* 367-404.

<sup>14</sup> *Id.* 367-404.

típicos solo necesitarían la omisión de una de una determinada acción<sup>15</sup>. Para Jakobs, los delitos de omisión propia son delitos que podrían ser denominados como especiales, dentro de un marco amplio, el autor siempre está definido en un área de responsabilidad por organización. El autor señala que: “si sólo puede ser autor quién está obligado en virtud de responsabilidad institucional, se da un delito especial en sentido estricto, pero no en los deberes en virtud de responsabilidad de la organización”.<sup>16</sup> Es decir, el delito de omisión propia, al igual que la impropia, pueden ser un delito especial, en sentido estricto, o no, de acuerdo a la clase de obligación o deber.

Para entender de mejor manera estas perspectivas, se debe señalar que siempre van a verse ligadas a determinados requisitos, por lo que no basta con obrar sino hacerlo en determinadas circunstancias<sup>17</sup>. Estos son algunos requisitos para que se cumpla la omisión propia: Primero, deben darse las circunstancias previstas en la ley; Segundo, el obligado debiera obrar, y no obstante permaneciera inactivo; Por último, la persona inactiva haya conocido su deber o hubiera podido conocerlo con la atención debida”<sup>18</sup>, para esta tesis, el deber de obrar solo puede darse cuando se cumple estos requisitos escritos. Este planteamiento es muy bueno sin embargo; ya que, en el caso de la omisión propia, si la ley determina que existe una conducta para la cual se estaba obligado a actuar y no lo hizo existirá una sanción determinada en la norma penal y limitada a esta, como es el caso de los médicos que no presten servicio cuando deben como se encuentra regulado en el artículo 218 del Código Orgánico Integral Penal el cual analizaremos con más precisión en párrafos posteriores, serán sancionados y existe una norma expresa para ello como analizaremos más a fondo en la omisión propia ya en el caso específico de Ecuador.

Siguiendo con esta corriente doctrinaria, no se puede dejar de lado que Welzel elaboró la siguiente estructura para el delito de omisión pura: Primero, “Concurrencia de una situación y circunstancias determinadas; Segundo, la no realización de una acción determinada; Por último, el poder fáctico del omitente para llevar a cabo la acción.”<sup>19</sup> En las dos primeras, el autor se refiere a la adecuación del tipo penal, en la

---

<sup>15</sup> Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la Teoría del delito*, (Buenos aires: Ernesto Julián Friedentha) 257-258.

<sup>16</sup> Jakobs Günther, *Derecho Penal parte general: fundamentos y teorías de la imputación* (Madrid: Marcial Pons, 1997).

<sup>17</sup> Kaufmann Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, (Madrid: Marcial Pons, 2006).

<sup>18</sup> *Id.* 277.

<sup>19</sup> *Id.* 277.

tercera, ya recurre más a la posibilidad que tiene el sujeto de recurrir, en cada caso al mandato descrito en la norma.

En base a lo analizado en la omisión pura, se puede evidenciar que, esta nos deja abierta la posibilidad de varias confusiones, ya que; entendemos que es omisión propia cuando se incumple lo determinado en la ley.<sup>20</sup> Es muy probable, que la acción, no precisamente contravenga con una conducta prohibitiva expresamente señalada y típica, de esta manera no la podremos catalogar como una conducta activa, sin embargo, esta puede infringir a lo que denominaremos el reverso de esa norma prohibitiva, mejor dicho la de mandato.

#### **4. Omisión Impropia**

Antes de adentrarnos dentro de los conceptos más cercanos acerca de la omisión impropia es necesario analizar ciertas teorías.

##### **4.1. Teoría de la Posición de Garante**

La posición de garante se constituye en un elemento para justificar este “disvalor” como Roxin lo llama. Jakobs considera que “autor de un delito de omisión sólo puede serlo el titular de aquel *deber de responder* (deber de garante),<sup>21</sup>” entonces, en base a lo que determina Jakobs, solo puede estar en posición de garante, aquella persona que tiene el deber de hacer algo necesario en una determinada ocasión.

Existen dos teorías que deben analizarse para determinar la posición de garantía dentro de una inacción, las cuales se denominan como teoría formal y teoría material.

##### 1) Teoría Formal del Deber Jurídico:

Para decidir sobre la existencia de una posición de garante, se debe atender a sus fuentes formales y funcionales, y que también se las señalan como el deber de obrar: La ley, el contrato y el actuar precedente<sup>22</sup>, también dentro de estos encontramos la comunidad de peligro<sup>23</sup>. Es preciso hacer una diferencia entre cada uno de ellos para obtener una mejor comprensión.

##### A) La ley:

---

<sup>20</sup> Muñoz Conde, Francisco García, *Derecho Penal*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 240.

<sup>21</sup> *Id.*, 968.

<sup>22</sup> Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*", *Parte General*, (Buenos Aires: EDIAR, 2002) 455.

<sup>23</sup> Alfredo Etcheberry, *Derecho penal, parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999) 144.

Particularmente dentro de la dogmática penal se ha encontrado a la ley como fuente de la posición de garante, específicamente la no penal, tanto es así que en el código civil vemos como los padres tienen la obligación de salvaguardar y proteger los bienes de sus hijos (en determinados casos), es decir estos son garantes de los bienes de los hijos, dentro del matrimonio también encontramos algo parecidos ya que en un artículo del Código Civil se dispone que los cónyuges tienen el deber de “auxiliarse mutuamente”, es decir son garantes en un ejercicio de reciprocidad, y a través de esto deben ambos preservar su patrimonio.<sup>24</sup>

#### B) El contrato:

No todos los contratos otorgan una posición de garante, por ejemplo en una compraventa no existe un garante que tenga que evitar un resultado lesivo en el bien jurídico de su contraparte, siendo así que los únicos contratos que generan en sí una posición de garantía serían aquellos que impongan algo que se le denomina “dependencia directa”<sup>25</sup> entre las partes que por su naturaleza sea de origen exclusivo para la protección del bien jurídico, y que por otro lado coloca en dependencia de la actuación a su contraparte, ya sea para la protección de esta misma parte o de terceros. Siendo este el caso por ejemplo de la enfermera que se compromete a cuidar a una persona con alguna enfermedad grave o degenerativa.<sup>26</sup>

#### C) El Actuar precedente peligroso:

También conocido como el hacer precedente, o principio de injerencia, en el que tiene que ver que una persona por medio de un hacer precedente crea un peligro de lesión del bien jurídico, deberá responder por aquella lesión, igual que si la hubiese casado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico que se va a generar producto de aquel hacer precedente. Se puede tener como ejemplo a alguien que empuja por accidente a alguien dentro de una piscina y luego no lo rescata. Se podría determinar como un homicidio doloso. Esta fuente tiene algunas limitaciones sin embargo por efectos de extensión no se las abordará.<sup>27</sup>

#### D) La comunidad del Peligro:

---

<sup>24</sup> Pablo Gómez Toledo. *El delito de Omisión Impropia*. Tesis de grado. Universidad de Chile. Santiago, 2009.

<sup>25</sup> *Id.* 126-132.

<sup>26</sup> *Id.* 126-132.

<sup>27</sup> *Id.* 126-132.

Cuando varias personas deciden realizar actividades de riesgo por ejemplo un grupo de paracaidistas, los integrantes de este grupo se vuelven garantes de los peligros que sufran los otros mientras realizan la actividad, en este caso se podrá hacer responsable a la persona que esté a cargo de determinado grupo puede ser el caso de un guía de un grupo de estudiantes en una visita de campo vale recalcar que la doctrina otorga responsabilidad cuando esta responsabilidad ha sido concertada por los miembros de ese grupo que va a practicar una actividad de riesgo<sup>28</sup>.

## 2) Teoría Material:

En esta teoría en cambio se analiza desde un aspecto social referente a que espera la sociedad de cada individuo va con un aspecto en el que se entrelaza lo formal con lo fáctico. La doctrina ha tenido que ampliarse y ha añadido estas que se les conoce como extensión de las fuentes de posición de garantía.<sup>29</sup>

Una vez determinada la conducta, esta alcanza la calificación de omisiva, una pregunta que es clave y que causa mucho debate es que, ¿puede una conducta de omisión igualar una conducta activa, que en la mayoría de los casos es el legislador el que persigue evitar? De ser este el caso ¿cuándo una conducta omisiva es tan grave, si así se puede decirlo para que puedan compartir el mismo tipo de sanción?<sup>30</sup>

Para responder las dudas del párrafo anterior, se plantean dos posiciones: la primera es que la doctrina prevé, un que esta diferencia es únicamente formal, lo que significa que no se exigirán más requisitos a la omisión, que los ya previstos para la acción, a menos que exista una demostración de relación de la causalidad, de carácter naturalístico, imposible de determinar en la omisión.<sup>31</sup> La mayoría de la doctrina establece el precepto “Nada surge de la nada” (ex nihilo nihil fit), para que la omisión pueda llegar a igualar a la acción, es preciso que se demuestre la imputación objetiva de resultado para esa omisión, así como también, otro tipo de elementos de carácter subjetivo. La segunda es que se adhieren a una corriente, que considera que la diferencia formal es material, entre la omisión y acción no puede ser de forma automática, podemos llamarlo “simplista”, consideran que, para que la conducta vaya en contra de la norma de mandato que se encuentra dentro del tipo prohibitivo, pueda

---

<sup>28</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho penal*, (Barcelona: REPERTO, 2015) 310.

<sup>29</sup> *Id.* 133-143.

<sup>30</sup> *Id.* 133-143.

<sup>31</sup> *Id.* 133-143.

ser igualada en su desvalor a la activa, deben cumplirse ciertos requisitos especiales.<sup>32</sup> A lo que quiere llegar esto es que tanto las normas de mandato como las prohibitivas, tienen deberes distintos, los cuales no se pueden mezclar, por lo tanto las conductas que se pueden infringir no pueden ser igualadas de forma automática<sup>33</sup>.

#### **4.2. TEORÍA DEL INCREMENTO DEL RIESGO**

El profesor Claus Roxin, propone crear un vínculo entre la acción generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado y su resultado. Analizando de manera cuantitativa cual es el nivel que propone el riesgo de una conducta ilícita, valga la redundancia, sería jurídicamente desaprobado y una conducta con un riesgo normativamente permitido, para el mismo Roxin, la imputación de la afectación del bien jurídico debe mirarse en base al nivel del riesgo jurídicamente desaprobado que este generó al bien jurídico protegido, siendo este ex ante y que a su vez haya contribuido a la obtención del resultado ilícito en un sentido ex post. También, en base a un tercer elemento que Roxin señala que se analizará el alcance del tipo penal<sup>34</sup>. El incremento del riesgo también tendrá que verse en función a la antijuridicidad para que, de esa manera, realizar desde una perspectiva ex post<sup>35</sup>. Para una mayor certeza colocaré la frase del Profesor Claus Roxin:

"Examínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado, y compruébese entonces si en la configuración de

---

<sup>32</sup> *Id.* 133-143.

<sup>33</sup> Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio Huerta Tocildo, *Derecho penal. Parte General: Teoría jurídica del delito*, (Madrid: Castellanos, 1986), 571. Al señalar que "como es obvio, dada la existencia de esos delitos menos graves de omisión propia en los que la producción de un resultado naturalístico es intrascendente, no todo quebrantamiento de un general deber de actuar en evitación de un resultado típico (por ejemplo, la muerte de una persona que se encuentra en peligro manifiesto y grave de morir) es calificable de comisión por omisión y, en consecuencia, equiparable al hacer positivo que ocasiona ese mismo resultado típico. Lo que es lógico si se piensa que para conminar con igual pena dos comportamientos distintos (el activo y el omisivo) es menester que posean un equivalente contenido de lo injusto: algo que no es posible afirmar en todo caso cuando por ejemplo, se compara el comportamiento de quien intencionadamente dispara y da muerte a otro y el de quien se encuentra a un sujeto malherido por el disparo fallido de un tercero que pretendió matarle y, en lugar de auxiliarle para evitar el peligro de muerte que corre, pasa de largo sin prestarle asistencia alguna. Estas son dos situaciones en principio desiguales que no pueden ser igualmente tratadas en todo caso (...) sin vulnerar el principio de justicia material y el de proporcionalidad.

<sup>34</sup> Roxin, *Tratado de derecho penal*, (Granada: Comares, 2002), 307- 310.

<sup>35</sup> *Id.* 307-310.

los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia, debe ser absuelto<sup>36</sup>

Con esta cita, podemos tener en cuenta que, para tomar en cuenta la teoría del riesgo, debemos analizar en cuanto este dejó de estar dentro de un comportamiento ajustado a la ley, para pasar a un nivel de riesgo ilegal y convertirse en antijurídico, favoreciendo a que se dé un acto reprochable, que será catalogado como un delito típico. Si a su vez, dentro de la medida de un riesgo permitido, el bien jurídico de igual forma, sufre una lesión, no se imputará; ya que, en estos casos no se aumentó de ninguna manera los hechos.

Luego de lo expuesto anteriormente, entonces, la omisión y la teoría del riesgo se relacionan a medida que, a mayor riesgo de que ocurra una lesión al bien jurídico protegido, es decir, ese riesgo que jurídicamente se encuentra permitido, se eleve de tal manera que sea bastante riesgosa la conducta, más oportuna debe ser la acción de esa persona que se encuentra en posición de garante o por ley facultada por ley o contrato a actuar. De no serlo, la teoría del riesgo serviría para determinar que peligro radica el no accionar cuando se debía hacerlo. Es así que el nexo causal entre la omisión y el riesgo es de gran importancia para medir en que grado se debió actuar para evitar un resultado.

En este caso podríamos analizar el riesgo en base a la teoría del riesgo que también lo señala el COIP, haciendo un análisis de hasta qué punto es legal el riesgo, en esto creo que de cierta forma entra en la teoría antes mencionada y propuesta por el profesor Claus Roxin, ya que como señala el artículo 28 “un riesgo que resulte determinante en la afectación del bien jurídico”<sup>37</sup>, por tanto el mismo código es enfático y armoniza en que debe ser un riesgo que resulte ilegal, ya que un riesgo permitido no sería imputable, por cuanto esta teoría cabe entra dentro de la legislación ecuatoriana.

---

<sup>36</sup> Roxin, *Derecho Penal parte general*, (Madrid: Civitas, 2014), 167-168.

<sup>37</sup> Artículo 28, Código Orgánico Integral Penal, R.O. 180, 10 de febrero de 2014.

### 4.3. DELITOS IMPROPIOS

Los delitos de comisión por omisión o impropios, como también los conoce la doctrina, se les ha denominado con esta “impropiedad al no estar tipificados dentro de la ley<sup>38</sup>.

El sujeto activo, en este tipo de delitos, será el que ostente una posición de garante, es decir el que está obligado a prevenir cierto resultado, y se abstiene de cumplir con su deber. En estos casos la fuente obligacional que genera el deber debe tener un origen en su posición de garante que como explique en líneas anteriores tendrá una fuente formal y material.<sup>39</sup>

Bacigalupo señala que estos delitos no son más que supuestos, en los que, en base a una norma general, se determina bajo ciertas condiciones, que él no evita un resultado típico cuando se estaba obligado a hacerlo, es equivalente a la realización activa de este tipo, que se encontraba prohibido por la ley penal<sup>40</sup>.

Podemos llegar a la conclusión, entonces que, los delitos de comisión por omisión y la obligación de acción está enfocada en evitar un resultado, que corresponde a un delito de omisión impropia.

Los delitos impropios de omisión complementan los tipos de los delitos de comisión, mediante una fórmula de no evitar el resultado<sup>41</sup>. La verificación de la tipicidad de los delitos impropios, cuentan con los mismos elementos de los de omisión propia: la situación generadora del deber, la realización de la acción que es objeto del deber “no realizar la acción” y el poder ejecutar una acción<sup>42</sup>. Sin embargo, es necesario mencionar y explicar dos elementos que son identificativos de este tipo de omisión:

a) La imputación objetiva y el resultado:

No cualquier tipo de delito omisivo puede generar un delito impropio de omisión, para Jescheck: la única manera en que se genere el delito impropio es que se dé produzca el resultado típico<sup>43</sup>. En los delitos de comisión la imputación objetiva presupone que el autor ha causado el resultado, en cambio en los delitos de omisión, este resultado debe serle objetivamente imputable al autor, con esto podemos dejar de

---

<sup>38</sup> *Id.*, 257

<sup>39</sup> *Id.* 257.

<sup>40</sup> *Id.*, 257

<sup>41</sup> *Id.*, 123

<sup>42</sup> *Id.* 123.

<sup>43</sup> *Id.* 257.

lado el factor de causalidad en la omisión, ya que esto no va con la esencia de la escuela causalista que es la de reglas en el aspecto físico, la imputación objetiva depende de criterios en base al contenido de la norma y finalidad. Entonces con esto analizado podemos aterrizar la idea que la relación que existe en el resultado que no se evitó y la omisión no es causalista sino de imputación objetiva<sup>44</sup>. En el presente trabajo se analizará todos los elementos para poder llegar a determinar elementos en caso de que existiese una omisión propia o impropia.

## 5. CULPA

La culpa es generar un curso causal defectuoso debido a la inobservancia de reglas, imprudencia y negligencia. En un delito de culpa no existe la voluntad de que se produzca un resultado<sup>45</sup>. La definición doctrinaria de Deber Objetivo de Cuidado es: Obligación legal de mantener el mínimo que tienen una persona para mantener el cuidado del bien jurídico protegido. El más grande ejemplo para determinar en qué delitos existe culpa son los de tránsito. La culpa puede ser de dos tipos consciente: sabes, conoces y entiendes lo que está pasando. Y la inconsciente en la cual no se puede prevenir o evitar el curso causal<sup>46</sup>.

Es preciso analizar la culpa, en los delitos, la culpa es violación al deber objetivo del cuidado, lo que socialmente se espera que la persona cumpla, las reglas del cuidado que son protocolos, reglas y ordenanzas. La culpa posee tres elementos para su configuración: evitabilidad, previsibilidad y manejo del curso causal objetivo, se encuentra prevista en el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), el cual dispone lo siguiente:

Artículo 27.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada o infracción en este código.<sup>47</sup>

Se entiende que la culpa, en base a la definición normativa y conceptual, se da al momento en que una persona genera un curso causal con complicaciones o no utiliza el cuidado pertinente a pesar de que sabe que debe hacerlo, entonces para unir en base a la

---

<sup>44</sup> *Id.* 104-105.

<sup>45</sup> Esteban Righi y Alberto Fernández, *Derecho Penal, la ley, el delito, el proceso y la pena* (Buenos Aires: LexisNexis, 1996), 271-279.

<sup>46</sup> *Id.* 271-279

<sup>47</sup> Artículo 27, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

definición conceptual y del ordenamiento, la culpa es tener una conducta descuidada, que no cumpla con los estándares de una conducta debida y diligente.

Dolo:

En el dolo existe el designio de causar un daño tal como lo dispone el artículo 26 del Código Orgánico Integral penal que señala lo siguiente: “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”<sup>48</sup>. Es decir, en estos casos contrariamente a la culpa la persona conoce de sus intenciones, maneja y controla el curso causal para generar un daño. También es preciso tomar en cuenta que este artículo será reformado, sin embargo la voluntad de que se genere un resultado negativo es la base del dolo.

Dolo en el delito de Omisión:

El dolo tiene como finalidad la realización de un tipo objetivo, para lo cual se requieren dos elementos un cognitivo y otro volitivo<sup>49</sup>. Lo primero tiene que ver con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y lo segundo, a la voluntad de realizar la conducta<sup>50</sup>, para expresar de forma más clara el dolo en omisión es conocer los elementos objetivos del tipo y el querer realizar la conducta. Juan Bustos Ramírez señala que el conocimiento consiste en “la aprehensión objetiva de la situación global por parte del sujeto agente”<sup>51</sup>, la cual debe existir al momento del delito, en el aspecto volitivo también debemos tomar en cuenta como señala Ramírez el dolo no es un simple querer, sino que se materialice un determinado acto<sup>52</sup>. En estos casos ya dentro del delito de omisión debemos ser claros en determinar entonces que una omisión solo puede ser dolosa, cuando existen estos aspectos de conocimiento y voluntad de “no hacer algo para llegar al resultado, ya que no solo consiste como se señalaba en líneas anteriores en querer algo, sino en tener la voluntad de que se materialice, en el caso de la omisión impropia más específicamente, Zaffaroni señala lo siguiente:

“No se necesita tener la intención o voluntad de omitir una acción, bastando solo que la persona este al tanto de la condiciones que lo obliga a actuar, de la acción

---

<sup>48</sup> Artículo 26, Código Orgánico Integral Penal, 2014

<sup>49</sup> Pablo Encalada Hidalgo. *Teoría Constitucional del Delito y el Código Orgánico Integral Penal*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2014.

<sup>50</sup> *Id.* 54

<sup>51</sup> Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal Parte General, Obras Completas*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008) 747.

<sup>52</sup> *Id.* 747.

que se espera de él y el resultado que debe evitar, sin pasar por alto su posición de garante, y por último haber sabido que su actuación evitaría que el peligro se transforme en lesión del bien jurídico, es decir, la capacidad de evitación del resultado, siendo necesario el elemento de cognoscitivo.”<sup>53</sup>

### Culpa en la Omisión:

Los estados, con el fin de proteger bienes mayores como la vida o la salud de los ciudadanos, es por esto que no solo se redactan leyes para prohibir ciertas conductas que ponen en peligro bienes jurídicos de otros, sino también a quienes por su falta de cuidado los generan. La culpa tiene dos elementos: la acción culposa y el resultado que esta ha causado.<sup>54</sup> Aquí debe analizarse los hechos que se dieron para que se un determinado resultado, se determina la culpa entonces dentro de la omisión y en general cuando se viola el deber objetivo de cuidado, generando un resultado típico. Entonces en base a lo analizado por la doctrina podemos concluir que la omisión impropia culposa, por el hecho de que la omisión implica la no realización de una acción<sup>55</sup> esperada, o exigida ya sea por ley o por su posición de garante, puede ser considerada la culpa como mal cumplimiento de lo anteriormente mencionado.

Es preciso decir que el concepto de culpa que me referí en líneas anteriores no se ve modificado en los delitos de omisión o acción ya que ambos se encuentran regidos por la protección del deber objetivo de cuidado generando un curso causal adecuado sin defectos, o del cuidado que se debe tener en una relación determinada.

La diferenciación de la culpa y el dolo es muy importante para establecer una sanción y responsabilidad en un delito de omisión, ya que es necesario revisar si tienen voluntad o no de generar un daño con su omisión tanto el obligado por ley como el garante.

## 6. ELEMENTOS DE LA OMISIÓN

---

<sup>53</sup> Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, (Buenos Aires: EDIAR, 2001)

<sup>54</sup> Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, (Bogotá: Temis, 2016), 56.

<sup>55</sup> Niuka Jácome González. *El Delito de Comisión por Omisión: caso de la ex ministra de defensa y su hija*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2016.

Es preciso analizar cuáles son los elementos de esta omisión, se dividen en dos aspectos objetivo y subjetivo, en el aspecto objetivo tenemos todo lo correspondiente a la exteriorización de la conducta como conductualmente la persona influyo o no en que se dé una conducta, como sus acciones generaron tanto que se dé algo como que no se dé y en qué medida puede ser responsable de esto, en el aspecto subjetivo es la evaluación interna del comportamiento es conocer que resultados genera lo que yo hago no, en este punto también se puede determinar si además de haber una conducta en un caso determinado también hay intención.

A. Aspecto Objetivo. -

1) Función Sistemática:

En la omisión propia (cualquier persona puede ser autor):

- a. SITUACIÓN TÍPICA. EJ: Encontrarse con alguien que se encuentra en peligro, es decir estar con una persona que necesita ser socorrida, un ejemplo sería el caso del médico con herido.<sup>56</sup>
- b. EXTERIORIZACIÓN DE UNA CONDUCTA DISTINTA A LA DEBIDA. Ej. Marcharse en lugar de socorrer. Esto es lamentablemente usual en los accidentes de tránsito cuando un sujeto B atropella a un A y en lugar de prestarle todas las atenciones, huye.<sup>57</sup>
- c. POSIBILIDAD FÍSICA DE REALIZAR UNA CONDUCTA DEBIDA. Ej. Carece de esta posibilidad alguien que por ejemplo no tiene una habilidad o aptitud para salvar a alguien en un determinado momento, por ejemplo, si alguien se está ahogando, pero la persona que se encuentra ahí no puede, en este caso no tendría responsabilidad.<sup>58</sup>
- d. NEXO DE EVITACIÓN. Ej. Se determina comprobando que con la hipotética interposición de la conducta debida desaparece es decir se evita el resultado. Esto quiere que de esta forma se establece la posibilidad de salvar y generar el curso salvador.<sup>59</sup>

En la omisión impropia (el autor se encuentra en posición de garante):

En este caso, debemos incluir los elementos típicos anteriores, pero además requiere la concurrencia que convierte al tipo en *delicta* propia y al autor en

---

<sup>56</sup> *Id.*, 570.

<sup>57</sup> *Id.*, 570.

<sup>58</sup> *Id.*, 570.

<sup>59</sup> *Id.*, 570.

garante. La posición de garante debe encontrarse siempre tipificada, cualquier intento de constituirlo *in malam parte*, sería inconstitucional.

## 2) Función Conglobante

Posibilidad cierta de interferir la causalidad, evitando el resultado (característica especial de la dominabilidad en la estructura de tipo omisiva).

### B. Aspecto Subjetivo de la omisión dolosa (Aspecto subjetivo)<sup>60</sup>:

a. Aspecto cognoscitivo. Conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo: situación típica, posibilidad de realizar la acción debida, previsión de causalidad y evitación. En los supuestos de omisión impropia el sujeto debe conocer la calidad objetiva que lo convierte en garante.<sup>61</sup>

b. Aspecto conativo:

Similar al tipo doloso activo.<sup>62</sup>

## 7. OMISIÓN PROPIA EN ECUADOR

Dentro de nuestro ordenamiento existen varios artículos dentro del Código Orgánico Integral para determinar la omisión propia o pura, sin embargo, entre los más destacables y que ponen en manifiesto este tipo, encontramos el 218 que dice lo siguiente:

“ La persona que, en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y su clausura temporal”<sup>63</sup>.

En este caso, el verbo rector no solamente sería el hecho de negar una atención, que ya es una conducta omisiva, sino que, también se puede analizar un incumplimiento del deber que se ordena en el tipo y es el de prestar un servicio de salud.

---

<sup>60</sup> *Id.*, 570.

<sup>61</sup> *Id.*, 570.

<sup>62</sup> *Id.*, 570.

<sup>63</sup> Artículo 218, Código Orgánico Integral Penal, 2014

En el artículo 291 del COIP también regula una sanción a los servidores policiales cuya misión es objeto de estudio en el presente trabajo. El artículo dice lo siguiente:

La o el servidor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que eluda su responsabilidad en actos de servicio, cuando esta omisión cause daños a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año.<sup>64</sup>

Trae a consideración este artículo, el caso en el que un servidor “eluda” su responsabilidad, omitiendo lo que debe hacer, es claro el artículo en otorgar una pena al funcionario que incumpla con su deber.

Por lo tanto, la omisión propia contenida en el código es bastante clara y simple, ya que; se rige en base a lo que determina el legislador, en este caso, nos dice cual inacción lleva a una sanción expresa. Establece la pena en el área de la salud y funcionarios policiales en caso de no asistir a personas en estado de emergencia o que se encuentren en peligro. Sin embargo, la propia, no regula todos los supuestos de omisión que existen, entonces surge en mí una duda ¿Qué hay de los demás casos? Que no se encuentran en la norma penal, mi conclusión es que tendría que llegar a utilizar la “impropia” que, a su vez, no refleja, ni da mucha exactitud para determinar la conducta que se persigue sancionar, ya que; no se encuentra expresamente escrita dentro del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Para sancionar la omisión, en mi criterio, se utiliza una formula inversa, en la mayor parte de tipos, por lo general, lo que se tiende a punir es en base a la acción que genera un resultado típico, en la omisión, en cambio, el autor no realiza una acción, pero si llega a este omitiendo, es decir, no haciendo algo que debía hacer.

### **7.1. CASO DE OMISIÓN PROPIA**

Un ejemplo claro de omisión propia, es el del Médico, que se encuentra dentro de emergencias de un hospital, a él llega un ciudadano con una tos fuerte, que dice que le había comenzado desde el día anterior, al notar que producto del COVID-19 llegan muchas personas con síntomas más graves decide dejarlo en espera al hombre, y atiende a otras personas, al pasar treinta minutos de estos sucesos, el sujeto que fue puesto en espera cae al suelo sin respiración. En este caso es claro y evidente que el médico eludió el deber que tiene por ley en el artículo 218 del COIP, ya que no hizo nada por el sujeto,

---

<sup>64</sup> Artículo 291, Código Orgánico Integral Penal, 2014

se puede decir que menospreció su enfermedad, y por eso no realizó lo que por ley debía hacer, incumpliendo su responsabilidad.

## **8. OMISIÓN IMPROPIA ECUADOR**

Los delitos de omisión impropia, como ya he hablado, tienen una complejidad, a pesar de que en sí, la omisión no se mezcla, lo complejo de la estructura de la omisión impura es en la parte en que se establece la misma sanción para una conducta omisiva como para la activa, sustentándose esta teoría en la doctrina alemana<sup>65</sup>, que considera que a pesar de que sean distintas acciones la sanción, será la misma en base al grado de responsabilidad, el hecho de omitir algo que se debe hacer da el mismo resultado que la acción de hacer.

En Ecuador la tenemos regulada en el artículo 28 del COIP, que señala lo siguiente:

“La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico”<sup>66</sup>

Cabe señalar que discrepo con el contenido del Código, ya que; dentro de la omisión impropia, que en sí ya es general, al abarcar un sinnúmero de hechos y sucesos, añado esta omisión como dolosa, es preciso recalcar que el dolo es el designio de causar daño, pero ya en un ámbito de análisis del caso en concreto, en realidad podemos creer que ¿en todos los casos de omisión se actúa con dolo?

En algunos casos de omisión no existe este designio de causar daño que señala el COIP, es por eso, que considero que la omisión impropia no se la trata en virtud de las teorías que la doctrina nos brinda para poder determinar el nexo causal de determinada acción o inacción para llegar a un resultado típico. Dentro de otras normas que pueden tomarse en cuenta para la omisión, tomamos en cuenta los artículos 17:

Artículo 17.- Ámbito material de la ley penal. - Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u

---

<sup>65</sup> *Id.* 84-87.

<sup>66</sup> Artículo 28, Código Orgánico Integral Penal, 2014

omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.<sup>67</sup>

y el artículo 23 acerca de las modalidades de la conducta: “La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”<sup>68</sup>. En esta parte es enfático el COIP al determinar que una conducta de omisión conlleva a causar un daño, sin embargo no analiza si se da en una situación de dolo real o si es producto de negligencia, más no de voluntad (culpa), en el que un autor dentro del curso causal no pudo hacer nada para evitar dicho resultado, o no lo quiso así pero se dio, considero que el Ecuador no se aplican todos estos principios que nos pueden acercar hacia una sanción más proporcional acorde con el resultado y en base a los elementos propios de la omisión.

### **8.1. Principio de Solidaridad Activa**

Para empezar analizar la responsabilidad de “omisión impropia” de un determinado sector como lo son los miembros de la Policía Nacional, es adecuado analizar este principio propuesto por Carrara quien decía que “para la protección de los derechos el hombre en varias ocasiones es preciso que se prohíban algunas circunstancias e imponer otras”<sup>69</sup> el derecho entiende que no únicamente se tiene que prohibir que se haga algo, sino que, el hecho de imponer que algo se debe hacer es lo más importante; debido a que, de positivarse esto dentro de una norma e incumplir, puede devenir en una responsabilidad penal por “no hacer” o conductas prohibitivas.

Abarcando con el concepto de omisión que consiste en: imponer una acción para evitar un daño, tiende a proteger al individuo de la excesiva pasividad o complicidad que pueden tener ciertas personas para que se cometa un delito.

El principio que propone Carrara acerca de que la solidaridad debe hacerse efectiva es buena, considero que el hecho de vivir en una sociedad, en la cual, tenemos relaciones interpersonales a diario, nos estamos relacionando continuamente con diversas personas, nos exhorta a ser seres activos para ayudar a los demás. Sin embargo, más allá de esto, nos evoca a ser ciudadanos que salvaguardemos el bien jurídico de

---

<sup>67</sup> Artículo 28, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

<sup>68</sup> Artículo 23, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

<sup>69</sup> Francesco Carrara, *Programa del curso de Derecho Criminal*, (San José: Editorial Jurídica Continental, 2000).

otros manteniendo, este efecto “salvador”, socorriendo al otro cuando se encuentre en peligro o puede verse dañado en su integridad. En ocasiones que existan este tipo de principios me hace cuestionar el razonamiento humano en el que la ley tiene que sancionar el hecho de no ser solidario con sus semejantes, cuando estos se encuentran en un riesgo importante. No obstante, no podemos dejar de lado que lo que Carrara nos señala es un poco romántico y utópico, puesto que no puede ser responsable un individuo cada vez que en su acera asaltan, agreden o hasta matan a alguien, existen una serie de componentes adicionales naturales como el temor de poder ser agredido de una u otra forma, hasta cierto punto considero que muchas de las personas que han sido espectadoras de una agresión a un tercero lo han querido evitar sin embargo no lo han conseguido, por el temor que ya mencione o cualquier otro factor.

Carrara así mismo dice que este principio “debe extenderse considerablemente a las legislaciones que admiten el principio de solidaridad defensiva de los ciudadanos”<sup>70</sup>. Ingresar esto dentro del sistema tiene más desventajas, llevándonos a una serie de debates políticos y jurídicos, al ser así estaríamos retirando el monopolio del uso legítimo de la fuerza que es únicamente atribución de los Estados, para otorgarle más competencias a la sociedad civil, para que reaccione ante un ilícito, siendo peligroso que esto en lugar de ser una solución pueda terminar aumentando el riesgo de sufrir una agresión. No me adhiero ante esta propuesta, considero que debemos ser solidarios, pero con los límites que por ahora nos da la ley; debido a que, la justicia por mano propia no es justicia. En otro aspecto doctrinario penal no podemos obviar que este derecho es de mínima intervención y se encuentra normado en la ley, sino estaríamos incumpliendo el postulado principal del derecho penal “*Nulla poena, sine lege*”, entonces para facultar a personas para que puedan intervenir y ser garantes de otras que se encuentren en estado de riesgo no sería posible, tanto la ley penal dispone a los miembros de la policía a no eludir sus responsabilidades cuando una determinada persona se encuentre en peligro. De otra forma, la posición de garante que otorga una ley no penal no podría sancionar todos los casos en el que alguien no hizo nada para salvar al otro, aun cuando podía hacerlo.

Traeré un ejemplo a colación: Un individuo de estatura promedio, se dirige a la parada del bus, más temprano de lo usual, cerca de la parada hay una panadería en la que este sujeto compra un pan para desayunar todas las mañanas, sin embargo se

---

<sup>70</sup> *Id.* 102-105.

percata de que un sujeto encapuchado está apuntando con un arma al dueño de la panadería para que le entregue al dinero, en base al principio de solidaridad activa él debe lanzarse sobre el delincuente para evitar el asalto, sin embargo esta sería una imprudencia; ya que, él no se encuentra capacitado para hacer frente a un criminal armado y lo único que causaría es poner su vida en riesgo. La actitud más prudente es que el individuo pida ayuda especializada, más no intervenir de forma directa. Por cuanto considero que el principio de solidaridad activa a pesar de ser muy bueno teóricamente no es práctico, ni realista.

## **8.2. CASOS OMISIÓN IMPROPIA**

El Primero, es el caso de un anciano de ochenta años, quien tiene una prescripción médica de tomar su pastilla para el corazón, a las ocho de la mañana en punto, si la toma minutos más tarde podría generarle un infarto fulminante, ya que; esta le mantiene la correcta circulación de la sangre dentro de su organismo. Es por esto contrata una enfermera para que todos los días este treinta minutos antes de las 8 de la mañana en su domicilio, para recordarle de su mediación, y a su vez le provea de todo lo necesario para tomar su medicación sin ningún contratiempo, sin embargo resulta que aquel día un grupo de choferes deciden cerrar las vías por manifestación, generando que la enfermera no pueda llegar a tiempo a su lugar de trabajo, por cuanto llega una hora tarde, al llegar le comentan que el adulto mayor ha fallecido producto de un infarto al corazón al no tomar su medicina a tiempo.

El segundo caso, estamos ante el de un niño con varias alergias, sus padres tienen protocolos rígidos de comida, sin embargo ellos no pueden estar en casa producto de su trabajo, por lo que contratan a una niñera, a la cual le detallan que el niño es bastante alérgico, pero más al maní y que tan solo una pequeña dosis de este alimento puede ocasionarle severas consecuencias a la salud del infante, luego de un par de meses como niñera, como todas las tardes le prepara un sándwich al menor, quien no duda en comer, y luego de minutos de hinchazón y falta de respiración este cae al suelo, sin pulso, resulta que en esta ocasión un compuesto del alimento con el que relleno el sándwich tenía maní. ¿Será punible la acción de estas personas tanto de la enfermera como la de la niñera? La respuesta inicial es que sí, ya que; ellas tienen un deber de cuidado, su inacción conlleva a responsabilidad. De omisión pura, en este caso no se les podría imputar, ya que dentro del COIP no se encuentra regulado en norma alguna, puesto que; la ley no prevé este escenario, omisión impropia tendría que analizarse la posición de garante con la fórmula del deber de cuidado en un estado de necesidad y en

base a esto podría determinarse que son responsables al no cumplir con esto. Jerscheck explica de mejor manera con la siguiente frase “Los de omisión propia se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley. Por el contrario, en los delitos improprios de omisión, el garante se le impone el deber de evitar el resultado. La producción del resultado pertenece al tipo y el garante, que infringe su deber de impedirlo, carga con responsabilidad jurídico penal del resultado típico”<sup>71</sup>, de esta manera, nos deja planteado como el ser garante e incumplir le otorga responsabilidad y un deber de generar un curso salvador. Sin embargo, analizando los elementos de la omisión, es importante recalcar que, dentro de la responsabilidad sistemática, en el caso de la enfermera existe una imposibilidad física de evitar el resultado, ya que; le queda imposible por razones externas el poder llegar a su trabajo, puesto que las vías se encontraban paralizadas y en este caso no tendría responsabilidad en el resultado que devino después. En el caso de la niñera, que todas las tardes le da un sándwich al niño, ella no hizo nada fuera de lo común, darle el alimento de todas las tardes con el relleno que usualmente siempre le ha dado, es decir en base a los elementos de la propia omisión ella tampoco infringe en el nexo de evitación; debido a que, ella no incurre en una actividad no debida, ella realiza su rutina diaria, y tendría que analizarse si el menor comió algo nocivo antes, o si la empresa a la cual le compraban el relleno del sándwiches cambio un compuesto, sin embargo se puede determinar que no hay conducta indebida y un nexo de evitación, por cuanto no es responsable.

## **9. RESPONSABILIDAD DEL POLICÍA DENTRO DEL DELITO DE OMISIÓN**

En la actualidad, el Ecuador vive en un debate permanente acerca del alcance del uso de la fuerza que puede emplear un servidor policial, con matices políticos se señala que deben actuar sin reparo en miras de protección al bien jurídico de la víctima. Sin embargo, hasta qué punto, en realidad está facultado por ley a ejercer dichas acciones, y, sobre todo, en el caso que este no actuase de la debida forma, como debería sancionárselo, ya hemos analizado los dos tipos de omisiones, y en base a la impropia que es la que se encuentra para estos casos dentro del COIP no daré respuesta, sin antes analizar lo siguiente:

La Constitución de la República del Ecuador vigente desde el 2008 en el artículo 163 dispone lo siguiente acerca de la Policía Nacional:

---

<sup>71</sup> *Id.*, 550

Art. 163.- La Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional.

Los miembros de la Policía Nacional tendrán una formación basada en derechos humanos, investigación especializada, prevención, control y prevención del delito y utilización de medios de disuasión y conciliación como alternativas al uso de la fuerza.

Para el desarrollo de sus tareas la Policía Nacional coordinará sus funciones con los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados.<sup>72</sup>

Dentro de las competencias de la Policía Nacional conferidas por la Carta Magna se establece la “prevención, control y prevención del delito”, lo cual le otorga a los policías la capacidad de prevenir el delito. Sin embargo, no es clara en determinar hasta qué punto puede prevenir el delito, dejando demasiado amplias las funciones, no se podría determinar desde que punto se puede ejercer una acción para prevenir el delito, puesto que no se podría humanamente hacer un seguimiento preventivo para cada persona que pueda sufrir un daño a su bien jurídico protegido o esté en peligro, simplemente, no se daría abasto el sistema de seguridad y colapsaría. Estas competencias van acorde a las mismas que se le confirió al Estado en el contrato social y que en el Derecho Constitucional Contemporáneo se conoce como el Uso legítimo de la fuerza. En el artículo 3 numeral 8 la Constitución establece como deberes del estado;

Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.<sup>73</sup>

Para garantizarlo, el estado se afianza en instituciones para su cumplimiento, confiriendo atribuciones a la fuerza pública, que para estos efectos dividiré en las dos más importantes encargadas de proteger dentro del territorio nacional y preservar el orden interno son: Policía Nacional y las Fuerzas Armadas. En casos extremos las Fuerzas Armadas también colaboran con la Policía, estos pueden ser conmoción nacional o estado de excepción.

---

<sup>72</sup> Artículos 163, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

<sup>73</sup> Artículos 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Analizaremos las competencias que tiene la Policía en un plano más específico que se encuentran reguladas dentro del Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público (COESCOP), el que en el artículo 59 dispone lo siguiente:

“La Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional, altamente especializada, uniformada, obediente y no deliberante; regida sobre la base de méritos y criterios de igualdad y no discriminación. Estará integrada por servidoras y servidores policiales.

El ejercicio de sus funciones comprende la prevención, disuasión, reacción, uso legítimo, progresivo y proporcionado de la fuerza, investigación de la infracción e inteligencia antidelincuencial. Su finalidad es precautelar el libre ejercicio de los derechos, la seguridad ciudadana, la protección interna y el orden público, con sujeción al ministerio rector de la seguridad ciudadana, protección interna y orden público”<sup>74</sup>.

En este artículo nos acercamos a un concepto más específico de lo que significa la Policía Nacional para el Estado y en entre su naturaleza esencial, tenemos el uso progresivo y proporcional de la fuerza, lo cual va a ser importante para determinar la posición de garante que tiene un funcionario de esta institución.

Dentro de las funciones más relacionadas para abordar el tema de las atribuciones de la policía tenemos las que se encuentran configuradas dentro del artículo 61 del COESCOP que dicen lo siguiente en orden de numerales:

2. Servir a la comunidad y proteger a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión;
3. Desarrollar acciones operativas para la protección de derechos; mantenimiento, control y restablecimiento de la paz social y orden público; prevención de las infracciones y seguridad ciudadana, bajo la dependencia del ministerio rector de la seguridad ciudadana, protección interna y orden público; y, en coordinación con las entidades competentes de los diferentes niveles de gobierno;
6. Cumplir con el control operativo en los ámbitos requeridos de la seguridad ciudadana, protección interna y orden público, en coordinación con las entidades competentes de los distintos niveles de gobierno, en el marco de los lineamientos

---

<sup>74</sup> Artículo 59, Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, R.O. 19, 21 de junio de 2017.

y directrices del ministerio rector de la seguridad ciudadana, protección interna y orden público<sup>75</sup>;

Los numerales citados del artículo 61 nos indican, entre otras funciones el de “proteger a todas las personas de actos ilegales”, con esto entendemos de mejor manera que es lo que debe hacer la policía para cumplir con sus deberes, en base a los principios básicos para un uso correcto de la fuerza, en relación a lo que establece la ONU desde el año de 1990 se tienen que acoger los estados a estos tres principios:

1. Legalidad: En el cual se determina que el funcionario público encargado de ejercer la fuerza, solo podrá hacerlo dentro del margen legal y conociendo, además, los supuestos en los cuales se puede ejercer la fuerza.
2. Proporcionalidad: Se tiene que emplear en base a estándares de armonía si es necesario la fuerza letal o no letal.
3. Necesidad: Supone que únicamente se puede usar la fuerza cuando no existe otra alternativa.

Estos principios, han sido reconocidos por los organismos de Derechos Humanos más importantes de la región, en el informe sobre seguridad y derechos humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se informa que dicha organización se acoge a estos principios al considerarlos que son la vía para determinar un legítimo uso de la fuerza. En el ámbito doctrinario, esta misma Corte en varios fallos se ha referido a estos principios.

A pesar de la certeza en las fuerzas armadas y Policía Nacional, que pueden utilizar la fuerza cuando esta sea necesaria, siempre se van a encontrar limitadas sus acciones, no únicamente en lo que prevé la legislación de cada país, sino en relación y al obligatorio cumplimiento que señalen los tratados internacionales, y dependiendo de la situación en la que se encuentre, el caso acogerse a estas disposiciones.

Una vez que contamos con todos los elementos, tanto en cuanto a funciones de la Policía Nacional en base a lo dispuesto por la Constitución de la República y el CONSECO, los principios internacionales dictados por la Organización de las Naciones Unidas y ratificados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al uso de la fuerza en las instituciones armadas, lo que señala expresamente la norma penal en su artículo 28, se refiere a la omisión impropia desde una perspectiva

---

<sup>75</sup> Artículo 61, Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, 2017.

dolosa. En base a lo analizado por la doctrina, sobre todo en dos aspectos que hacen una distinción de la omisión propia, de la impropia y son la posición de garante e imputación objetiva que serán de gran importancia para poder determinar la responsabilidad del Policía en un delito de omisión.

En base a esto, analizaremos dos casos, como ejemplo para poner de manera más didáctica una posición:

#### Ejemplo Omisión Impropia:

El ejemplo es el siguiente un Policía, todas las mañanas recorre la manzana entre las calles Zaffaroni y Ferrajoli ubicadas en el centro norte de la urbe, a las diez de la mañana el ayuda a cruzar siempre la calle a un anciano de aproximadamente 80 años de edad quien padece de ceguera producto del paso de los años, parece un verdadero hombre de virtudes, tranquilo y honesto. Sin embargo, cierto día surgió el tema del anciano entre sus compañeros colegas de armas, quienes le comentaron que escucharon rumores en fiscalía de que el anciano vendía en la vereda que precisamente el policía le ayudaba a cruzar, todo tipo de sustancias psicotrópicas. Al escuchar esto el policía decide espiar y algunos movimientos le parecen extraños del octogenario, por cuanto su percepción cambia y decide que no va a ayudar a cruzar la calle al señor de la tercera edad por considerar que él esta contribuyendo a que el anciano realice actos ilícitos. Al día siguiente el policía toma plácidamente sombra mientras el anciano cruza la calle y producto de su ceguera recibe un golpe fulminante de un carro que cruzaba en luz verde.

En este caso no analizaremos la acciones del adulto mayor ya que lo que nos compete es analizar en este caso la inacción del policía que de manera general, sería responsable por no evitar ese resultado, cumpliendo el precepto de omisión prevista primero en el art 291 del COIP<sup>76</sup> que responsabiliza a al funcionario policial que eluda su responsabilidad y en el artículo 28 del COIP<sup>77</sup> en el cual determina como omisión dolosa el hecho de que alguien que se encuentra en posición de generar un curso salvador y la posición de garante conferida por ley, de no evitar un resultado que no debía darse. En base a este análisis, únicamente con lo que versa la norma, podríamos llegar a la conclusión que él policía, en este caso, sería responsable por omisión pura y dolosa. Sin embargo, y con sustento a la doctrina analizada, discrepo con lo dispuesto por esta norma, en base al dolo; ya que, este como lo dispone el art 26 de la Norma

---

<sup>76</sup> Artículo 291, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

<sup>77</sup> Artículo 28, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

Penal Ecuatoriana<sup>78</sup> es el designio de causar un daño, y a pesar de que el policía haya sido negligente al momento de actuar, no tenían la voluntad que esto pase, ni hizo acto alguno para que se genere el resultado. Mediante la teoría de la imputación objetiva y tomando en cuanto la posición de la policía como garantes, debemos observar que tomaron las riendas de su curso causal, sin embargo, actuó con negligencia y culpa, ya que es seguro que si eran más rápido podía darse cuenta del riesgo que corre una persona con escasa visión al cruzar la calle y le salvaba la vida de esta persona.

Según la teoría de la imputación objetiva, lo que pretendo demostrar es que en ciertos casos de omisión impropia, específicamente los que tienen que ver con la policía como garantes de cuidado, es importante que tomemos en cuenta un nuevo tipo, el de la omisión culposa, y no dolosa como establece el artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal; ya que, el dolo es la intención manifiesta como sostienen la doctrina e incluso el propio COIP de causar un daño, y nos damos cuenta que dentro de la policía es todo lo contrario, ellos no persiguen causar el daño, ni tienen la intención de hacerlo. De hecho, hay una falta de cuidado que va directamente ligado con la culpa y no tomar todas las medidas para que su acción sea lo más diligente posible.

#### Ejemplo Omisión Impropia:

En el segundo ejemplo, una mujer se encuentra agredida por su pareja, dentro del hogar, con un objeto contundente, los miembros de la policía, mientras se encuentran en patrullaje, cuando llegan al lugar de los hechos escuchan los gritos de la mujer pidiendo ayuda, sin embargo golpean la puerta manifestando que son policías y que desean acceder al inmueble, no obtienen respuesta y por diez minutos se quedan en la puerta mientras la mujer sigue gritando, hasta que escuchan un gran estruendo y deciden entrar por la fuerza, sin embargo ya era tarde la mujer había recibido un golpe letal.

En base a lo que nos indica la omisión impropia y a sus principales diferencias de la propia, en este caso, primero cuestionaremos los hechos en base a la teoría del riesgo propuesta por el profesor Claus Roxin, en la cual nos expone sobre el riesgo que se encuentra permitido y el riesgo antijurídico,<sup>79</sup> al momento que un sujeto golpea con un objeto a su esposa y esta pide ayuda es notable que el riesgo completamente alto, sin embargo, los policías a pesar de encontrarse obligados a cumplir su deber otorgado por ley. En base al tipo omisión impropia, estaban obligados a actuar por su posición de

---

<sup>78</sup> Artículo 26, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

<sup>79</sup> *Id.* 307- 310.

garantes del bien jurídico protegido y en razón de la fuente de peligro potencial que rodeaba a la víctima, cumpliendo a su vez con los elementos de la omisión; ya que, se encontraban ante una conducta ilícita que estaba siendo ejecutada por el conviviente de la víctima, y ellos se encontraban con todas las aptitudes para generar un curso salvador, es por esto que en este caso si cabría la omisión dolosa dispuesta en el artículo 28 del COIP, ya que no generan ninguna conducta para evitar el resultado y serían responsables por omisión impropia, porque no actuaron en base a su posición de garantes y en base a la teoría de la imputación objetiva, ellos dentro de su esfera conductual de poder cambiar el curso de los hechos, no hicieron nada por evitarlo.

Por cuanto considero que el hecho de establecer una sanción igual o parecida al autor del ilícito en base a contemplar que existe dolo, debe ser algo perfectamente estudiado, en base a la distinción entre omisión propia e impropia; ya que, como analizamos en el primer ejemplo, la policía generó todas las acciones para llevar un curso salvador dentro de las posibilidades que al momento contaban, siendo responsables únicamente a criterio del autor por omisión propia. Sin embargo, en el segundo caso si existe el componente doloso que es parte de la omisión impropia, puesto que ellos no hicieron nada para evitar el resultado, se mantuvieron parados afuera del domicilio de la víctima sin intervenir, por cuanto en nada influyeron para que no se dé el ilícito.

Una vez analizado estos casos tendríamos que diferenciar en base a la teoría de la imputación objetiva, que hicieron en este caso los policías dentro de lo que podían para evitar una conducta determinada que lleve a un resultado no deseado y en ese punto es imprescindible analizar cómo se gestiona cada caso.

Soy de las personas que cree que nadie, a excepción de criminales sale a matar o a generar caos y menos funcionarios de la fuerza pública, no obstante no podemos dejar de lado que ellos tienen un deber Constitucionalmente consagrado de proteger y ser garantes del bien jurídico de las personas, para acusar por omisión propia o impropia es justo hacer un examen de hechos en los cuales podamos llegar a la conclusión de cuando fueron negligentes y cuando su conducta fue dolosa, contribuyendo a que se dé el resultado, ejemplo el segundo caso en donde no hicieron más que estar parados sin ejecutar ninguna otra acción que pueda poner a salvo a la víctima.

Kaufmann de forma adecuada determina que el dolo en un delito de comisión consiste en la disposición de realizar una acción, sin embargo, esto no se da en la

omisión, puesto que no existe esta voluntad o disposición de realizar algo.<sup>80</sup> Por eso y como también sostiene Bacigalupo que no existe un dolo de omitir en el sentido de que no existe conocimiento ni voluntad de la realización de un tipo, omitiendo la situación generadora del deber y de evitar el resultado para este sector de la doctrina le denominan “cuasi dolo” sin embargo yo en diferenciar entre dolo y negligencia dentro del accionar de los policías.<sup>81</sup>

## CONCLUSIONES

A través de este análisis he podido determinar que, la acción y la omisión tienen más problemas para diferenciarse, de lo que se puede pensar en una posición simplemente ontológica, en el área de la omisión se toman en cuenta elementos inversos para poder determinar si una omisión puede equiparse a una acción y esto conlleva a una discusión importante de autores, yo me adhiero a pensar que se debe analizar en cada caso la conducta que toma el omitente.

La omisión propia e impropia son bastante distintas y esa diferencia las hace más interesantes, en el ámbito de la propia, podemos decir que es más sencilla al tener que remitirse únicamente con lo que dispone la ley y su sanción, sin embargo, cuando la ley no es muy clara, pueden existir ciertas confusiones que le pueden abrir la puerta a su némesis, la omisión impropia que está regulada en nuestra legislación, pero que su generalidad, genera que esta sea más complicada de analizarse, puesto que hay factores doctrinarios importantes que no deben dejarse de lado al momento de juzgar.

Al acusar a un policía de omisión dolosa, en todos los casos caemos en un error importante conceptual, le estamos otorgando a la conducta omisiva un elemento típico de dolo inexistente, en el comportamiento del policía, ya que; este, en varios casos carece de intención de causar un daño, él no sale a las calles a matar, robar y cometer demás delitos, ellos salen en virtud de lo que les faculta el ordenamiento jurídico, es evitar que se produzca un daño y el no cumplir con esto lo hace negligente en los casos de la omisión propia, dentro de la imputación objetiva, que es el sustento de mi idea tenemos que tomar en cuenta todas las previsiones que el sujeto tomo o no tomo y en base a eso analizar cómo se llegó al resultado y como se lo hubiese podido evitar si el policía, en este último caso, tomaba otra acción más diligente.

---

<sup>80</sup> *Id.* 45-50.

<sup>81</sup> *Id.* 257

También debemos tomar en cuenta que hay casos en los que el policía no ejecuta ninguna acción por evitar un resultado, aquí si sería responsable de dolo ya que permite la realización del hecho sin al menos intentar establecer el curso salvador. La diferencia principal para establecer las diferencias entre omisión propia e impropia es esa posición de garante que es únicamente característica de la impropia, y en base a esta se puede determinar la responsabilidad de un policía si estaba por ley llamado a actuar o en base a una posición de garantía establecida.