

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**Responsabilidad penal y omisión impropia en delitos
contra la administración pública: Un análisis de la
posición de garante del funcionario público.**

David Alejandro Yumiceba López

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado.

Quito, 28 de noviembre de 2024.

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: David Alejandro Yumiceba López

Código Banner: 00322294

Cédula de identidad: 1723871594

Lugar y Fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones através de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>

RESPONSABILIDAD PENAL Y OMISIÓN IMPROPIA EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UN ANÁLISIS DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO ECUATORIANO¹.

CRIMINAL LIABILITY AND COMMISSION BY OMISSION IN CRIMES AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION: AN ANALYSIS OF THE PUBLIC SERVER GUARANTOR'S ROLE IN THE ECUADORIAN CONTEXT.

David Alejandro Yumiceba López²
davidyumi29@hotmail.es

RESUMEN

La comisión por omisión ha sido regulada en el Ecuador bajo la doctrina de la posición de garante, no obstante, la manera en la que se encuentra redactada la norma, dificulta la atribución de responsabilidad a funcionarios públicos que cometan delitos en contra la administración pública por la conducta de omisión. Se realiza un estudio de los Códigos Penales de 1938 y 1971 para entender cómo se reguló las fuentes de posición de garante y quienes formaban parte de este rol. Bajo lo anteriormente expuesto, se evidencia que el error de redacción conlleva a problemas en la tipicidad de los injustos penales relacionados a la administración pública, ya que no reúnen los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal. Por ende, aquellos actos de corrupción realizados por omisión serán una conducta atípica bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este contexto, se utiliza referencia a ordenamientos extranjeros que han dado un mejor tratamiento a la comisión por omisión por la implementación de la fuente material como determinadora del rol garantía.

PALABRAS CLAVE

Omisión Impropia, Posición de garante, Injerencia, Delitos contra la administración pública.

ABSTRACT

Commission by omission has been regulated in Ecuador under the doctrine of the guarantor position; however, the way in which the law is drafted makes it difficult to attribute responsibility to public servers who commit crimes against the public administration due to omission. Study of the Penal Codes of 1938 and 1971 is carried out to understand how the sources of the guarantor position were regulated and who was part of this role. This is evident that the drafting error leads to problems in the typicality of criminal offenses related to public administration, since they do not meet the objective or subjective elements of the criminal type. Therefore, those acts of corruption carried out by omission will be an atypical conduct under the Ecuadorian legal system. In this context, reference is used to foreign legal systems that have given a better treatment to commission by omission.

KEYWORDS

Improper Omission, Guarantor's Role, Interference, Crimes Against Public Administration.

Fecha de lectura: 28 de noviembre de 2024

Fecha de publicación: 28 de noviembre de 2024

¹ 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 Juan Francisco Pozo.

² © 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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4.- ESTADO DEL ARTE 5. CONTEXTO HISTÓRICO NORMATIVO 6. FUENTES FORMALES PARA LA DETERMINACIÓN DE POSICIÓN DE GARANTE- 7. PROBLEMAS QUE ENFRENTA EL DELITO OMISIVO PARA LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.- 8. POSICIÓN DE GARANTE EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ESPAÑA Y COLOMBIA.- 9. RECOMENDACIONES- 10. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El ordenamiento jurídico ecuatoriano prescribe que aquellas personas que se encuentren en posición de garante, por obligación legal o contractual, ya sea de cuidado o custodia de: salud, libertad, integridad personal y vida serán responsables por la no evitación de un resultado material típico. Dada la forma en que se encuentra redactada la norma entra en duda si aquellos funcionarios públicos que ejerzan funciones de administración de bienes públicos, o de igual manera, si aquella persona que esté bajo el control de una fuente de peligro entraría en un deber especial de garante.

El presente trabajo tiene por objetivo contribuir al debate y presentar soluciones a la pregunta que surge en torno a la omisión impropia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las preguntas son: ¿Cuáles son los criterios efectivos para la imputación de la omisión impropia en delitos económicos? y ¿Cuáles son las limitaciones que plantea la omisión impropia en los delitos contra la administración pública?

Para tal efecto, la metodología del presente trabajo es diverso. En primer lugar, se utilizó la metodología de revisión literaria que implica la recopilación y análisis crítico de fuentes académicas y corrientes dogmáticas. Segundo, se utilizó el método de revisión sistemática que consiste en el análisis textual de las normas que involucran el problema jurídico y el estudio sobre la voluntad del legislador en cuanto la redacción de la norma. Tercero, se recurrió al método comparativo que contrasta las soluciones que brindan otros ordenamientos jurídicos y cómo la jurisprudencia vinculante de aquellos países han desarrollado y limitado a la posición de garante.

Con el propósito de responder la hipótesis planteada anteriormente, el trabajo analizará qué tipos de fuentes existen para la fundamentación de la posición de garante.

Posteriormente, se hará un análisis histórico normativo de los Códigos Penales ecuatorianos que han desarrollado a la figura de la omisión impropia y cómo ha sido regulado. Consecuentemente, se expondrá los problemas actuales para la imputación de delitos económicos bajo el comportamiento omisivo.

Sobre la base de aquello, este trabajo abordará la regulación y tipificación de dos ordenamientos jurídicos que permiten la posibilidad de imputar delitos contra la administración pública en función del deber de cuidado y control de una fuente de peligro. Finalmente, se planteará una propuesta para la implementación normativa para el deber de garante en situaciones generadoras de riesgo.

2. Marco Normativo

El siguiente apartado tiene por objeto enunciar y enmarcar la normativa legal que guarde relevancia al presente caso de estudio. Dicho de esta manera, se arribará al tratamiento jurídico local e internacional respecto de la posición de garante y su imputación. De la misma manera, se expondrá cómo la legislación ha limitado la definición de creación de riesgo para incluir a personas como garantes. La legislación aplicable se desarrollará en los siguientes párrafos.

La Constitución del Ecuador³ prescribe que ninguna persona podrá ser sancionada por aquellas acciones u omisiones que no se encuentren tipificadas en la ley como infracción penal⁴. Adicionalmente, declara que la institución encargada de la investigación, prosecución e imputación de aquellos delitos establecidos en el cuerpo penal será Fiscalía General del Estado⁵

Desde el punto de vista internacional, la República del Ecuador suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁶, dentro del presente instrumento internacional los Estados miembros se comprometen a prevenir y combatir la corrupción de manera eficaz y eficiente⁷, adicionalmente, plantea que el abuso de sus funciones puede

³ Constitución de la República del Ecuador, [CRE] R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. N/D de 30 de mayo de 2024.

⁴ Artículo. 76 numeral 3, CRE.

⁵ Artículo 195, CRE.

⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Yucatán, 11 de diciembre de 2003, ratificada por el Ecuador el 5 de agosto de 2005.

⁷ Artículo 1, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

cometerse a través de la modalidad activa (acción) y pasiva (omisión)⁸. De igual manera, el Ecuador ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción⁹, que tiene por objeto fortalecer y promover el desarrollo para la prevención, detección, sanción y erradicación de la corrupción¹⁰. Por último, el presente instrumento internacional establece que los actos de corrupción podrán ser ejecutados por la realización u omisión de las funciones públicas¹¹.

Consecuentemente, para el ámbito nacional, se utilizará al Código Orgánico Integral Penal¹². En primer lugar, establece que las modalidades de las conductas penalmente relevantes serán aquellas acciones u omisiones que ponen en peligro o producen un daño verificable al bien jurídico protegido¹³. Posteriormente, se define a la omisión impropia como omisión dolosa¹⁴, y será aquel comportamiento deliberado que la persona activa (garante) ha preferido omitir un resultado esperado, sí y sólo sí, esta persona se halle en posición de garante. En el último inciso, se detalla los tipos de posición de garante, entre ellos destacamos: aquellos que ostenten una obligación legal o contractual sobre: custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal y, finalmente, se detalla superficialmente la figura de injerencia que menciona la conducta precedente que ha provocado o aumentado el riesgo de un bien jurídico.

En último lugar, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹⁵ otorga la definición y elementos del control interno que cada institución pública debe poseer. Dentro de la definición, se establece que el personal público debe proporcionar un grado de seguridad para la protección de los recursos públicos y lograr los objetivos institucionales¹⁶. Bajo lo anteriormente descrito, se desprende el alto nivel de diligencia que debe tener el funcionario público en sus funciones, asimismo, describe las bases y principios en los que se tiene que desarrollar sus actividades de supervisión, control y prevención.

⁸ Artículo 19, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

⁹ Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas, 29 de marzo de 1996, ratificada por el Ecuador el 25 de noviembre de 2005

¹⁰ Artículo 2, Convención Interamericana contra la Corrupción.

¹¹ Artículo 6, Convención Interamericana contra la Corrupción.

¹² Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. 563. 12 de agosto de 2015, reformada por última vez R.O. N/D de 29 julio.

¹³ Artículo 22, COIP.

¹⁴ Artículo 28, COIP.

¹⁵ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, [LOCGE] R.O. 595. 12 de junio de 2002, reformado por última vez por R.O N/D de 29 de julio de 2024.

¹⁶ Artículo 9, LOCGE.

3. Marco teórico

La omisión impropia o también llamada comisión por omisión ha generado varias discusiones doctrinarias, especialmente, sobre la validez y fundamentación de la posición de garante como elemento constitutivo del injusto penal. Actualmente, existen dos teorías predominantes que brindan soluciones plausibles a la argumentación jurídica y permiten esclarecer el alcance de la omisión impropia.

En primer lugar, la teoría formal o también llamada teoría formal del deber jurídico, la cual fundamenta la posición de garante en las fuentes formales, tales como: la ley, el contrato y la conducta precedente (injerencia). Cabe destacar que el aporte significativo de esta doctrina es la separación del deber jurídico del deber moral, rechazando las responsabilidades extrajurídicas en su totalidad¹⁷.

Ahora bien, se trató de otorgar autonomía a la Teoría del Deber Jurídico, sin embargo, como menciona Enrique Gimbernat Ordeig “nunca se aplicó consecuentemente [...] desde que muy pronto se estimó que algunas relaciones familiares o interpersonales, aunque en sentido jurídico privado, estricto no dieran lugar a deberes de guarda¹⁸”. Asimismo, existió contradicciones en cuanto a la responsabilidad de cuidado y vigilancia aún después del cumplimiento temporal del contrato. Adicionalmente, se plantea la responsabilidad del garante cuando el contrato civil presente vicios de nulidad¹⁹, pues un defecto insubsanable en el contenido del contrato no generaría efectos para las partes, debido a su inexistencia o invalidez.

Debido a la gran limitación que resulta adoptar la teoría formalista, nace la teoría de las funciones o también llamada teoría materialista que fundamenta la posición de garante sobre aquellas personas que estén al cuidado, control y vigilancia de las fuentes de peligro²⁰. Es decir que, el articulado prevé y fundamenta ampliamente las situaciones generadoras del rol de garantía, teniendo en cuenta el principio de legalidad. Ahora bien, como se verá más adelante, las situaciones o elementos que describe la norma para poder constituir a una

¹⁷ Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de Omisión*, Segunda Edición, (Buenos Aires, Editorial IB de f, 2013) 134-135.

¹⁸ Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de Omisión*, 136.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Miguel Ángeles Núñez Paz, *Los Delitos de Omisión, Discusión Histórica Vigente en torno al “No Hacer” Desvalorado*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016) 25 – 26.

persona como garante, podría tratarse de elementos ejemplificativos, y no taxativos. Bajo la lógica argumentativa expuesta, los funcionarios públicos también podrían responder penalmente por aquellas omisiones dolosas.

Finalmente, varias corrientes dogmáticas han discutido sobre la correcta definición de la injerencia o conducta precedente. Por un lado, Miguel Polaino Navarrete define a la injerencia como aquella que “quien realiza una previa conducta peligrosa se convierte en garante de la situación de peligro, debiendo disminuir o neutralizar el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el sujeto²¹” resulta pues, que aquellas fuentes de peligro jurídicamente aprobadas como: Conducir, manejo de fondos públicos, protección ambiental o supervisión de sistemas informáticos no entrarían dentro de esta categoría. Adicionalmente, el referido autor plantea tres criterios para establecer la posición de garante en la injerencia: a) estrecha relación vital; b) el dominio de la cosa y; c) el dominio de la cosa²².

4. Estado del arte

Dentro de la presente sección se expondrá la revisión exhaustiva literaria que gira en torno al tratamiento de la posición de garante. La misma permite la fundamentación e imputación de los delitos de omisión impropia. De esta manera, se expondrá la literatura moderna que ha planteado diferentes soluciones jurídicas al problema normativo.

Armin Kaufmann defiende que las características de los tipos de mandato de garante se asientan en lo que le garantiza su legitimidad y sentido al concepto de omisión²³. Por consiguiente, la legitimidad en la imputación en los delitos de omisión impropia girará en torno a la declaración de garante en las normas legales. Asimismo, aclara que aquellos que necesariamente debe existir una relación *sine qua non* entre el garante y el bien jurídico protegido. Finalmente, afirma que la posición de garante no es un elemento no escrito del delito de comisión, sino, un requisito del tipo del injusto del que se trate. Fundamentando así, la posición materialista del resultado, más no la posición formal de la posición de garante.

²¹ Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Segunda Edición, (Madrid, Editorial Tecnos, 2016) 88.

²² Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 88 - 89.

²³ Armin Kaufmann, *Dogmática de los Delitos de Omisión*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006) 289 – 296.

Por otro lado, Enrique Gimbernat Ordedig instituye que serán garantes las personas que tengan el deber jurídico de actuar, esta actuación sería de carácter extrapenal que tenga origen civil o administrativo²⁴. De igual manera, establece tres requisitos fundamentales para atribuir la responsabilidad penal para los delitos de omisión impropia, siendo estos: la desestabilización por una inactividad; un foco de peligro y la intencionalidad que resultaría en una conducta típica. No obstante, el autor excluye de responsabilidad para aquellos omitentes que no se hallen en el cuidado de una fuente de peligro²⁵.

En otra línea, Miguel Ángel Núñez Paz argumenta que para validar el tipo de comisión por omisión es preciso adoptar la Teoría de las Funciones, teniendo como fundamento aquellas fuentes materiales sobre las fuentes formales para la posición de garante²⁶. Implica entonces, que el garante ostente la capacidad de acción y de evitación de resultado. De igual manera, alude que el garante deberá protección al bien jurídico afectado o control de la fuente de peligro. Para finalizar, el autor considera que las comunidades de vivienda y de riesgo serán fuente material para incluir a personas en posición de garante²⁷.

Posteriormente, Juan Francisco Pozo menciona que la doctrina dominante ha abandonado la fundamentación de la posición de garante basándose en las fuentes formales debido a la antigüedad y por no poder fundamentar, de manera convincente, el deber de garante, mucho menos el contenido material de este²⁸. Adicionalmente, explica que los garantes descritos en la legislación española podrían ser ejemplificativos u orientativos, ya que no se menciona expresamente que la ley, el contrato y la injerencia sean las únicas fuentes de posición de garantía²⁹.

Ahora bien, Ernesto Albán Gómez realiza un análisis sobre la redacción del artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, y establece que, el ordenamiento sigue manteniendo la postura formalista en cuanto a la posición de garante, pues indica que, se incluye parcialmente una referencia a la conducta precedente del sujeto activo creando una situación

²⁴ Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de Omisión*, 131 – 132.

²⁵ Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de Omisión*, 134.

²⁶ Miguel Ángeles Núñez Paz, *Los Delitos de Omisión, Discusión Histórica Vigente en torno al “No Hacer” Desvalorado*, 24.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Juan Francisco Pozo Torres “Compliance y posición de garante: imputación de hechos delictivos al compliance officer”. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época* 23, N° 1 (2021), 127-54. <https://doi.org/10.5209/foro.74000>.

²⁹ Juan Francisco Pozo Torres “Compliance y posición de garante: imputación de hechos delictivos al compliance officer”, 134.

de riesgo³⁰. A todo esto, Albán Gómez advierte que puede quedar en la impunidad aquellas omisiones que tengan que ver con la seguridad del Estado, la seguridad pública, la correcta administración pública o la protección ambiental³¹.

5. Contexto histórico normativo

5.1 La posición de garante en el Código Penal Ecuatoriano de 1938 y 1971.

El estudio del Código Penal de 1938 resulta indispensable, debido a que fue el primero en introducir los conceptos de los delitos omisivos³². Dentro de los conceptos que otorga la norma se evidencia la existencia de la teoría causalista³³ y, aunque no refiere a la posición de garante, se desarrolla el precepto del deber jurídico, que es guiada por la teoría de la fuente formalista³⁴. Así, aunque muy limitado, se establece que quien posea la obligación jurídica, en caso de no impedir un resultado, equivale a ocasionarlo. Desafortunadamente, no existe una evolución legislativa en cuanto al Código Penal de 1971, pues el legislador decidió seguir utilizando los mismos conceptos y definiciones a la modalidad omisiva en los delitos.

Se desprende entonces, algunas problemáticas en cuanto a la imputación de los delitos de omisión impropia, Ernesto Albán señala lo siguiente:

La primera norma exigía que haya una relación de causalidad bastante problemática, entre la omisión y el resultado (porque las dudas surgen de inmediato: el enfermo grave al que se debía administrar determinada medicina muere porque no se le administró la medicina, o de todos modos habría muerto, aunque se le hubiere administrado la medicina)³⁵.

De esta manera, la norma se encontraba redactada de tal forma que podría tener una interpretación amplia en cuanto al alcance del deber jurídico. No obstante, sí separa el deber jurídico del deber moral o ético, es decir, se le confiere la suficiente motivación y legalidad al juzgador para el juzgamiento de delitos bajo la conducta omisiva.

³⁰ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, Cuarta Edición, (Quito: Ediciones Legales, 2022), 270

³¹ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 271.

³² Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 262.

³³ Código Penal. R.O. N/D, 01 de abril de 1938. Derogado. Artículo 11.

³⁴ Artículo 12, Código Penal, 1938.

³⁵ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General* 263.

Adicionalmente, se establecía la equivalencia entre los delitos de acción y los de omisión impropia, entrando bajo el supuesto de que comparando ambas se produciría el mismo resultado³⁶. No obstante, es en el referido cuerpo normativo penal que se establece que el omitente debía tener una obligación jurídica para poder atribuírsele la responsabilidad penal. Debido a esto, este cuerpo legal remite al Código Civil³⁷ para determinar la fuente de la obligación jurídica. De esta forma, las fuentes de la posición del deber jurídico serán: la ley, el contrato o el hecho precedente. Entiéndase, que se hace referencia de manera incipiente a la modalidad de injerencia (conducta precedente) que se tenía en cuanto a al deber jurídico, por el supuesto cometimiento de delitos o cuasidelitos, es decir, como aquellos hechos ilícitos producidos por el actor.

Finalmente, existe la crítica en relación de aquellas normas penales que realizan una remisión al Código Civil para establecer las categorías de garantes, debido a que, aquellos parientes que momentáneamente estén bajo el cuidado del infante y omiten proveer de alimentación y este muera por inanición podrían quedar impunidad. Asimismo, de aquella persona contratada para el cuidado del recién nacido, que, fenecido el tiempo del contrato, decide abandonarlo y resultado de aquello el infante muere³⁸.

5.2 La posición de garante en el Código Orgánico Integral Penal de 2014.

Ahora bien, tras 76 años recurriendo al uso de la teoría del deber jurídico, se introduce la figura de la posición de garante al Código Orgánico Integral Penal³⁹, norma que prescribe que, no se podrá atribuir la responsabilidad penal a quien no se encuentre en posición de garante. El ordenamiento usa el término de garante como aquel que ostenta el deber de evitación, cuidado y supervisión del bien jurídico protegido, y adicionalmente, tiene el deber de evitación del resultado que pueda desembocar en una lesión al bien jurídico protegido⁴⁰.

³⁶ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General* 264.

³⁷ Código Civil Ecuatoriano, R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Última reforma 26 de junio de 2024. Artículo 1453. Nota: El Código Civil de Andrés Bello de 1861 ha sido objeto de varias reformas, no obstante, hasta la actualidad, se ha mantenido las mismas fuentes de obligaciones, siendo estas: La ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito como fuentes de las obligaciones jurídicas.

³⁸ Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de Omisión*, 137.

³⁹ Artículo 28, COIP.

⁴⁰ Ver Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 270.

No obstante, el Código prefiere mantener las fuentes formales, como la ley y el contrato, delimitando a cuatro bienes jurídicos específicos para la determinación de garante, estos son: vida, salud, libertad e integridad personal. Bajo lo expuesto anteriormente, el legislador delimitó a la esfera de 4 bienes jurídicos la posición de garante que se encuentran obligados por ley o contrato.

5.3 ¿El Código Orgánico Integral Penal establece como fuente formal a la injerencia (actuar precedente)?

La injerencia se entiende por aquel concepto en el que la persona que ha provocado, por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico⁴¹. Aquella persona responderá de la misma manera, como si ha hubiere causado que una acción positiva, si bajo premeditación y conocimiento, omite o no obstaculiza la culminación del curso causal que se ha iniciado por su actuar.

Tanto en los códigos penales de 1938 y 1971, se equiparaba al hacer precedente con los cuasidelitos y delitos⁴². La remisión de la norma hacia que las obligaciones civiles permitía trasladar el deber jurídico de actuar a quien incrementaba el riesgo ilegítimo o injustificado para prevenir en la lesión a un bien jurídico protegido. Siguiendo la lógica jurídica que se mantenía, la injerencia sí gozaba de reconocimiento en su aplicación⁴³.

Ahora bien, el Código Orgánico Integral Penal, ha redactado a la omisión dolosa de tal forma que resulta compleja su comprensión, con especial referencia hacia al actuar precedente. Como se explicará a continuación, la injerencia sí fue prevista en la legislación ecuatoriana, aunque es debatido su reconocimiento.

En ese sentido, bajo lo expuesto por Ernesto Albán Gómez, la figura del actuar precedente parecería estar reconocida parcialmente en el Código Orgánico Integral Penal ya que “no se incluye una referencia a la conducta precedente del sujeto activo creando una

⁴¹ Ramiro J. García F. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. TOMO I (Quito, Latitud Cero Editores, 2014) 366.

⁴² Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 262.

⁴³ Ibid.

situación de riesgo⁴⁴”. No obstante, la postura del autor es ambigua, pues debido a la falta de técnica legislativa, se la menciona brevemente:

Sin embargo, esta referencia aparece al final del párrafo, sin que quede claro si se la considera o no como otra fuente del deber jurídico o es una exigencia adicional en otros dos casos. La redacción resulta extremadamente confusa⁴⁵.

Por otro lado, la posición de Álvaro Francisco Román Márquez indica que existe tanto fuentes formales como materiales que son recogidas en el Código Orgánico Integral Penal, así pues, el principio de injerencia sí forma parte de la normativa penal, al respecto señala que “cuando se redacta: ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico⁴⁶”. Por lo tanto, se acepta, por el autor, que el actuar precedente sí es una figura reconocida por el ordenamiento penal ecuatoriano.

Por último, si bien la figura del actuar precedente es limitada en cuanto a las áreas de salud, vida e integridad, podría aplicarse a empresas y funcionarios públicos debido al aumento de riesgo que genera en la sociedad y las lesiones a distintos bienes jurídicos. De esta manera, se podría abarcar en un espectro más amplio el elemento objetivo de la tipicidad⁴⁷.

5.4. Doctrina aplicable a la injerencia

Debido a la falta de desarrollo jurisprudencial en cuanto al actuar precedente se recurre a las definiciones doctrinarias que se han desarrollado. No obstante, se destaca la peligrosidad de una extralimitación de la figura de la injerencia, debido a que dependerá de la tesis sobre injerencia que se mantenga.

Por un lado, Enrique Gimbernát define a esta fuente tradicional de la posición de garante como aquella que:

⁴⁵ Ver Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 270.

⁴⁶ Álvaro Francisco Román Márquez “La omisión propia y la comisión por omisión o impropia en el Código Orgánico Integral Penal” CAP Revista Jurídica Central N°6 (2020). 307. <https://doi.org/10.29166/cap.v4i6.2500>

⁴⁷ María del Mar Gallegos Ortiz, entrevistada por David Yumiceba, 24 de octubre de 2023, transcripción: <https://lc.cx/AX3CQJ>.

Mediante un hacer precedente (injerencia) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde por esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente⁴⁸.

El autor destaca que un elemento indispensable para la aplicación de la figura de injerencia, este es la creación de un peligro de lesión de un bien jurídico proveniente del actor. No obstante, Enrique Gimbernat advierte que “No todo hacer precedente condicionante después de un resultado típico crea una posición de garante”⁴⁹ debido a que, por ejemplo, aquel minero que extrae hierro respondería por un delito contra la vida por omisión si luego de haber extraído aquel mineral se fabricó una navaja usada para el cometimiento del delito. Es decir, se llegaría a una situación causal *in infinitum* que buscaría responsabilizar penalmente a personas que no tendrían control del curso causal de la conducta delictiva.

Posteriormente, Miguel Polaino Navarrete desarrolla el concepto de injerencia como aquella que “quien realiza una previa conducta peligrosa se convierte en garante de la situación de peligro, debiendo disminuir o neutralizar el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el sujeto”⁵⁰. Sobre este concepto, se resalta la particularidad sobre el riesgo jurídicamente desaprobado, entendido que toda actividad humana representaría un riesgo de pequeña o gran magnitud⁵¹.

Aplicado al presente caso, el manejo, la supervisión y control de recursos públicos no podría considerarse un riesgo jurídicamente desaprobado, debido a que, el ordenamiento jurídico ecuatoriano aquel que tolera o permite, y se encuentra dentro de su potestad y de los márgenes de legalidad, que acepta al manejo de recursos públicos como una actividad de riesgo necesario para el correcto funcionamiento y administración del Estado.

Finalmente, Felipe Rodríguez Moreno precisa a la injerencia como aquella que “quien realiza una conducta previa peligrosa, es decir, que genera un riesgo ilegítimo, se convierte en garante de la situación de peligro desatada, quedando obligado a actuar para

⁴⁸ Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de Omisión*, 141.

⁴⁹ Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de Omisión*, 141.

⁵⁰ Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 88.

⁵¹ Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo I, Introducción al Derecho Penal* 222.

disminuir o neutralizar el riesgo⁵²”. Ahora bien, el funcionario estatal no ha generado un riesgo ilegítimo en el cumplimiento de sus funciones de administración de fondos públicos, por lo que estaría en duda si la figura de injerencia podría ser aplicable para la imputación de quien omita sus deberes de control, vigilancia y regulación de los recursos públicos.

Tabla No. 1 Diferencias entre los Códigos Penales de 1938, 1971 y el Código Orgánico Integral Penal.

Evolución Normativa en la Legislación Penal.	
Código Penal de 1938 y 1971. Deber Jurídico.	Código Orgánico Integral Penal Posición de Garante.
Fuente de obligaciones, artículo 1453 Código Civil: · Ley · Contrato · Cuasicontrato · Delito (Injerencia) · Cuasidelito (Injerencia)	Artículo 28 del Código Penal. Obligación: · Legal · Contractual De cuidado o custodia de: - Vida - Salud - Integridad Personal - Libertad Y que ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

Fuente: Elaboración propia, a partir de los registros del Código Penal de 1938, 1971 y el Código Orgánico Integral Penal.

A través de la definición esquematizada anteriormente, el legislador realiza una delimitación estricta, y no prevé el rol de garante para aquellos funcionarios públicos que deben ostentar una posición de garante, que por sus omisiones dolosas podrían causar daños y perjuicios económicos hacia el Estado, y que podría dejar en impunidad su responsabilidad penal. A diferencia de los cuerpos normativos anteriores que sí permitían una imputación hacia los funcionarios públicos que administren activos estatales, ya sea por la fuente formal de ley, contrato o el actuar precedente.

⁵² Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, Teoría del Delito*, 94.

6. Fuentes formales para la determinación de posición de garante.

6.1 La ley como fundamento de la posición de garante en los servidores públicos

Como se ha visto anteriormente, la redacción del artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal remite a la ley, la posición de garante que está delimitada, pues únicamente será de aquellas personas que estén bajo el cuidado y custodia de la vida, salud, libertad e integridad de un tercero. Debido a este problema de interpretación, surge la duda de si la norma permitiría incluir otras leyes que abarquen la responsabilidad y debida diligencia del funcionario público en la administración de los recursos públicos⁵³. De la misma forma, Juan Francisco Pozo Torres puntualiza el mismo problema en el ordenamiento español:

Se ha mencionado por la doctrina que el art. 11 CP es solo indicativo (orientativo o ejemplificativo) de las tipologías de fuentes de garantías y que esto no obstaculiza a considerar otras fuentes, ya que no se menciona de manera expresa que la ley, el contrato y la injerencia sean únicas⁵⁴.

Cabe advertir que, se identifica el peligro del alcance sobre la posición de garante en cuanto a la posible extensión interpretativa que implica la remisión a otras leyes, incluso si los reglamentos emitidos por órganos administrativos pueden generar responsabilidad penal.

A condición de permitir que otras leyes establezcan posiciones de garante, surge la duda sobre cuáles serán útiles y que permitan determinar la responsabilidad de garantía en los funcionarios públicos que tengan el deber de vigilar, supervisar y controlar los activos estatales. Actualmente, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado parecería otorgar la obligación jurídica de control interno tanto para la máxima autoridad, entidades de dirección y personal de las instituciones públicas. De tal suerte que, cada sujeto público deberá proporcionar seguridad razonable en la protección de los recursos públicos y alcance de los objetivos institucionales.

Como se desarrolló en el apartado del Marco Teórico, existen instrumentos internacionales que prescriben deberes jurídicos para los funcionarios públicos y la evitación

⁵³ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 271.

⁵⁴ Juan Francisco Pozo, “Compliance y posición de garante: imputación de hechos delictivos al compliance officer” 134.

en tramas y definen qué se entenderá y cómo se configurarán los actos de corrupción, asimismo, establece a los Estados firmantes la obligación de tipificar acciones u omisiones que atenten contra las actividades financieras tanto públicas como privadas. Resulta lógico que, bajo los argumentos jurídicos previamente descritos y bajo el amparo del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador se podría agregar una posición de garante ya que son normas internacionales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, debido a la falta de jurisprudencia que esclarezca la aplicación de la ley como fuente formal de la posición de garante, se advierte que otras leyes que no obliguen a un sujeto al cuidado de los elementos: vida, salud, libertad e integridad personal podrían no ostentar una obligación de garante y debido a la inexistencia del elemento objetivo del tipo penal porque no ostenta la calidad de sujeto activo.

6.2 El contrato como fundamento de la posición de garante en los servidores públicos

El contrato como segunda fuente formal, explica Miguel Polaino Navarrete, se refiere a que “La norma jurídica se le asimila por sus efectos el contrato, que alude al comportamiento jurídicamente exigible proveniente de acuerdo bilateral entre las partes⁵⁵”. Generará entonces, un depósito de confianza o un deber de mandato contractual a la custodia o protección de un bien protegido específico. A consecuencia de esto, se trata de un deber jurídico y no de un simple compromiso moral o ético el actuar frente a un determinado supuesto de hecho.

Esta segunda fuente formal ha presentado bastantes problemas jurídicos en cuanto a su aplicación. En primer lugar, se plantea el problema sobre si existe una posición de garante cuando las obligaciones contractuales contienen algún vicio de nulidad⁵⁶. Por otro lado, qué sucede cuando ha transcurrido el tiempo estipulado en el contrato y se necesita la presencia del garante para seguir con la protección al deber jurídico que entré en un riesgo de lesión eminente⁵⁷.

⁵⁵ Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 87.

⁵⁶ Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de Omisión*, 136.

⁵⁷ Felipe Rodríguez presenta el caso de aquella niñera que ha cumplido a cabalidad con el contrato de supervisión y cuidado del infante, que ha sido celebrado entre los padres y ella. Sin embargo, al ser muy tarde, tener una reunión y en vista de que no llegan los padres a la hora acordada, decide dejar al recién nacido solo;

De igual manera, las obligaciones que se deriven del contrato servirán para determinar aquellas atribuciones que tenía el contratado en sus funciones. Para ilustrar de mejor manera, Juan Francisco Pozo presupone un caso en que un oficial de cumplimiento podría responder penalmente, en el ordenamiento español, por tener una posición de garante de una empresa, establece que “es necesario conocer, previamente, cómo está configurada su posición en la empresa y las competencias que le son atribuidas⁵⁸”. Pues de estas atribuciones se categorizará si ostenta o no funciones ejecutivas dentro de la empresa, dependerá de aquello para determinar el alcance de su deber de garantía.

7. Problemas que enfrenta el delito omisivo para los delitos de funcionarios públicos en el Código Orgánico Integral Penal

7.1 Concepto general de omisión

El primer elemento constitutivo del delito es el acto, aunque el Código Integral Penal lo califica como conducta típica, antijurídica y culpable⁵⁹. Esto hace referencia a que es “el elemento de hecho inicial y básico del delito⁶⁰”. Asimismo, se señala que aquellas conductas penalmente relevantes serán acciones y omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables⁶¹.

En ese sentido, la conducta estará dividida en dos modalidades: la acción (conducta activa) y omisión (conducta pasiva). En lo concerniente al tema de estudio, la omisión es definida como un voluntario no hacer algo que debía hacerse y que se exterioriza⁶².

Por consiguiente, será necesario analizar los tipos de omisión que recoge el Código Orgánico Integral Penal.

7.2 La omisión propia en el Código Orgánico Integral Penal.

La conducta omisiva se encuentra tipificada de forma expresa, pues como lo indica Miguel Ángel Paz Núñez “Los delitos propios de omisión serían hechos punibles que se

y por un descuido éste muere por asfixia. El referido ejemplo se encuentra en: Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, Teoría del Delito*, 94.

⁵⁸ Juan Francisco Pozo, “Compliance y posición de garante: imputación de hechos delictivos al compliance officer” 135.

⁵⁹ Artículo 18, COIP .

⁶⁰ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 165.

⁶¹ Artículo 18, COIP.

⁶² Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 167.

agotarían de una perceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley⁶³”. Consecuentemente, será necesario hacer la distinción de aquellos mandatos en los que interviene un deber y de actuar y los mandatos de los cuales se prescribe un deber más específico como el de la evitación de un resultado.

A través de la omisión propia, se ha discutido la aplicabilidad en los delitos contra la administración pública. El primer ejemplo, es aquel que describe el aprovechamiento ilícito de servicios públicos, el actual establece la pena máxima para aquel servidor público que omita efectuar la denuncia de la comisión de la infracción⁶⁴. En segundo lugar, la omisión de denuncia que establece la inmediatez de anunciar los hechos, por parte del servidor público, de conductas que puedan constituir en hechos delictivos que lesionen bienes jurídicos protegidos, en este caso, delitos que puedan atentar a la administración pública y sus recursos. Finalmente, el legislador ha previsto el delito de omisión de control de lavado de activos, para aquellas personas encargadas de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos omita el cumplimiento de sus obligaciones de control previstas por la Ley⁶⁵.

Ha llamado la atención el caso en el que un funcionario de la Unidad de Análisis Financiero y Económico, que, mediante actos omisivos de control y supervisión, no realizó el Reporte de Operaciones Inusuales, Injustificadas o Sospechosas; debido a que se trataba de negocios familiares de un funcionario de la misma institución. Se estima que el valor de activos que fueron lavados asciende a 6.3 millones de dólares⁶⁶. El proceso actualmente se encuentra en audiencia de juicio.

7.3 Comisión por omisión en el Código Orgánico Integral Penal.

La comisión por omisión, o también llamada omisión impropia, la define Miguel Ángel Núñez como aquella que “mantiene la misma estructura que en la omisión propia y los elementos necesarios para imputación objetiva del hecho, requiriéndose además la

⁶³ Miguel Ángeles Núñez Paz, *Los Delitos de Omisión, Discusión Histórica Vigente en torno al “No Hacer” Desvalorado*, 13.

⁶⁴ COIP, Artículo 188.

⁶⁵ COIP, Artículo 319.

⁶⁶ Diario Primicias. *Así es como una empresa de remesas y un funcionario fueron vinculadas al último caso de lavado de activos*. (Quito, 2024). <https://lc.cx/Hxa-yQ>.

posición de garante [...], la realización de un resultado y la posibilidad de evitarlo⁶⁷”. De esta manera, la misma ley que otorga de manera implícita una prohibición y, además, la tipicidad permite indistintamente que sean cometidos por acción u omisión⁶⁸. No obstante, Ernesto Albán Gómez advierte que” naturalmente no todo delito puede cometerse por medios omisivos. Habrá que examinar entonces si la tipicidad de un delito permite que también se cometa omisivamente⁶⁹”. El autor nuevamente destaca la importancia del desarrollo jurisprudencial sobre el alcance de la omisión.

El deber de garante no es aplicable a todas las personas, pues se aparta del ciudadano común para entregar a quien desempeña un rol especial⁷⁰. Además, la figura de la posición de garante, se “utiliza porque se quiere superar el ámbito más restringido de las fuentes formales⁷¹”. No obstante, como se ha mencionado anteriormente, el Código Orgánico Integral Penal limita a cuatro esferas, por lo que se deduciría que el legislador no previno esta situación para determinar la posición de garante. A consecuencia de aquello, Ernesto Albán Gómez plantea lo siguiente:

Cabe preguntar si no podría haber otros casos en que una persona se encuentre en una posición de garante de otros bienes jurídicos. En especial para citar algunas situaciones importantes: omisiones que tengan que ver con la seguridad del Estado y la seguridad pública en particular, la correcta administración pública o la protección ambiental. ¿El legislador eliminó conscientemente la responsabilidad en estos casos⁷²?

7.4 Delitos contra la administración pública

En primer lugar, el Estado realiza sus funciones a través de las personas jurídicas públicas, como menciona Enrique Sayagues “las personas jurídicas públicas actúan mediante voluntades humanas que se ponen a su servicio. El elemento humano es el nervio motor de dichos entes⁷³”. Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador establece que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a título que trabajen, presten

⁶⁷ Miguel Ángeles Núñez Paz, *Los Delitos de Omisión, Discusión Histórica Vigente en torno al “No Hacer” Desvalorado*, 17.

⁶⁸ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 267.

⁶⁹ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 268.

⁷⁰ Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, Teoría del Delito*, 81.

⁷¹ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 270.

⁷² Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 271.

⁷³ Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho Administrativo, Tomo I* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002), 247.

su servicio o ejerzan un cargo, función dignidad dentro del sector público⁷⁴. Por esta razón, aquellos funcionarios que no cumplen a cabalidad sus obligaciones incurren en responsabilidad, sea administrativa o penal⁷⁵.

Ahora bien, cabe resaltar que el verbo administrar es equivalente a la acción de regir, gobernar o cuidar⁷⁶. Mientras que la Administración pública, es entendida como la acción de ejecutar la ley o de reglamentar⁷⁷. De esta manera, se entrega la función pública a las distintas funciones del Estado. Por consiguiente, para que se pueda cumplir los objetivos de cada Estado, se lo hará a través de personas a quienes se los denomina servidores públicos.

De este modo, los delitos contra la administración pública serán aquellos actos ilícitos que afectan la correcta y organización del Estado, violando los deberes de los servidores públicos y a la administración del aparato estatal. María Paulina Araujo lo aborda de la siguiente manera:

Para lograr comprender la teología de las normas penales relacionas al peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, en primera instancia se deben considerar a las modalidades de corrupción que se vinculan directamente de elevar un tipo penal de serie de acciones y omisiones que al final de cuentas, afectan gravemente a la sociedad, específicamente con la correcta distribución de los recursos del Estado⁷⁸.

Es acertado, que la referida cita mencione que, mediante acciones u omisiones, podrían configurar determinados actos de corrupción en los que los funcionarios públicos afecten a la sociedad y a la correcta distribución de los recursos del Estado. Es preciso señalar que, el Código Orgánico Integral Penal⁷⁹, ha establecido cuatro delitos en los que el sujeto activo será el funcionario público, tales delitos son: a) Peculado; b) Enriquecimiento ilícito; c) Concusión; d) Cohecho.⁸⁰ En el apartado consecuente, se abordará los problemas que

⁷⁴ Artículo 299, CRE.

⁷⁵ Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho Administrativo*, Tomo I, 322.

⁷⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea]. <https://dle.rae.es>

⁷⁷ Saúl Uribe García. *Delitos contra la administración Pública* (Medellín, Ediciones Unaula, 2012) 15.

⁷⁸ María Paulina Araujo Granda. *Derecho Penal Económico* (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 232.

⁷⁹ COIP, Sección Tercera, Artículos 278, 279, 280, 281.

⁸⁰ Ver María Paulina Araujo Granda, *Derecho Penal Económico*. 231 – 256.

enfrentan los tipos penales contra la administración pública en relación con la omisión impropia y la posición de garante.

7.5 El funcionario público como sujeto activo en los delitos contra la administración pública.

Dentro de la mayoría de los tipos penales se discute sobre la existencia de sujetos indeterminados o innominados, es decir, cualquier persona es capaz para cometer delitos comunes. No obstante, existen tipos penales en los cuales existen sujetos intervinientes que son determinantes, y a falta de estos, la conducta podría devenir en una conducta atípica⁸¹. Por esta razón, existen delitos contra la administración pública, que revisten a un sujeto activo calificado para el cometimiento del tipo penal. En el presente caso de estudio, a un funcionario o servidor público.

Delitos contra la Administración Pública	
Delitos	Sujeto Activo Calificado
Peculado (Art. 278)	Servidores públicos.
Enriquecimiento Ilícito (Art. 279)	Servidores Públicos.
Cohecho (280)	Servidores Públicos. Primer a cuarto inciso.
Concusión (Art. 281)	Servidores Públicos.

Fuente: Elaboración propia, a partir de los registros del Código Orgánico Integral Penal.

Bajo lo expuesto anteriormente, se evidencia que los funcionarios públicos que tienen como función principal el control, supervisión y protección no cumplen con las áreas especiales de amparo de posición de garante descritos anteriormente⁸². Por esta razón, para que la comisión por omisión tenga cabida en los delitos contra la administración pública, y pueda ser atribuida penalmente a un funcionario público, es necesario agregar la posición de garante a quien esté bajo control y supervisión de recursos estatales.

7.6 Problemas del elemento subjetivo de los tipos penales contra la administración pública.

⁸¹ Ver: Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, Teoría del Delito*, 227.

⁸² Artículo 28, COIP.

Según lo mencionado anteriormente, la comisión por omisión únicamente tendrá validez sobre aquellas omisiones dolosas, es decir, aquellas conductas que tengan tanto el elemento cognitivo como el elemento volitivo, es decir, reunidos los requisitos de voluntad más el conocimiento, [000] la omisión impropia sería una conducta penalmente relevante. Entonces, de acuerdo a la redacción, estaría en tela de juicio si aquellas omisiones imprudentes que igualmente han lesionado al bien jurídico son atribuibles penalmente a una persona o no.

8. Posición de Garante en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia.

La teoría formal ha causado varios problemas en la tipicidad e imputación de ciertos ordenamientos jurídicos. Especialmente, al no poder abarcar todas las situaciones fácticas previstas en las normas penales. Es por esta razón, que se debe explicar como el avance de la sociedad de riesgo y las fuentes de peligro enfrentan un problema con las legislaciones penales, especialmente con las posiciones de garantes, que son estados personales cada vez más limitados por las instituciones jurídicas.

Finalmente, es preciso ahondar cómo surge la idea de plasmar a la teoría materialista para el correcto funcionamiento de la posición de garante, así, se abordará cómo el Estado español y colombiano han propuesto distintas soluciones jurídicas para las nuevas tendencias delictivas por parte de los funcionarios públicos, especialmente, el enfoque de la teoría materialista en su legislación, y el desarrollo jurisprudencial que se ha tenido sobre la figura de posición de garante en fuentes de peligro .

8.1 España

El Código Penal Español establece dos tipos de fuentes sobre la posición de garante, una formal y una materialista. Es decir, utiliza un método mixto para poder abarcar la mayoría de las situaciones fácticas y salvaguardar tanto a los bienes jurídicos puestos en peligro y aquellos terceros que podrían verse afectados. La norma se encuentra redactada de la siguiente manera:

Artículo 11. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

En primer lugar, el presente Código Penal, mediante la remisión a fuentes formales, pretende establecer la posición de garantes bajo una regla de *numerus clausus*. No obstante, la presente norma podría ser considerada una ley penal en blanco ya que como señala Francisco Muñoz Conde aquellas normas incompletas son “normas penales incompletas o dependientes a aquellos preceptos que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descritos en otro lugar⁸³” y aquellas normas penales en blanco como “aquella cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal⁸⁴”.

Por otro lado, la jurisprudencia española ha abordado el desarrollo sobre la posición de garante. En primer lugar, dentro de la sentencia STS 7196/00 el Tribunal Supremo Español establece lo siguiente “La ley no hace nacer derechos y obligaciones sólo de las instituciones sino también, en determinados casos, de situaciones de hecho⁸⁵”. Al fijar una situación fáctica que produce peligro, necesariamente debe producir una obligación de mandato de garante para aquellas personas que controlen, sea de manera completa o parcial, los hechos. Adicionalmente, el tribunal español desarrolla cinco elementos para imputar un delito activo para aquella persona presuntamente responsable de no haber evitado su producción, estos son:

- a.- Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en término activos por la ley.
- b.-Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado “equivalga” a su causación.
- c.- Que el omitente esté calificado por ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales.
- d.- Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.

⁸³ Francisco Muñoz Conde, “Introducción al Derecho Penal”, (Buenos Aires, Editorial IB de f, 2007), 45.

⁸⁴ Francisco Muñoz Conde, “Introducción al Derecho Penal”, 48

⁸⁵ Sentencia No. STS 7196/2000. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal. Recurso de Casación, 9 de octubre de 2000, ECLI: ES:TS:2000:7196, pág. 4.

e.- Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico⁸⁶.

A través de estos cinco criterios, bastaría en adecuar la conducta que se está subsumiendo al tipo penal. No obstante, se señala el criterio de la calificación del autor del tipo activo, este requisito es indispensable y que, desafortunadamente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano debe desarrollar con más profundidad. Por otro lado, se manifiesta que el omitente debe estar en condiciones voluntarias para la evitación o mitigación del resultado, es decir, se estaría midiendo las capacidades de actuar sobre el hecho generador de peligro.

En igual forma, el Tribunal Supremo Español declaró culpable a dos funcionarios públicos, un alcalde y un miembro delegado de la entidad medioambiental, bajo la modalidad de comisión por omisión. Esto debido a la existencia de un informe administrativo que describía el impacto negativo ambiental de una cantera. Los mencionados funcionarios poseían facultades administrativas para clausurar y levantar la obra que se estaba llevando a cabo, sin embargo, no actuaron ni dificultaron la producción del daño ambiental⁸⁷. Adicionalmente, se declaró que en aquellos delitos de peligro que involucren a funcionarios públicos, la actuación debe ser célere y eficaz para el manejo y protección de los bienes⁸⁸.

Debido a la dificultad de determinar si la conducta del sujeto que omitió es determinante para la lesividad del bien jurídico protegido, menciona Miguel Núñez Paz que “De acuerdo con el principio de la disminución del riesgo será suficiente que la acción omitida hubiera aminorado aquel peligro del que resulta la lesión del bien jurídico⁸⁹” lo que indicaría que en estándares probatorios se encuentren más allá de cualquier duda razonable, sino que la omisión haya disminuido el peligro de producción del resultado⁹⁰.

⁸⁶ Sentencia No. STS 7196/2000, pág. 3.

⁸⁷ Sentencia No. STS 4045/2006. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal. Recurso de Casación. 8 de junio de 2006, ECLI: ES:TS:2006:4045, pág. 10.

⁸⁸ Sentencia No. STS 4045/2006, pág. 10.

⁸⁹ Miguel Ángeles Núñez Paz, *Los Delitos de Omisión, Discusión Histórica Vigente en torno al “No Hacer” Desvalorado*, 46.

⁹⁰ Miguel Ángeles Núñez Paz, *Los Delitos de Omisión, Discusión Histórica Vigente en torno al “No Hacer” Desvalorado*, 46.

8.2 Colombia.

El ordenamiento jurídico colombiano ha desarrollado avances jurídicos bastante novedosos en relación con la comisión por omisión. En primer lugar, la norma referente a la omisión impropia establece a las fuentes formales en un sentido general como posición de garante, de igual manera, las fuentes de peligro que atenten contra los factores: vida e integridad personal; libertad individual; y libertad y formación sexual pondrán en posición de garante⁹¹.

En base a lo expuesto anteriormente, la Corte Suprema de Justicia colombiana, ha atribuido responsabilidad penal a una procesada por el delito de peculado culposos por comisión por omisión. El tribunal señala que “la legislación penal colombiana sigue el criterio restringido⁹²” y también declara que “cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante⁹³”.

Es preciso destacar que aquel deber jurídico que se menciona previamente, es remitido al principio de solidaridad consagrada en la Constitución, además, la Corte Constitucional colombiana ha definido este principio como “La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones⁹⁴”. En este sentido, el precepto constitucional y desarrollo jurisprudencial ha puesto un estándar de diligencia y de solidaridad superlativa para aquellos servidores públicos que tengan en su custodia activos estatales.

9. Recomendaciones

Conforme lo desarrollado en los apartados precedentes, las fuentes de posición de garante establecidas en nuestro Código Orgánico Integral Penal están redactadas de una manera deficiente y presentan problemas jurídicos al momento de su imputación, especialmente, en delitos contra la administración pública. En el presente acápite, se

⁹¹ Artículo 25, Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44097 de 24 de julio de 2000. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230#>

⁹² Sentencia No, 25536. Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, pág. 13.

⁹³ Sentencia No, 25536. Corte Suprema de Justicia Colombiana, pág. 15.

⁹⁴ Sentencia No, 25536. Corte Suprema de Justicia Colombiana, pág. 17.

responderá a las preguntas jurídicas planteadas anteriormente y se presentará sugerencias al problema jurídico que se ha detectado.

En primer lugar, se destaca la necesidad de una reforma sustancial al artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, debido a la limitación sobre las 4 esferas que plantea el legislador, Como se ha demostrado anteriormente, el funcionario público puede cometer actos de corrupción mediante la modalidad de omisión; y es por esta razón, que se debería ampliar a otras esferas que protejan la buena administración pública y el orden económico.

Segundo, la Corte Nacional de Justicia debe profundizar los alcances y aplicabilidad de la figura de la omisión propia en la legislación ecuatoriana, para no concurrir en una interpretación extensiva por parte del juzgador. Asimismo, sus decisiones deberían explicar si aquellas fuentes descritas en el artículo 28 del COIP son taxativas o si bien son ejemplificativas. Finalmente, debería existir más pronunciamiento en sus sentencias respecto de la figura de injerencia y si la misma es aplicable según la redacción del artículo 28 del COIP.

Por último, es necesario capacitar a los funcionarios públicos sobre las posibles omisiones que benefician injustificadamente a un tercero a fin de enriquecer o brindar ventajas ilícitas puede conllevar a una responsabilidad penal a título de autoría. A fin de prevenir y mejorar la diligencia sobre aquellos funcionarios públicos.

10. Conclusiones

En primer lugar, el estudio que se realizó sobre los cuerpos normativos penales de 1938 y 1971 en el Ecuador permitió determinar la naturaleza de la omisión impropia y de qué manera se introdujo al ordenamiento. Se evidenció que las obligaciones jurídicas que se establecían en el Código Civil tenían fundamento para atribuir responsabilidad penal, pues la norma penal hacía una remisión al artículo de obligaciones civiles. Adicionalmente, se pudo evidenciar que la figura de injerencia nace primitivamente a consecuencia de los cuasidelitos y delitos, siendo ésta la primera fuente de peligro que se tenía en el ordenamiento Penal.

Ahora bien, tras el análisis del artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal se pudo reflejar que el legislador limita a cuatro bienes jurídicos la aplicación de la posición de garante. Dicha delimitación, restringe la aplicación de la omisión impropia a otros bienes

jurídicos, en el presente caso, a la correcta administración y distribución de los recursos del Estado, ya que el funcionario público no forma parte de las cuatro esferas establecidas.

Consecuentemente, el análisis del artículo 28 del COIP permitió demostrar que existen fuentes formales como la ley y el contrato, y, además, fuentes materiales como la injerencia. Se destaca que el artículo 28 del COIP goza de una redacción confusa e insuficiente debido a las áreas que limitan la imputación para aquellas modalidades delictivas de omisión respecto de los funcionarios públicos que buscan beneficiarse o beneficiar ilegalmente a terceros.

Asimismo, se consiguió identificar los problemas de tipicidad que conlleva la limitación antes mencionada sobre los delitos económicos propuestos por el legislador. Especialmente, con el elemento objetivo, pues los sujetos activos descritos para estos delitos deben tener también una posición de garante, requisito que no se cumple ni por fuentes formales ni por fuentes de peligro.

Se ha logrado hallar propuestas doctrinarias que permitan un mayor alcance en cuanto a la protección del orden económico. De este modo, al operar desde una fuente material, o a su vez, mixta, brindará herramientas de imputabilidad más certeras que no atenten ni contra la tipicidad, ni contra el principio de legalidad.

Adicionalmente, se expuso el tratamiento de dos ordenamientos jurídicos de *civil law* que han abordado de manera efectiva a la comisión por omisión. Los referidos ordenamientos jurídicos no mantienen una restricción de bienes jurídicos para el deber de cuidado de quien cumple una posición de garante. Ordenamientos jurídicos como el español y colombiano, han optado por fuentes mixtas de garantes, y han desarrollado mediante jurisprudencia el alcance de creación de situaciones de peligro para la atribución de deberes de supervisión, control y vigilancia sobre el bien jurídico protegido, especialmente, sobre el manejo de recursos públicos.

Respecto a las limitaciones que se pudo encontrar dentro de la presente investigación, se destaca la poca jurisprudencia vinculante que se tiene en el país, específicamente sobre la figura de comisión por omisión. Debido a esto, la interpretación extensiva o remitirse exclusivamente a la doctrina para imputar a los funcionarios públicos atendería contra el principio de legalidad y se afectaría al principio constitucional de seguridad jurídica.

