

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La responsabilidad penal por comisión por omisión de  
los guías penitenciarios**  
Ensayo jurídico

**Paúl Esteban Salazar Ordóñez**  
**Jurisprudencia**

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título  
de Abogado

Quito, 27 de abril de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

"La responsabilidad penal por comisión por omisión de los guías penitenciarios"

Paúl Esteban Salazar Ordóñez

Dr. Juan Pablo Albán:  
Lector del Trabajo de Titulación

Pier Pigozzi, LLM  
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Xavier Andrade  
Director del Trabajo de Titulación

Quito, 27 de abril de 2016

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
**EVALUACIÓN DE DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

**TESINA/TÍTULO:** La responsabilidad penal por comisión por omisión de los guías penitenciarios

**ALUMNO:** Paúl Esteban Salazar Ordóñez

**EVALUACIÓN:**

**a) Importancia del problema presentado.**

Al codificarse en un solo cuerpo, el Código Orgánico Integral Penal hizo una serie de incorporaciones y trajo a colación temas jurídicos de orden dogmático. Justamente uno de los temas, es el relacionado con la omisión impropia o comisión por omisión, la que fue tipificada con elementos de carácter objetivo complejos y problemáticos, cuya aplicación en todos los ámbitos trae ahora y seguramente traerá, enjuiciamientos por comportamientos sociales que violen el deber de actuar y que conlleven resultados sobre bienes protegidos por el derecho penal. El problema busca establecer los parámetros o lineamientos legales en los que se puede establecer una posible responsabilidad de los guías penitenciarios custodios de bienes jurídicos, a la luz del nuevo ordenamiento jurídico. Cobra relevancia el estudio, por cuanto no existen investigaciones concretas sobre el tema, y los operadores de justicia requieren de información fresca y precisa sobre los casos a resolver en su práctica diaria.

**b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.**

El problema planteado parte de una visión humanista de derechos, al amparo de instrumentos internacionales de derechos humanos y normas constitucionales puntuales. Pone de manifiesto las constantes violaciones de derechos que sufren las personas privadas de su libertad en cuanto al proceso de criminalización y particularmente, en lo posterior, cuando estas personas entran a formar parte del sistema de rehabilitación social o de ejecución, en donde las connotaciones legales son distintas y sus derechos diversos a pesar de su privación de libertad, pero siempre bajo la supervisión de servidores públicos de manera directa, y del Estado como garante de ello- de forma indirecta-. Ambos, obligados a proteger y custodiar sus derechos fundamentales, bajo especiales estándares internacionales que demandan respeto y compromiso con los privados de la libertad. Es decir, la hipótesis es de una trascendencia única y relevante para tratar un problema no discutido, cuando busca establecer hasta que punto existe responsabilidad por omisión de quienes se encuentran en custodia de personas privadas de su libertad. Se logra demostrar la hipótesis al momento en que los lineamientos quedan claros sobre todo en el establecimiento de quien se encuentra en posición de garante.

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

El material bibliográfico recopilado y revisado por el autor para desarrollar la investigación parte de: 43 libros de derecho penal parte general y especial; 10 documentos relacionados a temas de derechos de las personas privadas de su libertad; 15 cuerpos legales (códigos-leyes-reglamentos, etc.); 5 fallos de la Corte Constitucional y 4 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto a las fuentes virtuales y bibliográficas, el autor de la investigación revisó en abundancia páginas web y varios textos de autores nacionales e internacionales, encontrando obras cuya ediciones datan desde 1978 (Enrique Bacigalupo) hasta el año 2014 (Gonzalo Molina), tanto en derecho penal parte especial como constitucional en temas generales, es decir, la opinión académica y científica de más de cuarenta años aproximadamente. Complementa su investigación con la visita a dos centros de privación de la libertad uno de adultos y el otro de adolescentes. Todos los materiales bibliográficos, documentos de soporte y recursos de investigación son diversos y

*AS*

complementados con información obtenida de páginas web, generando un adecuado y conveniente desarrollo estructural de contenidos, por las fuentes, su calidad, cantidad y actualización.

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

El autor desarrolla su investigación o trabajo de titulación a través de tres capítulos más un capítulo de conclusiones. El capítulo primero bajo el título, Sistema de Rehabilitación Social en el Ecuador, inicia una revisión de los regímenes aplicables a quienes se encuentran en cumplimiento de una pena y los espacios penitenciarios con el régimen de disciplina que se aplica (p. 7). Luego, pasa a analizar las funciones de los guías penitenciarios en cuanto a la custodia, seguridad y disciplina de las personas sin libertad. Aclara que el uso progresivo de la fuerza está reglamentado y que la CIDH, ya ha emitido opinión en este sentido para casos y circunstancias especiales (pp. 11-12). Aborda las posibles situaciones que afectan el cumplimiento de las funciones del guía penitenciario, como la falta de personal que pueda dar seguridad frente al aumento estrepitoso de la población penitenciaria (p. 13). En el mismo capítulo presenta desde la Constitución, cuales son los derechos de los privados de libertad sustentando con los establecidos en el COIP. Revisa el Manual Básico de Derechos Humanos para el Personal Penitenciario de la ACNUDH, con una sentencia de la Corte Constitucional colombiana (p. 14). Individualiza los derechos, señalando que son tres: vida, integridad personal y salud (pp. 16-18) con lo que termina el capítulo señalando instrumentos internacionales que amparan sus definiciones, además de dos net grafías: una, de El Universo y otra de Ecuavisa. El capítulo segundo inicia con la definición y evolución del concepto de omisión, para lo cual toma las ideas de dos autores (Maurach y Fierro, p. 19). Estudia el concepto desde el punto de vista de H. Welzel –finalismo- y el normativismo de J. Silva Sánchez (p. 21). Apenas hace un acercamiento con el COIP. Pasa a revisar las clases de omisión y las opiniones más relevantes que la distinguen, tomando la opinión del argentino C. Creus, los españoles E. Gimbernat, J. Bustos Ramírez y J. Silva Sánchez (p. 23). Agrega en esta idea los ejemplos de tipos penales traídos por el COIP (p. 24). Continúa y centra su análisis en los elementos del tipo objetivo de la omisión puntualizando que son seis: situación típica generadora de un deber de actuar, la no ejecución de la acción mandada, posibilidad física de realizar la acción mandada, resultado material típico, nexo de evitación o causalidad en la omisión impropia y posición de garante. Todos los argumentos aquí expuestos están debidamente sustentados en fuentes jurídicas variadas. Revisa rápidamente tanto las fuentes formales como materiales de la posición de garante (pp. 29-30). Luego estudia tres teorías alemanas en este último subtema (A. Kaufmann, G. Jakobs, B. Shünemann). Pasa al siguiente tema de la omisión, esto es, a los elementos subjetivos (p. 34). Presenta argumentos pertinentes para sustentar su hipótesis en cuanto a la omisión culposa, la que asegura según el COIP, es impune o atípica. Aquí además hace un primer alcance cuando señala al COIP como cuerpo normativo que incorpora la tipicidad de la omisión (p. 36). En el siguiente subtema explora sobre la omisión impropia y el dolo eventual, concluyendo que los delitos de omisión impropia si pueden ser cometidos por culpa o por dolo eventual, insistiendo en que los guías penitenciarios deben ser capacitados en sus deberes de actuar (p. 38). Es un amplio estudio que ventila las opiniones de diversos autores en dogmática pura penal. El último capítulo, -tercero- profundiza a la posición de garante de los guías penitenciarios. Para ello, el autor de la investigación confronta la responsabilidad penal con el principio de legalidad e insiste en que el artículo 28 del COIP debe aclararse para evitar la vulneración del principio de legalidad (p. 41). Fundamenta que el deber de proteger la vida, salud e integridad surge del Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, que establece las funciones de los guías frente a los internos bajo su custodia, incluso menciona al Código de la Niñez y Adolescencia y los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios

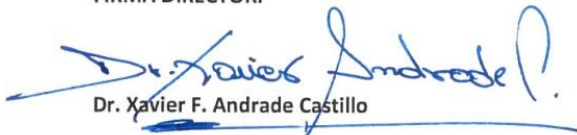
Encargados de Hacer Cumplir la Ley de las Naciones Unidas (p. 43). Analiza con profundidad, originalidad y creatividad los argumentos a favor y en contra para sustentar su hipótesis, cuando aborda el supuesto penalmente atípico que afecte la salud, con lo que termina su capítulo. Hace una puntualización sobre la posición de garante aplicable a los guías penitenciarios, señalando, que debe ser aquella que genera deberes de protección de un bien jurídico frente a cualquier riesgo, y con ello que se genere el deber de vigilancia de cualquier fuente de peligro (p. 55). Asegura que es necesaria la capacitación de los guías frente a sus deberes y obligaciones como una de las herramientas fundamentales para entender el deber de custodia, y también sobre las consecuencias penales en cuanto a la vulneración de estos deberes. El trabajo es claro, preciso, informativo y constituye un aporte al conocimiento jurídico, en cuanto al problema y su solución, sin duda, ambos complejos. Además es incuestionable la valiosa y actualizada información que contiene desde la óptica doctrinaria del derecho penal y derechos humanos.

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

El primer borrador con el primer capítulo fue entregado el 12 de febrero de 2015 como una introducción del plan de tesina, problema e hipótesis, a desarrollarse luego del egresamiento. E realizaron varias modificaciones y reformulaciones, el 11 de septiembre y 29 del mismo mes, para que fueran entregados conjuntamente con el Capítulo Segundo fueren entregados el 13 de noviembre. Entre enero y febrero del 2016 se corrigió el Capítulo Tercero. El trabajo terminado y corregido fue entregado el lunes 21 de marzo del año que decurre, esto es, diez meses aproximadamente de trabajo de investigación y desarrollo argumental. Se cumplieron con exactitud todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de tesinas según las exigencias y reglamento de la USFQ.

Por todo lo expuesto, al haberse desarrollado en presente trabajo dentro de los requerimientos mínimos para la elaboración de tesinas, la apruebo.

**FIRMA DIRECTOR:**

  
Dr. Xavier F. Andrade Castillo




## © Derechos de autor

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

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

Firma:



Nombres y apellidos: Paúl Esteban Salazar Ordóñez

Código: 00104764

C. C. 1722316138

Lugar y Fecha: Quito, mayo de 2016

*Agradezco a:*

*Dios, por todas sus bendiciones,*

*Mis padres, Manuel Salazar y Vilma Ordóñez, por su incondicional apoyo y su más sincero  
cariño; espero algún día poder recompensarles por todo lo que me han brindado,*

*Mi director, Xavier Andrade, por haber sido un gran maestro, director y amigo.*

## RESUMEN

En el presente trabajo se analizará la responsabilidad penal por comisión por omisión de los guías penitenciarios por los daños sufridos por las personas privadas de libertad en su vida, salud e integridad; tal responsabilidad penal que en el derecho penal ecuatoriano no se reconoce.

Si bien el artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal establece de manera general cuándo existe un delito de comisión por omisión, su aplicación no deja de generar dudas cuando de por medio se debe observar el respeto a principios fundamentales del Derecho como lo es el Principio de Legalidad. Dicho problema, se torna aún mayor en el ámbito carcelario si se considera que son varios los funcionarios que permanecen en contacto con los reclusos, existiendo así incertidumbre sobre quién debe responder penalmente por omitir evitar los resultados lesivos que aquellos sufran.

De este modo, este trabajo tiene como objetivo analizar los elementos de los delitos de comisión por omisión, particularmente sobre la posición de garante, basándose fundamentalmente en lo señalado por la doctrina nacional e internacional. Así, se propondrá los criterios que permitan precisar los elementos del artículo 28 antes mencionado, y con ello, identificar cuál es el alcance de la responsabilidad penal por comisión por omisión de los guías penitenciarios.

Palabras claves: sistema de rehabilitación social; personas privadas de libertad; guías penitenciarios; responsabilidad penal; delitos de comisión por omisión; posición de garante.



## **ABSTRACT**

This paper analyzes criminal liability for commission by omission of prison guards for damage suffered by persons deprived of freedom in their life, health and integrity; such criminal liability in Ecuador's criminal law is not recognized.

Although Article 28 of the Ecuadorian Criminal Code states generally when a crime committed by omission exists, its application continues to generate questions due to the observation and respect for fundamental principles of law that it must obey such as the principle of Legality. This problem becomes even greater in prisons considering that several officials who remain in contact with the prisoners, so there is uncertainty about who should be held criminally responsible for failing to prevent the harmful outcomes that inmates may suffer.

Thus, this work aims to analyze the elements of the crimes committed by omission, particularly on the role of guarantor, mainly based on the provisions of national and international doctrine. The criteria for specifying the elements of Article 28 above will be proposed, and therefore identify what is the scope of criminal liability for commission by omission of the prison guards.

**Key words:** social rehabilitation system; persons deprived of liberty; prison guards; criminal responsibility; crimes of commission by omission; position as guarantor.

# TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 1. SISTEMA DE REHABILITACIÓN SOCIAL EN EL ECUADOR</b>	<b>16</b>
<b>1.1. Sistema de rehabilitación social según la Constitución de la República de 2008</b>	<b>16</b>
<b>1.2. Régimen general de rehabilitación social</b>	<b>18</b>
1.2.1. Individualidad del cumplimiento de la pena.	18
1.2.2. Clasificación y separación penitenciaria.	18
1.2.3. Sistema de progresividad.	20
1.2.4. Régimen disciplinario.	20
<b>1.3. Funciones de los guías penitenciarios</b>	<b>21</b>
1.3.1. Custodia de las personas privadas de libertad.	21
1.3.2. Seguridad interna de los centros de privación de libertad.	23
1.3.3. Disciplina.	24
1.3.4. Uso progresivo de la fuerza.	24
1.3.5. Situaciones que afectan el cumplimiento de sus funciones.	26
<b>1.4. Derechos de las personas privadas de libertad</b>	<b>27</b>
1.4.1. Derecho a la vida, a la integridad personal, y a la salud de las personas privadas de libertad.	29
1.4.1.1. Derecho a la vida.	29
1.4.1.2. Derecho a la integridad personal.	30
1.4.1.3. Derecho a la salud.	31
<b>CAPÍTULO 2. DELITOS DE OMISIÓN</b>	<b>33</b>
<b>2.1. El concepto de omisión</b>	<b>33</b>
<b>2.2. Clases de omisión y criterios de distinción</b>	<b>36</b>
<b>2.3. Elementos del tipo objetivo de la omisión</b>	<b>39</b>
2.3.1. Situación típica generadora de un deber de actuar.	39
2.3.2. La no ejecución de la acción mandada.	40
2.3.3. Posibilidad física de realizar la acción mandada.	40
2.3.4. Resultado material típico.	41
2.3.5. Nexos de evitación o causalidad en la omisión impropia.	41
2.3.6. Posición de garante.	43
2.3.6.1. Fuentes formales de posición de garante.	43

	11
2.3.6.2. Fuentes materiales de posición de garante.	44
2.3.6.2.1. Teoría de deberes de protección y deberes de control, según Armin Kaufmann.	44
2.3.6.2.2. Teoría de los roles, según Günther Jakobs.	46
2.3.6.2.3. Teoría sobre el ámbito de dominio, según Bernd Shünemann.	47
<b>2.4. Elementos del tipo subjetivo de la omisión</b>	<b>48</b>
2.4.1. Omisión propia.	48
2.4.2. Omisión impropia.	48
2.4.3. Omisión impropia y dolo eventual.	51
<b>CAPÍTULO 3. POSICIÓN DE GARANTE DE GUÍAS PENITENCIARIOS</b>	<b>54</b>
<b>3.1. Responsabilidad penal por comisión por omisión de los guías penitenciarios vs. Principio de Legalidad</b>	<b>54</b>
<b>3.2. Alcance de la posición de garante de los guías penitenciarios</b>	<b>57</b>
3.2.1. Deber de proteger la vida, salud e integridad de las personas privadas de libertad ante un supuesto penalmente típico de agresión dolosa.	57
3.2.2. Deber de proteger la vida o integridad de las personas privadas de libertad ante un supuesto penalmente atípico que afecte en principio su salud.	64
<b>4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>72</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>77</b>

## ABREVIATURAS Y ACLARACIONES

CEDHU	Comisión EcuMénica de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
COIP	Código Orgánico Integral Penal
CORTE IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPL	Para el enfoque de este trabajo, todo Centro de Privación de Libertad por la (presunta) comisión de una infracción penal
MJDHC	Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
PPL/interno/recluso	Para el enfoque de este trabajo, toda persona que se encuentra internada temporal o permanentemente en cualquier Centro de Privación de Libertad por la (presunta) comisión de una infracción penal
RMTR	Reglas Míminas para el Tratamiento de los Reclusos
Reglamento Orgánico Funcional de la DNRS	Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social.

## INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida, a la integridad personal, y a la salud se encuentran garantizados por la Constitución de la República del Ecuador, así como por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano. Sin embargo, desde hace muchos años, la protección de estos derechos ha sido un tema ignorado en las cárceles del país. Así, por ejemplo, se dice que las constantes violaciones al derecho a la vida de las PPL se ha reflejado como uno de los principales problemas del sistema de rehabilitación social ecuatoriano, debido principalmente a factores como la violencia carcelaria, reflejada en riñas o motines, y la falta de atención oportuna por parte de las autoridades penitenciarias en aquellos casos en que el estado de salud de los internos ameritaba una atención urgente.<sup>1</sup>

Por otro lado, los estándares internacionales establecen que cada Estado está en una especial posición de garante respecto a las personas que se encuentran recluidas en alguno de sus CPL, y que, consecuentemente, debe garantizar que sus derechos fundamentales no sean violados. De este modo, se ha recomendado que la investigación, el procesamiento y la sanción de quienes por acción u omisión violan los derechos de los reclusos, funcionarían a la vez como una medida fundamental para su prevención, pues si se deja tales conductas en la impunidad se estaría enviando el mensaje de que pueden ser cometidas sin mayores consecuencias jurídicas.<sup>2</sup>

Por lo dicho, en el presente trabajo se analizará la responsabilidad penal a título de comisión por omisión que tendrían los guías penitenciarios por los daños sufridos por las PPL en su vida, salud e integridad; tal responsabilidad que en el Ecuador ni se investiga, pese a que el Estado, debido a su posición de garante, debe explicar

---

<sup>1</sup> Cfr. CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 de diciembre de 2011, párrs. 272- 285; CEDHU. “Audiencia sobre la situación penitenciaria en Ecuador”. *Oficio N.- 078- CEDHU/11*. Quito, 21 de marzo de 2011.

<sup>2</sup> Cfr., CIDH. *Informe sobre los derechos humanos... Óp. cit.*, párr. 284; CIDH. “CIDH expresa preocupación ante información sobre cárcel La Modelo de Colombia.” *Comunicado de prensa 20/16*. 25 de febrero de 2016.

satisfactoriamente sobre todo lo que les suceda a los reclusos mientras se encuentran bajo su custodia.<sup>3</sup>

Sin embargo, cabe mencionar que sancionar una conducta de comisión por omisión implica superar ciertas dificultades, las cuales pueden resumirse en las siguientes: i) indeterminación de los elementos de la conducta omisiva; ii) indeterminación respecto al alcance de los deberes derivados de la posición de garante; iii) posibles violaciones al principio de legalidad debido a la falta de precisión de la conducta sujeta a juicio penal, pudiéndose así, inclusive, afectar derechos constitucionales de los acusados.

Por lo expuesto, lo que se propone en este trabajo es precisar los elementos que constituyen una conducta de comisión por omisión y, de este modo, determinar el alcance de la responsabilidad penal de los guías penitenciarios bajo dicha modalidad.

Para dicho propósito, el presente trabajo será desarrollado en tres capítulos más las conclusiones. En el primero, se expondrá de manera general el régimen de rehabilitación social en el Ecuador. Aquí, se mencionarán también las funciones que cumplen los guías penitenciarios, así como los derechos de las PPL. De este modo, se podrá ya observar la situación de vulnerabilidad en que estas personas se encuentran.

En el segundo capítulo, se empezará analizando el concepto de la omisión desde las distintas posturas a nivel de doctrina, de manera que se pueda afirmar cuál es el sentido dogmático que sobre este tema se ha recogido en el COIP. Seguidamente, se analizarán los elementos objetivos y subjetivos que componen a la omisión y, con el fin de seguir un mismo sentido dogmático, se tomará postura en cada uno de los elementos donde exista discusión respecto a su determinación. Por último, se abordarán las fuentes de posición de garante, donde se resaltará la importancia de las teorías materiales de dicha figura.

En el tercer capítulo, el trabajo se enfocará en la posición de garante de los guías penitenciarios. En este sentido, se describirán algunas situaciones ante las cuales han de surgir sus deberes de garante, reconociéndose argumentos a favor y en contra respecto a una posible responsabilidad penal por comisión por omisión.

---

<sup>3</sup> Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 138.

Finalmente, cabe indicar que debido a la escasa legislación y jurisprudencia que sobre este tema existe, se lo analizará principalmente a partir de la doctrina, de la cual se podrán obtener aquellos criterios que permitan precisar los elementos de la comisión por omisión de los guías penitenciarios, los cuales se detallarán claramente en las conclusiones.



# CAPÍTULO 1. SISTEMA DE REHABILITACIÓN SOCIAL EN EL ECUADOR

## 1.1. Sistema de rehabilitación social según la Constitución de la República de 2008

La Constitución de la República del Ecuador, de conformidad con lo dispuesto en el derecho internacional,<sup>4</sup> establece en el artículo 201 que “[e]l sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos”.<sup>5</sup> En ese sentido, dicho artículo establece que el sistema de rehabilitación social tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente, de manera que puedan ejercer sus derechos y cumplir con sus responsabilidades al recuperar su libertad.

A fin de que este sistema cumpla con sus propósitos, la misma Constitución establece directrices bajo las cuales aquel se debe regir. Así por ejemplo, en el artículo 203.2 se establece que “[e]n los centros de rehabilitación social y en los de detención provisional se promoverán y ejecutarán planes educativos, de capacitación laboral, [...] o cualquier otra forma ocupacional, de salud mental y física, y de cultura y recreación”. Sobre esta base, las actuales autoridades penitenciarias han implementado en tales centros una política denominada “Cero Ocio”, la cual implica que los internos se encuentren vigilados practicando permanentemente diferentes actividades, sean educativas, laborales, culturales, o deportivas, pero bajo horarios estrictos, pues afirman que dicha política ha contribuido a la reducción de muertes violentas de PPL.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Sobre la finalidad de la pena privativa de libertad, según la normativa internacional, *vid.*: Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José). Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Artículo 5.6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Artículo 10.3

<sup>5</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 201. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>6</sup> *Cfr.*, Johanna PESÁNTEZ. *Una nueva rehabilitación social*. <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Una-Nueva-Rehabilitacion-Social.pdf> (acceso: 27/07/15).

Adicionalmente, el artículo 203.1 de la Constitución ordena que “solo los centros de rehabilitación social y los de detención provisional formarán parte del sistema de rehabilitación social y estarán autorizados para mantener a personas privadas de la libertad”; prohibiendo expresamente que los cuarteles militares, policiales, o de cualquier otro tipo, priven de la libertad a la población civil.

Existen razones suficientes que asisten a dicha norma constitucional, pues, según lo afirma la CIDH, como regla general “la autoridad responsable de la investigación de un delito y del arresto no debe ser la autoridad responsable de administrar los centros de detención, esto constituye una garantía contra el abuso y una base fundamental para la supervisión judicial de los centros de detención”.<sup>7</sup> En este sentido, se menciona la importancia de garantizar una clara separación de funciones entre la policía y el servicio penitenciario, correspondiendo la administración del primero al Ministerio del Interior, y la del segundo al Ministerio de Justicia, destacándose además, la estrecha vinculación que debe existir entre la autoridad judicial y el sistema penitenciario.<sup>8</sup>

Sobre lo anterior, en el Ecuador se han creado los jueces de garantías penitenciarias, quienes tendrán la potestad de controlar y supervisar la ejecución de penas y medidas cautelares.<sup>9</sup> Adicionalmente, el MJDHC, a través de la Subsecretaría de Gestión de Atención a Personas Adultas en Conflicto con la Ley (PACL) y Adolescentes en Conflicto con la Ley (ACL), actúa como el organismo técnico encargado de la administración del sistema de rehabilitación social,<sup>10</sup> cumpliéndose así con el artículo 202 de la Constitución.

---

<sup>7</sup> CIDH. *Informe sobre los derechos humanos... Óp. cit.*, párr. 216.

<sup>8</sup> Andrew COYLE. *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2002, p. 18.

<sup>9</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 666. Registro Oficial- Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>10</sup> Sobre las funciones que cumple el MJDHC en el ámbito penitenciario, *vid.*:

Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Artículo 5. Registro Oficial- Suplemento 695 de 20 de febrero de 2016;

Decreto Ejecutivo 585. Artículos 1 y 3. Registro Oficial- Suplemento 348 de 24 de diciembre de 2010.

## **1.2. Régimen general de rehabilitación social**

El régimen general de rehabilitación social vigente en el Ecuador, se encuentra dirigido básicamente por cuatro aspectos fundamentales: la individualidad del cumplimiento de la pena, el sistema de clasificación y separación penitenciaria, el sistema de progresividad, y un régimen disciplinario.

### **1.2.1. Individualidad del cumplimiento de la pena.**

La Regla 58 de las RMTR establece que para lograr una efectiva rehabilitación del recluso, es necesario que él, al momento de ser liberado, quiera no solamente respetar la ley, sino también que sea capaz de hacerlo.<sup>11</sup> Para ello, el artículo 708 del COIP establece que se debe garantizar un tratamiento penitenciario individual, para lo cual se requerirá a su vez de la elaboración de un plan individualizado del cumplimiento de la pena, el cual deberá contener las metas y las acciones concertadas con la PPL que permitan superar sus problemas y carencias que influyeron en el cometimiento del delito.

De conformidad con la Regla 69 de las RMTR, el tratamiento penitenciario individual debe considerar las necesidades individuales, capacidades e inclinaciones de cada recluso, y por ello, el artículo 692 del COIP establece que dentro de las primeras fases del régimen de rehabilitación se debe realizar un diagnóstico social de cada interno, para luego asignarle su participación en distintos programas psicológicos, educativos, culturales, laborales, sociales, etc., y en ellos, darle seguimiento y evaluación constantes.<sup>12</sup>

### **1.2.2. Clasificación y separación penitenciaria.**

En el artículo 682 del COIP se determinan como criterios de separación penitenciaria los siguientes: 1) las personas sentenciadas, de las que tienen medida cautelar o apremio personal; 2) las mujeres de los hombres; 3) las que manifiestan comportamiento violento de las demás; 4) las que necesitan atención prioritaria de las

---

<sup>11</sup> Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Regla 58.

<sup>12</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 692. Registro Oficial- Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

demás; 5) las privadas de libertad por delitos de tránsito, de las que están por otros delitos; 6) las que son parte del sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal, de las demás; y, 7) las que están privadas de libertad por contravenciones, de las que están por delitos. Adicionalmente, el artículo 7 del mismo código establece otros dos criterios más de separación: la edad de las personas y su orientación sexual.

Este sistema de clasificación y separación penitenciaria tiene como fin, facilitar el tratamiento encaminado a la readaptación de los reclusos, así como también evitar que algunos de ellos, debido a su pasado criminal o su mala disposición, puedan ejercer una influencia negativa sobre los demás.<sup>13</sup> Por ello, se establece que “[c]on miras a individualizar el tratamiento de los internos, se procederá a la clasificación criminológica, y a la clasificación de los centros de rehabilitación social.”<sup>14</sup> Esta clasificación dependerá en definitiva de los índices de peligrosidad de cada recluso,<sup>15</sup> luego de lo cual se deberá determinar su ubicación en algún centro, sea de máxima, mediana o mínima seguridad.<sup>16</sup>

Como se observa, los criterios de esta clasificación penitenciaria dan cuenta de la potencial vulnerabilidad en la que se encuentran la vida y la integridad de las PPL, de ahí la necesidad de respetar dichos criterios. Así, se ha dicho que “el régimen penitenciario cumpliría la función de protección de bienes jurídicos por medio de un instituto con finalidades de prevención, al anticiparse a la comisión de cualquier ilícito penal.”<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Regla 67.

<sup>14</sup> Reglamento sustitutivo del reglamento general de aplicación del código de ejecución de penas y rehabilitación social. Artículos 14 y 18. Registro Oficial 379 de 30 de julio de 2001.

<sup>15</sup> *Id.*, Artículo 18.

<sup>16</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 694. Registro Oficial- Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>17</sup> Ana MESSUTI et al. *La rehabilitación social en el contexto latinoamericano*. 1ª. ed. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 2014, p. 97.

### 1.2.3. Sistema de progresividad.

El sistema de progresividad puede ser observado de dos maneras. Por un lado, este sistema significa que las PPL pueden reinsertarse en la sociedad de manera progresiva conforme se determine su cumplimiento del plan individualizado, así como su respeto al reglamento respectivo, pudiendo así acceder a los regímenes semi-abierto y abierto, en los que la PPL puede realizar sus actividades fuera del centro e inclusive convivir en su entorno social, pero de manera vigilada y controlada.<sup>18</sup>

Por otro lado, dependiendo de la buena o mala conducta que mostrare el recluso, este puede ser reubicado dentro del centro en algún nivel de menor o mayor seguridad.<sup>19</sup> Para este efecto, el equipo técnico decidirá motivadamente la nueva reubicación del interno.<sup>20</sup>

### 1.2.4. Régimen disciplinario.

Tratándose de la vida penitenciaria, resulta de un interés general que la libertad de los reclusos tenga ciertos límites en sus diversas manifestaciones, pues su disciplina debe estar encauzada conforme los fines que persigue el sistema penitenciario.<sup>21</sup> En este sentido, la Regla 57 de las RMTR se refiere a las restricciones a la autodeterminación y libertad de las PPL siempre que sirvan para mantener la disciplina dentro de los centros penitenciarios.<sup>22</sup> En ese mismo sentido, el artículo 719 del COIP reconoce que “el régimen disciplinario tiene como fin garantizar el respeto a los derechos de las personas

---

<sup>18</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículos. 692.3, 698 y 699. Registro Oficial- Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>19</sup> Sobre el sistema de progresividad o regresividad en los niveles de seguridad de los centros, *vid.*: Alejandro MARAMBIO et al. *Memorias del Seminario Internacional Derecho y Administración Penitenciaria: Fundamentos de la Reforma*. 1ª. ed. Serie Memorias y Debates N°6. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 2014, p. 169;

Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Artículos 74, 75, 76, 77 y 78. Registro Oficial- Suplemento 695 de 20 de febrero de 2016.

<sup>20</sup> Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Artículo 78. Registro Oficial- Suplemento 695 de 20 de febrero de 2016.

<sup>21</sup> ACNUDH. *Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y Doctrina*. 1ª ed. Bogotá, 2006, p. 82.

<sup>22</sup> Reforma Penal Internacional. *Manual de buena práctica penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Versión en español. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 28.

privadas de libertad, la convivencia armónica, la seguridad de los centros y el cumplimiento eficaz de las penas y medidas cautelares.”<sup>23</sup>

Por otro lado, los artículos 722, 723 y 724 del mismo cuerpo legal penal establecen cuáles son las conductas que los reclusos no deben realizar dentro de los CPL, siendo entre otras, el desobedecer órdenes de la autoridad del centro (falta leve); la participación en riñas (falta grave); o la realización de agujeros o túneles (falta gravísima). En cambio que, el artículo 725 del mismo texto legal establece que las sanciones correspondientes a dichas faltas serán aplicadas conforme al grado de gravedad y su reincidencia, siendo tales sanciones únicamente las siguientes cuatro: restricción del tiempo de la visita familiar; restricción de las comunicaciones externas; restricción de llamadas telefónicas; y, sometimiento al régimen de máxima seguridad.

Como se observa, la aplicación de sanciones disciplinarias puede afectar los derechos de los reclusos, por ello, en su ejercicio, deben respetarse las garantías del derecho al debido proceso, de conformidad con el artículo 76 de la Constitución de la República; así como también, debe respetarse la integridad de las PPL, prohibiéndose toda acción, tratamiento o sanción que implique tortura o cualquier forma de trato cruel, inhumano o degradante, de conformidad con el artículo 12.1 del COIP.

### **1.3. Funciones de los guías penitenciarios**

De acuerdo a los artículos 685 y 686 del COIP, son competencias de los guías penitenciarios, la custodia de las PPL y la seguridad interna de los CPL. Para su ejercicio, los guías deben realizar ciertas funciones específicas.

#### **1.3.1. Custodia de las personas privadas de libertad.**

El Principio 4 de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos señala que “[e]l personal encargado de las cárceles cumplirá con sus obligaciones en cuanto a la custodia de los reclusos y la protección de la sociedad contra el delito de conformidad con los demás objetivos sociales del Estado.”<sup>24</sup> En este sentido, se dice que los

---

<sup>23</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 719. Registro Oficial- Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>24</sup> Principios Básicos Para el Tratamiento de los Reclusos. Adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990. Principio 4.

funcionarios penitenciarios tienen la obligación de evitar que las PPL se evadan de la custodia legítima que ejercen sobre ellas, pues las autoridades judiciales de un Estado han decidido privar de la libertad a aquellas personas que por los delitos que han cometido ha resultado ser preciso ordenar su internamiento en un centro de rehabilitación, y así, proteger al resto de la población.<sup>25</sup>

No obstante, cabe aclarar que para que la privación de libertad de una persona sentenciada penalmente constituya efectivamente una medida de protección para la sociedad, la finalidad de la pena no debe limitarse en el aislamiento del individuo, sino en buscar su rehabilitación, pues, según la Regla 58 de las RMTR, solo así será posible que las PPL quieran respetar la ley y sean capaces de hacerlo al momento de recuperar su libertad.

Debido a lo anterior, cobra fundamental importancia el tratamiento penal individual que se deba aplicar a cada recluso y, en este sentido, su asignación a los distintos centros de máxima, mediana o mínima seguridad. Como se lo explicó anteriormente, aquella asignación dependerá en definitiva del índice de peligrosidad de cada interno o, dicho de otra manera, del grado de amenaza que supondría su evasión para el resto de la población.<sup>26</sup> Por ello, los guías deben vigilar permanentemente los movimientos de las PPL, aunque dependiendo del nivel de seguridad de cada centro, dicha vigilancia pueda disminuir o aumentar.<sup>27</sup>

Asimismo, a fin de mantener la custodia de las PPL, y así, hacer efectivo el cumplimiento de la pena, los guías deben cumplir ciertas funciones específicas, tales como: distribuir los servicios de vigilancia constatando la presencia de los internos a fin de impedir evasiones; cuidar que las seguridades de las puertas y paredes se encuentren en buenas condiciones; custodiar y vigilar a los internos en sus traslados a juzgados, hospitales y a otros centros.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> ACNUDH. *Los Derechos Humanos y las Prisiones. Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones*. Serie de capacitación profesional N° 11. Ginebra, 2004, p. 95.

<sup>26</sup> ACNUDH. *Los Derechos Humanos y las prisiones... Óp. cit.*, p. 96.

<sup>27</sup> Andrew COYLE. *La administración penitenciaria... Óp. cit.*, p. 62.

<sup>28</sup> Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social. Artículo 50, literales g), h), i). Registro Oficial 530 de 20 de septiembre de 1994.



### 1.3.2. Seguridad interna de los centros de privación de libertad.

Dentro de la vida en prisión probablemente una persona se sienta amenazada al tener que convivir con otras que han infringido la ley. Sin embargo, los estándares internacionales establecen que en una prisión nadie debe temer por su seguridad física.<sup>29</sup> En este sentido, las autoridades penitenciarias tienen el deber de garantizar la seguridad física de los internos, la del personal, y también la de los visitantes. De este modo, los CPL deben ser lugares seguros donde reine el orden y el control y no la anarquía y el caos.<sup>30</sup>

Por lo dicho, el artículo 686 del COIP establece que los guías, además de evitar las fugas de los internos, deben también sofocar amotinamientos. Por su parte, el artículo 50 del Reglamento Orgánico Funcional de la DNRS establece que los guías deben precautelar la integridad física de los internos que se encuentran bajo su custodia; deben realizar requisas periódicas de artículos prohibidos de ingresar al centro y que puedan atentar contra la seguridad del mismo o de las demás personas, tales como, armas, licor, drogas, entre otros;<sup>31</sup> deben también realizar un registro corporal en todas aquellas personas que ingresan al centro, pero bajo la prohibición de manipular sus zonas íntimas y/o cavidades del cuerpo.<sup>32</sup>

En cuanto a las RMTR, la Regla 9.2 exige que los reclusos deben ser supervisados en sus dormitorios durante la noche, especialmente tratándose de aquellos que han sido designados para el compartimiento de un dormitorio. Para ello, se sugiere que al menos un guía penitenciario los esté inspeccionando permanentemente, pero discretamente. Asimismo, se sugiere que los guías encargados de la supervisión de los internos durante

<sup>29</sup> Office of the United Nations. High Commissioner for Human Rights. *Human Rights and Prisons. A Pocketbook of International Human Rights. Standards for Prison Officials*. Series N° 11. Geneva: Palais des Nations, 2005, p. 8.

<sup>30</sup> ACNUDH. *Los Derechos Humanos y las prisiones... Óp. cit.*, p. 99.

<sup>31</sup> Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social. Artículo 50 literal c). Registro Oficial 530 de 20 de septiembre de 1994.

<sup>32</sup> Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Artículo 32. Registro Oficial- Suplemento 695 de 20 de febrero de 2016.

la noche se encuentren cerca de los dormitorios para poder intervenir oportunamente de ser necesario.<sup>33</sup>

### **1.3.3. Disciplina.**

Como se mencionó anteriormente, en cada CPL existe un régimen disciplinario que sanciona conductas que puedan atentar contra los fines de la pena privativa de libertad. El deber de controlar que los internos cumplan con tal régimen les corresponde a los guías penitenciarios, quienes deben dirigir informes o partes de novedades disciplinarias a la autoridad competente del centro.<sup>34</sup>

Es necesario hacer énfasis en que únicamente los guías penitenciarios son los encargados de vigilar la disciplina dentro de los CPL. Siendo así, no se debe permitir la existencia de aquella práctica penitenciaria donde se reconoce al “jefe”, “general”, “guardia”, o “caporal” de los reclusos, mismo que llega a ejercer facultades disciplinarias, pues aquello puede provocar graves conflictos entre los internos por ostentar dicho poder. No obstante, esto no debe impedir que ciertos internos se agrupen y dirijan determinados aspectos de su convivencia como las actividades sociales, educativas o deportivas, pues aquello resulta favorable para el cumplimiento de los objetivos de la pena y, en definitiva, de la armonía y buena marcha de los CPL.<sup>35</sup>

### **1.3.4. Uso progresivo de la fuerza.**

Conforme a la Regla 27 de las RMTR, dentro de los CPL “el orden y la disciplina se [deben mantener] con firmeza, pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común.”<sup>36</sup> Por ello, si bien los guías penitenciarios pueden recurrir en ciertas circunstancias al uso progresivo

---

<sup>33</sup> Reforma Penal Internacional. *Manual de buena práctica penitenciaria... Óp. cit.*, p. 63.

<sup>34</sup> Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social. Artículo 50 literales d) y e). Registro Oficial 530 de 20 de septiembre de 1994.

<sup>35</sup> CIDH. *Informe sobre los derechos humanos... Óp. cit.*, párrs. 91 y 396.

<sup>36</sup> Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Regla 27.

de la fuerza, según así les permite el artículo 686 del COIP, tal uso debe respetar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.<sup>37</sup>

En ese sentido, la excepcionalidad del uso de la fuerza debe estar formulado por la ley, pues parte de que solo cabe para ciertas circunstancias excepcionales.<sup>38</sup> Así, de acuerdo al mismo artículo 686 del COIP, el uso progresivo de la fuerza procede únicamente en casos de tener que sofocar un amotinamiento o de contener y evitar fugas. Sin embargo, tratándose específicamente del uso de armas de fuego, este únicamente procede frente a un peligro inminente de muerte o lesiones, sea en defensa propia o de terceros, o en caso de evitar la fuga de un interno que represente igual peligro en contra de otra persona.<sup>39</sup>

En cuanto al requisito de necesidad, el uso de la fuerza solo procede en caso de que otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. En cambio que, el requisito de proporcionalidad exige que el uso de la fuerza debe ser obrado con moderación, procurándose reducir los daños y proteger la vida.<sup>40</sup>

Los anteriores principios deben ser respetados, pues no cabe argumentar que a fin de garantizarse la seguridad (en este caso, penitenciaria) las autoridades públicas pueden ejercer poder sin límite alguno, aun por encima de la dignidad humana.<sup>41</sup> Por esto, el

---

<sup>37</sup> Cfr., Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 67-74.

<sup>38</sup> *Id.*, párr. 68.

<sup>39</sup> Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana- Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Principio 9.

<sup>40</sup> Sobre el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza por parte de los funcionarios de seguridad pública, *vid.*:

ACNUDH. *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Volumen 1. Bogotá, 2004, p. 38;

Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana- Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Principios 4 y 5.

<sup>41</sup> Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros c. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N° 20, párr. 75.

uso progresivo de la fuerza está sujeto a revisión por parte del Organismo Técnico, y de ser necesario, puesto en conocimiento de la Fiscalía, conforme al artículo 686 del COIP.

### **1.3.5. Situaciones que afectan el cumplimiento de sus funciones.**

Se puede decir que básicamente existen dos situaciones que afectan el cumplimiento de las funciones de los guías penitenciarios: su falta de capacitación y la insuficiencia de personal. En cuanto a la primera, se dice que no hay confianza en la preparación que están recibiendo los nuevos guías penitenciarios,<sup>42</sup> puesto que no reciben una correcta capacitación en RMTR y sobre el uso de la fuerza.<sup>43</sup> Esta falta de capacitación, se dice que a su vez se debe a un deficiente proceso de selección de guías, a los bajos niveles de instrucción y a la falta de un manual de procedimientos; en consecuencia, existen muertes de PPL por violencia carcelaria y por problemas de salud que no son atendidos.<sup>44</sup>

En cuanto a la insuficiencia de personal de seguridad, se dice que debido al constante aumento de la población penitenciaria, dichos funcionarios se ven en la necesidad de “delegar” sus funciones de control en los reclusos.<sup>45</sup> Debido a este contacto que existe entre internos y guías, la experiencia nos demuestra que estos mismos funcionarios también son usados como rehenes en manifestaciones colectivas violentas realizadas por los internos,<sup>46</sup> de modo que se puede decir que la cárcel conlleva riesgos para la integridad tanto de PPL como de funcionarios; sin olvidar, además, que dicha insuficiencia los obliga a trabajar en exceso en lugares donde las

---

<sup>42</sup> El Comercio. *Violencia agrava el caos carcelario*. 9 de febrero de 2012.

<http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/violencia-agrava-caos-carcelario.html> (acceso: 10 de marzo de 2016).

<sup>43</sup> CEDHU. “Audiencia sobre la situación penitenciaria en Ecuador”. *Oficio N.- 078- CEDHU/11*. Quito, 21 de marzo de 2011, p. 12.

<sup>44</sup> María SALGADO (ed.). *Conferencia regional sobre la situación carcelaria en la región andina*. 1ª. ed. Quito: Comunicaciones INREDH, 2000, p. 124.

<sup>45</sup> Jorge NÚÑEZ. “La crisis del sistema penitenciario en Ecuador (Tema central)”. *Boletín Ciudad Segura N 1* (2006), p. 6.

<sup>46</sup> Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros c. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N° 20, párr. 61.

condiciones no son las más salubres, y por tanto, su salud también se encuentra en riesgo.<sup>47</sup>

#### **1.4. Derechos de las personas privadas de libertad**

La actual Constitución de la República del Ecuador reconoce a las PPL como aquellas que pertenecen a los grupos de atención prioritaria. Por este motivo, ha dedicado todo un capítulo en reconocimiento a sus derechos.<sup>48</sup> Asimismo, el COIP, a diferencia de la anterior legislación penal, reconoce en el artículo 12 sus derechos y garantías.

Este reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico ecuatoriano en favor de este grupo de personas tiene una razón jurídica sencilla de entender: la pena de privación de libertad de una persona no tiene por qué implicar la pérdida de sus demás derechos, salvo aquellos que debido a la propia pena, y por las circunstancias propias del internamiento, se ven necesariamente restringidos o suspendidos.<sup>49</sup>

En ese sentido, existe una reiterada jurisprudencia que ha señalado que, si bien, ciertos derechos pueden verse suspendidos o restringidos debido a la propia pena y a las características particulares de la convivencia en reclusión, como la libertad de circulación, la privacidad personal, la libertad de asociación, o el libre desarrollo de la personalidad; existen por otra parte, varios derechos de los que se dice no admiten limitación alguna a pesar del encierro al que es sometido su titular, tales como son la vida e integridad personal, la salud, el reconocimiento de la personalidad jurídica, o el debido proceso.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> CEDHU. “Audiencia sobre la situación penitenciaria... *Óp. cit.*, p. 12.

<sup>48</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículos 35 y 51. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>49</sup> En este sentido, *vid.*:

ACNUDH. *Manual Básico de Derechos Humanos para el personal penitenciario*. 1ª. Ed. Bogotá: Pro Offset Editorial S.A., 2006, pp. 25 y 26;

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990. Principio 5.

<sup>50</sup> En este sentido, *cfr.*:

Corte Constitucional de Colombia. Sala Quinta de Revisión. *Sentencia T- 257/2000*. Expediente T-259279. Bogotá, 6 de marzo de 2000.

Por lo dicho, se ha afirmado que cuando un Estado decide privar de la libertad a una persona, contrae ciertas obligaciones positivas que debe cumplir a fin de garantizar sus derechos, independientemente de la gravedad de la conducta del interno, o del nivel socioeconómico del Estado. Tales obligaciones, según se ha lo afirmado, son, entre otras, las que se encuentran descritas en las Reglas 10 (ventilación, alumbrado, superficie mínima e higiene en los centros), 12 (instalaciones sanitarias higiénicas), 15 (brindar a los internos materiales de aseo personal), 19 (cama y mudada limpias), 20 (alimentación de buena calidad y nutritiva, y agua potable), 21 (suficiente tiempo al aire libre), 25 (atención médica permanente), de las RMTR.<sup>51</sup>

El reconocimiento de tales obligaciones no deviene únicamente de la dignidad humana que una persona no pierde por el solo hecho de estar recluida en un centro penitenciario, sino además porque debe considerarse que las sanciones penales por sí mismas ya implican un menoscabo en sus derechos, situaciones que les vuelve vulnerables a estas personas. Por tales razones, las autoridades penitenciarias tienen el deber de asegurarse que las condiciones en las que se mantienen a los reclusos no excedan dicho nivel de sufrimiento, de lo contrario se aceptaría que la privación de la libertad puede además privarle al ser humano de su titularidad respecto de todos sus demás derechos, lo cual no es aceptable desde ningún punto de vista.<sup>52</sup>

Pese a lo dicho, en las cárceles del Ecuador se siguen violando los derechos de las PPL. Así, se dice que siguen habiendo muertes por violencia carcelaria y por falta de atención médica;<sup>53</sup> que inclusive en las nuevas cárceles no hay instalaciones sanitarias higiénicas; que los presos solo tienen alrededor de una hora para estar al aire libre;<sup>54</sup> que

---

Corte Constitucional de Colombia. Sala Tercera de Revisión. *Sentencia T- 153/98*. Expedientes acumulados T- 137001 y 143950. Bogotá, 28 de abril de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión. *Sentencia T- 605/97*. Expediente T- 140.052. Bogotá, 21 de noviembre de 1997.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión. *Sentencia T- 815/13*. Expediente 3970441. Bogotá, 12 de noviembre de 2013.

<sup>51</sup> *Cfr.*, ACNUDH. *Personas privadas de libertad... Óp. cit.*, pp. 74-77.

<sup>52</sup> *Cfr.*, CIDH. *Informe sobre los derechos humanos... Óp. cit.*, párr. 70.

<sup>53</sup> *Cfr.*, CEDHU. “Audiencia sobre la situación penitenciaria... Óp. cit.

se les limita el consumo de comida y agua; que no tienen agua para bañarse; que sus familiares tienen dificultades para realizar visitas, las cuales deben fijarse previamente por internet;<sup>55</sup> que todavía existe corrupción por parte de guías penitenciarios quienes extorsionan a los internos para que estos puedan acceder a ciertos “privilegios” como tener acceso al centro médico, o recibir mejor alimentación.<sup>56</sup> Si continúan así las cosas, no tiene sentido seguir invirtiendo en la construcción de nuevos CPL, si lo que se pretende es la rehabilitación de los internos.

#### **1.4.1. Derecho a la vida, a la integridad personal, y a la salud de las personas privadas de libertad.**

Cabe aclarar que, sin desconocerse los demás derechos de las PPL, el presente trabajo se enfocará especialmente en el derecho a la vida, a la integridad personal, y a la salud de estas personas, por ser aquellos cuya violación se sancionaría como un delito de comisión por omisión de conformidad con el artículo 28 del COIP.

##### **1.4.1.1. Derecho a la vida.**

El derecho a la vida es aquel que permite el goce efectivo de los demás derechos, pues ante su violación, aquellos carecen de sentido ya que habrá desaparecido su titular. En razón de ello, no se admiten enfoques restrictivos de este derecho.<sup>57</sup>

Por otro lado, conforme a la Constitución de la República del Ecuador, el derecho a la vida no comprende únicamente el derecho a no ser privado arbitrariamente de la misma, sino que también exige el goce de las condiciones mínimas para una existencia

---

<sup>54</sup> EL Universo. *Condición de los reclusos es preocupante según Cedhu*. 1 de marzo de 2014. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/03/01/nota/2257196/condicion-reclusos-es-preocupante-segun-cedhu> (acceso: 10 de marzo de 2016).

<sup>55</sup> El Universo. *Cárceles, vulnerables al manejo interno*. 22 de diciembre de 2013. <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/12/22/nota/1945161/carceles-vulnerables-manejo-interno> (acceso: 10 de marzo de 2016).

<sup>56</sup> Ecuavisa. *Las recientes irregularidades dentro de la cárcel del Guayas que revelaron las autoridades*. 30 de julio de 2015. <http://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/114790-recientes-irregularidades-dentro-carcel-del-guayas-que-revelaron> (acceso: 31/Julio/2015).

<sup>57</sup> Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 63.



digna.<sup>58</sup> En este sentido, se afirma que los Estados tienen la obligación de crear las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones a este derecho fundamental (obligación positiva), así como también la obligación que tienen sus agentes de abstenerse de atentar en contra de este derecho (obligación negativa).<sup>59</sup>

Por lo expuesto, se afirma que el principal deber de cada administración penitenciaria consiste en asegurarse que los CPL sean lugares seguros para todos quienes se encuentran adentro, ordenándose medidas de seguridad internas que impidan posibles violaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, especialmente el derecho a la vida.<sup>60</sup>

Sin embargo, dentro de las cárceles de la región existe un alto índice de muertes de PPL producidas principalmente por la falta de prevención y actuación oportuna de las autoridades penitenciarias. Así, se mencionan aquellas muertes producidas en incendios; en medio de riñas entre los internos; o, aquellas que han tenido como antecedente un grave estado de salud que ameritaba atención médica urgente, pero que no se realizó.<sup>61</sup>

#### **1.4.1.2. Derecho a la integridad personal.**

La Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual. Para ello, se considera que es deber del Estado el prevenir toda forma de violencia, particularmente tratándose de personas en situación de vulnerabilidad.<sup>62</sup>

Vida e integridad personal son derechos que aun cuando sean reconocidos de manera autónoma, no debe olvidarse que se encuentran estrechamente relacionados durante la existencia del ser humano. En este sentido, se afirma que “de la misma forma

---

<sup>58</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numerales 1 y 2. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>59</sup> ACNUDH. *Personas privadas de libertad... Óp. cit.*, p. 158.

<sup>60</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión. *Sentencia T- 328/12*. Expediente T-3311600. Bogotá, 3 de mayo de 2012.

<sup>61</sup> CIDH. *Informe sobre los derechos humanos... Óp. cit.*, párr. 285.

<sup>62</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66.3 Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

que la vida constituye la base para el disfrute de los demás derechos, la integridad personal se erige como el sustrato para gozar de una vida digna”.<sup>63</sup> Así, se puede decir que el derecho a la integridad personal es también necesario para el goce de cualquier otro derecho.

Al igual que con el derecho a la vida, la interpretación del alcance del derecho a la integridad personal tampoco puede verse restringida, pues la importancia reconocida por parte de la Convención Americana de Derechos Humanos en favor de la integridad personal no se refiere únicamente a su inderogabilidad en caso de guerra, de peligro público o de alguna emergencia que amenace la seguridad del Estado,<sup>64</sup> sino que además no se impone alguna limitación específica para su goce o ejercicio.<sup>65</sup>

Por último, cabe señalar que el Estado les debe garantizar a las PPL una existencia con condiciones acordes a su dignidad humana, cuyo incumplimiento podría originar un tratamiento cruel, inhumano o degradante, conforme los términos de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>66</sup>

#### **1.4.1.3. Derecho a la salud.**

Una de las razones por las cuales una persona privada de su libertad se encuentra en una situación de vulnerabilidad se debe a que sus capacidades de valerse por sí misma se ven reducidas como consecuencia fáctica del encarcelamiento. Esto, indudablemente, afecta también a su derecho a la salud. En este sentido, se ha afirmado que una persona con dicha condición jurídica no goza de autonomía, como cualquier otra persona en libertad, para poder acudir al médico cuantas veces crea requerirlo, así como generalmente tampoco podrá escoger libremente el profesional de la salud que lo atenderá, pues debe sujetarse a las condiciones y reglas del centro donde se encuentra.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> ACNUDH. *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*. 1ª. ed. Bogotá, Nueva Legislación LTDA, 2006, p. 103.

<sup>64</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José). Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Artículo 27.

<sup>65</sup> CIDH. *Informe sobre los derechos humanos... Óp. cit.*, párr. 331.

<sup>66</sup> *Id.*, párr. 434.

<sup>67</sup> *Cfr.*, ACNUDH. *Personas privadas de libertad... Óp. cit.*, pp. 304 y 305.

Por otro lado, el artículo 3 de la Constitución de la República establece que uno de los deberes primordiales del Estado ecuatoriano es garantizar a sus habitantes, sin discriminación alguna, el efectivo goce del derecho a la salud. Conforme a ello, el artículo 51.4 del mismo texto normativo reconoce a las PPL su derecho a contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral dentro de los CPL.

Por otra parte, la Regla 52 de las RMTR establece que en cada CPL se debe garantizar a los internos el acceso a los distintos tratamientos médicos sin dilación alguna.

Sin lugar a dudas, una buena salud influye en toda persona, y quien se ve afectado en ella difícilmente podría desenvolverse plenamente en la sociedad con la que convive. De este modo, se dice que cuando un interno no se comporta de manera adecuada con los demás internos y personal penitenciario, posiblemente se debe a que su estado de salud, físico o mental, no se encuentra del todo bien.<sup>68</sup> Por ello, la salud debe ser una prioridad en todo CPL.

---

<sup>68</sup> ACNUDH. *Los Derechos Humanos y las prisiones... Óp. cit.*, p. 76.

## CAPÍTULO 2. DELITOS DE OMISIÓN

### 2.1. El concepto de omisión

De acuerdo a lo establecido en el artículo 23 del COIP, la omisión es una de las modalidades con las que se puede cometer una conducta punible. Sin embargo, a lo largo del tiempo, varios han sido los conceptos que sobre la omisión se han expuesto. Por ello, conviene revisar brevemente las principales teorías para luego señalar cuál es la concepción que, en la actualidad, la doctrina entiende por omisión.

#### 2.1.1. Evolución histórica del concepto de omisión.

Maurach, Gössel y Zipf, señalan que para los abogados penalistas como Feuerbach y sus contemporáneos (inicios del siglo XIX), la causalidad en la omisión no era un problema, pues aquello era considerado como una cuestión empíricamente lógica.<sup>69</sup>

Dichos autores señalan también que tal concepción de la omisión se mantuvo así hasta que apareció la teoría causal de Kant, en virtud de la cual, la causalidad requería de una cadena de acontecimientos científicos, naturales, reales. Siendo así, la causalidad y el concepto mismo de la omisión empezaron a generar dudas, pues, la famosa frase *ex nihilo nihil fit* (de la nada, nada surge) empezó a traer graves consecuencias para un derecho penal que, en esa época, se basaba en un esquema causalista.<sup>70</sup>

En ese sentido, hubo varios intentos por fundamentar la existencia natural de la omisión. Así por ejemplo, apareció la teoría de la interferencia, cuyos fundadores pretendían asignarle a la omisión el valor de una actividad de naturaleza impediendo, pues la psiquis humana genera en tal caso una energía que interfiere en el impulso de actuar.<sup>71</sup>

Asimismo, se mencionaba que mientras en la acción se producía una excitación destinada a poner en movimiento el sistema nervioso, en la omisión dicha excitación se dirigía a frenar los nervios motores, impidiéndose así la realización de la conducta

---

<sup>69</sup> Reinhart MAURACH. *Derecho Penal. Parte General 2*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995, p. 234.

<sup>70</sup> *Ibíd.*

<sup>71</sup> Guillermo Julio FIERRO. *Causalidad e imputación*. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 351.

debida. No obstante, tal criterio fue criticado por considerarse peligroso el estudio del derecho penal desde un punto de vista de la fisiología, y por considerarse que, más que explicar la causalidad en la omisión, serviría para explicar el motivo psicológico de la misma.<sup>72</sup>

Por otro lado, cierta doctrina sostuvo que, la omisión, al no producir un cambio en el mundo exterior, carece de las características de una realidad témporo-espacial, existiendo así solamente en el pensamiento humano como una situación hipotética o imaginaria.<sup>73</sup>

Tales disputas acerca de la causalidad en la omisión y de su concepto mismo, se enmarcan dentro de lo que Maurach, Gössel y Zipf han denominado como el debate más innecesario e improductivo de la ciencia jurídica penal alemana, provocado por el pensamiento causal natural de la dogmática del siglo XIX.<sup>74</sup>

En la actualidad, se afirma que la causalidad en la omisión no se refiere a si esta ha producido o no un resultado, pues una omisión, naturalmente, nada puede causar. De este modo, la imputación que se le debe hacer al sujeto por el resultado, es más bien por no haberlo evitado.<sup>75</sup> Pero, para llegar a tal conclusión, han existido distintas teorías, principalmente la finalista y la normativa, las cuales se explican a continuación.

### **2.1.2. El concepto de omisión desde la teoría finalista.**

Hans Welzel acepta que, desde un punto de vista natural, la omisión nada puede causar; por ello, el autor señala que a la omisión no le es propia ni la causalidad ni la finalidad actual, sino solo la finalidad potencial (posible). En este sentido, el autor alemán explica que el ejercicio de la voluntad dirigida a un fin no comprende únicamente a la acción sino también a la omisión, aunque esta siempre deba referirse a

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> *Ibíd.*

<sup>74</sup> Reinhart MAURACH. *Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 234.

<sup>75</sup> En este sentido, *vid.*, Hans WELZEL. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 251; Marco Antonio TERRAGNI. *Delitos de omisión y posición de garante en derecho penal*. 1ª. ed. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2011, p. 194.

una acción. Entonces, habrá omisión siempre que no se realice una acción que se encontraba subordinada al poder final potencial del hecho de la persona.<sup>76</sup>

Para que haya dicho poder final potencial, agrega el autor citado, el garante tiene que conocer la situación en la que debe operar su acción, debe poder reconocer y seleccionar los medios que le permitirán realizar tal acción (capacidad de planeamiento), y debe tener la posibilidad real o física de ejecutar el acto planeado.<sup>77</sup>

### **2.1.3. El concepto de omisión desde la teoría normativa.**

Jesús María Silva Sánchez sostiene que lo relevante a analizar en los delitos omisivos es la conducta positiva realizada que se contrapone a lo prescrito en la norma. Sin embargo, aclara el autor, aquello no debe implicar que la omisión equivalga a un actuar distinto a lo ordenado, sino que esa acción sirve como presupuesto para determinar luego la existencia de la omisión. Por ello, habrá omisión cuando se le puede imputar a la conducta que ha sido efectivamente realizada por el sujeto, el no cumplimiento de aquella prestación positiva valorada típicamente *ex ante* como necesaria para la salvaguardia del bien jurídico.<sup>78</sup>

Por otro lado, Eugenio Raúl Zaffaroni señala que, considerando que la omisión no es un no hacer nada, sino un no hacer algo determinado, consecuentemente será necesario tener una instancia de comparación valorativa, y por ello, el concepto de omisión es necesariamente normativo.<sup>79</sup> En este sentido, Reynoso Dávila dice que el concepto natural u ontológico de la omisión viene a ser reemplazado por uno normativo.<sup>80</sup>

### **2.1.4. El concepto de omisión impropia en el Código Orgánico Integral Penal.**

---

<sup>76</sup> Cfr., Hans WELZEL. *Derecho Penal Alemán.... Óp. cit.*, pp. 237-239.

<sup>77</sup> *Id.*, p. 238.

<sup>78</sup> Cfr., Jesús María SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2ª ed. Reimpresión. Montevideo: B de F Ltda, 2006, pp. 167-180.

<sup>79</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal. Parte general III*. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 450.

<sup>80</sup> Reynoso DÁVILA. *Teoría General del delito*. México D.F.: Porrúa, 1998, p. 22.

En el artículo 28 del COIP, se puede observar que el legislador ecuatoriano ha adoptado una postura finalista respecto a la omisión impropia, pues así es como se entiende cuando se lee la frase "... el comportamiento de una persona que, *deliberadamente*, prefiere no evitar un resultado material típico". (Énfasis añadido).

Está claro que una persona únicamente puede preferir u optar por efectuar un determinado comportamiento cuando, de acuerdo a las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de motivarse por la ejecución de otro. Es decir, si el autor ha preferido, deliberadamente, no evitar un resultado, se entiende entonces que conocía de su posibilidad física de evitarlo; en otras palabras, el no acaecimiento del mismo se encontraba bajo su dominio del hecho.

## **2.2. Clases de omisión y criterios de distinción**

Generalmente se clasifica a los delitos de omisión en delitos de omisión propia, pura o simple; y, delitos de omisión impropia o comisión por omisión.<sup>81</sup> La importancia de poder distinguir correctamente unos de otros se da toda vez que la sanción para los delitos de omisión impropia será siempre más grave que la de los de omisión propia. Por ello, se expondrá a continuación algunos criterios de distinción.

### **2.2.1. Modo en que se consume el delito de omisión.**

Algunos autores realizan la distinción señalando que la realización típica de los delitos de omisión propia se consume con la mera inactividad y la mera puesta en peligro para el bien jurídico, en cambio que en los de omisión impropia se requiere la producción de un resultado material.<sup>82</sup> En este sentido, en los delitos de omisión propia existe un peligro abstracto, mientras que en los de omisión impropia existe un resultado de peligro concreto o de lesión.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Juan Manuel SORIA. *La omisión en el sistema penal. Relación entre las figuras de homicidio y abandono de personas*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2009, p. 64.

<sup>82</sup> Juan BUSTOS RAMÍREZ, y Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de derecho penal*. V. II. Madrid: Trotta, 1999, p. 203.

<sup>83</sup> En este sentido, *vid.*, Carlos CREUS. *Derecho penal. Parte general*. 5ª. ed. 1ª. reimpresión. Buenos Aires: Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, 2004, p. 175; Edmund MEZGER. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958, p. 116; Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. *Teoría del delito*. México D.F.: Iure Editores, 2004, p. 112.

Enrique Gimbernat es también partidario de este criterio material y señala que la expresión omisión propia se refiere a inactividades en estricto sentido que no requieren ser puestas en conexión con resultado alguno. En cambio que, con la expresión omisión impropia se hace referencia a que en realidad se trata de una conducta que debería ser considerada como acción por ocasionar en igual medida el resultado. De esta manera, este autor considera que el omitente propio nunca responderá por el resultado derivado de su inactividad aun cuando haya tenido la intención de producirlo, mientras que el omitente impropio siempre responde por el resultado derivado de su comportamiento, e incluso podría responder por un delito de tentativa en comisión por omisión.<sup>84</sup>

Por su parte, Silva Sánchez distingue omisiones propias e impropias según la identidad estructural o equivalencia que exista entre delitos de omisión y delitos de comisión. Según este autor, aquel criterio de distinción basado en la equivalencia coincide con aquel que distingue a las omisiones según si es posible imputarle al omitente el resultado, en caso de producirse, o si no cabe tal vínculo de imputación. De este modo, para Silva únicamente los delitos de omisión impropia tienen identidad estructural con los de comisión activa, pues “tienen la existencia potencial de un injusto lo suficientemente grave como para que el resultado aparezca como prueba de él, igual que en los casos de comisión activa”, y por ello, señala que la equiparación lo será también en cuanto al merecimiento de la pena.<sup>85</sup>

Por último, para quienes siguen este criterio material, la existencia de omisiones impropias expresamente tipificadas en la ley penal, sí es posible.<sup>86</sup>

### **2.2.2. Cualidad del sujeto omitente.**

Por otro lado, Gimbernat y Silva consideran que en los delitos de omisión propia existe un sujeto cuya obligación de actuar surge únicamente en virtud del principio de solidaridad, y por ello, el sujeto responderá sólo por la infracción del deber de actuar pues no tiene ninguna vinculación especial con el bien jurídico en peligro como para

---

<sup>84</sup> Cfr., Enrique GIMBERNAT ORDEIG. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2ª. ed. Montevideo: B de F Ltda., 2013, p. 130, y 331 y ss.

<sup>85</sup> Cfr., Jesús María SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión... Óp. cit.*, pp. 429- 437.

<sup>86</sup> Eduardo NOVOA. *Fundamentos de los delitos de omisión... Óp. cit.*, p. 123.



garantizar su salvaguardia efectiva. En cambio que, en los delitos de omisión impropia existe un sujeto cuya obligación de actuar surge en virtud del rol social o posición especial de responsabilidad que ocupa y por ello sí se le puede imputar la producción del resultado, pues el derecho espera de estas personas ciertas conductas positivas.<sup>87</sup>

No obstante, Silva menciona que en algunos casos de delitos de omisión propia también existen sujetos con posición especial de responsabilidad o sujetos garantes; sin embargo, aclara el autor, solo aquellas posiciones de garantía que son particularmente intensas pueden dar lugar a que la omisión equivalga a la creación activa de riesgo y, por lo tanto, merezca la misma pena.<sup>88</sup>

### **2.2.3. Descripción de la conducta en sentido negativo.**

Las omisiones propias siempre están tipificadas en normas de descripción negativa. En cambio que, las omisiones impropias estarán descritas en sentido negativo o positivo dependiendo de si están o no tipificadas en la ley penal. Si están tipificadas en la ley penal, tales omisiones aparecerán descritas en sentido negativo. Si no lo están, su existencia se puede fundamentar únicamente en virtud de una obligación positiva de otra naturaleza (no penal), la cual al ser infringida se puede entender incluida en un tipo penal activo o prohibitivo.<sup>89</sup> Estas son las denominadas comúnmente como comisión por omisión.

### **2.2.4. Ejemplos de delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia tipificados en el Código Orgánico Integral Penal.**

Para ilustrar lo anteriormente expuesto, se plantea como ejemplos de delitos de omisión propia en el COIP, los siguientes: Art. 243. Falta de afiliación al IESS por parte de una persona jurídica; Art. 276. Omisión de denuncia por parte de un profesional de la salud; o, el supuesto de defraudación tributaria descrito en el numeral 18 del Art. 298. En cambio que, un supuesto de omisión impropia expresamente tipificado, es el descrito en el segundo inciso del Art. 218 referente a la desatención del servicio de salud.

---

<sup>87</sup> Enrique GIMBERNAT ORDEIG. *Estudios sobre el delito de omisión... Óp. cit.*, p. 363.

<sup>88</sup> Jesús María SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión... Óp. cit.*, p. 429.

<sup>89</sup> *Id.*, p. 437.

## 2.3. Elementos del tipo objetivo de la omisión

Los delitos de omisión propia y los de omisión impropia tienen en común los siguientes tres elementos: i) situación típica generadora de un deber de actuar; ii) no realización de la acción mandada; iii) posibilidad física o material de realizar tal acción.<sup>90</sup> Dicho esto, se procederá a exponer cada uno de estos tres elementos.

### 2.3.1. Situación típica generadora de un deber de actuar.

En los tipos de omisión simple, la situación que genera un deber de actuar estará siempre indicada en el tipo penal.<sup>91</sup> Así por ejemplo, en el caso del Art. 276 del COIP, tal situación existe cuando el profesional de la salud recibe un paciente con signos de haber sido víctima de un delito que atentó contra su integridad, debiendo entonces denunciar.

Sin embargo, en los delitos de comisión por omisión no tipificados no sucede lo mismo. Siendo así, Gonzalo Molina sostiene que “el contenido del deber de actuar se determinará de acuerdo con las circunstancias fácticas, y teniendo en cuenta los bienes jurídicos protegidos por el sistema penal”.<sup>92</sup> Así por ejemplo, un niño que se encuentra en riesgo de ahogarse, o los cuidados que deben prestarse para mantener en correcto funcionamiento una máquina fuente de peligros, son situaciones fácticas que deben observarse desde la óptica de los bienes jurídicos fundamentales, como vida e integridad, para así reconocer que dichas situaciones generarán ciertas obligaciones en las personas.<sup>93</sup>

Por otro lado, cabe mencionar que la situación típica generadora del deber de actuar, puede ser originada en un hecho de la naturaleza o en un acto humano, como cuando X atropella con su auto a Z, quien queda abandonado y herido de gravedad, y W pasa por el lugar, advertido del estado de la víctima.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Gonzalo Javier MOLINA. *Delitos de omisión impropia*. 1ª. ed. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, 2014, p. 60, nota 77.

<sup>91</sup> Marco Antonio TERRAGNI. *Delitos de omisión... Óp. cit.*, p. 189.

<sup>92</sup> Gonzalo Javier MOLINA. *Delitos de omisión impropia... Óp. cit.*, p. 35.

<sup>93</sup> *Ibíd.*

<sup>94</sup> *Ibíd.*

### 2.3.2. La no ejecución de la acción mandada.

Como se ha mencionado, omisión no es un simple no hacer nada, sino no hacer algo determinado y posible.<sup>95</sup> Entonces, hay omisión punible cuando la conducta se contrapone al fin ordenado por la norma, de manera que si la conducta sí se dirige hacia tal fin, aun cuando no se logre evitar el resultado típico, no cabrá la posibilidad de imputarle al sujeto una omisión dolosa, pudiendo haber quizá una de carácter culposo.<sup>96</sup>

En dicho sentido, algunos autores señalan que para lograr el fin ordenado, el sujeto debe realizar una conducta seria que resulte apropiada para conseguir tal fin.<sup>97</sup>

Lo anterior resulta relevante a efectos de la aplicación del COIP, pues el artículo 28 de este cuerpo legal establece que la omisión es de carácter dolosa.

Pero en todo caso, la doctrina señala que, la existencia del elemento no ejecución de la acción mandada debe analizarse *ex post*, pues solo así se podrá determinar si existía este elemento de la tipicidad objetiva de la omisión.<sup>98</sup>

### 2.3.3. Posibilidad física de realizar la acción mandada.

Para que exista omisión punible, el sujeto debe haber tenido la posibilidad física de realizar la acción ordenada.<sup>99</sup> Tal posibilidad implica que el sujeto haya conocido la situación típica, que haya podido reconocer los medios y la forma de emplearlos a fin de evitar el resultado, y que haya tenido la posibilidad real de evitarlo.<sup>100</sup>

Adicionalmente, no es necesario que la persona obligada a actuar sea quien deba realizar por sí misma la acción salvadora, cuando, de no poder hacerlo por sus propias facultades, tenga a su alcance otras posibilidades de salvamento. En este sentido, no tendría posibilidad de actuar el padre que ve a su hijo ahogándose, cuando no ha sabido

---

<sup>95</sup> Ver en págs. 20 y 21 de este trabajo.

<sup>96</sup> Eugenio ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal...* Óp. cit., p. 454.

<sup>97</sup> En este sentido, Cfr., Hans WELZEL. *Derecho Penal Alemán...* Óp. cit., p. 242; Ricardo SMOLIANSKI. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Ad Hoc, 2005, p. 213.

<sup>98</sup> Gonzalo Javier MOLINA. *Delitos de omisión impropia...* Óp. cit., p. 46.

<sup>99</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal...* Óp. cit., p. 455.

<sup>100</sup> Hans WELZEL. *Derecho Penal Alemán...* Óp. cit., p. 251.

nadar, y, además, cuando no ha tenido a su alrededor algún nadador, chaleco salvavidas, o medio alguno que pudiera haberle ayudado a salvar a su hijo.<sup>101</sup>

Hasta aquí los elementos objetivos que comparten los delitos de omisión propia y los de omisión impropia. Ahora, se expondrán los que corresponden solo a estos últimos.

#### **2.3.4. Resultado material típico.**

El artículo 28 del COIP establece que hay omisión impropia cuando no se ha evitado un resultado material típico. Así, se ha descartado la posibilidad de una comisión de un delito de mera actividad por omisión, y esto tiene su lógica, pues en estos casos el sujeto no tendría la posibilidad física de interrumpir el curso causal tendiente al resultado típico.

#### **2.3.5. Nexo de evitación o causalidad en la omisión impropia.**

Habiéndose aceptado que la omisión, naturalmente, nada puede causar, se ha sostenido que entre la omisión y el resultado debe existir una causalidad hipotética mediante la cual se pueda afirmar que habiéndose introducido imaginariamente la acción omitida, el resultado se habría logrado evitar.<sup>102</sup> Con la misma lógica, si habiéndose introducido imaginariamente la acción omitida, el resultado se habría producido de igual manera, entonces dicho resultado no le podrá ser imputado al sujeto.<sup>103</sup>

Ahora bien, la doctrina discute cuál debe ser el grado de seguridad que se requiere para considerar que la acción omitida habría efectivamente evitado el resultado. En dicho debate, las principales posturas son las siguientes:

i) Teoría de la disminución del riesgo: por un lado, se dice que cabe imputar responsabilidad penal por comisión por omisión cuando la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado. Sin embargo, esta teoría tiene varias críticas. Así, se dice que se estaría atentando contra el principio *indubio pro reo*; que se

---

<sup>101</sup> Reinhart MAURACH. *Derecho penal... Óp. cit.*, p. 245.

<sup>102</sup> Juan Manuel SORIA. *La omisión en el sistema penal... Óp. cit.*, p. 75.

<sup>103</sup> *Ibíd.*

reducirían los delitos de lesión a delitos de peligro; y, que únicamente serviría para imputar conductas de tentativa.<sup>104</sup>

ii) Teoría de la probabilidad rayana en la certeza: por otro lado, se dice que debe demostrarse que aquella acción omitida habría evitado el resultado con “probabilidad rayana en la certeza”, con “altísima probabilidad”. De este modo, se reconoce el principio *indubio pro reo*, pues se reduciría considerablemente el margen de duda.<sup>105</sup>

Sin embargo, esta teoría también tiene sus críticas. Así, se señala que mediante esta teoría quedarían impunes las omisiones médicas imprudentes, y también, que el principio *indubio pro reo* sí se afecta solo que en menor medida, de manera que la diferencia entre esta y la anterior teoría es más bien cuantitativa antes que cualitativa.<sup>106</sup>

iii) Toma de postura: se toma postura por la teoría de la probabilidad rayana en la certeza, pues así no solo se logra garantizar en lo máximo posible el principio *indubio pro reo* (tampoco se puede pedir seguridad absoluta pues en delitos de omisión únicamente hay cursos causales salvadores hipotéticos), sino que también es más compatible con la omisión deliberada que exige el artículo 28 del COIP, pues, en definitiva, se pone de relieve el conocimiento del autor sobre su dominio del hecho.

Por otro lado, aunque la teoría de la disminución del riesgo sería, a lo mejor, más plausible de aceptarse como un caso de omisión impropia con dolo eventual a efectos de imputarse el resultado material típico como delito consumado, no obstante, tal grado de dolo no ha sido reconocido expresamente por el COIP para los delitos de omisión.

Por último, cabe decir que no se podría aceptar la teoría de la disminución del riesgo en el derecho penal ecuatoriano, pues el COIP establece en el artículo 22 que las conductas penalmente relevantes son aquellas que son demostrables. Así, al referirnos a una conducta demostrable, se lo hace respecto a una conducta de la cual se pueda probar que la producción del resultado ha sido su consecuencia; es decir, se debe probar que el

---

<sup>104</sup> Cfr., Enrique GIMBERNAT ORDEIG. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2003, pp. 46- 49.

<sup>105</sup> *Id.*, p. 28

<sup>106</sup> Cfr., Enrique GIMBERNAT ORDEIG. *Estudios sobre el delito de omisión... Óp. cit.*, pp. 51 y 52.

autor ha cometido el resultado más allá de toda duda razonable.<sup>107</sup> Como se lo ha mencionado, la teoría de la disminución del riesgo es criticada por afectar en gran medida el principio *indubio pro reo*.

### **2.3.6. Posición de garante.**

Como se lo había mencionado, hay quienes consideran que en la omisión propia también hay sujetos garantes dado su rol social, aunque su relación con el bien jurídico no es tan intensa como para exigírsele la protección efectiva de dicho bien. Por tal motivo, Enrique Bacigalupo sostiene que se debe distinguir entre mandato de acción y posición de garantía. Para este autor, es indudable que tal deber de acción será presupuesto necesario para determinar la responsabilidad por comisión por omisión, pero nunca suficiente, pues para ello se deberá verificar la existencia de una estrecha relación social entre el garante y el titular del bien jurídico protegido.<sup>108</sup>

Aquella estrechez en la relación social entre autor y titular del bien jurídico está dada esencialmente porque el sujeto está encargado de la protección o custodia del bien jurídico que aparece amenazado de lesión.<sup>109</sup>

Ahora bien, esta estrecha relación social, o posición de garante, puede surgir de distintas fuentes. Estas son las que se verán a continuación.

#### **2.3.6.1. Fuentes formales de posición de garante.**

Con el pasar de los años, la ciencia penal ha ido incorporando diversas fuentes que generarían esta posición de garante en un sujeto. Así, en un primer momento se señaló a la ley y al contrato como fuentes formales generadoras de dicha posición, pues, en la época de Feuerbach, se decía que no puede existir delincuente sino existe previamente un especial fundamento jurídico (ley o contrato).<sup>110</sup> Estas fuentes son las que a continuación se revisarán.

---

<sup>107</sup> Xavier ANDRADE. *Curso de Actualización en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal- COIP*. Universidad San Francisco de Quito, junio 2014.

<sup>108</sup> Cfr., Enrique BACIGALUPO. *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires: Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 116 y ss.

<sup>109</sup> *Id.*, p. 119.

<sup>110</sup> Enrique BACIGALUPO. *Delitos improprios de omisión... Óp. cit.*, p. 20.

i) **Ley:** La ley reconoce ciertas relaciones sociales de las cuales se originan deberes de garantía para unas personas, tales como, el parentesco, el matrimonio, etc.<sup>111</sup> Empero, en todo caso, la ley debe imponer una actuación positiva de manera previa y específica.<sup>112</sup>

ii) **Contrato:** actualmente se considera que lo decisivo de esta fuente es que el sujeto haya asumido materialmente la custodia del bien jurídico. De este modo, no interesan las deficiencias formales que el contrato pueda tener, o el incumplimiento formal del mismo.<sup>113</sup> Así por ejemplo, no habrá omisión punible, aun cuando sí pueda haber un incumplimiento formal del contrato, en el caso en que la niñera no acude un día al trabajo y por mala suerte el niño sufre una lesión ese mismo día.<sup>114</sup>

### **2.3.6.2. Fuentes materiales de posición de garante.**

Como se mencionó anteriormente, lo que determina la posición de garante es la estrecha relación que efectivamente existe entre un sujeto y otro. Para determinar aquello, existen varias teorías que ponen énfasis en el aspecto material de tal relación por encima de sus meros deberes formales. En este sentido, Ernesto Albán Gómez señala que la importancia de entender la razón de estas fuentes materiales consiste en superar el ámbito restringido de las fuentes formales, citando el ejemplo del novio, quien no tendrá las mismas obligaciones legales que el cónyuge, pero que en determinadas situaciones deberá proteger los bienes jurídicos de la novia.<sup>115</sup>

#### **2.3.6.2.1. Teoría de deberes de protección y deberes de control, según Armin Kaufmann.**

Según esta teoría, hay posición de garante dependiendo de si el sujeto tiene alguno de los siguientes tipos de deberes: 1) de asistencia o protección de un bien jurídico

<sup>111</sup> Jesús Orlando GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda., 2003, p. 370.

<sup>112</sup> Marco Antonio TERRAGNI. *Delitos de omisión... Óp., cit.*, pp. 31 y 32.

<sup>113</sup> Jesús Orlando GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito... Óp. cit.*, p. 376.

<sup>114</sup> Hans WELZEL. *Derecho Penal Alemán... Óp. cit.*, p. 253.

<sup>115</sup> Ernesto ALBÁN GÓMEZ. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ediciones Legales, 2016, p. 366.

contra todo ataque que pudiera sufrir; o, 2) de aseguramiento o control de una fuente de peligro con relación a todo bien jurídico que pudiera resultar afectado por ella.<sup>116</sup>

Dentro de los deberes de protección se suelen incluir las siguientes fuentes:

**i) Comunidad de vida:** entre personas que “comparten en forma cercana maneras de coexistencia, trabajo, formación, etc., que originan relaciones de afecto, o creencias en tal forma que debe surgir entre ellas lazos de solidaridad que la sociedad reconoce y protege”<sup>117</sup>. En consecuencia, no se trata de una comunidad accidental u ocasional, sino de la existencia de una confianza suficiente entre sus miembros.<sup>118</sup>

**ii) Comunidad de peligro:** cuando un grupo de personas emprende una actividad riesgosa, cada una de ellas está en la obligación de socorrer a quien se encuentre en un concreto peligro derivado de tal actividad.<sup>119</sup> Así por ejemplo, existe comunidad de peligro cuando un grupo de turistas inexpertos deciden escalar una montaña sin la compañía de un guía.

**iii) Asunción voluntaria de protección de un bien jurídico o de control de una fuente de peligro:** Para este tipo de fuente, se puede decir lo mismo que para el contrato. Entonces, lo que realmente importa aquí es la asunción fáctica del deber correspondiente, y siempre que haya empezado la situación de peligro. Como lo dice Gómez López, “No se trata que el incumplimiento del contrato de vigilancia de una fuente de peligro se convierta en homicidio, sino que el homicidio se produzca por omisión”.<sup>120</sup>

Como ejemplos de esta fuente, puede mencionarse el caso de quien en la calle toma del brazo al ciego para conducirlo a la otra vía, de modo que no puede abandonarlo en

---

<sup>116</sup> Cfr., Enrique BACIGALUPO. *Delitos impropios de omisión... Óp. cit.*, p. 120; Juan Manuel SORIA. *La omisión en el sistema penal... Óp. cit.*, p. 70.

<sup>117</sup> Jesús Orlando GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito... Óp. cit.*, pp. 378 - 379.

<sup>118</sup> Reinhart MAURACH. *Derecho Penal... Óp. cit.*, pp. 258- 259.

<sup>119</sup> Juan Manuel SORIA. *La omisión en el sistema penal... Óp. cit.*, p. 70.

<sup>120</sup> Jesús GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito... Óp. cit.*, p. 376.



medio de esta, pues en ese momento, la vida del invidente quedó dependiendo de quien asumió la tarea de protegerlo.<sup>121</sup>

Por otro lado, en los deberes de aseguramiento se suelen incluir las siguientes fuentes:

**iv) Conducta precedente o injerencia:** La conducta precedente impone el deber de evitar la lesión de un bien jurídico cuando tal conducta pueda provocar la producción de un resultado,<sup>122</sup> como por ejemplo, el deber de proteger la vida o integridad de una persona por promocionar la práctica de actividades o deportes de riesgo.<sup>123</sup>

Al respecto, el COIP señala que la conducta precedente debe provocar un riesgo determinante para la producción del daño, sin precisar si tal conducta debe ser lícita o no.

**v) Vigilancia de una fuente de peligro:** tiene posición de garante quien tiene dominio sobre una fuente de peligro, p.ej., en el manejo de maquinarias o instalaciones, cuyo indebido manejo puede ocasionar algún daño a terceros.<sup>124</sup>

**vi) Responsabilidad frente a conducta de terceras personas:** Está en posición de responder por la conducta de terceras personas quien tiene sobre ellas un deber de vigilancia, y en virtud de ese deber ejerce además un dominio. Así por ejemplo, los padres y los profesores respecto a sus hijos o escolares inimputables, el médico respecto a los enfermos mentales que le han sido confiados, o el mismo guía penitenciario respecto de los hechos delictivos cometidos por los internos.<sup>125</sup>

#### **2.3.6.2.2. Teoría de los roles, según Günther Jakobs.**

Según García Falconí, para Jakobs todo orden social se basa en la existencia de deberes negativos y deberes positivos. En los primeros, la persona tiene el deber de no

---

<sup>121</sup> *Id.*, p. 374.

<sup>122</sup> Marco Antonio TERRAGNI. *Delitos de omisión... Óp. cit.*, p. 46.

<sup>123</sup> Xavier ANDRADE. *Curso Delitos de peligro y omisión*. Universidad San Francisco de Quito, junio de 2013.

<sup>124</sup> Juan Manuel SORIA. *La omisión en el sistema penal... Óp. cit.*, p. 71.

<sup>125</sup> *Ibíd.*

lesionar los intereses de los demás, mientras que en los segundos, se está frente al deber de ayudar a una persona determinada. Luego, estos deberes negativos y positivos se dividen en dos: competencias de organización y competencias institucionales.<sup>126</sup>

Dentro de las competencias de organización, destacan los deberes de aseguramiento y los deberes de salvación. Los deberes de aseguramiento son aquellos en los que se debe impedir los efectos de daño en un ámbito de la organización, los cuales están determinados por cosas o comportamientos propios o ajenos. Dichos deberes tienen como fundamento la libertad de organización.<sup>127</sup>

En cambio que, en los deberes de salvación, se debe inhibir los cursos causales peligrosos que han abandonado el ámbito de organización del competente, y que pueden incluso haber alcanzado el ámbito de la víctima o de terceras personas. En estos casos, no se habla del deber de prestar una ayuda solidaria, sino del deber de responder como consecuencia de aquella libertad de organización o comportamiento.<sup>128</sup>

Por otro lado, en cuanto a las competencias institucionales, habrá equivalencia entre acción y omisión cuando la institución posea igual relevancia social que el nexo base ámbito de la organización. En estas competencias destacan los deberes por la relación paterno- filial; el matrimonio; la confianza especial, direccionada a evitar que en las relaciones sociales las personas se manejen de manera contradictoria; las relaciones estatales de poder; la seguridad exterior e interior a cargo del ejército y la policía; y, los principios básicos del Estado de Derecho, como la sujeción de los jueces a la ley.<sup>129</sup>

### **2.3.6.2.3. Teoría sobre el ámbito de dominio, según Bernd Shünemann.**

Bernd Shünemann señala que un resultado típico puede ser imputado al omitente siempre que este haya tenido un dominio sobre el fundamento esencial de tal resultado,

---

<sup>126</sup> *Cfr.*, Ramiro GARCÍA FALCONÍ. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. 2ª. ed. Quito: Latitud Cero Editores, 2014, p. 369.

<sup>127</sup> *Id.*, p. 370.

<sup>128</sup> *Id.*, p. 371.

<sup>129</sup> *Id.*, p. 72.

o sobre la indefensión o desamparo de la víctima. Pero en todo caso, señala que el dominio sobre aquel fundamento esencial o desamparo de la víctima, debe ser actual.<sup>130</sup>

Shünemann considera que la distinción entre dominio del fundamento esencial del resultado y dominio del desamparo de la víctima, coincide, en cierta medida, con la distinción entre la vigilancia de una fuente de peligro y la protección de un bien jurídico (Teoría de Kaufmann). Así, Shünemann señala que los garantes por estrecha relación social, por relaciones de comunidad y por asunción, corresponden al dominio sobre el desamparo de la víctima, mientras que los garantes por injerencia, por responsabilidad por manejo de fuentes de peligro, y por la responsabilidad con respecto al obrar ajeno, corresponden al dominio sobre un fundamento o causa esencial del resultado.<sup>131</sup>

## **2.4. Elementos del tipo subjetivo de la omisión**

### **2.4.1. Omisión propia.**

En el derecho penal ecuatoriano no sería posible la punibilidad de los delitos de omisión propia culposa, pues el Art. 27 del COIP define a la culpa como aquella infracción al deber objetivo de cuidado que produce un resultado dañoso.

Desde que se abordó la distinción entre la omisión propia y la omisión impropia, se señaló que en la primera, a diferencia de la segunda, únicamente se requiere de la infracción de un deber de actuar sin necesidad de la producción de daño o lesión. En consecuencia, los delitos de omisión propia no son compatibles con la culpa.

### **2.4.2. Omisión impropia.**

Llama la atención que el artículo 28 del COIP establezca que la omisión impropia es dolosa, cuando en doctrina se acepta ampliamente a la omisión impropia culposa.

Sin embargo, el fundamento que puede servir para sostener que estos tipos de omisión son dolosos, según Shünemann, se lo puede encontrar en Welzel y Kaufmann. El primero de ellos señala que para poder determinar que el sujeto ha tenido la capacidad de acción, este debió haber tenido conocimiento de la situación en que su

---

<sup>130</sup> Bernd SHÜNEMANN. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de González Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 288.

<sup>131</sup> *Id.*, pp. 288 y 328.

acción debía operar. La razón de ello la explica Kaufmann, quien señala que, debido a que “[l]a actividad final es un operar dirigido desde el fin [...] la capacidad de acción presupone que se *capte un objetivo* al que pueda dirigirse el curso de la acción”. (Cursiva en el texto original). De este modo, Kaufmann concluye que la mera cognoscibilidad del fin es insuficiente para la existencia de la capacidad de acción.<sup>132</sup>

Adicionalmente, tanto Welzel como Kaufmann señalan que es parte de la estructura ontológica de la omisión el conocimiento actual de la situación típica,<sup>133</sup> reafirmando así que el mero tener que conocer de la situación típica, no basta.

Sin embargo, importantes tratadistas, como el mismo Hans Welzel y Eugenio Raúl Zaffaroni (ambos, partidarios del finalismo), consideran que la omisión impropia sí puede ser cometida mediante culpa, en los casos en que el sujeto ha actuado con falta de cuidado, señalándose cuatro supuestos al respecto:<sup>134</sup>

a) falta de cuidado en la apreciación de la situación típica, p. ej., cuando el que oye los gritos de quien pide ayuda, cree superficialmente que es una broma;

b) falta de cuidado al ejecutar un mandato, p. ej., cuando el salvavidas arroja una boya al que se ahoga, en vez de ir él mismo, o cuando le ha extendido la boya muy lejos;

c) falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución, p. ej., el sujeto supone que no podrá salvar al niño porque juzga superficialmente que el agua es profunda;

d) falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante, p. ej., el médico que por error vencible cree que no se haya de guardia esa noche.

Como se puede observar, aun en los casos de omisión impropia culposa sí existe aquella posibilidad física de evitar el resultado, solo que el sujeto no lo evita porque incurre en un error respecto a las circunstancias objetivas. Pero de ahí que, también se

---

<sup>132</sup> *Id.*, pp. 63 - 64.

<sup>133</sup> Hans WELZEL. *Derecho Penal Alemán... Óp. cit.*, p. 238.

<sup>134</sup> Sobre la omisión impropia culposa, *vid.*, Hans WELZEL. *Derecho Penal Alemán... Óp. cit.*, pp. 251 y 264; Eugenio Raúl ZAFFARONI. *Tratado de derecho penal... Óp. cit.*, p. 482.

haya dicho que tanto en los delitos de omisión impropia dolosa, como en los delitos de omisión impropia culposa, puede verificarse el dominio del hecho para la equivalencia entre acción y omisión.<sup>135</sup> Por lo tanto, estas omisiones culposas tranquilamente deberían ser sancionadas.

No obstante lo expuesto, la punibilidad de conductas omisivas impropias culposas de los guías penitenciarios ecuatorianos, no sería recomendable por las siguientes razones:

1) La amenaza de sancionarse penalmente la omisión culposa de estos funcionarios, conllevaría en ellos el uso desmedido de los medios de vigilancia y control sobre los internos, lo cual, si bien podría evitar con mayor efectividad las agresiones dolosas entre estos, no obstante, no debe olvidarse cuáles son los fines del sistema penitenciario.

2) Por otro lado, se mencionó anteriormente que la falta de personal suficiente y capacitado, está entre los principales problemas del sistema penitenciario ecuatoriano.<sup>136</sup> Siendo así las cosas, ¿cómo se podría sancionar a quien debido a su falta de capacitación juzga no meritorio la atención oportuna en un caso realmente urgente, o no sabe tomar medidas útiles y por ello no logra evitar el resultado, o peor aún, no ha podido reconocer que ante cierta situación se ha fundado su posición de garante?

Por lo dicho, debería capacitarse a los guías penitenciarios en funciones de protección de los derechos humanos de las PPL, así como en cuáles serían las consecuencias penales por la omisión de sus funciones. En este sentido, la capacitación que deba dárseles no debería limitarse a la seguridad interna de los CPL (impedir o confrontar desordenes como amotinamientos), o a la seguridad externa (impedir o contener fugas de los internos), pues, como se demostrará más adelante, su posición de garante los obliga a actuar en diferentes situaciones que ponen en peligro la vida, la salud y la integridad de los reclusos. En consecuencia, pero hasta mientras, las omisiones de los guías deben ser sancionadas solo cuando sean dolosas, conforme así lo exige el artículo 28 del COIP.

---

<sup>135</sup> Reinhart MAURACH. *Derecho Penal. Parte General 2... Óp. cit.*, p. 235

<sup>136</sup> Ver en págs. 12 y 13 de este trabajo.

### 2.4.3. Omisión impropia y dolo eventual.

De acuerdo al artículo 28 del COIP, los delitos de omisión impropia únicamente se pueden cometer deliberadamente, es decir, con dolo directo. En este sentido, el autor colombiano Gómez López menciona que hay dolo directo en la omisión cuando, “el garante, deliberadamente, se abstiene de actuar porque sabe que así se posibilita la producción del resultado”, cuando este se muestra como un hecho seguro.<sup>137</sup> En consecuencia, no cabría legalmente, en el Ecuador, la comisión por omisión con dolo eventual.

Pero en doctrina, el tema en cuestión no es del todo pacífico. Así, el autor ecuatoriano Albán Gómez considera que el dolo eventual es mucho más frecuente en los delitos de omisión antes que en los de acción.<sup>138</sup> En cambio, el autor Marco Antonio Terragni menciona que “no es fácil imaginar casos en que el sujeto se plantee (conocimiento) y emprenda (voluntad) conductas de omisión que, en lugar de proponerse directamente el resultado, afronten la eventualidad de que acontezca”.<sup>139</sup>

Específicamente, tratándose de las conductas omisivas de los guías penitenciarios, es interesante lo que considera Natalia Sergi. Para esta autora, lo que permite diferenciar si se está ante un hecho doloso (eventual) o culposo, es la actitud que asume el autor frente a la producción del resultado. Pero, señala que aquella distinción resulta particularmente aún más difícil tratándose de los delitos de omisión, pues, durante su realización, no se pueden observar otras circunstancias determinantes que permitan obtener otro tipo de información, para así poder determinar si el agente obró con dolo eventual o con culpa consciente, puesto que, en definitiva, se está ante un comportamiento pasivo donde no hay exteriorización de acción.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> Jesús GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito...* *Óp. cit.*, p. 402.

<sup>138</sup> Ernesto ALBÁN GÓMEZ. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano...* *Óp. cit.*, p. 369.

<sup>139</sup> Marco Anotnio TERRAGNI. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 126.

<sup>140</sup> *Cfr.*, Natalia SERGI. “Delitos imprudentes en el ámbito carcelario: la responsabilidad por omisión del agente penitenciario”, en *Cuestiones particulares de la imprudencia en el derecho penal*. Julio B. J. Maier (Comp.). Buenos Aires: Ad- Hoc, 1999, pp. 50- 51.

Por lo dicho, Sergi considera que por no poderse determinar con certeza si la conducta del funcionario de prisiones fue con dolo eventual o con culpa consciente, debe optarse por considerarla como culposa, en virtud del principio *indubio pro reo*.<sup>141</sup>

Si bien es válida la opinión de Sergi desde un punto de vista constitucional, no queda libre de crítica, pues, como se puede apreciar en su texto, la autora únicamente hace la distinción entre dolo eventual y culpa consciente partiendo del criterio “actitud del autor”, cuando en la doctrina se han expuesto varios criterios para tal efecto, siendo, entre otros, los siguientes: i) la planificación de la conducta, de tal manera que el autor crea que puede tener lugar la producción del resultado a partir de los medios empleados; ii) la confianza en poder evitar el resultado, cuando se ha hecho un acto positivo o comprobable destinado a impedirlo; iii) la posibilidad o probabilidad de la producción del resultado, siendo necesario que el agente conozca qué tan próximo es la materialización del riesgo, tomando como base hechos pasados similares; iv) la gravedad de la actitud del autor frente al resultado, o teoría del asentimiento, según la cual, el que actúa, llegado a enfrentar la posibilidad de que el resultado acontezca, da en algún momento su conformidad para que el suceso siga su desarrollo.<sup>142</sup>

De los criterios mencionados, uno que definitivamente sí sería útil para el análisis subjetivo de la omisión es el de la probabilidad del resultado. Así por ejemplo, no es lo mismo mantener a una persona encerrada en una celda 23 horas al día, que mantenerla por el mismo periodo de tiempo pero sin agua, sin aire, sin comida, sin luz, sin baño, ni colchón.<sup>143</sup> En este último caso, está claro que el funcionario de prisiones no podría alegar que confió racionalmente en la no producción del resultado muerte del recluso.

Con todo, ante las dificultades de poder identificar el dolo eventual en la comisión por omisión, útil sería la opinión de Gómez López, quien señala que hay dolo eventual en la omisión cuando el sujeto se representa la probabilidad del resultado que debe evitar y, conociendo su posición de garante y su posibilidad de actuar, decide

---

<sup>141</sup> *Id.*, p. 52.

<sup>142</sup> *Cfr.*, Marco Antonio TERRAGNI. *Dolo eventual y culpa consciente... Óp. cit.*, pp. 100-110.

<sup>143</sup> Un caso similar se puede observar en, CEDHU. “Audiencia sobre la situación penitenciaria en el Ecuador... *Óp. cit.*

simplemente dejar pasar la causalidad, observando el curso de los hechos, sin importarle, y por tanto, aceptando la probabilidad del resultado.<sup>144</sup>

En conclusión, los delitos de omisión impropia sí pueden ser cometidos sea con culpa o con dolo eventual. Pero, lo que importa, es que los guías tengan una capacitación que les permita poder intervenir oportunamente y con el debido respeto a los derechos humanos de las PPL, pero sobre todo, una capacitación para que, ante ciertas circunstancias, puedan reconocer que se ha generado su deber de actuar. Solo teniendo mejores conocimientos sobre sus funciones, se les podrá exigir actuar de la manera debida.

---

<sup>144</sup> Cfr., GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Teoría del delito...* Óp. cit., pp. 398-403.



## CAPÍTULO 3. POSICIÓN DE GARANTE DE GUÍAS PENITENCIARIOS

### 3.1. Responsabilidad penal por comisión por omisión de los guías penitenciarios vs. Principio de Legalidad

El principio de legalidad es un derecho humano,<sup>145</sup> reconocido también en la Constitución de la República del Ecuador, en virtud del cual “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley.”<sup>146</sup>

Por su parte, el COIP reconoce al principio de legalidad como uno de los principios rectores de todo proceso penal. De acuerdo a dicho texto legal, este principio “rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.”<sup>147</sup>

Lo anterior se debe a que tradicionalmente se han entendido cuatro consecuencias derivadas del principio de legalidad, siendo estas las siguientes: i) prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), en la medida que opere en perjuicio del reo; ii) prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), pues, en materia penal, la punibilidad de una conducta solo puede determinarse legalmente; iii) prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), la cual implica que la punibilidad de una conducta debe estar tipificada al momento de su comisión; y, iv) la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*), la cual implica que, aquellos preceptos que no permitan reconocer, de la manera más clara

---

<sup>145</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. (Pacto de San José). Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Artículo 9.

<sup>146</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76 numeral 3. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>147</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 5.1. Registro Oficial- Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

posible, qué circunstancias ha de tener la conducta punible, deben ser considerados nulos, pues permitirían que el juez tenga que fijar a dicha conducta.<sup>148</sup>

Ahora bien, existe una importante doctrina que pone en duda la constitucionalidad de los delitos de omisión impropia por creerse que violan el principio de legalidad. Así por ejemplo, Luis Gracia Martín señala que se comete una “burla al principio de legalidad” al sancionarse penalmente las conductas de omisión a través de los preceptos establecidos en la parte especial de la ley penal referidos a los delitos de acción;<sup>149</sup> y, en similar sentido, Novoa Monreal señala que no es constitucional sancionar las conductas de omisión impropia toda vez que sea el juez quien deba fijar el contenido de estos delitos.<sup>150</sup>

Consecuentemente con lo expuesto, se podría pensar que en el Ecuador es inconstitucional sancionar penalmente las omisiones de los guías penitenciarios que causen daño a las PPL, pues tales conductas no han sido previamente tipificadas expresamente en la ley. Sin embargo, cabe recordar que el artículo 28 del COIP sanciona expresamente los delitos de comisión por omisión al establecer una “cláusula de correspondencia”, por la cual se entiende que una omisión se puede transformar en una comisión toda vez que la omisión del portador de un deber de garante corresponda o equivalga a la realización del tipo penal mediante un hacer.<sup>151</sup>

Si se compara dicha cláusula con la descrita en el artículo 12 del anterior Código Penal, debe también decirse que la actual es más precisa, pues no solo se describe el carácter subjetivo que han de tener estos delitos de omisión (dolosos), sino que además se establece cuáles son las fuentes de la posición de garante que obligarían a ciertas personas a evitar un resultado material típico, (ley, contrato, y conducta precedente), así

---

<sup>148</sup> Claus ROXIN. *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1ª. edición. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remedal. Madrid: Civitas S.A., 1997, p. 140.

<sup>149</sup> Luis GRACIA MARTÍN. “Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 439.

<sup>150</sup> Eduardo NOVOA MONREAL. *Fundamentos de los delitos de omisión... Óp. cit.*, p. 189.

<sup>151</sup> José Antonio CARO JOHN. “Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión”. *Anuario de Derecho Penal*. Lima, 2009, p. 3.

como también se han delimitado los bienes jurídicos cuya violación cabría sancionar a título de comisión por omisión (vida, salud, integridad personal, y libertad).

No obstante, existen otros autores que también creen en la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia, aun cuando exista en la legislación penal tal cláusula de correspondencia para estos delitos. Así por ejemplo, Molina,<sup>152</sup> quien al citar a Zaffaroni, señala que por no estar muy claro en la dogmática penal hasta dónde llegan las teorías sobre la posición de garante (quiénes son garantes y quiénes no, frente a los casos concretos), se concluye que en los delitos de omisión impropia no se respeta el principio de legalidad, aun cuando existan tales cláusulas de correspondencia, puesto que dicho principio prohíbe las cláusulas penales indeterminadas.<sup>153</sup> De este modo, los delitos de omisión impropia no solo violarían las consecuencias de *lex praevia* y *lex scripta* del principio de legalidad, sino y especialmente, la de *lex certa*, y con esta la de *lex stricta*.

Parecería ser entonces que el principio de legalidad estaría casi inevitablemente afectado por las cláusulas generales de los delitos de omisión, al resultar prácticamente imposible que en un mismo artículo se describan todas aquellas situaciones concretas ante las cuales el garante deba actuar. Por esto, se dice también que las dificultades de aplicación de este tipo de cláusulas, son las mismas que hay en las legislaciones donde no existen aquellas, porque siempre serán oscuros los límites del deber de actuar del garante.<sup>154</sup>

Lo anterior resulta particularmente grave si se aplica a los casos cometidos dentro del ámbito penitenciario, en el que, si bien se ha afirmado reiteradamente la posición de garante de las autoridades penitenciarias respecto a los reclusos, conforme se verá más adelante, no hay que olvidar que son varios los funcionarios que permanecen en contacto con dichas personas y, en ese sentido, que la responsabilidad penal es individual.

---

<sup>152</sup> Cfr., Gonzalo Javier MOLINA. *Delitos de omisión impropia... Óp. cit.*, pp. 82 y 83.

<sup>153</sup> *Id.*, pp. 83 y 84.

<sup>154</sup> Marcelo SANCINETTI. *Casos de Derecho Penal. Parte general*. 3ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, pp. 296-297.

Por lo expuesto, y como se mencionó anteriormente, lo que se propone en este trabajo es aclarar la manera en que debe interpretarse y aplicarse el artículo 28 del COIP, a efectos de sancionarse las acciones omisivas de guías penitenciarios cometidas en perjuicio de las PPL. Habiéndose explicado en el capítulo anterior los elementos del delito de omisión, lo que viene a continuación es determinar el alcance de la posición de garante de dichos funcionarios.

### **3.2. Alcance de la posición de garante de los guías penitenciarios**

#### **3.2.1. Deber de proteger la vida, salud e integridad de las personas privadas de libertad ante un supuesto penalmente típico de agresión dolosa.**

Como se lo mencionó anteriormente, los guías penitenciarios deben garantizar la seguridad de los centros y la de las PPL.<sup>155</sup> En este sentido, se demostrará a continuación que la no evitación posible de una agresión dolosa cometida en perjuicio de la vida o integridad de un interno, les es imputable a dichos funcionarios a título de comisión por omisión.

Pues bien, de acuerdo con el Reglamento Orgánico Funcional de la DNRS, una de las funciones específicas de los guías penitenciarios consiste en precautelar la integridad física de los internos que se encuentran bajo su custodia.<sup>156</sup>

Asimismo, el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social establece que mientras se desarrolle un traslado, se debe tomar todas las previsiones necesarias para proteger la identidad, intimidad y dignidad de los internos, evitando condiciones que afecten sus derechos humanos.<sup>157</sup> De este modo, cabe recordar que los guías penitenciarios son los funcionarios encargados de la custodia de los reclusos durante su traslado a otros centros, juzgados, hospitales, etc.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> Ver en págs. 9 y 10 de este trabajo.

<sup>156</sup> Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social. Artículo 50, literal j). Registro Oficial 530 de 20 de septiembre de 1994.

<sup>157</sup> Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Artículo 37. Registro Oficial Suplemento 695 de 20 de febrero de 2016.

<sup>158</sup> Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social. Artículo 50, literal i). Registro Oficial 530 de 20 de septiembre de 1994.

En igual sentido, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que “[e]l personal especializado responsable de la custodia de los adolescentes infractores dentro del centro y en el traslado, deben garantizar su integridad física...”<sup>159</sup>

Adicionalmente, el Principio 15 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, señala que tal uso de la fuerza se empleará cuando sea estrictamente necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos penitenciarios, o cuando corra peligro la integridad física de las personas. En ese sentido, el Principio 16 del mismo instrumento señala que el empleo de armas de fuego se realizará en casos de defensa propia o de terceros ante un peligro inminente de muerte o lesiones.<sup>160</sup>

Por otro lado, la Regla 54 de las RMTR establece que los funcionarios de prisiones deben recibir un tratamiento físico especial a fin de controlar la disciplina de aquellos reclusos violentos, y así garantizar la seguridad del centro y la de las demás personas.

Como se observa, existe variada normativa que establece el deber de estos funcionarios de velar por la integridad de los internos. Sin embargo, todavía no se puede afirmar que un guía penitenciario deba responder por comisión por omisión ante la no evitación de una agresión dolosa típica cometida en perjuicio de un recluso, pues cabe recordar que “no basta cualquier mandato de evitar una lesión de un bien jurídico para dar lugar a un delito de omisión impropia”,<sup>161</sup> puesto que “el deber de actuar debe fundarse no solo jurídicamente, sino también en una particular intensidad obligante”.<sup>162</sup>

Además, se había mencionado anteriormente que hay quienes piensan (entre ellos Silva Sánchez) que hay delitos de omisión pura o propia cuyo sujeto calificado es alguien que también ocupa una posición de responsabilidad especial o de garantía frente

---

<sup>159</sup> Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Artículo 397. Registro Oficial 737 de 3 de enero de 2003. Última modificación 7 de julio de 2014.

<sup>160</sup> Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de Agosto al 7 de Septiembre de 1990. Principios 15 y 16.

<sup>161</sup> Armin KAUFFMAN. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006, p. 290.

<sup>162</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI. *Tratado de Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 464.

al bien jurídico protegido, pero que sin embargo, no se le puede imputar el resultado final material debido a que su posición de garante no es particularmente intensa. Por lo tanto, si no se hallan los fundamentos de dicha particular intensidad obligante de los guías penitenciarios para con los reclusos, por las agresiones dolosas que estos pudieran sufrir por parte de terceros, tal obligación será simplemente una genérica de controlar o de proteger, cuya infracción solo daría origen a la autoría de un delito de omisión propia, sin que se les pueda imputar el resultado finalmente producido.

Ahora bien, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha afirmado acerca de la posición de garante que ocupa el Estado frente a las PPL. Así por ejemplo, en el caso Instituto de Reeducción del menor Vs. Paraguay, la Corte IDH estableció lo siguiente:

Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.<sup>163</sup> (El subrayado es propio).

Dicho control o dominio que ejercen las autoridades penitenciarias sobre las PPL, también se lo puede observar en el sistema de rehabilitación social ecuatoriano si se toma en cuenta algunas de sus características, tales como las que se señaló en el primer capítulo de este trabajo: limitación del consumo de comida y agua; vigilancia permanente sobre los internos; restricción de las visitas familiares; el mismo régimen disciplinario; que los internos pasen la mayor parte del día encerrados en las celdas; o, por la actual prohibición para los reclusos de poder recibir directamente a través de sus familiares, alimentos, vestimenta y kit de aseo personal,<sup>164</sup> pues, supuestamente, las

---

<sup>163</sup> Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 152. En el mismo sentido, *vid.*, Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 22.

<sup>164</sup> Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Artículos 15, 16 y 100. Registro Oficial Suplemento 695 de 20 de febrero de 2016.

autoridades se encargan de proveerles todos aquellos materiales necesarios para sobrevivir.<sup>165</sup>

Ahora, tratándose específicamente de los guías penitenciarios, se puede afirmar que su posición de garante de evitar la comisión de agresiones dolosas típicas en perjuicio de las PPL, se fundamenta tanto en los deberes de control de una fuente de peligro, como en los deberes de protección de un bien jurídico. Así, su posición de garante derivada del control de una fuente de peligro se fundamenta a su vez en el deber de vigilancia que tienen sobre la conducta de los reclusos, por el cual ejercen sobre ellos un particular dominio que se ve reflejado en el cumplimiento de ciertas funciones específicas, como por ejemplo: la vigilancia de los internos cuando están inclusive comiendo o durmiendo; controlar que estos cumplan con las disposiciones disciplinarias vigentes, para lo cual, pueden inclusive recurrir al uso progresivo de la fuerza; la realización de requisas periódicas de artículos prohibidos de ingresar a los centros; funciones todas estas que, a fin de garantizar el orden y la seguridad penitenciaria, pueden limitar algunos de los derechos de los reclusos como el de privacidad personal.<sup>166</sup>

Si bien pueden haber autores que no estén totalmente de acuerdo con la validez del deber de vigilancia sobre la conducta de terceros como fuente de posición de garante, como es el caso de Jesús Gómez López, para quien dicha fuente desconoce el principio de la responsabilidad penal personal, conforme al cual nadie es punible por los delitos ajenos, argumentando el autor colombiano que al ser los delitos dolosos o culposos, tales elementos subjetivos no pueden ser transmitidos al vigilante, quien tampoco puede controlar los propósitos o deficiencias internas del comportamiento de sus vigilados, más aun cuando estos son personas imputables, concluyendo que de sostenerse lo contrario, sería transferir el delito a cuenta de responsabilidad objetiva.<sup>167</sup> Sin embargo, lo cierto es que la doctrina penal, por mayoría, estima que si los funcionarios penitenciarios no impiden los delitos de los internos, responden de aquellos en comisión por omisión, pues, como lo señala Gimbernat al citar a Rudolphi, “el interno se

---

<sup>165</sup> Visita en el ex museo del ex Penal García Moreno, efectuada el sábado 27 de junio de 2015.

<sup>166</sup> Ver en págs. 8, 9, 10 y 11 de este trabajo.

<sup>167</sup> Jesús Orlando GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito...* Óp. cit., p. 371.

encuentra plena o parcialmente incapaz de cumplir la tarea- que primariamente le corresponde a él- de protegerse a sí mismo y a sus bienes jurídicos, por lo que, [...], se le impone al Estado y a sus funcionarios un deber de protección.”<sup>168</sup>

En ese sentido, se ha sostenido así también en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que el Estado se encuentra en posición de garante de las personas privadas de libertad, debido a que estas ven reducidas sus posibilidades de autoprotección. Así por ejemplo, en el Caso 11.491 - Menores Detenidos, se sostuvo lo siguiente:

... el Estado, al privar de libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener a un individuo, el Estado lo introduce en una "institución total", como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección. Todo ello hace que el acto de reclusión implique un compromiso específico y material de proteger la dignidad humana del recluso mientras esté bajo su custodia, lo que incluye su protección frente a las posibles circunstancias que puedan poner en peligro su vida, salud e integridad personal, entre otros derechos.<sup>169</sup>

Es decir, el control o dominio que ejercen los funcionarios penitenciarios sobre las personas privadas de libertad, se da toda vez que una persona es introducida en lugares que han sido denominados instituciones totales, como los CPL, pues en estos, los funcionarios buscan reformar varios aspectos de la vida personal de los internos, como por ejemplo, sus costumbres, el trabajo que han de desarrollar, la cantidad y calidad de sus comidas, e inclusive su actitud moral, etc., todo ello con el fin de conseguir los objetivos que persigue el sistema.<sup>170</sup>

Por lo expuesto, se puede decir que los reclusos, quienes además de no estar generalmente en condiciones de salud físicas y psíquicas óptimas, tienen una práctica imposibilidad de reclamar por su propia cuenta a otros internos por alguno de sus bienes, siempre que aquello pueda afectar la convivencia armónica dentro de los

---

<sup>168</sup> Enrique GIMBERNAT ORDEIG. *Estudios sobre el delito de omisión... Óp. cit.*, pp. 227 y 228.

<sup>169</sup> CIDH. Informe N° 41/99, Caso 11.491, *Menores Detenidos*, Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 135.

<sup>170</sup> *Cfr.*, Michel FOUCAULT. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. 2ª. Edición. 2ª. Reimpresión. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, pp. 271 y 272.



centros. Siendo así, los guías penitenciarios vienen a ser los encargados de solucionar cualquier conflicto entre estas personas, pues tienen el deber de vigilar y controlar su disciplina. Por lo tanto, bien puede tomarse la idea de Juan Antonio Lascuraín, para quien “la posición de garante parte en ciertos casos de la concepción del bien jurídico, de su debilidad frente a agresiones externas y de la dependencia de su indemnidad de personas distintas de su titular, a quienes por ello mismo se les atribuye un deber de protección.”<sup>171</sup>

Conforme a lo anterior, está claro que existe una posición de garante de los guías penitenciarios para con las PPL, no solo derivada de su deber de vigilancia sobre su conducta, sino también por una asunción voluntaria de deberes de protección, debido a las funciones específicas relativas a la seguridad y el orden que tienen que cumplir. Debido a esto último, nace adicionalmente una confianza especial en los internos en que ante una amenaza proveniente de un tercero hacia su vida o integridad, tales funcionarios los defiendan, confianza especial que, de acuerdo al tratadista Eugenio Zaffaroni, sirve para fundamentar efectivamente el deber de garantía en toda relación social.<sup>172</sup>

Además, desde el punto de vista de Günther Jakobs<sup>173</sup> las funciones de seguridad y orden que cumplen los guías vendrían a ser competencias institucionales que fundan su posición de garante, y que la omisión de su cumplimiento equivaldría a una acción toda vez que las mismas tienen tal relevancia social, pues tienen por fin proteger los derechos de las PPL, siendo esta una de las finalidades del sistema penitenciario ecuatoriano.

Ahora bien, debe aclararse que no todo supuesto de agresión dolosa conllevaría una responsabilidad penal en comisión por omisión para los guías penitenciarios, sino, únicamente aquellos en los que habiendo tenido el funcionario una verdadera posibilidad de evitar el resultado, hará luego que su omisión sea penalmente relevante.

---

<sup>171</sup> Juan Antonio LASCURAÍN. *Penar por Omitir. Fundamento de los deberes de garantía*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002, p. 19.

<sup>172</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI. *Tratado de Derecho Penal... Óp. cit.*, p. 470.

<sup>173</sup> Ver en págs. 32 y 33 de este trabajo.

A fin de explicar mejor el punto anteriormente mencionado, se puede citar un interesante fallo emitido por la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza respecto a un homicidio de uno de los internos cometido en su celda, el cual habría sido ocasionado por el uso de arma blanca por parte de otro interno. En este caso, si bien dicha Sala le condenó al Estado, se estableció que hubo una prestación deficiente de dar seguridad por parte de las autoridades penitenciarias en relación a las personas privadas de libertad, en vista de que hubo un “incumplimiento a los deberes de cuidado y de previsión y el desconocimiento real del marco normativo, de donde subyace la culpa”.<sup>174</sup>

En similar sentido, se resolvió en Colombia un caso de homicidio producido por disparos de arma de fuego en una cárcel de Bogotá, estableciéndose que en tal caso “es evidente que hubo una falla del servicio de seguridad ya que la muerte fue causada con arma de fuego, siendo obligación de las autoridades penitenciarias el no permitir el ingreso de las mismas al penal, y también garantizar la seguridad de los internos”.<sup>175</sup>

De igual manera, respecto a una intoxicación masiva por consumo de alcohol por parte de los internos de un establecimiento penitenciario en Colombia, por la que resultó la muerte de dos reclusos, se estableció que “... existe una obligación para la institución carcelaria a través del personal de guardianes de ejercer un control permanente sobre los reclusos en aras de garantizar su seguridad e integridad personal, por tanto [...] la institución debe asumir todos los riesgos que lleguen a presentarse”.<sup>176</sup>

Si bien es cierto, el realizar requisas periódicas de artículos prohibidos de ingresar a los centros penitenciarios, tales como: armas, licor, drogas, etc., es también uno de los deberes que tienen los guías, no obstante, su sola omisión no es suficiente para imputar

---

<sup>174</sup> Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II. Sentencia del 9 de diciembre de 1993. Citado en Lisandro L. Marsico, “Responsabilidad del Estado por la omisión en los controles relativos al servicio penitenciario”, *Revista de Derecho de daños, la omisión en el Derecho de daños*. Jorge Mosset Iturralde (Dir.) Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2007, pp. 186 y 187.

<sup>175</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 19 de junio de 2013, expediente 27123, Subsección C. Citado en Adriana Mejía GUILLÉN ANDRANGO. *Responsabilidad patrimonial del Estado por daños sufridos por quienes se encuentran privados de libertad. Lineamientos para la implementación de la conciliación*. 1ª ed. Bogotá: Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado. 2013., p. 36.

<sup>176</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 14 de marzo de 2012, expediente 21848, Subsección C. Citado en Adriana María GUILLÉN ANDRANGO. *Responsabilidad patrimonial del Estado... Óp. cit.*, pp. 28 y 29.

a tales funcionarios un resultado de muerte a modo de comisión por omisión. Es suficiente entonces que, el guía conozca y presencie la situación concreta en que se desarrolló la ejecución del homicidio, y que haya tenido la posibilidad de evitar el resultado típico. Únicamente esta relación material próxima entre, el bien jurídico protegido y el sujeto garante; y, el conocimiento actual de este sobre la situación que amenaza a aquel, puede convertir un no hacer en omisión penalmente relevante, pues solo en estos casos habrá el denominado nexo causal.

Sin embargo, lo anterior podría llevar a considerar que si un guía penitenciario se ausenta del lugar donde se produce la situación típica, consecuentemente su omisión no sería penalmente relevante. Aquí, deben distinguirse los siguientes casos:

1) Si el guía conoce del plan delictivo de un grupo de internos de atentar contra la integridad de otro, y por ello decide deliberadamente alejarse del lugar donde tal plan ha de ejecutarse, su omisión sigue siendo punible, pues ya tenía conocimiento de tal resultado, de modo que sí existe su posibilidad material de evitar el mismo.

2) Si el guía no presenció la situación de riesgo y por ello no intervino, por haber estado realizando sus labores de vigilancia en algún otro sector del centro, no hay omisión punible, ni siquiera culposa, pues simplemente no ha tenido una verdadera capacidad de acción, siendo este un elemento objetivo de la omisión. Esto último puede suceder frecuentemente tratándose de centros en los que el número de personal de seguridad es desproporcional en relación al número de personas privadas de libertad.

En conclusión, un guía penitenciario únicamente comete comisión por omisión de las agresiones dolosas típicas que afectan la vida, salud e integridad de las PPL cuando: i) tiene conocimiento actual de la situación típica; ii) conoce de su deber de evitar el resultado típico; iii) reconoce los medios y la manera de usarlos a fin de cumplir con su deber; y, iv) reconoce su posibilidad material o real de evitar el resultado.<sup>177</sup>

### **3.2.2. Deber de proteger la vida o integridad de las personas privadas de libertad ante un supuesto penalmente atípico que afecte en principio su salud.**

El deber de custodia que tienen los guías penitenciarios no se limita a la protección de la vida, salud o integridad de los internos frente a aquellos ataques dolosos de

---

<sup>177</sup> Marco Antonio TERRAGNI. *Delitos de omisión... Óp. cit.*, p. 197.

terceros, sino también frente a cualquier otra situación, aun cuando la misma no constituya una conducta penalmente típica, particularmente si se trata de una aflicción en el estado de salud de los reclusos. Así, se demostrará que los daños sufridos por las PPL derivados de circunstancias penalmente atípicas pero que afectan en principio su salud, puede conllevar para los guías una responsabilidad penal a título de comisión por omisión.

Si bien lo anterior tiene sentido si se adopta aquella teoría por la cual la asunción de protección de un bien jurídico se ha de referir respecto a cualquier riesgo que lo amenace, así como el deber de vigilancia de una fuente de peligro se ha de referir respecto a todos los bienes jurídicos que puedan ser afectados por ella.<sup>178</sup> No obstante, existen algunos autores que sostienen que los deberes de garante derivados del deber de protección de un bien jurídico no pueden referirse a cualquier peligro sin distinción alguna de su origen, al igual que aquellos deberes de garante derivados del deber de vigilancia de una fuente de peligro no pueden referirse a cualquier bien jurídico que pueda resultar afectado.<sup>179</sup>

Específicamente tratándose de los guías penitenciarios, el autor Silva Sánchez considera que únicamente la no evitación de agresiones dolosas entre los internos, puede conllevar para dichos funcionarios una responsabilidad penal a título de comisión por omisión. Para ello, el autor español parte de que para la imputación de uno de estos delitos, se requiere no solamente el deber intensificado de evitar un resultado, sino que además exista una identidad estructural y material entre omisión y comisión. Luego, dicha identidad exige la presencia de un control específico sobre el riesgo, lo que en los delitos de comisión activa se traduce en la puesta en marcha del curso causal, mientras que en los de omisión impropia, tiene lugar con el compromiso de contención de riesgos.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> Enrique BACIGALUPO. *Delitos impropios de omisión... Óp. cit.*, p. 120.

<sup>179</sup> Jorge Fernando PERDOMO TORRES. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001, pp. 38 y 39.

<sup>180</sup> Jesús María SILVA SÁNCHEZ. “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración, o también responsabilidad penal de los funcionarios? (A propósito de algunas sentencias de las Salas 2ª, 3ª, y 4ª del T.S.)”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*. Volumen II. Madrid, 1991, p. 563

Según Sergi, al citar a Silva Sánchez, aquel compromiso específico de contención de riesgos que asume un sujeto (garante) sobre la base de un deber de vigilancia de una fuente de peligro, se ve reflejado en actos inequívocos que permitan concluir la existencia de dicho compromiso. Respecto a los guías, tales actos inequívocos son, entre otros, el control de la disciplina de los reclusos y la realización de requisas en las celdas a fin de retener objetos que pueda atentar contra la integridad de las demás personas.<sup>181</sup>

Por lo dicho, Silva sostiene que únicamente aquellos supuestos de agresión dolosa de un interno hacia otro pueden generar responsabilidad penal por omisión impropia para el funcionario de prisiones, pues solo en estos casos existe el “compromiso específico –y manifiesto- de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados”<sup>182</sup>

Vistas así las cosas, los guías no podrían ser inculcados por homicidio por omitir prestarle atención a un interno cuando este se vea afectado en su salud, pues dicha actividad no forma parte de sus funciones específicas, al menos no de acuerdo a las descritas en el Art. 50 del Reglamento Orgánico Funcional de la DNRS, las mismas que, en definitiva, se refieren a la seguridad del centro, al control de la disciplina, así como a la vigilancia de la permanencia de las PPL al interior de los CPL.<sup>183</sup> En otras palabras, la atención de una aflicción en el estado de salud sufrida por los internos, no forma parte del compromiso específico de contención de riesgos que tienen los guías penitenciarios.

Conforme a lo anterior, resulta oportuno mencionar el criterio que tiene cierto sector de la doctrina acerca del alcance de la posición de garante. Así por ejemplo, los autores colombianos Eduardo Montealegre y Jorge Perdomo Torres, con clara orientación normativista, consideran que la formulación de un juicio de imputación penal debe basarse fundamentalmente en la delimitación de los ámbitos de competencia del sujeto, de modo que este solo deberá evitar el resultado que surja en virtud de los

---

<sup>181</sup> Natalia SERGI. “*Delitos imprudentes en el ámbito carcelario...* Óp. cit., p. 54.

<sup>182</sup> Jesús María SILVA SÁNCHEZ. *Muerte violenta del recluso...* Óp. cit., p. 564.

<sup>183</sup> Reglamento Orgánico de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social. Art. 50. Registro Oficial 530 de 20 de septiembre de 1994.

deberes de su propio ámbito de responsabilidad, pues esto es lo que define su posición de garante.<sup>184</sup>

En ese mismo sentido, Jakobs señala que para la determinación de la posición de garante, “los límites de los roles funcionan a la vez como límites de responsabilidad”,<sup>185</sup> citando como ejemplo el caso del médico, quien solo está obligado a velar por la vida del paciente en la medida que el riesgo se relacione con su actividad, no respondiendo penalmente por no haber intervenido, aun pudiendo hacerlo, en el caso en que una tercera persona haya entrado a la habitación del paciente y lo haya lesionado.<sup>186</sup> De igual manera, Gómez López señala que “no es suficiente una asunción voluntaria de cuidado o guarda para que ello haga al obligado en garante llamado a conjurar todos los peligros sin importar su origen causal”, de modo que, p. ej., un guardaespaldas no se obliga a dar una asistencia médica.<sup>187</sup>

No obstante lo anterior, respecto del ámbito penitenciario se ha señalado que la salud física y mental de las PPL no es únicamente responsabilidad de la administración de la institución penal o de los funcionarios encargados de la salud, sino que también lo es del personal penal, administrativo y de todos aquellos que se encuentran vinculados en el trato de los internos.<sup>188</sup> Así por ejemplo, el artículo 6 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley nos indica que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben asegurar la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise”.<sup>189</sup>

---

<sup>184</sup> Eduardo MONTEALEGRE LYNETT y Jorge Fernando PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 49.

<sup>185</sup> Günther JAKOBS. “La imputación objetiva en derecho penal”. Traducido por Manuel Cancio Meliá. *Colección de estudios, volumen I*. Universidad Externado de Colombia, 1994, pág. 25.

<sup>186</sup> *Ibíd.*

<sup>187</sup> Jesús Orlando GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito... Óp. cit.*, p. 374.

<sup>188</sup> Reforma Penal Internacional. *Manual de buena práctica penitenciaria... Óp. cit.*, p. 76.

<sup>189</sup> Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. Artículo 6.

Asimismo, la Regla 87 literal d) de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad establece que “todo el personal [de los centros de detención] deberá velar por la cabal protección de la salud física y mental de los menores, [...] y deberá adoptar con urgencia medidas para que reciban atención médica siempre que sea necesario.”<sup>190</sup>

Es decir que, dentro de un CPL, cada miembro del personal debe contribuir en garantizar el derecho a la salud de los internos, sin tener mayor importancia sus funciones específicas que desempeñe.

Dicha responsabilidad colectiva se debe seguramente a que la salud de las PPL es más vulnerable que la de los ciudadanos libres, debido a las propias circunstancias que conlleva el encarcelamiento. Por tal motivo, se dice que cada solicitud de un preso para ver a un médico se debe tomar seriamente y atender de manera inmediata, aun cuando el interno pretenda estar enfermo o quiera abusar del cuidado médico, pues quien finalmente debe determinar cuál es su verdadero estado de salud, es el médico. En este sentido, la salud de los internos debe prevalecer ante el control, la disciplina, y cualquier otro interés que persiga la institución penitenciaria.<sup>191</sup>

Como se observa, tales instrumentos internacionales nos indican que todos los funcionarios que mantienen contacto con los reclusos deben contribuir a garantizar su derecho a la salud. Sin embargo, aquí también cabe la duda de si el incumplimiento de dicho deber podría generar en los guías penitenciarios una responsabilidad por omisión propia o por comisión por omisión. Por ello, se debe exponer las razones que fundan su particular posición de garante sobre las PPL, en las situaciones como las que ahora se están analizando.

Pues bien, si se dice que la responsabilidad que contrae el Estado de garantizar la salud de las PPL recae sobre todos sus funcionarios, debe, sin embargo, considerarse que ha de recaer con cierta particularidad en los guías penitenciarios, pues, como lo señala el autor Emiro Sandoval, estos funcionarios son quienes se encargan de hacer

---

<sup>190</sup> Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Regla 87 literal d).

<sup>191</sup> Reforma Penal Internacional. *Manual de buena práctica penitenciaria... Óp. cit.*, pp. 74 - 81.

efectiva y mantener en privación de libertad a los sentenciados, vigilándolos o custodiándolos, de manera que son quienes permanecen en mayor contacto directo con los internos, y de su acción depende, en gran proporción, la rehabilitación social del individuo.<sup>192</sup>

En virtud de lo dicho, se puede afirmar que los guías penitenciarios son quienes en muchos casos serán los primeros en conocer de alguna situación, aunque atípica, que amenace la salud y otros bienes jurídicos de los reclusos, y por ello, serán los primeros en poder intervenir en salvaguardia de los mismos.

Por otra parte, tratándose de situaciones que amenacen la salud de los internos y que no puedan ser solucionadas con simples primeros auxilios, los guías seguirían siendo responsables por comisión por omisión del resultado finalmente producido en perjuicio del recluso, pues la atención médica que este pueda llegar a requerir dentro de un CPL dependerá muchas veces en gran medida de dichos funcionarios, ya que estos, debido a sus funciones de vigilancia y control, pueden decidir, p. ej., si el interno puede o no salir de su celda durante la noche a fin de recibir una atención médica, o pueden permitir que el interno suspenda su rutina del día para poder ser atendido por el médico del centro.

Ciertamente, lo anterior puede generar discusión toda vez que se afirme que “la posibilidad real de evitar el resultado debe concretarse en el sujeto obligado jurídicamente a impedir el evento típico”;<sup>193</sup> es decir, que el obligado sea quien deba ejecutar la acción necesaria, de modo que el guía no cometería ante estos casos un delito de omisión impropia, pues claro está que por sí mismo no tiene la capacidad de brindarle al interno una atención médica, por lo que su no actuación ante estas situaciones equivaldría más bien a un delito de omisión propia por negativa de dar auxilio.

Sin embargo, frente a una situación que conlleve un riesgo inminente inclusive para la vida del interno, el guía penitenciario conoce que de su acción (p. ej., abrirle la celda al recluso a fin de permitirle acceso al centro médico) depende en gran medida la salvaguardia del bien vida del interno. En consecuencia, los guías no estarían en estos

---

<sup>192</sup> Emiro SANDOVAL. *Penología... Óp. cit.*, p. 323.

<sup>193</sup> Jesús GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del delito... Óp. cit.*, p. 384.



casos ante una imposibilidad de actuar, pues, por un lado, no se está en principio frente a una situación de fuerza mayor, y, por otro, el garante (guía) únicamente requiere realizar una conducta adecuada conforme a sus verdaderas posibilidades, que en estos casos consistiría en permitirle al interno su visita al centro médico, lugar donde luego el funcionario competente pasará a ocupar la posición de garante de aquel.

Además, según se ha afirmado, “[l]a fundamentalidad del derecho a la salud de las personas privadas de libertad se presume y, por lo tanto, no es necesario demostrar que su protección es indispensable para lograr la salvaguarda de otros derechos”.<sup>194</sup> En este sentido, el deber que tienen las autoridades penitenciarias de velar por la salud de los internos no se refiere únicamente a aquellas situaciones que importan urgencia por contemplarse una grave amenaza para la vida de la persona. Por el contrario, si el funcionario no le facilita al interno la atención médica oportuna, aun cuando la dolencia presentada por aquel parezca admitir espera, se estaría atentando en contra de su dignidad humana, pues de una manera injusta se está provocando una evolución en su enfermedad, y así, dicha demora podría constituir en sí misma una forma de tortura.<sup>195</sup>

Conforme a lo expuesto, el guía sí debería responder por un homicidio por omisión frente aquellas “leves” amenazas que afectan la salud del interno y que derivan en tal resultado, puesto que, de manera imprudente, el guía confía en la no gravedad del asunto, aun cuando no podía ni debía emitir un juicio de tal naturaleza. Y, con mayor razón, si la enfermedad que aquejaba la salud del interno admitía espera, el funcionario habría tenido mayor oportunidad para actuar como correspondía e interrumpir así el curso causal lesivo.

Frente a escenarios como este último, podría todavía seguirse discutiendo la responsabilidad penal del funcionario por una aparente imposibilidad de representarse el resultado. Por este motivo, se recomienda que todo el personal penitenciario deba tener al menos conocimientos básicos sobre cuestiones de salud.<sup>196</sup> Así, el guía deberá conocer sobre cómo prestar primeros auxilios; reconocer situaciones que se deban referir inmediatamente a un funcionario médico profesional; identificar ciertas

---

<sup>194</sup> ACNUDH. *Derechos de las personas privadas de libertad... Óp. cit.*, pp. 175- 176.

<sup>195</sup> ACNUDH. *Personas privadas de libertad... Óp. cit.*, pp. 305- 308.

<sup>196</sup> ACNUDH. *Los Derechos Humanos y las prisiones... Óp. cit.*, p. 76.

situaciones de estrés relacionadas al tratamiento penitenciario, e identificar síntomas de adicción a las drogas o de alguna enfermedad contagiosa.<sup>197</sup> De esta manera, habría menos posibilidades para el funcionario de alegar algún tipo de error frente a la apreciación de la realidad.

En conclusión, aquella teoría que señala que mediante el acto de privación de libertad se le reduce considerablemente las posibilidades de autoprotección a una persona, cabe entenderse tanto para la indefensión de los internos frente ataques dolosos de terceros, como frente aquellas situaciones que aun cuando sean en principio penalmente atípicas puedan también poner en riesgo la vida o integridad de la persona. En consecuencia, la teoría de posición de garante aplicable a los guías penitenciarios debe ser aquella que genera deberes de protección de un bien jurídico frente a cualquier riesgo, y que genera también deberes de vigilancia de una fuente de peligro respecto a cualquier bien, debido a su mayor contacto directo que mantienen con los reclusos.

---

<sup>197</sup> Reforma Penal Internacional. *Manual de buena práctica penitenciaria... Óp. cit.*, p. 93.

## 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 4.1. Conclusiones

#### 4.1.1. Sobre la posición de garante de los guías penitenciarios.

1) Los guías penitenciarios tienen el deber de evitar la comisión de agresiones típicamente dolosas entre reclusos, como consecuencia derivada de sus deberes de vigilancia y seguridad, pues para ello ejercen ciertas funciones específicas que inequívocamente se dirigen hacia tal finalidad, tales como a) realizar requisas en las habitaciones del centro o en los mismos internos; b) deben vigilarlos permanentemente durante el ejercicio de sus actividades diarias; c) deben controlar que su conducta se adecúe al reglamento interno; d) pueden recurrir a las técnicas del uso progresivo de la fuerza para sofocar amotinamientos.

2) Los guías penitenciarios también tienen el deber de evitar la comisión de agresiones típicamente dolosas por parte de cualquier tercero en perjuicio de los reclusos, por cuanto sus funciones de seguridad originan en ellos una confianza especial, y por cuanto dichas funciones pueden ser consideradas competencias institucionales, cuya omisión equivaldría a la acción toda vez que tiene tal relevancia social puesto que, en definitiva, contribuyen a los fines de la pena privativa de libertad.

3) Adicionalmente, los guías penitenciarios deben evitar que cualquier supuesto lesione la vida o integridad de las personas privadas de libertad, cuando en principio dicho supuesto afecte la salud de estas personas. Este deber de garante de los guías se fundamenta por las siguientes razones:

3.1) El derecho a la salud es uno de aquellos que no admiten limitación alguna, pues su efectivo goce permite a la persona vivir en condiciones acorde a su dignidad humana, y por tanto, prevalece ante cualquier interés de seguridad penitenciaria.

3.2) Las personas privadas de libertad se encuentran en una situación de vulnerabilidad, toda vez que tienen limitadas sus posibilidades de autoprotección al tener que vivir en condiciones de reclusión.

3.3) Debido a sus funciones de custodia y vigilancia, los guías penitenciarios mantienen una cercanía material con los internos, de modo que, serán los primeros

en conocer de alguna situación que amenaza sus derechos, y por tanto, serán también los primeros en poder intervenir en su salvaguardia.

4) Por lo expuesto, se concluye que existe un elemento determinante para la posición de garante de los guías penitenciarios: la dependencia material del goce de los derechos de las personas privadas de libertad en el cumplimiento de las funciones de los guías. Esta dependencia permite ver a su posición de garante desde la óptica de los deberes de control de una fuente de peligro, así como desde la óptica de los deberes de protección del bien jurídico, cuya violación no conlleva una simple responsabilidad penal por omisión propia, sino una responsabilidad penal por comisión por omisión, debido a que entre reclusos y guías existe una estrecha relación social o, en palabras de la Corte IDH, una relación especial de sujeción.

#### **4.1.2. Sobre los demás elementos que componen la comisión por omisión.**

1) Siendo la omisión impropia dolosa de acuerdo al Art. 28 del COIP, se le deberá sancionar al garante únicamente cuando no haya realizado una conducta que seriamente se dirija al fin que le es ordenado, aun cuando no se haya logrado evitar el resultado típico.

2) De acuerdo al Art. 28 del COIP, se comete una conducta de omisión impropia cuando el garante, deliberadamente, ha preferido no evitar el resultado material típico. En consecuencia, el garante debe tener el dominio de la no producción de tal resultado.

3) Conforme al Art. 28 del COIP, para que haya dominio de la no producción del resultado típico deben verificarse tres circunstancias:

3.1) El garante debe tener conocimiento actual respecto de la situación donde debe operar su acción salvadora;

3.2) El garante debe reconocer los medios que le han de ayudar a evitar el resultado típico, así como también debe reconocer la forma o manera en que debe emplear tales medios a fin de cumplir con su deber;

3.3) El garante debe reconocer su posibilidad real de evitar el resultado típico. Esta posibilidad real implica a su vez dos circunstancias: i) una cercanía material entre el garante y el titular del bien jurídico que se encuentra actualmente

amenazado de lesión; ii) que el garante reconozca que si actúa existe una alta probabilidad de evitar el resultado. Solo en este sentido, podrá hablarse de una omisión dolosa o, en palabras de Welzel, de un omitir consciente del poder final de la acción.

4) No existirá posibilidad real de evitar el resultado cuando: i) exista una ausencia de conducta penalmente relevante, es decir, cuando haya fuerza física irresistible o un estado de inconsciencia debidamente comprobado; ii) exista un actual desconocimiento por parte del garante de su posibilidad de evitar el resultado, aun cuando se demostrare que si hubiese actuado con mayor cuidado habría podido reconocer que sí tenía tal posibilidad. Esta última circunstancia se la excluye como posibilidad real de evitar el resultado por cuanto pertenece más bien a un supuesto de omisión culposa (no reconocida por el COIP), lo que en términos de Welzel sería una omisión inconsciente del poder final de la acción.

5) De lo anterior, se concluye que la omisión equivale a la acción cuando se verifiquen dos requisitos: i) existe posición de garante en el sujeto; ii) existe posibilidad real física y psíquica de evitar el resultado. Así, cuanto más intensa sea la posición de garante, y cuanto más visible aparezca la posibilidad de evitar el resultado, más sentido tendrá la equivalencia de pena entre omisión y acción.

6) La omisión solo se refiere a la no evitación de un resultado material típico. En consecuencia, solo se le debe sancionar al garante por no haber evitado un supuesto de peligro concreto (p.ej., tentativa de homicidio), o uno de lesión (p.ej., homicidio).

7) Teóricamente, la omisión impropia sí admite la culpa consciente y el dolo eventual, no obstante, de acuerdo al COIP, puede cometerse solo con dolo directo. Habrá dolo directo cuando el garante, conociendo de su deber de actuar y de su posibilidad de hacerlo, conoce además que si no actúa, el resultado típico se da como un hecho seguro por existir un riesgo inminente. En consecuencia, cualquier error sobre los elementos objetivos de la omisión, dejará a la conducta impune por falta de tipicidad subjetiva.

## **4.2 Recomendaciones**

### **4.2.1. Recomendación general.**

1) Que la posición de garante derivada de contrato no se vea limitada por meras formalidades. Por ello, se recomienda que al contrato, como fuente de posición de garante, se lo entienda más bien como una asunción voluntaria y material o directa de funciones de control de una fuente de peligro (cárceles, personas privadas de libertad) respecto de todo bien jurídico que lo pueda afectar (vida, salud, integridad personal); o, a su vez, que se lo entienda como una asunción voluntaria y material o directa de funciones de protección de un bien jurídico respecto de todo peligro que lo pueda lesionar.

#### **4.2.1. Recomendaciones específicas.**

1) Que el deber legal de custodia que tienen los guías penitenciarios respecto a las personas privadas de libertad, no se entienda únicamente como deber de sofocar amotinamientos (seguridad interna de centro) y de contener o evitar fugas (seguridad externa del centro), sino también de proteger la vida, salud e integridad de los internos frente a cualquier situación que los pueda afectar.

2) Que para una efectiva protección del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, los guías penitenciarios deban tener al menos conocimientos básicos en cuestiones de salud, tales como: conocimientos en primeros auxilios; conocimientos sobre los síntomas de aquellas enfermedades graves cuya atención no puede admitir espera; conocimientos sobre los síntomas de adicción a las drogas; o, sobre los síntomas de un estrés relacionado al tratamiento penitenciario.

3) Que guías penitenciarios tengan entre sus funciones el velar por la salud física y mental de las personas privadas de libertad, la cual deba estar descrita en un reglamento, con la finalidad de que se pueda demostrar que su omisión fue cometida con mayor conocimiento respecto de su deber.

4) Que se capacite a guías penitenciarios en Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y en técnicas del uso progresivo de la fuerza.

5) Que se capacite a guías penitenciarios sobre cuáles serían las consecuencias penales por omitir sus funciones de proteger la vida, salud e integridad de los reclusos.

6) Que, conforme se vean los resultados de tal capacitación, se pueda proponer su responsabilidad penal por omisión impropia culposa o, al menos, con dolo eventual.

7) Que se investigue y se sancione penalmente por omisión a los guías penitenciarios por todos aquellos resultados que lesionan la vida, salud o integridad de los internos, cuando su evitabilidad estuviese bajo el dominio de dichos funcionarios; de lo contrario, se seguiría olvidando cuáles son los fines de la pena privativa de libertad.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### 5.1. Doctrina

- ACNUDH. *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*. 1ª. ed. Bogotá, Nueva Legislación LTDA, 2006.
- ACNUDH. *Los Derechos Humanos y las Prisiones. Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones*. Serie de capacitación profesional N. 11. Ginebra, 2004.
- ACNUDH. *Manual Básico de Derechos Humanos para el personal penitenciario*. 1ª. Ed. Bogotá: Pro Offset Editorial S.A., 2006.
- ACNUDH. *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Volumen 1. Bogotá, 2004.
- ACNUDH. *Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y Doctrina*. 1ª ed. Bogotá, 2006.
- ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ediciones Legales, 2016.
- ANDRADE, Xavier. *Curso Actualización en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal-COIP*. Universidad San Francisco de Quito, junio de 2014.
- ANDRADE, Xavier. *Curso Delitos de peligro y omisión*. Universidad San Francisco de Quito, junio de 2013.
- BACIGALUPO, Enrique. *Delitos impropios de omisión*. Buenos Aires: Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, 1978.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. V. II. Madrid: Trotta, 1999.
- CARO JOHN, José Antonio. “Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión”. *Anuario de Derecho Penal*. Lima, 2009
- CEDHU. “Audiencia sobre la situación penitenciaria en el Ecuador”. *Oficio N.- 078-CEDHU/11*. Quito, 21 de marzo de 2011.
- CIDH. “CIDH expresa preocupación ante información sobre cárcel La Modelo de Colombia.” *Comunicado de prensa 20/16*. 25 de febrero de 2016.
- CIDH. *Informe No. 41/99, Caso 11.491, Menores Detenidos*. Honduras. 10 de marzo de 1999.



- CIDH. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. 30 de diciembre de 2013.
- CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. 31 de diciembre de 2011.
- COYLE, Andrew. *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2002.
- CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. 5ª. ed. 1ª. reimpresión. Buenos Aires: Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, 2004.
- DÁVILA, Reynoso. *Teoría General del delito*. México D.F.: Porrúa, 1998.
- FIERRO, Guillermo Julio. *Causalidad e imputación*. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. 2ª. Edición. 2ª. Reimpresión. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.
- GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. 2ª. ed. Quito: Latitud Cero Editores, 2014.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2ª. ed. Montevideo: B de F Ltda., 2013.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2003.
- GOFFMAN, Erving. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. 1ª. ed. 3ª reimpresión. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Teoría del delito*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda., 2003.
- GRACIA MARTÍN, Luis. "Los delitos de comisión por omisión. (Una exposición crítica de la doctrina dominante)", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
- GUILLÉN ANDRANGO, Adriana María. *Responsabilidad patrimonial del Estado por daños sufridos por quienes se encuentran privados de libertad. Lineamientos para la implementación de la conciliación*. Bogotá: Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado. 2013.
- JAKOBS, Günther. "La imputación objetiva en derecho penal". Traducido por Manuel Cancio Meliá. *Colección de estudios, volumen I*. Universidad Externado de Colombia, 1994.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Teoría del delito*. México D.F.: Iure Editores, 2004.
- KAUFFMAN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006.
- LASCURAÍN, Juan Antonio. *Penar por Omitir. Fundamento de los deberes de garantía*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002.
- MARAMBIO, Alejandro et al. *Memorias del Seminario Internacional Derecho y Administración Penitenciaria: Fundamentos de la Reforma*. Serie Memorias y Debates N°6. 1ª. ed. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 2014.
- MARSICO, Lisandro L. “Responsabilidad del Estado por la omisión en los controles relativos al servicio penitenciario”, *Revista de Derecho de daños, la omisión en el Derecho de daños*. Jorge Mosset Iturralde (Dir.) Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2007.
- MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General 2*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1995.
- MESSUTI, Ana et al. *La rehabilitación social en el contexto latinoamericano*. Serie Justicia y Derechos Humanos. 1ª. ed. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Subsecretaría de Desarrollo Normativo, 2014.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958.
- MOLINA, Gonzalo Javier. *Delitos de omisión impropia*. 1ª. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- NOVOA, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- NÚÑEZ, Jorge. “La crisis del sistema penitenciario en Ecuador (Tema central)”. *Boletín Ciudad Segura N 1* (2006).
- Office of the United Nations. High Commissioner for Human Rights. *Human Rights and Prisons. A Pocketbook of International Human Rights. Standards for Prison Officials*. Series N° 11. Geneva: Palais des Nations, 2005.

- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Reforma Penal Internacional. *Manual de buena práctica penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Versión en español. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1ª. edición. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remedal. Madrid: Civitas S.A., 1997.
- SALGADO, María (ed.). *Conferencia regional sobre la situación carcelaria en la región andina*. 1ª. ed. Quito: Comunicaciones INREDH, 2000.
- SANCINETTI, Marcelo. *Casos de Derecho Penal. Parte general*. 3ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
- SERGI, Natalia. “Delitos imprudentes en el ámbito carcelario: la responsabilidad por omisión del agente penitenciario”, en *Cuestiones particulares de la imprudencia en el derecho penal*. Julio B. J. Maier (Comp.). Buenos Aires: Ad- Hoc, 1999.
- SHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de González Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. 2ª ed. Reimpresión. Montevideo: B de F Ltda, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario. ¿Sólo responsabilidad patrimonial de la administración, o también responsabilidad penal de los funcionarios? (A propósito de algunas sentencias de las Salas 2ª, 3ª, y 4ª del T.S.)”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*. Volumen II. Madrid, 1991.
- SMOLIANSKI, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.
- SORIA, Juan Manuel. *La omisión en el sistema penal. Relación entre las figuras de homicidio y abandono de personas*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2009.
- TERRAGNI, Marco Antonio. *Delitos de omisión y posición de garante en derecho penal*. 1ª. ed. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2011.
- TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2009.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio. *Tratado de derecho penal. Parte general III*. Buenos Aires: Ediar, 1981.

## **5.2. Textos normativos**

Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 de 3 de enero de 2003.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial- Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José). Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

Decreto Ejecutivo 585. Registro Oficial- Suplemento 348: 24 de diciembre de 2010.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/111 de 14 de diciembre de 1990.

Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana- Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Reglamento del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social. Registro Oficial N° 267 de 7 de febrero de 2008.

Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Registro Oficial- Suplemento 695 de 20 de febrero de 2016.

Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social. Registro Oficial 530: 20 de septiembre de 1994.

Reglamento sustitutivo del reglamento general de aplicación del código de ejecución de penas y rehabilitación social. Registro Oficial 379 de 30 de julio de 2001.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General en Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

### 5.3. Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión. *Sentencia T- 605/97*. Expediente T- 140.052. Bogotá, 21 de noviembre de 1997.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión. *Sentencia T- 815/13*. Expediente 3970441. Bogotá, 12 de noviembre de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión. *Sentencia T- 328/12*. Expediente T-3311600. Bogotá, 3 de mayo de 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Quinta de Revisión. *Sentencia T- 257/2000*. Expediente T- 259279. Bogotá, 6 de marzo de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Tercera de Revisión. *Sentencia T- 153/98*. Expedientes acumulados T- 137001 y 143950. Bogotá, 28 de abril de 1998.

Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.

Corte IDH. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N° 20.

### 5.4. Sitios web

ECUAVISAS. *Las recientes irregularidades dentro de la cárcel del Guayas que revelaron las autoridades*. 30 de julio de 2015.

<http://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/114790-recientes-irregularidades-dentro-carcel-del-guayas-que-revelaron> (acceso: 31/07/2015).

EL COMERCIO. *Violencia agrava el caos carcelario*. 9 de febrero de 2012. <http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/violencia-agrava-caos-carcelario.html> (acceso: 10/03/2016).

EL UNIVERSO. *Cárceles, vulnerables al manejo interno*. 22 de diciembre de 2013. <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/12/22/nota/1945161/carceles-vulnerables-manejo-interno> (acceso: 10/03/2016).

EL UNIVERSO. *Condición de los reclusos es preocupante según Cedhu*. 1 de marzo de 2014. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/03/01/nota/2257196/condicion-reclusos-es-preocupante-segun-cedhu> (acceso: 10/03/2016).

PESÁNTEZ, Johanna. *Una nueva rehabilitación social*. <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Una-Nueva-Rehabilitacion-Social.pdf> (acceso: 27/07/15)

## **5.5. Salidas de campo**

Visita al ex museo del ex Penal García Moreno, efectuada el sábado 27 de junio de 2015.

Pasantía en el Centro de Adolescentes Infractores Varones Quito (Virgilio Guerrero), de mayo- agosto de 2015.