

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

**Colegio de Jurisprudencia**

**Los problemas de la posición de garante derivada del  
art. 28 del COIP para su aplicación en la práctica.**

Trabajo de investigación

**Emilio Nicolás Cruz López**

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

Director: Xavier Andrade Castillo  
Quito, diciembre de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

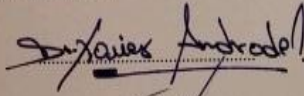
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

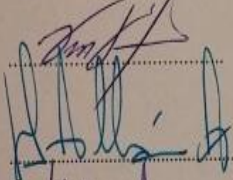
"Los problemas de la posición de garante derivada del art. 28 del COIP para su aplicación en la práctica."

Emilio Nicolás Cruz López

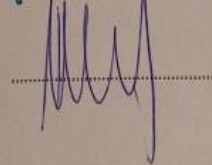
Dr. Xavier Andrade Castillo  
Director del Trabajo de Titulación



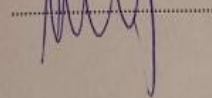
Dr. Jaime Vintimilla  
Lector del Trabajo de Titulación



Dr. Juan Pablo Albán  
Lector del Trabajo de Titulación



Dr. Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2016

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO****EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA**

**TESINA/TITULO:** Los problemas de la posición de garante derivada del Art. 28 del COIP para su aplicación en la práctica

**ALUMNO:** Emilio Nicolás Cruz López

**EVALUACIÓN:****a) Importancia del problema presentado.**

Al entrar en vigencia el Código Orgánico Integral Penal y la implementación de sus normas, entre ellas, las referentes a omisión impropia, se presentan problemas de aplicación de éstas ya en los casos puestos a discusión y resolución de la justicia. Uno de los que más interpretaciones y discusiones ha generado, entre fiscales, defensores y jueces, es justamente el de la posición de garante señalada en el artículo 28 del cuerpo legal en mención. Y claro, el definir el problema y encontrarle una solución, es fundamental en el ámbito de la justicia penal. Por esta razón el problema planteado por el estudiante es justamente, actual y trascendente como aporte de discusión dirigida al fortalecimiento de la doctrina ecuatoriana frente a las innovaciones del COIP. Este estudio genera discusión polémica de la academia, por lo que, así planteado, posee también relevancia dentro del derecho procesal penal de carácter práctico.

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

La hipótesis del problema planteada y sostenida por el investigador a lo largo de los tres capítulos de su trabajo de titulación más conclusiones y recomendaciones, se centra en la omisión impropia o comisión por omisión y en el contrato como fuente formal de la posición de garante. Discute sus problemas a través de ejemplos, unos de manual y otros propios, para sostener que la respuesta al problema radica en el establecer límites a las obligaciones contractuales que constituyan en posición de garante a un sujeto y que de ello, se genere responsabilidad penal (p. 54).

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

La tesina recoge bibliografía de dos autores nacionales y en su mayoría internacionales, encontrando obras que van en ediciones desde 1983 (E. Bacigapulo-español) hasta el año 2011 (M. Terragni-argentino), en derecho penal parte general y especial. Hay obras de derecho civil contemporáneas (V. Aguilar, 2006) y clásicas de esta área como la de Arturo Alesandri. Los materiales bibliográficos son complementados con información obtenida de una docena de páginas web aproximadamente, generando un básico y elemental levantamiento de información para el desarrollo del contenido adecuado para un trabajo de titulación y conforme el tema.

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

El desarrollo argumental de la tesina se verifica en tres capítulos más conclusiones y recomendaciones. El primer capítulo, desarrolla la evolución del concepto de acción desde lo que conoce como clásico, el finalismo, la concepción negativa, social y el concepto de Claus

Roxin como representante de la imputación objetiva de carácter moderada (pp. 3-12). En su desarrollo aborda, en casi todos los temas, de manera rápida, la diferencia entre la acción y la omisión en un curso causal. El concepto de omisión presentado por el maestro argentino M. Terragni (p. 13) es analizado desde su terminología para rápidamente señalar las definiciones de omisión propia e impropia (p. 15). En el apartado 1.3 del trabajo se vuelve a revisar las diferencias entre acción y omisión (p. 18) para precisar que ambas son especies del género de la conducta (p. 19) con lo que termina su capítulo inicial. El capítulo 2 inicia con la revisión de los elementos de la omisión impropia, subtitulando a estos en objetivos (p.20) y subjetivos (p.39). Lo relevante aquí es que se hace un acercamiento a las fuentes materiales y formales de su variable de estudio la posición de garante. También limita su estudio al dolo como elemento subjetivo señalando que no revisa la culpa por la manera en cómo se redactó la norma en la normativa ecuatoriana (p. 39). El capítulo 3 desarrolla a la responsabilidad contractual iniciando por definirla (p. 44), para luego estudiar a los elementos del contrato (pp. 45-46). Hace una brevisima lectura de los vicios del consentimiento. También en este capítulo –último- se realiza una comparativa de la responsabilidad postcontractual con la legislación chilena y española (p. 52) señalando que es de importancia fundamental que deba contemplarse esta figura, para evitar una interpretación extensiva por parte del juez para suplir tal vacío normativo. Concluye este capítulo con el tema de la necesidad de implementar límites a la responsabilidad penal cuando esta deriva del contrato, haciéndose varias preguntas hipotéticas para responderlas con su propia conclusión, la ley debe aclarar hasta donde surge la obligación contractual, dando como ejemplo (del constructor) la responsabilidad postcontractual para establecer o no la posición de garante (p. 54). La metodología de la investigación verifica revisión casuística de manual y propia, hay comparativa normativa y doctrinaria; curiosamente confronta las posiciones del problema y justifica su hipótesis de manera simple, pero concreta. Este es un ensayo de aquellos que, finalmente deja clara la postura del investigador a favor de establecer límites legales para determinar tanto la responsabilidad civil como la penal, como así concluye y recomienda (pp. 56-58).

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

El primer borrador con el primer capítulo fue entregado el 2 de mayo de 2016, luego de observaciones varias de contenido se entregó junto al capítulo 2, el 8 de junio. El capítulo final fue entregado el 27 de junio, el cual fue enviado a reformular. Finalmente para la segunda semana de julio se entregó el trabajo final con todas sus correcciones, esto es, cuatro meses aproximadamente de trabajo y desarrollo argumental. Se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de trabajos de titulación según las exigencias y reglamento de la USFQ, por lo que, lo apruebo.

FIRMA DIRECTOR

  
DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO

#### Derechos de Autor

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

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

Firma del estudiante: \_\_\_\_\_

Nombres y apellidos: Emilio Nicolás Cruz López

Código: 00100384

Cédula de Identidad: 1714881222

Lugar y fecha: Quito, diciembre de 2016

## RESUMEN

Los crímenes siempre han existido en la historia de la humanidad, por lo tanto, es importante normar jurídicamente estas acciones que realiza el individuo con el fin de causar daño a otro individuo. Dentro de los crímenes existen los que se han denominado por omisión que son cuando se da un resultado lesivo por la falta de actuar del que se encuentra en posición de garante. El 10 de febrero de 2014 se promulgó el Código Orgánico Integral Penal conocido como COIP, este código prometía traer grandes cambios al derecho penal ecuatoriano. Uno de los cambios que trajo fue el mejorado delito de comisión por omisión o como lo llama el COIP omisión dolosa. Este trabajo analizará la posición de garante y los problemas que tiene respecto de la fuente formal del contrato.

Palabras clave: COIP, art. 28 COIP, Omisión, Dolo, Posición de Garante, Derecho Penal Ecuatoriano, Contrato.

## ABSTRACT

### ABSTRACT

The crimes have always existed in the history of mankind, therefore, it is important to legally regulate these actions taken by the individuals in order to cause harm to another individual. Among the crimes are those who have been called omission. This exist given a harmful result by the failure to act by a person who is in the duty to act. On February 10, 2014 was enacted theCodigo Organico Integral Penal known as COIP, this new code promised to bring great changes to the Ecuadorian criminal law. One of the changes brought about improved crime was committed by omission or willful COIP calls it the omission *mens rea*. This study analyzed the role of the person who has a duty to act and the problems that has when is generated by a contract.

*Key words:* COIP , Omission , art . 28 COIP, *Mens Rea*, Duty to Act, Criminal, Ecuadorian Criminal Law, Omission, Contract.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPITULO 1.- DISTINCIONES ENTRE ACCION Y OMISIÓN .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1. EL CONCEPTO DE ACCIÓN .....</b>	<b>11</b>
1.1.1. El Concepto Natural De Acción Del Sistema Clásico .....	11
1.1.2. El Concepto De Acción Del Finalismo .....	14
1.1.3. El Concepto Social De Acción .....	17
1.1.4. La Concepción Negativa De La Acción .....	18
1.1.5. El Concepto Personal De Acción De Roxin .....	20
<b>1.2. EL CONCEPTO DE OMISIÓN .....</b>	<b>21</b>
1.2.1 La Omisión Propia .....	23
1.2.2 La Omisión Impropia .....	23
<b>1.3. DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION Y LA OMISIÓN .....</b>	<b>26</b>
<b>CAPITULO 2.- LOS ELEMENTOS DE LA OMISIÓN IMPROPIA .....</b>	<b>28</b>
<b>2.1. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA CONDUCTA OMISIVA IMPROPIA .....</b>	<b>28</b>
2.1.1. Existencia De Una Situación De Peligro O Situación Típica.....	28
2.1.2. La Inacción .....	29
2.1.3. Resultado Antijurídico.....	31
2.1.4. La Posición De Garante .....	35
<b>2.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL .....</b>	<b>47</b>
2.2.1. Dolo .....	48
2.2.2. Dolo Eventual.....	51
<b>3.CAPITULO 3.- LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL .....</b>	<b>52</b>
<b>3.1. CONCEPTO.....</b>	<b>52</b>
<b>3.2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO.....</b>	<b>53</b>
<b>3.3. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO .....</b>	<b>55</b>
3.3.1. Fuerza.....	55
3.3.2. Error .....	56
3.3.3. Dolo .....	57
<b>3.4. LA RESPONSABILIDAD POSTCONTRACTUAL .....</b>	<b>58</b>
<b>3.5. ANÁLISIS DEL ART. 28 DEL COIP Y LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LÍMITES A LA</b>	
<b>RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DEL CONTRATO .....</b>	<b>60</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>64</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS .....</b>	<b>67</b>



## INTRODUCCIÓN

“Prohibir una multitud de acciones indiferentes, no es prevenir los delitos que puedan nacer de aquéllas, sino crear otros delitos nuevos.”<sup>1</sup> Esta frase sintetiza el problema que tiene el Derecho Penal para lograr seguir el ritmo a los fenómenos sociales y las diferentes conductas que el ser humano va adoptando. Este trabajo tiene como finalidad contribuir al análisis del Derecho Penal ecuatoriano, haciendo énfasis en las conductas omisivas. Para tal efecto se ha optado por analizar lo que dice la doctrina y parte de la jurisprudencia sobre este tema.

Dentro de las conductas penalmente relevantes tenemos las acciones u omisiones como se encuentran en nuestro ordenamiento legal. Las conductas omisivas son aquellas que se da un resultado lesivo por la falta de actuar de la persona que se encuentra en posición de garante. El art. 28 del COIP lo denomina como omisión dolosa. Cabe recalcar que este artículo es un avance en la legislación ecuatoriana ya que da una definición de lo que es el delito de omisión y quien se encuentra en posición de garante.

Determinar cuando una persona se encuentra en posición de garante es de vital importancia, ya que solo puede existir la comisión por omisión si alguien se encuentra en posición de garante de un determinado bien jurídico. La posición de garante es cuando una persona se encuentra en custodia de un bien jurídico protegido y tiene la obligación de actuar para prevenir cualquier lesión a un determinado bien jurídico. Para determinar si un sujeto se encuentra en posición de garante, tenemos las fuentes formales y las fuentes materiales. Es en este punto donde la posición de garante empieza a tener sus problemas para la aplicación, ya que para todas estas fuentes se necesita aplicar la interpretación extensiva que está prohibida en el derecho penal.

A lo largo de este trabajo se demostrará que el artículo 28 del COIP se encuentra incompleto. Ya que para su correcta aplicación debe existir una aclaración que logre delimitar hasta qué punto un individuo se encuentra en posición de garante cuando tiene como fuente un contrato. Esto es de suma importancia para evitar que se vulneren derechos

---

<sup>1</sup> Cesare Beccaria, "Frases De Delitos. " *Frases De Delitos*. <<http://www.frasesypensamientos.com.ar/frases-de-delitos.html>>. (acceso 11/02/2016).

y principios del derecho penal tales como el principio de legalidad, especialización de los jueces y el *indubio pro reo*.

A continuación analizaremos, en el primer capítulo que es la acción, la omisión, y algunas de sus diferencias. Para eso presentaremos lo que diferentes tratadistas opinan al respecto. En el segundo capítulo procederemos a explicar la conducta omisiva dolosa, sus elementos objetivos y subjetivos. En el tercer capítulo trataremos el contrato, sus particularidades, la responsabilidad postcontractual y como este puede llegar a presentar un problema para la aplicación de la conducta omisiva en nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente se presentaran las conclusiones y recomendaciones para este problema jurídico.

## CAPITULO 1.- DISTINCIONES ENTRE ACCION Y OMISION

### 1.1. EL CONCEPTO DE ACCIÓN

Iniciaremos nuestro estudio acerca de la omisión. Revisando los más importantes conceptos de acción que se encuentran en la doctrina. De esta manera lograremos entender las diferencias que existen entre la acción y la omisión. Estudiaremos cuatro concepciones de acción, que son las principales: El concepto causal, el concepto final, el concepto social de acción, la concepción negativa de la acción y el concepto personal de acción.

#### 1.1.1. El Concepto Natural De Acción Del Sistema Clásico

Los doctrinarios Franz Von Liszt y Ernst von Beling son los que emplearon este concepto tomando como base la ley de Newton de causa-efecto. Luis Luizi menciona que Von Liszt sostiene que “[l]a acción en primer lugar una manifestación de la voluntad. La acción agrega, es “voluntad objetivada”. Ya la voluntad, concluye “debe manifestarse al mundo exterior.”<sup>2</sup> Para Liszt la acción positiva consistía en un movimiento corporal, producto de la voluntad que causaba una modificación del mundo exterior. Santiago Mir Puig menciona que la posición de Beling es la siguiente: “[l]a acción es [“] un comportamiento corporal (fase externa objetiva de la acción), producido por un dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad o fase interna, subjetiva de la acción)”<sup>3</sup> En términos más simples, la acción es una conducta corporal voluntaria que consiste en un hacer o no hacer.

Para el causalismo naturalista, lo único que se debe comprobar es que la acción “voluntaria” ha producido un resultado y que existe causalidad con la acción. Alberto Fernandez Madrazo menciona la opinión del jurista Edmund Mezger que sostiene lo siguiente “[E]l que actúa debe siempre querer algo, y el que omite, no querer algo”.<sup>4</sup> Con

<sup>2</sup> Luiz Luisi. “Tipo penal y conducta.” <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1415/24.pdf> (accedido 30/03/2016), p. 248.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Alberto Fernandez Madrazo. *Derecho Penal*. Teoría del Delito. 1ª ed, Mexico D.F.: UNAM, 1997. <https://books.google.com.ec/books?id=WPq33E1fUBYC&pg=PA88&lpg=PA88&dq=madrazo+derecho+penal+teoria+del+delito&source=bl&ots=PbBUpyjGCV&sig=7t9C1lwyr017oXfIVyu1xuK98TI>

esta explicación podemos entender que la acción para el sistema clásico es una conducta guiada por la voluntad, dirigida a un fin.

La falla que existe en el concepto natural radica en la “voluntariedad” se refiere a que se haya querido algo, pero a ningún momento hace referencia a la “dirección de la voluntad”. De esta manera Santiago Mir Puig señala que “[l]a dirección final de la voluntad no se toma en cuenta por el concepto causal de acción.”<sup>5</sup> Esto nos demuestra que solo se necesita de un acto voluntario que de origen a un hecho típico. Es importante enfatizar que para esta teoría, no se toma en cuenta si la voluntad estaba dirigida a ese fin o a otro diferente. De la misma manera Günther Jakobs señala que para el causalismo “[L]a voluntad humana se toma, pues, como hecho sin consideración a su contenido y, por lo mismo, sin consideración a su sentido”.<sup>6</sup> El autor sostiene que la voluntad solo tiene importancia en la culpabilidad. Esto se debe a que es la única manera de lograr una separación lo más pura posible entre el proceso causal y la culpabilidad.

Por todo lo mencionado anteriormente, podemos concluir que este concepto de acción es ineficaz para dar una explicación de lo que es la omisión. Esto se debe a que la omisión no es un movimiento corporal que causa una modificación en el mundo exterior. Claus Roxin menciona por esta razón Liszt modificó su concepto de acción y señala que: “acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no-evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria”.<sup>7</sup> Con esta modificación existe una acción si una persona si objetivamente se ha realizado cualquier movimiento o no movimiento, siempre que exista voluntad. A raíz de esta modificación se logró abarcar la omisión dentro del concepto de Liszt. En esta nueva definición tenemos que lo esencial para que exista acción es la voluntariedad.

Autores como Claus Roxin critican severamente este concepto, señalando que:

---

&hl=es-419&sa=X&redir\_esc=y#v=onepage&q=madrazo%20derecho%20penal%20teoria%20del%20delito&f=false (acceso 12/02/2016), p. 11.

<sup>5</sup> Santiago Mir Puig. *Derecho Penal*. Parte general. Montevideo: B de F, 2008, p. 179.

<sup>6</sup> Günther Jakobs. *Derecho Penal*. Parte general. Madrid: Marcial Pons, 1995., <http://es.scribd.com/doc/123986921/Jakobs-Günther-Derecho-Penal-Parte-General-Parte-I#scribd> (acceso 12/02/16), p. 160.

<sup>7</sup> Claus Roxin. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1997., p. 237.

[e]l concepto natural de acción...aunque en atención a los delitos de omisión renuncie a la “modificación causal del mundo exterior” y se conserve sólo “voluntariedad” como criterio de la acción, por regla general en las omisiones no se puede probar la tensión muscular o nerviosa necesaria para ello; pues, como los nervios motores no se ponen en movimiento por sí mismo, normalmente no es precisa su contención. Y en el caso de la omisión por imprudencia inconsciente, como en el olvido, falta incluso toda voluntad en el sentido de mero pensamiento, que en cualquier caso no sería suficiente para admitir una acción por falta de exteriorización. Y tampoco resuelva las cosas el tomar como base solo una “conducta humana dominable por la voluntad”, pues una voluntad que podría haber dominado o controlado el suceso, pero realmente no lo ha dominado, no es voluntad y no cumple el requisito de la voluntariedad en el que al menos han de basarse los delitos comisivos.<sup>8</sup>

Como se mencionó en líneas anteriores, la mayor cantidad de críticas que existen para la teoría causal de la acción se encuentran en su incapacidad de dar un concepto satisfactorio de la omisión. Esto se debe a que en la omisión no es fácil probar la tensión muscular o nerviosa necesaria y en la cual la actividad voluntaria del agente era una contención de esa tensión.

Autores como Eugenio Zaffaroni aclaran la presente idea, realizando la siguiente reflexión:

Se hacía demasiado claro que ese concepto natural de acción era un invento que nada tenía que ver con la realidad de la acción máxime en cuanto a la concepción de la omisión como exteriorizada mediante una “distención muscular”. La madre que para matar a su bebe deja de alimentarlo para que muera de hambre y sed, no distenderá ningún musculo si a la hora en que debía darle alimento se dedicaba a practicar gimnasia.<sup>9</sup>

Esta es una de las críticas que tiene el concepto de la acción natural ya que una de las fallas de esta teoría es que siempre debe existir una distención muscular para que exista una acción. Esto justamente no sucede en la omisión que por lo general solo existe un no hacer.

Autores como Arthur Fridolin Utz establecen la estructura de la siguiente forma

Se basa en la estructura interna de la causalidad a través de un doble ángulo: el exterior, reservado al problema de la antijuridicidad, y el interior, relativo a la cuestión de la culpa, comprensiva de la intencionalidad en el agente. De todos modos, esta teoría de que hablamos no ha disfrutado de mayor captación entre los penalistas precisamente por carecer de las notas objetivas distintivas –ambos animus- relacionados; en todos los supuestos, la

---

<sup>8</sup>Claus Roxin. *Derecho Penal*. Parte general. *Op cit.*, p. 238.

<sup>9</sup> Eugenio Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: EDIAR, 2001, p. 346.

circunstancia causal exterior comprende la premeditación enderezada hacia una cierta finalidad.<sup>10</sup>

Como se puede observar en esta crítica la principal falencia del concepto de acción causalista es que debe existir un movimiento. Cabe recalcar que existen una mayor cantidad de críticas pero nos hemos limitado a analizar las mencionadas anteriormente en nuestro estudio.

### 1.1.2. El Concepto De Acción Del Finalismo

A continuación se estudiará el concepto de acción del finalismo. Jose Mass menciona a Hans Welzel, que señala el siguiente concepto de acción “el ejercicio de la actividad final. La acción comienza con la anticipación mental del fin, continua con la elección de los medios para conseguirlo y culmina con la realización de la acción en el mundo real”.<sup>11</sup> Para la teoría del finalismo lo más importante es la finalidad de la acción. Reinhard Maurach menciona que Welzel busca con su teoría finalista que “El hombre sobre la base de su saber causal, puede prever, en cierta medida, los posibles efectos de su actividad, proponerse metas de diferentes naturaleza, y encausar conforme a un plan su actividad a esta consecución de la meta”.<sup>12</sup> Es por esta razón que el finalismo sostiene que el sujeto tiene control de la acción para obtener el resultado deseado. Cabe destacar que esta acción final se realiza en tres fases. La primera fase es cuando el autor idealiza, mentaliza la meta buscada. Después de idear su meta, procede a elegir el método preciso para alcanzar su fin. La última fase es cuando el autor ejecuta su plan, ejecuta la acción deseada para alcanzar un fin determinado.

El penalista Juan Bustos señala que el “elemento esencial de la acción es la finalidad que comprende el conocimiento causal, es decir, el conocimiento del hombre sobre las posibles consecuencias de su actividad y la voluntad de realización basada sobre este

---

<sup>10</sup>Fridolin Arthur Utz. “Las Teorías Jurídicas de la Acción”. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1415/25.pdf>. (acceso: 17/02/2016).

<sup>11</sup> José Mass. *El Tipo Penal.*, 1ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 15.

<sup>12</sup> Reinhard Maurach. *Tratado de Derecho Penal.* Parte General. Buenos Aires: EDIAR, 2001, p. 206.

conocimiento.”<sup>13</sup>. Es importante mencionar que para esta teoría el dolo es un elemento de la conducta, y al pertenecer a la tipicidad representa el aspecto subjetivo de la acción.

Cuando se trata de la omisión, el finalismo al igual que la teoría causalista enfrenta diversas críticas. En el finalismo el concepto de acción abarca también el de omisión, es decir, es un concepto unitario. Susana Huerta menciona que autores como Arminn Kaufmann realizan la siguiente crítica al concepto unitario de acción planteado por el finalismo, y dice lo siguiente “omitir es no realizar una determinada acción que ha sido pensada”<sup>14</sup> La acción omitida casi siempre es final, además que su realización debe ser posible por el sujeto. Con esto se aumentan más elementos necesarios para que se considere una omisión. De la misma manera este autor introduce el elemento de la “capacidad de acción” en la omisión. La “capacidad de acción” no tiene relación con la capacidad física de realizar una acción, más bien con la capacidad de conocer la finalidad de la acción posible, por esta razón se entiende por “capacidad de acción final”.

Al incluir la “capacidad de acción” se logra hacer una distinción entre los conceptos de acción y omisión. Susana huerta menciona que Kaufmann ya no habla de acción, el se dio cuenta que la conducta es el género y que las especies son la acción y la omisión. Es por esta razón que este autor opta por crear un concepto de *conducta*, y la define como “actividad o pasividad corporal comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad.”<sup>15</sup> De esta manera se logró abarcar a la acción y a la omisión en un mismo concepto.

A diferencia de lo que plantea Kaufmann, Welzel sostiene que el concepto de acción es de carácter pre jurídico, que existe en la realidad anterior a la valoración humana y que precede a la valoración jurídica. Es por esta razón que este concepto es de carácter ontológico, por prescindir de referencias a alguna norma. Es así que tanto la acción como la omisión pertenecen a dos subclases independientes dentro de la conducta. La omisión debe entenderse por omisión de una posible acción del autor y que está subordinada al poder

<sup>13</sup> Juan Bustos. “Culpa y Finalidad”. [https://books.google.com.ec/books/about/Culpa\\_y\\_finalidad.html?id=3plNAQAIAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.ec/books/about/Culpa_y_finalidad.html?id=3plNAQAIAAJ&redir_esc=y) (acceso: 18/02/2016).

<sup>14</sup> Susana Huerta. *Problemas fundamentales en los delitos de Omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia de España, 1987, p 290.

<sup>15</sup> Susana Huerta, *Id.*, p. 292.

final del hecho. La finalidad es el elemento que permite unir a la acción y omisión en el concepto de conducta.

A raíz de lo expuesto anteriormente encontramos críticas a la teoría finalista de Welzel. Susana Huerta menciona que una de las críticas más importante que tuvo esta teoría es que Welzel “introdujo precozmente un momento valorativo, que, en este estado de la construcción del delito, representa un inadmisibles gravamen del tipo y una anticipación anti sistémica de los posteriores elementos del delito.”<sup>16</sup> Este hecho influyó en el concepto de omisión en el finalismo y además en las críticas que tiene.

Otra crítica que se realiza a esta teoría es que cuando se menciona que la finalidad presente en la omisión es de carácter potencial Silvia Sánchez realiza la siguiente reflexión:

La capacidad de acción, en todo caso, es un presupuesto de la conducta humana, pero no su propia esencia, que viene constituida por el “ejercicio de actividad final”. Por el contrario, en la finalidad potencial solo la potencialidad es real; la finalidad es irreal. Y es la existencia real de esta última lo decisivo, según el finalismo, para la existencia de la conducta.<sup>17</sup>

Con esto se pone al desnudo una evidente contradicción en el ut supra de acción finalista. Esto se debe a que en la omisión al existir una falta de dirección del proceso causal mediante impulsos voluntarios; elementos que son esenciales para el desarrollo de la acción final, el tipo penal se queda sin uno de sus elementos esenciales y por lo tanto se vuelve atípico. Además que en la omisión es indiferente el compromiso emocional del sujeto con el proceso que se desarrolla ante él, por cuanto el resultado le resulte complaciente no implica que existió la finalidad que habla esta teoría.

La última crítica que analizaremos, es respecto al carácter ontológico de la conducta. Emilio Octavio de Toledo y Susana Huerta respecto a este tema hacen la siguiente reflexión

Resulta incompatible con la naturaleza normativa que posee la omisión. Naturaleza normativa que no puede negarse, a la vista de que es inviable suministrar un concepto de omisión en cuanto forma de comportamiento que interesa al Derecho Penal sin contar con lo que las normas penales imponen hacer y a quien y cuando se lo imponen.<sup>18</sup>

**Comentado [SEC1]:** Revisa que el número esté como cita.

<sup>16</sup> Susana Huerta. *Problemas fundamentales en los delitos de Omisión* Madrid: Ministerio de Justicia de España, 1987, p. 208.

<sup>17</sup> Jesús María Silva Sanchez. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004., p. 53.

<sup>18</sup> Emilio Octavio de Toledo y Susana Huerta Tocildo. *Derecho Penal*. Parte general, 2ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia de España, 1986, p. 558.



Es realmente innegable que la omisión es una construcción normativa y no natural como sostiene Welzel. En conclusión la omisión no puede ser considerada natural, ya que es una construcción normativa, y todos sus elementos nacen de la ley.

### 1.1.3. El Concepto Social De Acción

Conforme a esta teoría la acción es todo comportamiento humano socialmente relevante. Claus Roxin menciona que Eberhard Schmidt al reelaborar el tratado de Liszt define a la acción como “conducta voluntaria hacia el mundo externo social.”<sup>19</sup> Santiago Mir Puig hace referencia a Hanz Jescheck y dice que se debe entender por comportamiento, “cuando exista una respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de que aquel dispone por razón de su libertad.”<sup>20</sup> Por último Claus Roxin menciona que Karl Engisch define al actuar como “la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes.”<sup>21</sup> En estas tres definiciones encontramos como elemento en común lo social. Lo importante de este elemento es que se puede incluir todas las manifestaciones de conductas delictivas ya que son fenómenos sociales.

En cuanto elemento de enlace o unión también parece mucho más adecuado que el concepto natural y que el final de acción, ya que las valoraciones jurídico penales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente en cada caso que a los movimientos musculares o a la finalidad, inexistente en las omisiones e irrelevante en los hechos imprudentes.<sup>22</sup>

Este concepto social de acción parece ser más idóneo para logra abarcar la omisión dentro del mismo sin alterar sus elementos.

Como ya se ha manifestado, acción es un comportamiento humano de relevancia social. Se debe entender por comportamiento “toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de la que dispone gracias a su libertad.”<sup>23</sup> Este comportamiento que habla esta teoría puede ser interpretado como el ejercicio de la actividad final como se menciona en la

<sup>19</sup> Claus Roxin. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 244.

<sup>20</sup> Santiago Mir Puig. *Derecho Penal. Óp. cit.*, pp. 310-311.

<sup>21</sup> Claus Roxin. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p.244.

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> Santiago Mir Puig. *Derecho Penal. Óp. cit.*, pp. 290-291

teoría finalista. También puede ser analizada como la causación de determinada consecuencias. Cuando esta teoría habla de *socialmente relevante*, se hace referencia a que si “atañe a la relación del individuo con el mundo que le rodea y afecta en sus consecuencias.”<sup>24</sup> De esta manera podemos encontrar que si existe una diferencia entre la acción y la omisión. Autores como Jescheck señalan que la característica fundamental del comportamiento activo es la finalidad y la del omisivo es la dirigibilidad hacia la acción esperada y no realizada.

#### 1.1.4. La Concepción Negativa De La Acción

Esta teoría fue desarrollada por Herzberg. La característica principal de esta teoría es que parte con el estudio de la omisión para luego definir que es la acción con elementos de la omisión. Es importante destacar que los pilares fundamentales de esta teoría son la *no- evitación de un resultado* y la *posición de garante*. Iniciaremos el estudio desde el “principio de evitabilidad”, y terminaremos analizando sus críticas.

El “principio de evitabilidad” es el eje central de la concepción negativa de la acción ya que esta es la que permite imputar un resultado a una persona si no lo ha evitado pudiendo hacerlo y siéndole exigida esa evitación por el Derecho. Es importante recalcar que solamente las conductas que son exigidas por el derecho pueden ser objeto de reproche al sujeto que las omitió. Claus Roxin menciona que el jurista alemán Rolf Dietrich Herzberg sostiene que “la acción del Derecho Penal es el no evitar lo evitable en posición de garante.”<sup>25</sup> En esta definición encontramos que se incorporan dos elementos esenciales de la omisión, que son la *no evitación de un resultado* y la *posición de garante*. Enrique Bacigulpo continúa desarrollando y manifiesta lo siguiente:

El hombre se encuentra en el centro de un círculo de dominio, que, al mismo tiempo, es una esfera de responsabilidad. Cuanto más se extiende al exterior, menor es la intensidad de dominio y más dudosa es la responsabilidad del garante...Por el contrario, cuanto más se acerca al centro, más obvia resulta la posición de garante. Y cuanto más interior lo constituye sin duda la persona misma, en su unidad de cuerpo y alma.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Santiago Mir Puig. *Derecho Penal. Óp. cit.*, pp. 290-291

<sup>25</sup> Claus Roxin. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 247.

<sup>26</sup> Enrique Bacigulpo. *Principios de Derecho Penal. Óp. cit.*, p.167.

Esta teoría parte de la estructura de la omisión. Ya que este autor busca que un sujeto sea responsable cuando no evita un resultado delictivo que podría haber evitado.

A raíz de lo expresado anteriormente tenemos uno de los elementos esenciales o característicos de la omisión. Esta es la posición de garante, que surge del deber de control de una fuente de peligro. Jesús María Silva menciona que el autor de una omisión como el de una acción no evita algo.

El que comete una omisión por no haber interferido un curso causal en desarrollo impidiendo que se produjera el resultado lesivo y el segundo de ellos por no haber retraído su accionar o, como con posterioridad señala Behrendt, por no bloquear las formas más graves de destructividad por medio de lo que él llama “contraconducción” de esos instintos. Se puede hablar de un impulso destructivo cuando el sujeto no evita un peligro, aunque podría haberlo hecho.<sup>27</sup>

Es por este motivo tanto en la omisión como en la comisión se les sanciona a los autores por no evitar lo evitable. A la persona que realiza una acción lesiva se le imputa el delito ya que no supo contener su actividad o destructividad, ya que él se convierte en una fuente de peligro para los bienes jurídicos. Al convertirse en una fuente de peligro para los otros bienes jurídicos, es a la vez un garante de que con su actuar no genere resultados lesivos para terceros.

Uno de los maestros del Derecho Penal como lo es Günther Jakobs sostiene un concepto negativo de acción, este define a la acción negativa como “realización evitable del resultado.”<sup>28</sup> El resultado sería la ejecución de un movimiento corporal. Cabe recalcar que para Jakobs lo más importante son los resultados que son conocidos (dolo) o al menos cognoscibles (culpa) como consecuencia de un proceso motivado el cual está fundamentado en “las direcciones de impulsos voluntariamente conformadas o (en los automatismos) voluntarias y conformables sin ulterior actividad corporal.”<sup>29</sup> De esta manera toda acción puede reformularse como una omisión en la cual no se debe atender al movimiento corporal motivado sino, en que se omite.

Por lo tanto Jakobs formula una teoría unitaria para la posición de garante, que se puede aplicar a los delitos de omisión como de comisión. El concepto unitario de acción es el

---

<sup>27</sup> Jesús María Silva Sánchez, *Óp. cit.*, p. 62.

<sup>28</sup> Günther Jakobs. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 940.

<sup>29</sup> *Ibíd.*

siguiente “no solo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión.”<sup>30</sup> Nuevamente encontramos que la posición de garante es el elemento más importante, ya que sin esta no puede existir sanción o reproche alguno al individuo. Es por esta razón que es de suma importancia el poder identificar si una persona se encuentra en posición de garante. Es importante destacar el aporte que Jakobs ha realizado a esta teoría, sin embargo existen diversas críticas a lo que se ha planteado y es lo que procederemos a analizar.

Una de las críticas a esta teoría la realiza el propio Herzberg, este menciona que su concepto de omisión no es capaz de abarcar todas las formas omisivas. Esto se puede ver en la omisión propia, esto se debe a que no todos los casos de omisión propia tienen el elemento de la posición de garante. De esta manera el autor concluye que es imposible lograr crear un *supra concepto* de acción y termina creando un concepto para los delitos comisivos y omisivos impropios y otro para los omisivos propios.

La segunda crítica y posiblemente la más importante, es que el autor de un delito comisivo está obligado a evitar el resultado cuyo peligro de advenimiento ha desencadenado por ser garante de ello. La razón por la cual el delito es punible se encuentra en la no-realización de la acción salvadora que del autor de dichos actos se esperaba. Cabe recalcar que en esta teoría la acción para el autor se mira como la no-evitación evitable del resultado en posición de garantía y no en la ejecución de los actos realizados para producir un determinado resultado. Lo cual resulta absurdo, ya que complica al estudio y sistematización de la teoría del delito.

#### **1.1.5. El Concepto Personal De Acción De Roxin**

El concepto personal de acción fue creado por Claus Roxin, este concepto está influenciado por el pensamiento del famoso medico neurólogo Sigmund Freud y su teoría del “yo”. Claus Roxin define a la acción como

[‘manifestación de la personalidad’, lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico–espiritual de la acción, y eso falta en casos de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (‘somática’) del hombre, o ‘del ámbito material, vital y animal del ser’, sin estar sometidos al control del ‘yo’,

---

<sup>30</sup> Günther Jakobs. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 941.

de la instancia conductora anímico–espiritual del ser humano. Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas formas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímico espiritual de la ‘persona’. Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual–ánímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones.<sup>31</sup>

Con esto Roxin logra excluir de su concepto de acción a los casos de actos reflejos, como bien menciona, estos carecen de voluntad y por lo tanto no se deben calificar como *manifestaciones de la personalidad*. Esto es un gran avance ya que en materia penal es esencial que los actos estén dominados por la conciencia y la voluntad.

El concepto de acción planteado por Roxin es uno de los más importantes ya que puede abarcar “todas las formas de manifestación de la conducta delictiva.”<sup>32</sup> Al intentar abarcar todas las acciones, ya sean dolosas, imprudentes y omisivas tenemos nuevamente que Roxin está tratando de crear un *supra concepto* de acción. Es aquí donde Roxin menciona que su concepto de la “manifestación de la personalidad” necesita una valoración jurídica para determinar cuándo nos encontramos frente a una omisión. En las palabras de Roxin “una omisión solo llega a ser una manifestación de la personalidad a través de una expectativa de acción.”<sup>33</sup> Para que se considere una manifestación de la personalidad, tiene que existir una expectativa. Esta expectativa debe tener un fundamento social o jurídico. Si es jurídico la acción debe estar dentro del tipo penal.

## 1.2. EL CONCEPTO DE OMISIÓN

Una vez analizado el concepto de acción, procedemos a analizar el concepto de omisión. Marco Terragni sobre la terminología de la omisión hace una importante distinción. Este autor menciona que “[l]as expresiones *ausencia de acción* y *omitir* no son equivalentes a pasividad, sino a dejar de hacer un acto que debe ejecutarse.”<sup>34</sup> Es un error

<sup>31</sup> Claus Roxin. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 252.

<sup>32</sup> *Id.*, p. 255.

<sup>33</sup> *Id.*, p. 256.

<sup>34</sup> Marco Terragni. *Delitos de omisión y posición de garante en derecho penal*. Santa Fe: Rubinzal, Culzoni, 2011, p 61.

llegar a pensar que la omisión sea pasividad, es por esta razón que se debe hacer énfasis que la omisión consiste en dejar de hacer un acto que debe ejecutarse y no es necesariamente por medio de la pasividad. Con este antecedente podemos tener una idea más clara en qué consiste la omisión.

La omisión es parte de los delitos especiales, de acuerdo al tratadista Martín Gómez son aquellos que

Los conceptos simples de delito especial se caracterizan por definirlo como aquella clase de tipo penal que se distingue por que en ellos se describe una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley.<sup>35</sup>

Es un delito especial ya que no todos pueden ser sancionados, solo los individuos que reúnen características especiales que deben estar en la ley. Esta característica especial es la posición de garante, que como la vimos anteriormente es un requisito indispensable para que exista la omisión.

La primera teoría que se trato la omisión tenía este concepto de delito especial, sin embargo esta ha ido evolucionando desde su primera teoría para sancionar este tipo de conductas, tal como nos explica Eugenio Zaffaroni.

La *Garantenstellung* es una teoría que fue primitivamente concebida como un componente no escrito añadido al tipo de comisión, porque se consideraba que la omisión impropia era violatoria de una norma prohibitiva, habiendo sido el mérito de la doctrina posterior asentar lo contrario, o sea, que las omisiones siempre violan mandatos normativos, observándose con razón que, toda vez que se requiere este elemento, ya el tipo es otro: pasa a ser un tipo de mandato de garante. El criterio aquí sostenido respecto de los impropios delitos de omisión, es el que abandona la posición que los consideraba como una subespecie o apéndice de los delitos de comisión, para tratarlo conjuntamente con los delitos omisivos, como una categoría delictiva estructural independiente, introduciendo la distinción entre las omisiones de cualquiera y las omisiones de los garantes.<sup>36</sup>

Como podemos observar aún se mantiene ciertos aspectos de la teoría del delito especial y evoluciono a tal punto que tiene su propio articulado para sancionar este tipo de conductas. La omisión se divide en dos, en propia y la impropia. Empezaremos definiendo que es la

---

<sup>35</sup> Víctor Gómez. *Los Delitos Especiales*. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona. España, 2003., p. 15.

<sup>36</sup> Raúl Eugenio Zaffaroni. *Derecho Penal*. Parte General. Segunda edición. Buenos Aires: EDIAR, 2002., pp. 576 – 577.

omisión propia ya que es la más fácil de entender. Por lo tanto, la omisión es la falta de actuación de una persona, que estando obligado se negó a hacerlo.

### 1.2.1 La Omisión Propia

Una de las definiciones más concretas sobre que es la omisión la da el autor Miguel Polaino Navarrete nos da el siguiente criterio sobre la omisión propia. “[l]a omisión pura sanciona la no ejecución de la conducta concreta socialmente esperada y jurídicamente exigida por la norma al sujeto ante una determinada situación en la que cabe esperar que realice una conducta de mínima solidaridad que el sujeto omite cumplir.”<sup>37</sup> Es importante destacar como ya hemos analizado anteriormente, que para muchos autores la omisión es de carácter normativo. Es decir que no puede existir omisión si no existe una norma jurídica. Cuando hablamos de omisión propia es importante hablar acerca de un tema importante, que es el tema de posición de garante. Hay veces que la posición de garante establece el mismo código, ahí es cuando hablamos de omisión propia o simple. Cabe destacar que en esta investigación no nos estaremos centrando en los delitos de omisión propia sino en la impropia que es donde encontramos los problemas.

### 1.2.2 La Omisión Impropia

A continuación estudiaremos las teorías que existen sobre la omisión. La primera teoría es la como un puro “no ser”. Miguel Polaino Navarrete menciona que esta nace de autores clásicos como Kollman y Vannini “[q]ue mantuvieron una tesis naturalística de que la esencia de la omisión estriba ya no en no ser acción sino que en un auténtico no ser nihista un *nullum* ontológico.”<sup>38</sup> Lo que en síntesis plantea esta teoría es negar completamente la existencia de una acción. Es decir que la omisión bajo ningún punto de vista puede ser considerada una acción. Es por esta razón que se habla de un puro “no ser” ya que para esta teoría lo que predomina es la conducta de “no ser”.

En esta teoría nos encontramos que la omisión es un “no hacer algo posible”. Al aumentar el requisito de “posibilidad”, esta tendría los caracteres de negatividad y transitividad. La “negatividad” se entiende como la no realización de una acción. Mientras

<sup>37</sup>Miguel Polaino Navarrete. *Cuando y en qué medida es la omisión un delito*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3104/40.pdf> (acceso: 20/02/2016).

<sup>38</sup> *Ibid.*

que la transitividad se entiende como “no hacer algo”, esta puede ser una acción determinada, que debió haber sido posible. La siguiente teoría es la omisión como concepto negativo de la acción. En esta teoría se habla que la omisión es la otra cara de la moneda de la acción.

[l]a omisión conjuga siempre un verbo transitivo [(Franz VON LISZT)]. En este sentido, cabe mencionar la doctrina de Armin [KAUFMANN], que considera que la omisión se rige por el principio de la inversión, de manera que si la acción positiva tiene como notas esenciales la causalidad y la finalidad, la omisión se caracteriza por la ausencia de causalidad y finalidad: la omisión no es ni causal ni final, sino puramente potencial. Pero aun siendo (estructuralmente) conceptos contrapuestos.<sup>39</sup>

Como ya se analizó anteriormente, la omisión es un concepto completamente diferente a la acción. Como vimos en las teorías del finalismo, Kaufmann sostiene que la finalidad y la causalidad no se encuentran presentes en la omisión, ya que solo está presente la potencialidad, que ya se discutió anteriormente. A continuación hablaremos acerca de la última teoría que analizaremos.

La teoría que analizaremos es la del *no hacer una acción esperada*. Miguel Polaino sobre este tema, comenta lo siguiente:

[Otros] autores, como MEZGER, ponen el énfasis en que la omisión es, siempre, “no hacer una acción jurídicamente esperada”, lo cual exige: a) la existencia de una acción esperada que se omite y b) la posibilidad de haber Teoría del no hacer una acción esperada: Pero la omisión no es solo una acción esperada y posible, sino también debida, esto es, exigida por el Derecho: si no fuera exigida, no puede hablarse de omisión penalmente relevante.<sup>40</sup>

Esta distinción que hace Miguel Polaino, es fundamental para entender la teoría de la acción esperada, que en cierta forma se encuentra en la teoría analizada anteriormente. Así mismo se ha venido tratando incluso en lo que es la acción. En esta teoría vemos más desarrollado el concepto de lo que es la omisión. Ya que como menciona el autor la acción esperada y posible debió haber sido exigida por el Derecho. Con esto limitamos que omisiones pueden ser punibles, ya que no todas las omisiones son relevantes para el Derecho. Más adelante en las diferencias entre la acción y la omisión analizaremos un poco más este punto sobre las conductas que son exigidas por el Derecho.

---

<sup>39</sup> *Ibíd.*

<sup>40</sup> *Ibíd.*



Cuando hablamos de omisión impropia es importante mencionar que es cuando tenemos que recurrir a la doctrina para establecer la posición de garante y ahí es cuando estamos frente a la omisión impropia o comisión por omisión como nuestro legislador la denominó. En la comisión por omisión para determinar quién es el garante del bien jurídico protegido se lo puede hacer mediante: ley, aceptación voluntaria o contrato, comunidad de vida y de peligro e injerencia.

En el caso de la omisión propia o simple no requiere de una gran explicación, ya que para saber los casos de omisión simple hay que recurrir a la legislación de cada país para determinar en los casos que la ley establece cuando alguien está en omisión. La doctrina define a la omisión propia como “El sujeto debe además de conocer, querer o tener la voluntad de no realizar la acción exigida por la norma penal.”<sup>41</sup>

La omisión es uno de los temas que está de moda en el derecho penal, esto se debe a la dificultad que existe para sancionar este tipo penal.

La omisión es una modalidad que habilita el ejercicio del poder punitivo del estado, aunque debe aclararse que no toda omisión debe ser perseguida sino solo aquella que está en función de la violación de una norma penal de carácter imperativo, es decir aquella que constriñe al individuo a la realización de algo, por manera que la omisión con relevancia penal es aquella “no realización de la ACCION MANDADA”.<sup>42</sup>

Uno de los principales problemas de la omisión es como se puede determinar cuando una persona se encuentra en omisión y como justificamos esta omisión. Una de las definiciones de omisión que analizaremos nos la da el Doctor José de la Cuesta y dice:

No hacer aquello que se esperaba, a lo que se estaba jurídicamente obligado. Quien omite una acción que está obligado a realizar puede que no haga nada [...] o, sin embargo, hacer o seguir haciendo otra cosa [...] Al derecho penal lo que le interesa es que no se ha realizado el comportamiento esperado [...] por lo que desde el prisma penal habrá habido una omisión a pesar del comportamiento activo.<sup>43</sup>

Siempre que hablamos acerca de la omisión impropia es importante tomar en cuenta que se espera una determina conducta del agente. “Por tanto la Omisión no consiste en un

<sup>41</sup> Marisol Collazos. *Delitos de omisión*, curso 2006/07. Licenciatura en criminología. UMU. <http://www.marisollcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-16-Delitos-de-omision.html>. (acceso: 25/10/2014).

<sup>42</sup> Giovanni Criollo Mayorga. *El Garante en el COIP*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/04/22/el-garante-en-el-coip> (acceso: 28/10/2014).

<sup>43</sup> José Luis de la Cuesta Arzamendi. *Modulo 1: Derecho Penal.I.2. La infracción penal. Delito y falta*. Bilbao: Universidad de País Vasco, 1997, p.8.

comportamiento pasivo sino en abstenerse de realizar aquel comportamiento que debiera haberse hecho.”<sup>44</sup> Aquí entramos a analizar tanto los elementos subjetivos como los elementos objetivos del tipo penal. Respecto a este punto el tratadista ecuatoriano Ernesto Albán manifiesta lo siguiente, los elementos objetivos corresponden a circunstancias que están fuera del sujeto activo de la infracción, no vinculadas a su acto, mientras que los elementos subjetivos se refieren a las propias motivaciones del sujeto activo, es decir, aquello que delimita la conducta del sujeto activo. Generalmente es lo que objetivamente no se puede probar.<sup>45</sup>

### 1.3. DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

Una vez analizado los conceptos de acción y omisión procederemos a analizar las diferencias entre estos dos conceptos. En primer lugar debemos recordar que a lo largo de este capítulo hemos observado como en todas las teorías la acción y la omisión no tienen elementos en común. Todas las teorías que han tratado de manifestar que la acción y la omisión pueden estar en un *supra concepto*, han fracasado. Es por esta razón que se debe analizar, tanto a la acción como a la omisión por los elementos característicos como el dejar de actuar y una posibilidad de evitación. Es importante destacar que centraremos a tres diferencias que son las más importantes para este estudio.

La primera diferencia se encuentra en el plano normativo. Así, Marco Antonio Terragni menciona “[q]ue no haya una distinción fáctica entre acción u omisión, sino una diferencia normativa; la que se establece entre orden de no hacer (prohibiciones de hacer algo determinado) y orden de poner en obra, de ejecutar una tarea”<sup>46</sup>. De este modo, la primera distinción está dada por el ordenamiento jurídico, como por ejemplo en el antiguo Código Penal, la acción y la omisión estaban en el mismo plano, se llamaba *comisión por omisión*, mientras que en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, encontramos que se habla específicamente de la tipicidad de *omisión dolosa*.

<sup>44</sup> Marisol Collazos. *Delitos de omisión*, curso 2006/07. Licenciatura en criminología. UMU. <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-16-Delitos-de-omision.html>. (acceso: 25/10/2014).

<sup>45</sup> Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales S.A., 2008, pp. 153-154.

<sup>46</sup> Marco Terragni. *Delitos de omisión y posición de garante en derecho pena*. *Óp. cit.*, p. 71.

Continuando con las distinciones normativas de la acción y la omisión, tenemos que:

[Desde] el punto de vista normativo, las diferencias han de ser establecidas entre delitos comisivos y delitos omisivos. En consecuencia, queda establecido que mientras en los delitos omisivos (de omisión) se incumple una norma imperativa que manda actuar, o a llevar a cabo una determinada actuación positiva, en los delitos comisivos (de acción) se infringe una norma que prohíbe la realización de una determinada conducta.<sup>47</sup>

Como bien explica Terragni, en la omisión existe responsabilidad cuando no se actúa de la manera que la norma esperaba. Es importante destacar, que la norma es la que regula las conductas tanto para la acción como para la omisión. Y esto a su vez nos lleva a la tercera diferencia entre acción y omisión que:

[En] otro plano teórico se alcanzó la conclusión de que acción y omisión son reconducibles, de modo que no tiene ningún sentido buscar un factor común a ambas (distinto de la pura antijuridicidad formal) en ningún plano. Así ganó cuerpo la tesis de que los delitos comisivos, como delitos de acción, son delitos en los que tiene importancia esencial la idea de dominio (por acción causal). En cambio, los delitos de omisión, básicamente, delitos de infracción de un deber.<sup>48</sup>

Como se ha visto a lo largo de este capítulo, la omisión y la acción jamás van a poder ser abarcadas en un mismo *supra concepto*. Como la doctrina ha logrado mantener una posición uniforme sobre la omisión y la acción que son especies del género de conducta. Así mismo se puede concluir que la omisión siempre van hacer delitos de infracción de un deber que debe estar en la norma.

La omisión es dejar de hacer algo que una determinada persona se encuentra obligada hacer. Esta se entiende como dejar de hacer una acción exigida por el ordenamiento jurídico y que además es posible de realizar. Si no tenemos estos dos elementos característicos que son acción exigida por el ordenamiento y que sea posible de realizar, no nos encontramos frente a una omisión.

---

<sup>47</sup>Manuel Arauz. *La omisión, comisión por omisión y posición de garante*. <http://165.98.12.83/696/1/encuentro54articulo4.pdf> (acceso: 20/12/2014).

<sup>48</sup> Manuel Arauz. *La omisión, comisión por omisión y posición de garante*. *Op. cit.*, p.?

## CAPITULO 2.- LOS ELEMENTOS DE LA OMISIÓN IMPROPIA

En el presente capítulo trata acerca de los elementos de la omisión impropia o comisión por omisión. Es aquella en que concurre un *no hacer* que produce un resultado lesivo para un bien jurídico. Iniciaremos analizando los elementos objetivos que son la *existencia de una situación de peligro, la inacción, el resultado antijurídico y la posición de garante*. Después procederemos a analizar los elementos subjetivos de la omisión.

### 2.1. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA CONDUCTA OMISIVA IMPROPIA

#### 2.1.1. Existencia De Una Situación De Peligro O Situación Típica

La situación típica la define el maestro Mario Garrido como “[que] se dé la situación de hecho de peligro de un bien jurídico que le crea al sujeto la obligación de ejecutar una actividad destinada a evitarlo.”<sup>49</sup> Esto consiste en que se lleve a cabo el peligro de lesión de un bien jurídico. En los delitos de omisión impropia como el que estamos analizando, es cuando se produzca un resultado que menoscabe o lesione un bien jurídico. En estos caso debemos enfatizar que la persona debió estar en posición de garante, un concepto que lo desarrollaremos en el siguiente capítulo por la importancia para este trabajo.

Zaffaroni destaca que la situación típica del delito de omisión impropia consiste en “[una] situación en que la afectación del bien jurídico equivaldría a la de una estructura típica activa. En este sentido, el tipo objetivo omisivo siempre es un tipo circunstanciado.”<sup>50</sup> La realización de la acción indicada en el tipo es debida solo en esa situación típica. Lo que constituye el núcleo o esencia del tipo objetivo es la exteriorización de una conducta distinta de la ordenada. En el tipo omisivo se demanda la existencia de una conducta que no se dirija al fin ordenado (la evitación de la producción de la afectación al bien jurídico). Pero no forma parte del tipo, que se formará por las circunstancias en las que

---

<sup>49</sup> Mario Garrido, *Derecho Penal tomo II*. <http://es.scribd.com/doc/28680886/Derecho-Penal-Tomo-II-Garrido-Montt-Mario> (acceso: 12/03/2016).

<sup>50</sup> Eugenio Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 451.

se dieron el delito, además que debe existir una posición de garante y la posibilidad de actuar. Es importante destacar que el propio tipo señalará al sujeto pasivo.

Autores como María Cuadrado señalan que “[en] los delitos de comisión por omisión...la descripción típica se encuentra dispersa y ha de completarse con la norma prohibitiva.”<sup>51</sup> Además de que se encuentre en la norma, debe haber algún tipo de referencia a la posición de garante que es el origen del deber jurídico de haber actuado. Por todo lo mencionado anteriormente, van a existir casos en los cuales el tipo penal tiene que ser completado por el juez, de esa manera se le estaría autorizando a que los jueces realicen un ejercicio de interpretación extensiva. Lo cual representa un problema, ya que deberá recurrir a criterios *legales* para determinar si se encuentra o no en posición de garante. Si analizamos el segundo inciso del artículo que trata de la omisión dolosa, nos encontramos que el juez va a tener la facultad para determinar si alguien se encontraba en posición de garante y exigirle un determinado actuar.

Cuando analizamos los elementos objetivos de la omisión impropia como la situación típica, encontramos uno de los más importantes problemas en materia penal. Ya que la gran mayoría de tipo no se encuentran tipificados en la ley penal. Por lo tanto, la única manera de sancionar estas conductas es cuando se establece una equiparación al tipo de acción. Se hace una asimilación entre la abstención de impedir el resultado dañoso y antijurídico con la causación activa del mismo. Debemos tomar en cuenta que no todos van a estar en posición, solo van a ser juzgados por omisión aquellos que hayan estado en una situación especial. Esto se debe a que solo los que estaban en posición de garante pueden ser sancionados. Es aquí donde nos damos cuenta de la importancia de la posición de garante en el delito de omisión. Ya que si no hay posición de garante, no hay delito de omisión.

### 2.1.2. La Inacción

Al analizar el concepto de omisión señalábamos que algunos autores incluían en ese concepto el requisito de la posibilidad de evitar el resultado. También decíamos que el finalismo incluía ese elemento en su definición de omisión, señalando que éste consiste en

---

<sup>51</sup> María Ángeles Cuadrado Ruiz. *La comisión por omisión como problema dogmático*. [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/cuadrado.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/cuadrado.pdf) (acceso: 04/03/2016).

“un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta.”<sup>52</sup> Por lo tanto, la omisión es para el finalismo el no ejercicio de una finalidad potencial. En el anterior capítulo se criticaba este concepto y se concluía que no permitía otorgar un concepto satisfactorio de la omisión, pero se reconocía el importante aporte del finalismo. Que fue el incorporar al concepto de omisión, el elemento de la capacidad de evitar el resultado.

De la misma opinión es Zaffaroni que señala lo siguiente “el tipo objetivo omisivo requiere que la conducta debida sea físicamente posible, lo que funda en el principio general del derecho que impide que éste ordene lo imposible.”<sup>53</sup> Puede concluirse que no existirá omisión cuando no exista la posibilidad de prestar auxilio. De la misma manera en Chile, Mario Garrido señala que “[el] sujeto haya estado, en el caso específico, en situación de realizar la actividad que de él se esperaba (que la madre se haya encontrado en la posibilidad de alimentar o abrigar al menor.”<sup>54</sup>

Se ha señalado anteriormente que en la conducta omisiva impropia se requiere la producción de un resultado consecuencia de una cadena causal normalmente ajena al omitente y que se equipara a la producción del mismo por una conducta activa por la existencia de un especial deber de evitación para ciertas personas (garantes) que debe evitar la producción de ese resultado. Pero en la construcción de la conducta omisiva impropia no solo basta la concurrencia de una posición de garantía y de una equivalencia estructural entre el hacer (comisión) y el omitir, sino que es necesario que exista la posibilidad real de actuar en el caso concreto en atención a las circunstancias de tiempo y lugar.

Cabe destacar que no puede exigirse a una persona que cumpla el mandato que surge de la norma cuando su cumplimiento implica un grave riesgo para su vida o su integridad física. Ante una situación de riesgo para el sujeto que omite se estima que la omisión sería atípica. Omisión es, por tanto, no actuar voluntariamente una cierta acción posible, siempre y cuando esa posibilidad de actuar sea real, no importando si existe o no conciencia de que

---

<sup>52</sup> Julio Maier. *El Derecho Penal de Hoy*. <http://es.scribd.com/doc/109822242/EL-DERECHO-PENAL-HOY-Maier-Julio-y-Binder-Alberto-1#scribd> (acceso: 12/03/2016).

<sup>53</sup> Eugenio Zaffaroni, *Manual de derecho penal*. *Óp. cit.*, p. 451.

<sup>54</sup> Mario Garrido, *Derecho Penal* tomo II <http://es.scribd.com/doc/28680886/Derecho-Penal-Tomo-II-Garrido-Montt-Mario> (acceso: 12/03/2016).

se está dejando de realizar la posibilidad de actuar de que se trate (generalmente cuando no exista conciencia de que se está dejando de realizar una posibilidad de actuar se configurará un delito culposo).

Por tanto, si no existe la posibilidad de actuar por el garante se debe afirmar la exclusión de punibilidad a nivel típico por el hecho de que no se ha verificado una omisión. Ejemplo: un salvavidas no socorre a una persona que se estaba ahogando en la piscina por la circunstancia de haber sido detenido violentamente en su intento de salvamento por otras personas y finalmente se produce el resultado muerte. En este caso no existe una omisión por parte del salvavidas por cuanto carecía de la posibilidad de actuación, por lo cual no existe responsabilidad penal del salvavidas y deberá determinarse la responsabilidad de los terceros que intervinieron en la detención de éste. De la misma manera Juan Bustos señala lo siguiente “[El] individuo ha de estar en situación objetiva psicofísica de llevar a cabo la acción mandada.”<sup>55</sup> Además estima este autor que tal capacidad existe aun cuando el individuo sea incapaz de realizar la acción por sí mismo, ya que en ese caso su obligación de actuar se traduce en la de inducir a otro a la ejecución de la acción ordenada y señala el ejemplo del paralítico que ve que alguien se está ahogando y que tendrá la obligación de llamar al encargado de la piscina. Esta capacidad de acción como requisito del concepto de omisión nos lleva a concluir que puede presentarse un caso de fuerza irresistible como causal de atipicidad.

### 2.1.3. Resultado Antijurídico

Como se ha señalado con anterioridad la conducta omisiva impropia requiere la producción del resultado establecido por la ley. El resultado consiste en aquel cambio del mundo exterior causado por la omisión en el cual se concreta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. El resultado es consecuencia de la omisión de la acción exigida para evitar tal lesión del bien jurídico. La lesión consiste en el deterioro o destrucción del

---

<sup>55</sup> Juan Bustos. *Culpa y Finalidad*. [https://books.google.com.ec/books/about/Culpa\\_y\\_finalidad.html?id=3p1NAQAAIAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.ec/books/about/Culpa_y_finalidad.html?id=3p1NAQAAIAAJ&redir_esc=y) (acceso: 18/02/2016).

objeto tutelado por el derecho, mientras que la puesta en peligro implica que “el bien jurídico permanece incólume, pero su situación se altera, en perjuicio de su seguridad.”<sup>56</sup>

Cada vez que en un delito, ya sea de acción o de omisión, se incorpora a la descripción típica la exigencia de la producción de un resultado, es necesario para la realización del tipo, la existencia de un vínculo de causalidad entre acción y resultado o, en otras palabras, que ese resultado pueda ser conectado lógicamente y valorativamente con la acción u omisión.

Por tanto corresponde analizar la causalidad en el delito de omisión impropio. Debe señalarse en primer lugar que la necesidad de esta relación causal, generalmente, no es aludida en la tipificación legal, pero es obvio que esta debe existir y lo que sucede es que la ley se limita a sobreentenderla como un elemento que debe concurrir para la determinación de la responsabilidad penal, por lo cual se estima por la doctrina y el legislador, que no es necesario referirse a la necesidad de su concurrencia en cada tipo legal.

En los delitos de acción la imputación consiste en determinar cuando el autor con su acción ha causado el resultado. Si bien es cierto, en el delito de acción es necesaria la comprobación de la relación de causalidad, esta no es suficiente para la imputación del resultado, por cuanto, puede existir la relación de causalidad pero no se podrá imputar el resultado al autor de la acción y así ocurre en el caso de un homicidio que se produce por un empujón que el sujeto activo dio a otra persona que fallece al caer, ejemplo en el cual se aprecia una relación de causalidad entre el empujón y la muerte, pero si el empujón es leve procedería negar la imputación objetiva por falta de un riesgo suficiente en la conducta que resulte adecuado a la gravedad del resultado. Por el contrario, en la omisión impropia nos encontramos con la ausencia de una acción exigida y se suscita la dificultad de determinar cuándo o en qué condiciones se puede imputar el resultado típico a la omisión del garante. Respecto de la omisión, la doctrina ha discurrido desde aquellas posiciones que exigen establecer una relación causal hasta aquellas que niegan la causalidad en la omisión impropia.

Las primeras posiciones establecían o entendían que entre omisión y resultado existía un nexo causal, entendiendo por tal, una relación causal mecánica y de carácter necesario,

---

<sup>56</sup> Enrique Cury. *Derecho penal: Parte general*. Séptima edición. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2005., p. 282.



existente entre un antecedente y un consecuente y, para lo cual recurren a alguna actividad a la que se pudiera reconducir la modificación del mundo exterior. Eugenio Zaffaroni explica este fenómeno de la siguiente manera

[La] acción desarrollada en forma simultánea a la omisión es causal respecto del resultado. Es decir, si el niño muere de hambre por la omisión de alimentarlo por parte de su madre (garante) por cuanto se dedicaba a otra tarea, es esa otra actividad corporal realizada simultáneamente a la omisión la que es causal respecto al fallecimiento. Contra esta teoría se alega que si la madre deja morir al niño por tejer unas medias (actividad corporal simultánea a la omisión) solo puede concluirse que el tejer es causal (desde un punto de vista mecánico científicista) con las medias tejidas, pero nunca será causal respecto de la muerte del hijo. Estas teorías han sido llamadas del “*aliud agere*”, para las cuales se concibe la omisión como la positiva ejecución de un acto distinto en lugar del que se debía haber realizado.<sup>57</sup>

El autor explica más a detalle, expresando que la circunstancia de que el obrar alternativo, que lleva a cabo el obligado a actuar, sea lícito o totalmente inofensivo en nada modifica la cuestión, pues la omisión:

[tiene] por función captar esa situación constelacional, precisarla y, en esa situación constelacional determinada (y no en cualquier otra), desvalorar la acción efectivamente realizada. Así, podrá ser penalmente irrelevante la conducta de jugar con terrones de azúcar, pero no lo es si el que lo hace es el futuro heredero de la tía rica que está muriendo, a un metro de distancia, como consecuencia de una crisis hipoglucémica.<sup>58</sup>

Así debe también ser valorada, según este autor, la conducta de la madre que teje mientras su hijo está a su lado muriendo de sed y, por tanto, la acción de tejer unas calcetas no sería inofensiva, por cuanto el tipo capta un marco situacional en el que desvalora lo único que puede desvalorarse: una acción, la acción realizada en forma simultánea a la omisión.

Conviene centrar nuestro estudio de este tema en la imputación objetiva que considero la solución correcta en este tema que tanto ha complicado a la doctrina penalista. Para esta teoría el decidir qué clase de vinculación debe existir entre resultado y la conducta es una cuestión jurídico-penal que, por tanto, solo puede resolverse desde la óptica del Derecho Penal, es decir, desde un punto de vista normativo y no desde uno de carácter ontológico y pre jurídico como es la causalidad.

Debe señalarse primeramente que son muchos los autores que concluyen que la teoría de la causalidad hipotética, analizada anteriormente, no es más que un criterio de

<sup>57</sup> Eugenio Zaffaroni. *Manual de derecho penal. Óp. cit.*, p. 451.

<sup>58</sup> *Id.*, p. 573.

imputación objetiva del resultado al omitente-garante que se basa en la idea del incremento del riesgo. Claramente lo señalan Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo para quienes

[cuando] la infracción del deber de actuar, por parte de quien está en una posición de garantía, haya incrementado el riesgo de aparición del resultado típico (porque pueda afirmarse que si el garante hubiera actuado conforme al mandato, dicho resultado podía haberse evitado), le será objetivamente imputado tal resultado típico al omitente garante. No, por tanto, porque lo haya causado, sino porque no lo ha evitado cuando podía hacerlo.<sup>59</sup>

De la misma opinión es Jescheck, para quien “en la actualidad, se aplicará en su lugar (se refiere a las teorías de la causalidad hipotética) la teoría de la imputación objetiva.”<sup>60</sup> La imputación es posible cuando la conducta humana ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y éste se ha realizado en el resultado.

La falta de creación de peligro conducirá, por tanto, a la impunidad, mientras que la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico solo conducirá a estimar que no existe consumación pero si tentativa. Veámoslo con un ejemplo: si envío a mi enemigo al bosque durante una tormenta con el deseo de que muera alcanzado por un rayo, falta la acción homicida por cuanto el hecho de enviar a alguien al bosque no crea un peligro jurídicamente relevante para el bien jurídico.

Los criterios que son utilizados por la teoría de la imputación objetiva se pueden reseñar de la siguiente manera: la disminución de riesgos, la creación o no de un riesgo desaprobado jurídicamente, el aumento del riesgo permitido y la esfera de protección de la norma.<sup>61</sup> El principio de la disminución del riesgo implica que no deben imputarse al sujeto los resultados típicos de su acción cuando aquella ha significado una disminución del peligro corrido por la víctima, como sucederá por ejemplo en el caso de una persona que causa lesiones a otra al empujarla al suelo para evitar que la golpee un florero que cae desde un edificio.

El principio de la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante implica que el resultado típico será imputado al autor en la medida que la acción u omisión hayan creado para el bien jurídico un riesgo o peligro jurídicamente desaprobado y no cuando el

<sup>59</sup> Susana Huerta y Emilio Octavio de Toledo. *Derecho Penal: Parte General. Teoría jurídica del delito*. Madrid: Ed Rafael Castellanos, 1986, p. 585.

<sup>60</sup> *Id.*, p. 564

<sup>61</sup> Enrique Cury. *Derecho penal: Parte general. Óp. cit.*, pp. 299 - 303.

riesgo provocado es de aquellos cuya realización el Derecho tolera. El aumento del riesgo permitido puede explicarse como aquel que permite la imputación de un resultado típico cuando el autor ha realizado una conducta que aumentó el riesgo de su producción más allá de lo permitido. Solo el hecho de rebasar el riesgo permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica.

Por último tenemos la esfera de protección o ámbito de aplicación de la norma es uno de los postulados de Claus Roxin. Respecto de este tema, el artículo elaborado por Giovanna Vélez Fernández menciona en síntesis y dice que

Este criterio permite solucionar aquellos casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que origina un resultado lesivo, éste no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma, es decir si el resultado no era aquel que la norma quería evitar.<sup>62</sup>

Como podemos observar este postulado utiliza el *incremento de riesgo* que termina en un *resultado lesivo*. El sujeto solo puede tener responsabilidad siempre que la norma haya querido evitar el resultado producido.

#### **2.1.4. La Posición De Garante**

A continuación analizaremos a la posición de garante. Esta es de suma importancia para nuestra investigación, ya que es la única manera que se le puede obligar a que una determinada persona haya actuado de una determinada manera. Iniciaremos explicando cual es el origen de la posición de garante.

##### **2.1.4.1. Origen De La Posición De Garante**

En la conducta omisiva impropia uno de los requisitos objetivos del tipo penal es que la persona se encuentre en posición de garante. La posición de garante está plasmada de la siguiente manera en el COIP *Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.*

<sup>62</sup> Giovanna Vélez Fernández. La Imputación Objetiva: Fundamento y Consecuencias Dogmáticas A Partir De Las Concepciones Funcionalistas De Roxin y Jakobs. [https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/articulos/a\\_20080527\\_35.pdf](https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/articulos/a_20080527_35.pdf) (acceso 22/06/2016).

Esta definición es muy importante para nuestro estudio, ya que de esta iniciaremos a desarrollar qué es la posición de garante, y sus orígenes.

Se encuentra en posición de garante el sujeto que tiene el compromiso, la obligación de velar y proteger a una persona o un grupo, de peligros o riesgos a los que se encuentran expuestos. El legislador para asegurar la integridad de quienes en determinado momento sufran alguna situación de debilidad, fijó en ciertas personas una posición de preeminencia, predominio o superioridad; por lo que en el evento de hacer caso omiso a esa responsabilidad legal, la imputación se equipara a realizar la conducta. A esta condición se le denomina posición de garante.

La posición de garante ha sido tratada por más de un jurista del derecho penal, es por esta razón que nos limitaremos a utilizar el concepto que Luis Gracia propone:

La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquel se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa.<sup>63</sup>

Como se pudo evidenciar de esta breve introducción, la posición de garante es un requisito indispensable de los delitos de omisión dolosa, es por esta razón que en esta investigación utilizaremos todo un capítulo para explicar las diversas maneras que la doctrina a determinado que una persona se encuentra en posición de garante.

La posición de garante tiene como elemento principal las características que reúnen una persona determinada o un grupo de personas determinadas. Esta persona o personas que el legislador considero “especiales” sobre las demás, ya que les asigno una obligación de amparar y evitar la ocurrencia de un resultado lesivo para los bienes jurídicos que deben salvaguardar.

El que se encuentra en posición de garante debe de responder por la indemnidad de los bienes jurídicos de terceros y en caso de no hacerlo, de no evitar; la persona recibirá una sanción bastante severa, a tal punto que se lo equipara como si hubiera realizado la acción. Es por esta razón que debemos analizar de donde surge la posición de garante, para que

---

<sup>63</sup> Luis Gracia Martín. *La comisión por omisión en el derecho penal español*. Revista *Nuevo foro Penal*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, p. 127.

entendamos como este concepto surgió, su evolución y hacia donde se está dirigiendo. Todo esto es importante ya que nos da una perspectiva de los casos que pueden llegar a darse en la práctica y como estos se podría solucionar.

#### 2.1.4.2. Fuentes Formales

Las fuentes formales son las primeras formas que surgieron para comprobar si una persona se encuentra en posición de garante, es decir, el primer examen que se hace para determinar si alguien se encontraba en posición de garante es analizando las fuentes formales. Basándose en ellas, la posición de garante se afirma acudiendo a la existencia de deberes extrapenales emanados principalmente de la ley, de un contrato y de un actuar precedente peligroso.<sup>64</sup>

De la misma manera Hugo Mario Sierra – Alejandro Salvador Cantarro mencionan que “[Las] fuentes formales de las que deriva dicha posición son tres: a) la ley; b) el contrato; y c) la conducta precedente. Así se acepta generalmente en la doctrina penal y así lo han proclamado algunas legislaciones positivas.”<sup>65</sup> Con este pequeño antecedente procederemos a explicar cada una de estas fuentes de la teoría formal.

##### 2.1.4.2.1. La Ley

Una de las fuentes que tenemos de la posición de garante es la propia ley. Esta es la que define quien se encuentra obligado. Esto sin lugar a duda ayuda a que se cumpla con el principio de legalidad que rige al derecho penal. Esto se debe a que la ley regula que tipo de vínculos o relaciones familiares por llamarlas especiales, ya sea por consanguinidad o afinidad, son responsables por la protección de los bienes jurídicos de sus familiares más próximos. Hugo Sierra define a esta fuente como “[e]n el caso existe una específica “obligación legal de actuar”. Ej.: la madre del recién nacido tiene especial obligación de

<sup>64</sup> Manuel Arauz. *La omisión, comisión por omisión y posición de garante*. <http://165.98.12.83/696/1/encuentro54articulo4.pdf> (acceso: 20/12/2014).

<sup>65</sup> Hugo Mario Sierra, Alejandro Salvador Cantarro. *Lecciones De Derecho Penal*. [https://books.google.com.ec/books?id=vTBh-vAZ60kC&pg=PA1&lpg=PA1&dq=Hugo+Mario+Sierra+Alejandro+Salvador+Cantarro.+%22Lecciones+De+Derecho+Penal.%22&source=bl&ots=E\\_Dno7R72B&sig=gHapjK2Rk7XGYpPOEZRkfGRYNM&hl=en&sa=X&ved=0ahUKewj-497Yxu3LAhXMJh4KHc-yBSUQ6AEIGzAA#v=onepage&q=Hugo%20Mario%20Sierra%20Alejandro%20Salvador%20Cantarro.%20%22Lecciones%20De%20Derecho%20Penal.%22&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=vTBh-vAZ60kC&pg=PA1&lpg=PA1&dq=Hugo+Mario+Sierra+Alejandro+Salvador+Cantarro.+%22Lecciones+De+Derecho+Penal.%22&source=bl&ots=E_Dno7R72B&sig=gHapjK2Rk7XGYpPOEZRkfGRYNM&hl=en&sa=X&ved=0ahUKewj-497Yxu3LAhXMJh4KHc-yBSUQ6AEIGzAA#v=onepage&q=Hugo%20Mario%20Sierra%20Alejandro%20Salvador%20Cantarro.%20%22Lecciones%20De%20Derecho%20Penal.%22&f=false) (acces0: 28/03/2014), p.221.

alimentarlo para que no muera, siendo esta una consecuencia de los deberes derivados de la patria potestad que impone el Código Civil.”<sup>66</sup>

Este es el típico caso de alguien que se encuentra en posición de garante por ley, en el caso de que la madre no cumpla con la ley va a ser sancionada. Esto nos lleva al segundo tema a tratar de la posición de garante derivada de la ley.

De acuerdo a Gimbernat, el concepto de ley debe entenderse en un sentido amplio, es decir, que entraría aquí no solo la emanada del órgano legislativo, sino de los decretos, reglamentos, orden ministeriales e incluso ordenanzas municipales.<sup>67</sup> Es por esta razón que tenemos que tener mucho cuidado con esta fuente, esto se debe a que debe el juzgador debe realizar una interpretación amplia y sistemática de todo el ordenamiento jurídico.

#### **2.1.4.2.2. El Contrato**

Una de las teorías que existe para determinar si una persona se encuentra en posición de garante, es por la aceptación voluntaria o contrato. Manuel Ossorio define al contrato como “Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.”<sup>68</sup> Existen varios tipos de contratos tales como los atípicos, unilaterales, bilaterales, consensuales, etc., cabe recalcar que en esta sección lo que nos interesan es determinar cuando una persona se encuentra en posición de garante por contrato. En el siguiente capítulo trataremos a fondo los tipos de contrato y la eventual responsabilidad que podría tener un omitente.

Cuando existe esta aceptación voluntaria, existe una posición de garante en virtud del acto que suscribió. Es importante manifestar que no se hace una distinción entre contrato público o privado, lo único que importa es que exista ese vínculo en virtud del acuerdo de las partes. Sobre este punto Hans-Heinrich que sostiene que:

Lo determinante para la posición de garante no es la validez jurídica del acuerdo contractual sino que, más bien, aquella se fundamenta por su asunción material. De ahí

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Enrique Gimbernat Ordeig. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana*. [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/gimbernat.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/gimbernat.pdf). (acceso: 21/02/2016).

<sup>68</sup> Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 36ª. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008, p.222.

que, excepcionalmente, el deber de garante pueda superar la duración de la validez de un contrato.<sup>69</sup>

Vamos a plantear el caso de la niñera que se le contrata para que cuide al niño desde las 8h00am hasta las 16h00pm. Ella acepta voluntariamente y firma el contrato de servicios de cuidado. La niñera decide faltar al segundo día de trabajo porque el niño es tiene un carácter complicado, no le deja en paz, le grita, insulta, pateo las piernas, etc. El día que ella falta a su trabajo porque no le quería ver al niño, este como no tenía quien le cuide se precipita por las gradas y se rompe la mano. ¿La niñera es responsable? De acuerdo a Heins-Heimrich nuevamente esta es responsablemente y terminaría respondiendo por omisión. En el siguiente capítulo analizaremos a fondo esta fuente y que problemas puede traer en la práctica su aplicación. Como se menciona al inicio en esta sección lo único que se busca es entender cuando una persona se encuentra en posición de garante derivado del contrato.

#### **2.1.4.2.3. Actuar Precedente Peligroso (Injerencia)**

El deber de garante derivado de la injerencia o del hacer precedente tiene fundamento en que quien genera un peligro para el bien jurídico de otras personas, debe hacer todo lo posible para que el riesgo desplegado por él antes, no trascienda, es decir, no se materialice en una conducta contraria al ordenamiento jurídico.

Un ejemplo de un caso de conducta omisiva sancionado por el Tribunal Supremo Aleman el 6 de julio de 1990 por injerencia es el famoso caso del “Lederspray”. Se trató de una empresa que comercializaba productos para el cuidado del cuero y que inicialmente o no causaba perjuicios para la salud o no se había establecido que ello sucediera. Posteriormente un grupo de personas que utilizaban el producto comenzó a presentar molestias, cuyo diagnóstico era la acumulación de líquidos en los pulmones; como consecuencia de ello, la empresa productora comenzó a realizar pruebas a fin de establecer algún tipo de responsabilidad, sin que se lograra relacionar directamente el producto con los perjuicios causados en la salud, por lo que se tomó la decisión de no retirarlo del mercado; sin embargo, las lesiones se siguieron produciendo por lo que se procesó a los miembros de

<sup>69</sup> Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Quinta edición. Granada: Comares, 2002, p. 671 .

la Junta Directiva de la compañía por su decisión de mantener el producto en el mercado.<sup>70</sup> Este caso es muy importante ya que en este se puede evidenciar cómo puede llegar a funcionar la omisión, en la práctica diaria. Así mismo en este caso se puede evidenciar tres etapas, que son las siguientes.

Es importante, establecer los 3 momentos en relación con la utilización del producto. El primero de ellos, no ofrece dificultad alguna por cuanto se sitúa antes de conocer siquiera la nocividad del producto y no conllevaría algún tipo de responsabilidad penal, las lesiones padecidas en este espacio temporal se atribuyen al caso fortuito. Luego de que se conocieran las primeras reacciones alérgicas o perjudiciales en la población que utilizaba el “lederspray” y que se sospechaba que era el producto el que las originaba, el tipo de responsabilidad es de carácter culposo. Y finalmente, al continuar con la comercialización del producto (decisión tomada por los directivos) a pesar de los peligros que existían para la salud de las personas que lo utilizaban, el tribunal determinó la posición de garante y fueron sentenciados por omisión, que podría considerarse una omisión dolosa.

Otro de los ejemplos más nítidos es el conductor imprudente que atropella a un peatón y en vez de proporcionarle ayuda, huye del lugar, donde el hacer precedente constituiría la lesión ilícita al transeúnte, respondería por la muerte en el caso que se produzca, sino despliega todo lo que está a su alcance para salvaguardar su vida; dado, que según esta posición, se convierte en garante al romper el equilibrio que existía en la sociedad antes de poner el peligro los bienes jurídicos de una persona o un grupo de ellas.<sup>71</sup>

Como ya se insinuó, no se puede imputar al garante alguna conducta sólo cuando ha existido un actuar precedente, es indispensable además que se cumplan tres requisitos en ese actuar, que el tratadista Jescheck señala de una manera clara y sencilla:

En primer lugar, el actuar precedente debe haber provocado el peligro cercano (adecuado) del ocasionamiento del daño. En segundo lugar, la actuación previa debe haber sido contraria a deber (aunque no sea culpable) desde un punto de vista objetivo.

---

<sup>70</sup> Mariela Machado. "Necesidad De Protección Penal En Materia De Responsabilidad Por El Producto vs. Principio De Última Ratio.". <<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/responsabilidad2.htm>>. (acceso: 05/03/2016).

<sup>71</sup> Xavier Andrade. *Apuntes de clase Delitos de Peligro y Omisión*. Universidad San Francisco de Quito. 2012.



Finalmente, la contrariedad a deber debe consistir en la infracción de la norma que sirve precisamente para la protección del bien jurídico afectado.<sup>72</sup>

En cuanto a la omisión impropia, para atribuir una obligación al garante, cuando no ha actuado o ha “dejado de hacerlo”, en el caso antes mencionado es retirar del mercado el producto. Es indispensable que dicha omisión sea a título de dolo o culpa. Actualmente en nuestro sistema jurídico, solo permite la opción que la omisión sea a título de dolo. La Posición de garante en este caso, se da con base a un comportamiento anterior peligroso contrario al deber en este caso de retirar el producto del mercado para evitar posibles consecuencias y repercusiones a los bienes jurídicos protegidos a sabiendas del daño que provocaba.

Sin embargo, Enrique Gimbernat Ordeig menciona que el doctrinario Schünemann ha defendido tajantemente que el injerente o quien actúa precedentemente no puede convertirse en garante, porque una vez iniciada la conducta dañina, el injerente no asume una calidad especial obligada a detener el resultado o evitar que trascienda, es simplemente un espectador al igual que el resto de las personas que han presenciado el hecho, por lo que su responsabilidad es a título de omisión propia.

El injerente se encuentra frente al ulterior acontecimiento, ontológicamente, igual que cualquier otra persona, por lo que las sucesivas etapas del proceso causal se le pueden imputar a su esfera de dominio solo sobre la base del acto desencadenante. Cuando el injerente se convierte repentinamente en doloso, ello es un dolo sin dominio y, por consiguiente, una mala voluntad sin hecho. Un dominio requiere un sustrato material sobre el que actúa; y este no lo puede constituir el mero proceso causal, si no se quiere incurrir en el error de equiparar el dominio (actual) con la posibilidad de evitación (potencial).<sup>73</sup>

Hablamos de una omisión propia ya que se encuentra tipificado el delito de la persona que no presta auxilio a una persona que la necesita. Lo que menciona Schunemann, es el principal defecto de esta teoría, que radica en cómo una persona puede estar en omisión si él fue el causante de la puesta en peligro. Con el ejemplo del accidente de tránsito, no se le acusaría por omisión se le acusaría por accidente de tránsito con muerte. La falla de esta

---

<sup>72</sup> Hans- Heinrich Jescheck. *Tratado de Derecho Penal: Parte General Óp. cit.*, p. 676.

<sup>73</sup> Enrique Gimbernat Ordeig, Enrique. “La omisión impropia en la dogmática penal alemana, una exposición”. [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/gimbernat%20alemania.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/gimbernat%20alemania.pdf). (acceso: 21/02/2016) p.27.

teoría es que no toma en consideración la practicidad de esta, por las razones antes mencionadas.

### **2.1.4.3. Fuentes Materiales**

Las fuentes materiales nacen de diversas circunstancias. Estas fuentes establecen las funciones de protección de un bien jurídico, determinadas personas están obligadas a velar por la integridad de un bien jurídico debido a que el mismo se encuentra en su ámbito de dominio. De todas las fuentes materiales que existen nos limitaremos a analizar la comunidad de vida y la teoría sobre el ámbito de dominio.

#### **2.1.4.3.1. La Comunidad De Vida**

Esta fuente también es conocida como la *teoría de la obligación jurídico material*, tiene origen básicamente en el principio de confianza y en la existencia de una estrecha comunidad de vida entre personas. Esto se puede asociar a la solidaridad y apoyo a los pares del lugar en que vivimos. Aquí se incluyen las relaciones de noviazgo o amistad. El ejemplo perfecto de esta teoría es el del guía de alta montaña que debe realizar las labores necesarias a fin de salvaguardar la vida de quienes participan de una excursión con él.

Por su parte, Lascuraín expresa que “la clave para la atribución de posiciones de garantía reside en la idea de “proximidad social” al bien jurídico, expresada también como “relación social estrecha”<sup>74</sup> Se considera que la solidaridad o fidelidad que existe entre comunidades estrechas de vida es de gran importancia para mantener el orden en la sociedad y que de esta manera se asegura que el garante asuma una evitación de daños contra la integridad de quienes hacen parte de su comunidad.

El fundamento de esta tesis es atribuir la posición de garante a quien tenga una cercanía o proximidad al bien jurídico y se aclara que no se trata de una intermediación física, sino que se destacan aquí las relaciones sociales estrechas entre personas que por confianza, fidelidad y solidaridad se encuentran o hacen parte de esos vínculos y que se sobreentiende que en caso de peligro o lesión de sus bienes jurídicos más preciados, estarían dispuestos a salvaguardarlos o protegerlos.

---

<sup>74</sup> Juan Antonio Lascuraín. *Penar por Omitir. Óp. cit.,*p. 16 .

Sin embargo y a pesar de lo anterior la crítica preponderante radica en su imprecisión, no se conoce unánimemente que significa el término proximidad social. La responsabilidad del garante es demasiado amplia, puesto que aquí pueden incluirse todo tipo de relaciones, aún las ocasionales y como se dijo anteriormente, la carga es muy pesada, es decir, la pena a imponer es desmedida, por lo que deben ser muy específicos y taxativos los casos en que se puede endilgar la responsabilidad a quien incumpla con sus deberes y no darle aplicación a cada caso concreto sin tener como fundamento siquiera la expresa consagración legal. Lascuráin de acuerdo con Vogt, señala lo siguiente:

Esta debilidad en la legitimación que pretende la tesis que analizamos se hace patente si se piensa en la posible inclusión en el concepto de proximidades causales y en la posible exclusión, so pena de forzar semánticamente los conceptos utilizados, de todo supuesto de actuación peligrosa precedente para los bienes de los socialmente lejanos. Si bien se mira, en realidad, no es la proximidad social el presupuesto de la asignación de un deber jurídico especial, sino más bien su contenido o consecuencia. Lo que queremos con la atribución de las posiciones de garantía es aproximar unas personas a otras para que las primeras preserven o protejan a las segundas, y buscamos para ello pautas que puedan justificar la asignación coactiva de tal tarea, sin que, como veremos, parezca suficiente su mera utilidad para la vida comunitaria.<sup>75</sup>

Como mencionamos en la fuente de la ley, se debe observar todo el ordenamiento jurídico para determinar cuáles son las obligaciones; sin embargo y aunque así se establezca, la carga se torna injusta, por cuanto imponer a una persona la responsabilidad jurídica sobre el bienestar de otras a las que en principio no estaría obligado a proteger porque no existe un vínculo natural entre ellos, como sí ocurre por ejemplo con los padres respecto de sus hijos menores de edad.

#### **2.1.4.3.2. Teoría Sobre El Ámbito De Dominio**

Esta teoría también llamada por el profesor Lascuráin “en torno a la idea de dependencia”, ya que se parte de la idea que los bienes jurídicos se encuentran en un estado de debilidad manifiesta, ya que su subsistencia depende de la actividad del garante.

El dato esencial para la atribución de posiciones de garantía partiría, según esta concepción, del bien jurídico: de su debilidad frente a agresiones externas y de la

---

<sup>75</sup> Juan Antonio Lascuráin. *Penar por Omitir. Óp. cit.*, p.18.

dependencia de su indemnidad de personas distintas de su titular, a quienes por ello mismo se le atribuye un deber de protección.<sup>76</sup>

Es precisamente de este concepto de donde parten las críticas a esta teoría, dado que sería una imposición bastante severa el que otra persona diferente al titular de los bienes jurídicos sea quien deba responder por la indemnidad de éstos, se señala entonces, que debería ser un fenómeno excepcional porque en principio el ordenamiento parte de la base que todos somos independientes y capaces de responder por nosotros mismos; aquí sin embargo no se descarta algunas relaciones originarias de dependencia en la que el principio de confianza juega un papel fundamental, dado que se trata de personas con defectos físicos quienes lejos de ser autónomos, sí requieren necesariamente la ayuda del otro.

Esta es una de las teorías más criticadas de las fuentes de la posición de garante. Juan Antonio Lascurain menciona la posición de Christian von Wolff sobre este tema y dice que:

Una omisión “produce” un resultado cuando una persona depende originariamente de otro para la obtención de algo necesario y no caprichoso para su vida, y cuando ésta toma una decisión libre de no colmar la necesidad ajena, de modo que, a diferencia de lo que suceden en las omisiones propias, se puede considerar que con su comportamiento conduce las condiciones vitales del dependiente hacia peor.<sup>77</sup>

Sin duda en esta tesis se destaca la posición de Schünemann quien comienza por equiparar la omisión impropia a la comisión porque entre ambas figuras existen semejanzas imposibles de descartar como la estructura para valorar la punibilidad. En las propias palabras de este autor precedente:

Sobre la idea de (...) que la punibilidad de la omisión sobre la base del supuesto de hecho típico de comisión sólo puede ser justa, si la posición del autor por omisión en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico es comparable en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado con aquéllos que debe poseer el autor por comisión.<sup>78</sup>

Señala que es imprescindible acudir a la configuración de los delitos comisivos para cumplir con el cometido de la seguridad jurídica, por cuanto los delitos de omisión en principio señalan comportamientos activos y porque es más fácil entender la imputación en

---

<sup>76</sup> *Id.*, p.19.

<sup>77</sup> Juan Antonio Lascurain. *Penar por Omitir. Óp. cit.*, p.19.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, p. 22.

las comisiones porque éstas también parten de la misma base; en otras palabras, no existirían omisiones sin comisiones.

Sin embargo y a pesar de lo anterior, esto no es tan exigente en lo que a la relación de causalidad se refiere; ésta no se puede predicar de igual manera en delitos activos y omisivos; no se concibe una relación directa entre éstos últimos y el resultado, por lo que para superar este escollo hay que trascender a la imputación y analizar la actuación positiva de la persona para establecer el dominio que tenía sobre el resultado final. Es decir, se le imputa el resultado al autor porque dominaba su cuerpo, porque dominaba la situación. Se debe hacer lo mismo con el omitente, se debe castigar cuando domine la situación o sus consecuencias y/o el resultado lesivo.

Lascuraín menciona que según Schünemann el dominio se clasifica de dos formas

[e]l primero es el dominio sobre una causa esencial del resultado, que se producirá en quien domina cosas y ocupaciones peligrosas o personas irresponsables peligrosas (el niño que tira cosas por la terraza, por ejemplo). El segundo dominio lo es sobre el desamparo de la víctima, y tendrían su origen en un desamparo existencial (los niños respecto a los padres), en la libre aceptación de la función de amparo (quien recoge a un bebé por ejemplo) o en un acto de confianza del titular del bien (ancianos que ingresan a un asilo).<sup>79</sup>

La principal crítica a este planteamiento se debe a la amplitud de la misma teoría y es prácticamente aplicable a la posición de garante para todos los tipos de omisión impropia. En este caso desaparece por completo quien se encuentra en una posición privilegiada con respecto a otros, para evitar el resultado, ya sea porque domine o no el mismo, no se le puede imponer la obligación de responder por la conservación y salvaguarda de bienes jurídicos de personas que en principio no tienen ninguna proximidad natural o consanguínea, ni mucho menos casual.

Respecto a este tema la doctrina se ha pronunciado de la misma manera, realizando severas críticas a esta teoría. El doctrinario Bacigalupo Zapater sostiene que:

Autor de un delito impropio de omisión solamente puede serlo quien es garante frente al ordenamiento jurídico de la no producción del resultado. Esta posición consiste en la estrecha relación del autor con el bien jurídico. En consecuencia, el objeto de la teoría de la posición de garante es la especificación de las relaciones estrechas que deben existir entre autor y bien jurídico para que una infracción de un determinado deber de acción caiga en el ámbito de un

---

<sup>79</sup> Juan Antonio Lascuraín. *Penar por Omitir. Óp. cit.*, p. 24.

delito de comisión. Para la posición de garante no importa la fuente del deber de evitar un resultado, sino la mayor o menor estrechez en que el autor se encuentre con el bien jurídico.<sup>80</sup>

Si no existe una relación estrecha entre el que se encuentra en posición de garante con el bien jurídico, no existe delito de omisión. En la teoría del ámbito de dominio todos estaríamos obligados, sin importar la relación, es decir que esta teoría es utópica.

Claramente esta teoría viola a uno de los principios del derecho penal que es la no interpretación amplia, la interpretación penal se debe limitar al tenor literal. Si se permite que se realice una interpretación amplia el derecho penal no tendría límites, y con esto se eliminaría la seguridad jurídica e implicaría un retroceso en el derecho penal. Ya que todo dependería del juzgador, de cómo el interprete la situación, la ley pasa a un segundo plano, donde primaria la valoración que haga el juez de la situación.

El doctrinario Traeger cita el ejemplo de una persona que ya sea por error, por descuido o incluso para cometer un hecho punible, ingresa a una habitación que posteriormente es cerrada por el viento, que aunque no haya un actuar precedente de alguien sino la operancia de fuerzas extrañas a él (aquí como la naturaleza), aun en este caso se considera que existe posición de garante del titular del inmueble, si tiene dominio sobre el bien; esto dice Traeger:

Este deber hay que admitirlo porque sólo aquel en cuya zona de dominio se ha producido una situación de peligro para otras personas es quien puede acabar con esa situación[...] Por consiguiente el deber de actuar no solo surge para quien ha causado una situación de peligro mediante una acción precedente inculpable sin saber que dentro de ella se encuentra una persona, sino también\_ y a ello no se le suele prestar atención\_ para aquel en cuya zona de dominio surge una situación de peligro con la que sólo él puede acabar, independientemente de que esa situación se haya producido por el azar o incluso por la culpa de un tercero.<sup>81</sup>

Sobre este punto Gimbernat no toma ninguna posición, ni de crítica, ni de aprobación. Esta situación particular es demasiado severa precisamente por lo que se mencionó anteriormente, en el sentido de que no todo el que domina un hecho peligroso o dañino, debe evitarlo y hacer tal exigencia, transgrede la propia autonomía de las personas. Dentro de los riesgos socialmente permitidos, existen focos de peligro que las personas pueden soportar siempre y cuando no se sobrepasen los límites aceptados, porque de lo contrario

<sup>80</sup> Enrique Bacigalupo. *Delitos improprios de omisión*. *Óp. cit.*, p. 170.

<sup>81</sup> Enrique Gimbernat Ordeig. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana, una exposición*. [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/gimbernat.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/gimbernat.pdf). (acceso: 21/02/2016).

según el autor, quien los generó se convierte en garante de las personas a quienes les modificó su situación normal de riesgo; es decir, aquél que traspasa las fronteras de lo admisible, de lo tolerable, debe desplegar las acciones necesarias para evitar que transgreda el ordenamiento jurídico en el sentido de violentar la vida e integridad de quienes en principio no estaría obligado a salvaguardar. Aquí se torna en garante independientemente del vínculo que posea, quien desplegó un riesgo más allá de lo permitido y puso en peligro a personas; cuyos bienes jurídicos, de no haberse generado el riesgo no sufrirían menoscabo alguno.

Las posiciones de especial responsabilidad que fundamentan la equiparación de la omisión a la comisión activa hallarían así su fuente en la idea de asunción del control de un riesgo. Las dificultades de acuerdo con este fundamento, tan ligado al ejercicio de la autonomía personal, no provienen entonces de su formulación en sí (la asunción genera deberes de garantía) sino de exclusividad (sólo la asunción genera deberes de garantía)... En casos como los de los deberes paternofiliales, o los deberes de control que surgen de la injerencia, o los deberes que surgen del dominio sobre un animal peligroso, no cabe afirmar en rigor que los agentes asumen, toman para sí libremente el control del riesgo –como sí lo hace por ejemplo el socorrista de una piscina o el encargado de seguridad de una empresa-, sino más bien por determinadas razones le atribuimos el control de ciertos peligros, lo quieran o no.<sup>82</sup>

Como se puede observar esta teoría tiene muchos problemas, uno de ellos que interfiere con la libertad que también es un bien jurídico protegido. Así mismo solo analiza lo que las personas deben hacer y no la situación como tal.

## 2.2. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

La parte subjetiva del tipo penal se siempre se encuentra constituida por la voluntad dirigida a un resultado. Estos tienen la característica de pertenecer al mundo síquico del agente o de un tercero. Estos elementos tienen a ser intangibles, sin embargo son perceptibles por medio de los sentidos. Los elementos subjetivos del tipo penal por excelencia son el dolo y la culpa. Sin embargo la conducta omisiva tan solo permite el dolo por como lo redactó el legislador. Es por esta razón que limitaremos nuestro estudio a analizar el dolo en la omisión.

---

<sup>82</sup> Juan Antonio Lascraín. *Penar por Omitir. óp. cit.*, p. 35.

### 2.2.1. Dolo

Tradicionalmente se ha definido el dolo como el conocer los elementos del tipo y querer su realización. Los elementos de dicho concepto son, por tanto, un elemento volitivo y uno cognoscitivo y así diremos que el dolo consiste en “el conocimiento de la acción a realizar y en la voluntad de llevarlo a cabo.”<sup>83</sup> Pero en el tema en estudio se presenta la dificultad de determinar si el dolo en la omisión puede revestir la misma estructura que en los delitos de acción. La doctrina mayoritaria señala que el dolo en la omisión solo requiere la presencia del elemento cognoscitivo y no del elemento volitivo. No se requiere la voluntad de realizar el tipo omisivo, que quiera no realizar la acción esperada, tan solo se requiere que se tenga el elemento cognoscitivo.

Para el causalismo el dolo se encontraba en la culpabilidad como la relación psicológica del autor con su hecho. El dolo era irrelevante, como ya se vio en el concepto de acción del causalismo, la dirección de la voluntad para la construcción del hecho doloso y por tanto como consecuencia lógica concluía que el lugar del dolo era la culpabilidad. Con posterioridad es el finalismo el que ubica el dolo en el tipo como bien lo señala Roxin “[l]a ubicación del dolo... en el tipo sólo se efectuó más tarde por influencia de la teoría final de la acción.”<sup>84</sup> Así las cosas se puede concluir que el dolo en el esquema del finalismo es valorativamente neutro o como se le ha dado en llamar un dolo natural en oposición al dolo del causalismo que era un “*dolus malus*” por cuanto el dolo era una forma de la culpabilidad.

Tradicionalmente se distingue entre dolo directo o de primer grado, dolo de consecuencias necesarias o segundo grado y dolo eventual. La distinción y determinación conceptual de las 3 formas de dolo es importante por cuanto el legislador no siempre castiga cualquier conducta dolosa sin más, sino que frecuentemente exige un determinado propósito o intención (por ejemplo, actuar a sabiendas) con lo cual excluye al menos el dolo eventual.

En el dolo directo las consecuencias de la acción, además de conocidas, constituyen la meta del autor es decir el resultado delictivo era el fin o uno de los fines perseguidos por el

---

<sup>83</sup> Mario Garrido Montt. *Derecho Penal. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídico de Chile, 2001, p. 186.

<sup>84</sup> Mario Garrido Montt. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 307.



sujeto. En el dolo de consecuencias necesarias el autor no busca la realización del tipo pero sabe y advierte como seguro (o casi seguro) que con su actuar dará lugar al delito; aquí el autor no persigue el resultado sino que este se le presenta como una consecuencia necesaria, inevitable de su actuar. En el dolo eventual el autor se representa el resultado como posible o probable y no obstante esa representación se decide por ese comportamiento que lleva aparejado ese resultado.

Mir Puig sostiene que en los delitos de omisión no existe ninguna alteración del dolo y que posee la misma estructura que en los delitos de acción. Debe señalarse que este autor estima que el dolo en el delito de acción no requiere una resolución activa dirigida a realizar el tipo, por lo cual el elemento principal del dolo será el conocer y que el querer solo se exige respecto del dolo directo pero en el dolo de segundo grado (dolo de consecuencias necesarias) y en el eventual el querer se manifiesta como “aceptar”. Para concluir señala que en el delito de omisión es necesario decidir realizar una conducta (la efectuada en lugar de la exigida) la que no ha de ser necesariamente activa ni debe suponer un cambio respecto de otra y así puede consistir en el mantenimiento de un comportamiento no activo. Falta, por tanto, en el actuar omisivo el momento de decisión activa característico del actuar positivo doloso y, es propio de la omisión la pura pasividad en la voluntad del autor. Por tanto, el omitente “no precisará adoptar ninguna resolución activa de voluntad para ello (no se requiere un elemento volitivo, un querer realizar un resultado), sino solo no decidir cambiar de actitud.”<sup>85</sup>

Para Armin Kaufmann, por otro lado, en la omisión no existe un verdadero dolo, por cuanto, en su sistemática del delito concibe a la omisión integrada por una finalidad potencial la cual no se encontraría en el dolo que ontológicamente requiere una voluntad de realización, la cual no existe en la omisión.<sup>86</sup> Otro argumento de este autor consiste en que si se hace consistir al dolo de omitir en la decisión del sujeto de no actuar en la protección de un bien jurídico en peligro con conocimiento de la situación típica, se premiaría injustamente a quien por irresponsabilidad o indiferencia no se percate de que le es posible dicha actuación y solo podría inculparse a título de imprudencia, lo cual no será siempre

---

<sup>85</sup> Santiago Mir Puig. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 304.

<sup>86</sup> Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Mella. *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito*. Madrid: Colex, 1995. pp. 92 -93

posible, por cuanto, la culpa solo se sanciona en ciertos y determinados casos. Por tanto, en la omisión el dolo no puede consistir en una voluntaria decisión de no actuar por el sujeto que conoce la situación típica y su capacidad de actuar y deberá construirse como una falta de resolución de llevar a cabo la acción exigida o como la ausencia de la voluntad de actuar, y por tanto, “se trataría de un cuasi-dolo.”<sup>87</sup> Bacigalupo analizando la posición de Kaufmann señala que “la teoría del dolo, entendida como conocimiento y voluntad de realización del tipo, no puede pasar directamente a los delitos de omisión; y, lo que se llama omisión querida, no es más que una omisión consciente, acompañada del conocimiento del poder final del hecho del autor.”<sup>88</sup> Posteriormente este mismo autor señala que “Es importante resaltar que Armin Kaufmann no discute en realidad la existencia de un dolo, en el sentido de una forma de culpabilidad o de tipo de injusto más grave que uno culposo, sino que busca demostrar que el concepto de dolo de los delitos de comisión no es aplicable a los de omisión, puesto que aquel es voluntad de realización, y tal no existe en este caso.”<sup>89</sup> Ha sido tema de gran debate el dolo en los delitos de omisión.

Por último tenemos al dolo indirecto que en síntesis se da cuando el sujeto busca el resultado lesivo pero advierte que se darán otros resultados aunque no sea los perseguidos con su acción. Como se ha analizado el dolo tiene una particularidad muy especial en los delitos de omisión. Autores como Santiago Mir Puig hace el siguiente análisis del dolo en la omisión.

[L]a única particularidad es que, como es lógico, el dolo deberá abarcar no sólo la ausencia de la acción debida, sino también la posibilidad y necesidad de evitación del resultado mediante aquella acción. Además, habrá de extenderse a la situación que determina la presencia de posición de garante.<sup>90</sup>

Como se analizó en esta sección, para que exista el dolo en la omisión este debe estar presente al momento de no realizar la acción debida, así como también a la no evitación del resultado. No debemos olvidar que se debe analizar la posición de garante y esta determinara como debió haber sido la forma de actuar.

---

<sup>87</sup> Eugenio Zaffaroni, et. al. *Derecho Penal: Parte General. Óp. cit.*, p. 583.

<sup>88</sup> Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Mella. *Derecho Penal. Óp. cit.*, pp. 92 – 93.

<sup>89</sup> Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Mella. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 93.

<sup>90</sup> Santiago Mir Puig. *Derecho Penal. Parte general.* Montevideo: B de F, 2008, p.331.

### 2.2.2. Dolo Eventual

El tema del dolo eventual ha sido objeto de un gran debate sin vislumbrarse soluciones concretas por lo cual se analizarán las más importantes.

La teoría del consentimiento o aprobación señala que la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente radica en que

[e]l autor consienta en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo apruebe. Suele expresarse esta idea acudiendo a un juicio hipotético: si el autor hubiera podido anticiparse a los acontecimientos y hubiera sabido que su conducta había de producir el resultado típico, ¿la habría realizado igual? Si la respuesta es afirmativa, existe dolo eventual.<sup>91</sup>

Esta teoría tiene un elemento equivalente a la voluntad, y si añadimos el conocimiento tenemos los dos elementos del dolo. Uno de los problemas que tiene esta teoría es que en algunos casos puede considerarse dolo eventual cuando no hay mayor peligro y en casos de extremo peligro puede considerarse culpa consciente ya que el autor no quiere el resultado.

La teoría de la probabilidad o representación por otra parte es la más completa para determinar cuando existe dolo eventual.

[P]ara ella, lo único decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor (...) No importa la actitud interna del autor- de aprobación, desaprobación o indiferencia- frente al hipotético resultado, sino el haber querido actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción.<sup>92</sup>

La base de esta teoría es la probabilidad, mientras más probable es el resultado se sabe que el autor actuó con dolo eventual. Si la probabilidad es baja se podría alegar que existe culpa consciente y no dolo eventual. El único problema que tiene esta teoría es cuando nos encontramos en un caso al límite, que sucede si la probabilidad no es muy alta ni muy baja, ¿se considera dolo eventual? O ¿culpa consciente? Este es un debate que la doctrina aun no logra solucionar. Cabe recalcar que en el caso de existir se aplicarían las mismas sanciones que si fuese un caso de dolo directo.

---

<sup>91</sup> *Id.*, p.263.

<sup>92</sup> Santiago Mir Puig. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p.264.

### CAPITULO 3.- LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Como se analizó en el capítulo anterior nos encontramos que una de las fuentes formales de la posición de garante es el contrato. Respecto de esta fuente la doctrina ha establecido que un individuo siempre tendría responsabilidad penal. Lo que nos interesa es entender hasta qué punto una persona puede estar en posición de garante derivada del contrato. Para lograr responder esta pregunta, analizaremos que es la responsabilidad contractual y hasta donde es su alcance, finalizando con un análisis de la razón por la cual es necesaria tener una limitación a esta fuente. A continuación iniciaremos tratando la definición de lo que es el contrato.

#### 3.1. CONCEPTO

El contrato es el negocio jurídico por excelencia, y por lo tanto, se rige por la autonomía de la voluntad y del consentimiento de las partes. El consentimiento es uno de los requisitos esenciales de todo negocio jurídico, sin este no puede existir ningún contrato o negocio jurídico. De la misma manera José Luis Lacruz Berdejo realiza el siguiente comentario: “El negocio jurídico es, en cuanto instrumento de la autonomía privada, un acto de voluntad y, desde el punto de vista estructural, tiene como elementos constitutivos o requisitos de existencia la voluntad interna y su manifestación.”<sup>93</sup> Como se expresó el maestro José Luis Lacruz el elemento de mayor importancia para los negocios jurídicos y por lo tanto para el contrato es la voluntad de las partes.

Continuando con el análisis de lo que es el contrato y sus elementos Vladimir Aguilar Guerra nos da la siguiente definición de lo que es el contrato:

[C]orresponde a KELSEN el mérito de haber establecido la distinción entre el contrato como acto y el contrato como norma: La palabra “contrato” encierra un equívoco, pues se refiere tanto al acto que los contratos realizan (v.gr., se dice celebrar un contrato) como al resultado normativo o reglamentario que con ese acto se produce (v.gr., se dice cumplir un contrato). Desde el primer punto de vista, el contrato se nos aparece como un acto jurídico, esto es, como una acción de los interesados a la que el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos. Desde el segundo punto de vista, el contrato se nos aparece como un precepto o una regla de conducta (lex

<sup>93</sup> Jose Luis Lacruz Berdejo, Francisco de Asís Sancho Rebullida y Agustin Luna Serrano. *Elementos de derecho civil: I parte general*. Derecho subjetivo. Negocio jurídico. Volumen Tercero (3a. ed.). Madrid, ES: Dykinson, 2005.

contractus, regla contractual), es decir, como una determinada ordenación a la cual las partes someten su propia conducta.<sup>94</sup>

La segunda acepción que menciona el maestro Vladimir Aguilar es la que nos interesa para nuestro estudio. El contrato sirve para regular la conducta de dos o más partes, que por su propia voluntad han querido hacerlo. En la legislación ecuatoriana el contrato se define como “**Art. 1454.-** Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.” En nuestro sistema el contrato se asemeja el contrato a convención, esto se debe a que siempre deben existir dos voluntades y una obligación. Una vez definido lo que es un contrato procederemos a analizar los elementos que debe tener todo contrato.

### 3.2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Los elementos esenciales son aquellos que todo contrato debe tener. Son indispensables para la validez y eficacia del contrato, sin estos el contrato no podría configurarse ya que forman parte de la existencia e intervienen en el fondo y la configuración del mismo. En nuestro sistema jurídico los elementos esenciales son los siguientes:

Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Como se manifestó anteriormente estos elementos son de suma importancia, además que esto nos ayudará a entender la posición de garante derivada del contrato y por qué esta debería tener límites que se encuentren tipificados.

La **capacidad legal** no requiere de mayor explicación ya que la propia ley nos da una definición. Esta consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. Sobre este tema María Aurelia Romero nos da el siguiente comentario:

[L]a capacidad —que toda persona, por el hecho de serlo, posee— supone la aptitud de un sujeto para la mera tenencia y goce de los derechos. También supone la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Es, en realidad, una posición estática del sujeto. Para el

---

<sup>94</sup> Vladimir Aguilar Guerra. *El Negocio Jurídico*. 5ta Edición. Guatemala: Serviprensa S.A, 2006. p.37.

ejercicio de los derechos, se estima necesario que la persona tenga inteligencia y voluntad, una voluntad plenamente desarrollada y consciente.<sup>95</sup>

En nuestro sistema jurídico existe una presunción de capacidad, esto quiere decir que toda persona es capaz hasta que se pruebe lo contrario.

El segundo elemento es el **consentimiento**, el jurista peruano Javier Rodríguez Velarde lo define de la siguiente manera:

El consentimiento es el resultado de la integración armoniosa y conjunta de las declaraciones de voluntad de las partes. En este orden de ideas, el consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común y se unen. Una de ellas promete y la otra acepta, y ambas declaraciones dan lugar a una nueva denominada voluntad contractual y que es el resultado de las voluntades individuales, y que constituye una entidad nueva capaz de producir por sí el efecto jurídico deseado.<sup>96</sup>

El consentimiento en síntesis, es el amalgama de dos voluntades. Esta nueva voluntad es la que va a regir sus voluntades, ya que las partes tienen que realizar actos para cumplir esta voluntad. Es por esta razón que es uno de los elementos esenciales del contrato.

El tercer elemento es el **objeto lícito** del contrato. El Dr. Roberto Salgado Valdez define al objeto del contrato como “la **prestación de la obligación** cuando se trata de dar o hacer algo, y la abstención cuando se trata de no ejecutar un acto”<sup>97</sup> Cuando hablamos del objeto del contrato, como dice el Dr. Salgado, no necesariamente estamos hablando de un objeto material, si no de la prestación principal por la cual se celebró el contrato.

El cuarto y último elemento es la **causa lícita**. Este elemento es uno de los más difíciles, ya que la doctrina no ha logrado llegar a un consenso para dar una explicación concreta de lo que es la causa lícita. Los Dres. Ivan Torres Proaño y Cecilia Salazar Sanchez nos dicen lo siguiente respecto de la causa:

Causa eficiente, esto es el elemento generador productivo del efecto, se afirma así que la fuente de las obligaciones son las causas eficientes. Causa final, objetivo de lo que se hace. Fin inmediato o invariable de un acto, o sea, el fin próximo que determina la voluntad para obrar y que siempre es posible encontrar en la estructura misma del contrato. Causa motivo u

<sup>95</sup> María Aurelia Romero Coloma. Capacidad, incapacidad e incapacitación. Madrid, ES: Editorial Reus, 2013. p.8.

<sup>96</sup> Javier Rodríguez Velarde. Teoría General de los Contratos Bancarios. Primera Edición. Editorial Arequipa: Arequipa. p.26.

<sup>97</sup> Roberto Salgado Valdez. Requisitos Generales en el Contrato de Compañía Objeto Lícito y Causa Lícita. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechosocietario/2016/02/23/requisitos-generales-en-el-contrato-de-compania--objeto-l-cito-y-causa-l-cita>. (acceso:22/06/2016).

ocasional, está constituida por el fin lejano y variable de un acto y es de carácter estrictamente personal y psicológico, es el móvil, la razón que lo impulsa a celebrar un acto o contrato en determinadas circunstancias<sup>98</sup>

Como podemos apreciar en estas tres definiciones de lo que podría ser la causa en el contrato, debemos tomar en cuenta que todas mencionan *fin o móvil*. Esto quiere decir que la causa es la razón que impulso a las partes a celebrar el contrato y por lo tanto es de suma importancia el entender cuál fue esta. Una vez estudiado los elementos esenciales del contrato procederemos a analizar los vicios del consentimiento para entender un poco más los límites que tienen los contratos.

### 3.3. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

En esta sección analizaremos los vicios del consentimiento y los efectos que provocarían en el contrato. En la legislación ecuatoriana los vicios del consentimiento son tres, error, fuerza y dolo. “art. 1461.- Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.” A continuación iniciaremos estudiando en qué consiste la fuerza, en segundo lugar el error y por último el dolo en la celebración del contrato.

#### 3.3.1. Fuerza

Los juristas ecuatorianos Iván Torres Proaño y Cecilia Salazar Sánchez nos dicen lo siguiente sobre la fuerza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano “La fuerza es el segundo vicio del consentimiento contemplado en nuestro Código Civil a partir del artículo 1472, así si el error es un vicio del conocimiento, la fuerza es un vicio de la libertad.” Hablamos que es un vicio de libertad como explica Roque Fortunato Garrido y Jorge Alberto Zago “violencia a la coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona para determinarla contra su voluntad, a la realización de un acto jurídico.”<sup>99</sup>De la misma manera Arturo Alessandri manifiesta lo siguiente “la presión que se ejerce por medios físicos o morales sobre la voluntad de un individuo, para obligarlo a ejecutar un acto jurídico

<sup>98</sup> Iván Torres Proaño y Cecilia Salazar Sánchez. El Contrato: Causa lícita. <http://www.derechoecuator.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2016/06/13/el-contrato--causa-licita-> (acceso: 22/06/2016).

<sup>99</sup> Roque Fortunato Garrido y Jorge Alberto Zago *Contratos civiles y comerciales*, Tomo I, Parte General, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. p.152.

determinado.”<sup>100</sup> Como podemos apreciar con estos autores, la fuerza es un vicio de la libertad porque no le permite al sujeto dar un consentimiento libre y espontáneo. Conforme al art. 1472.- *La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.* Como se estudió en la sección anterior uno de los requisitos esenciales de todo contrato es que el consentimiento sea libre de vicios. Cuando se llega a dar este vicio del consentimiento las consecuencias en el contrato es que es susceptible de nulidad absoluta.

### 3.3.2. Error

El error es el segundo vicio del consentimiento que trataremos. Los juristas ecuatorianos Iván Torres Proaño y Cecilia Salazar Sánchez al tratar el error menciona que:

El error puede provenir de un desconocimiento pleno de la situación (ignorancia), o de un conocimiento deformado de la realidad, que hace que la persona vea una realidad distinta de la que es. Sea por ignorancia o equivocación, el error es un vicio del consentimiento y ningún tratamiento especial otorga la norma a estas dos situaciones, incorporándolas a todas en un solo concepto: el error.<sup>101</sup>

Como podemos ver el error afecta a la parte cognitiva del sujeto, haciéndole creer algo que no es. Existen dos tipo de error, el de hecho y de derecho. En nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1468 CC, establece de manera clara que el error de derecho no vicia el consentimiento. Es por esta razón que solamente se podría aplicar el error de hecho en nuestro ordenamiento jurídico

Cabe destacar que existen tres tipos de errores de hecho el primero se encuentra en el art. 1469, el segundo en el art. 1470 y el tercero en el art. 1471 y cada uno de estos tienen una determinada causal cuando se podría aplicar. De acuerdo al *art. 1469.- El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se*

<sup>100</sup> Arturo Alessandri. *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*, Tomo II, Ediar Editores Ltda: Buenos Aires, p.718.

<sup>101</sup> Iván Torres Proaño y Cecilia Salazar Sánchez. Vicios del Consentimiento. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2016/05/04/vicios-del-consentimiento> (acceso: 22/06/2016).



*ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiéndose empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiéndose vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiéndose comprar otra.* Como podemos apreciar en este articulado, el error de hecho es relevante cuando entre las partes creen celebrar un contrato distinto al que en efecto lo hicieron. En los casos de vicio del consentimiento por error, los contratos son susceptibles de nulidad relativa, ya que estos pueden ser subsanados si los contratantes así lo desearan.

### **3.3.3. Dolo**

En esta sección analizaremos en qué consiste el dolo dentro de los vicios del consentimiento y como este puede llegar a afectar al contrato. La jurista Yaneth Pérez nos da una clara explicación de lo que es el dolo en los contratos.

[e]l dolo consiste en la mala fe de quien obra fraudulentamente para lograr la celebración del contrato; no evalúa la mala fe durante el contrato, se refiere exclusivamente a su formación. Para determinar que una actitud constituye dolo se requiere que la celebración del contrato sea consecuencia directa de maniobras fraudulentas de la contraparte, entendidas como un acto positivo de la contraparte para presionar o inducir en el otro la celebración del contrato (incluyendo lenguajes, palabras, expresiones, prácticas o actitudes, para simular circunstancias falsas o disimular o esconder circunstancias ciertas), o que la contraparte haya omitido revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios razonables de lealtad negocial.<sup>102</sup>

El dolo contractual, a diferencia del dolo en el derecho penal se debe analizar en los actos preparatorios del contrato. Es decir que solo se puede hablar de dolo si una de las partes obro maliciosamente en las tratativas del contrato. Así lo menciona el Art. 1474.-*El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.* Es muy importante destacar que los efectos de este vicio del consentimiento es la nulidad absoluta sin perjuicio de las posibles acciones penales que tenga la parte afectada.

<sup>102</sup> Yaneth Pérez. Análisis económico de los vicios del consentimiento en el régimen colombiano y en los principios sobre los contratos comerciales internacionales Unidroit. Dikaion, 2007, Año 21, Número 16, p. 184. Bogotá, CO: D - Universidad de La Sabana, 2007.

### 3.4. LA RESPONSABILIDAD POSTCONTRACTUAL

Dentro de la responsabilidad civil tenemos dos, la contractual y la extracontractual. Para nuestro estudio la responsabilidad extracontractual es la que tiene mayor relevancia, esto se debe a que nos interesa determinar qué sucede una vez que el contrato ha sido cumplido, qué responsabilidad tiene una persona de una obligación que no ha sido pactada en el contrato. Conforme a la Resolución Nro. 229-2002 de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial 43, 19. III. 2003, la sala hace un análisis de lo que es la responsabilidad extracontractual en nuestra legislación.

La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias... Sencillamente la culpa consiste en la omisión de la conducta exigible al actor del hecho. Es la conducta contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles<sup>103</sup>.

Del respectivo análisis que realiza la Primera Sala, tenemos que para que se configure la responsabilidad civil extracontractual debe existir culpabilidad. Como la sala destaca *la culpa consiste en la omisión de la conducta exigible al actor del hecho*. Esto quiere decir que para el derecho civil la omisión en esencia es culposa. Esto en primer lugar demuestra un conflicto con el derecho penal, ya que la conducta omisiva debe ser dolosa. Dejando a un lado lo que es la responsabilidad extracontractual en nuestro sistema jurídico, existe una figura que ordenamientos jurídicos como el de Chile, tenemos la figura de responsabilidad postcontractual.

La responsabilidad postcontractual, esta surge una vez que ya se ha cumplido el contrato. Dentro de las responsabilidades civiles tenemos las que surgen una vez que se ha cumplido el contrato, así lo menciona el jurista Nicolás Benítez de la siguiente manera:

---

<sup>103</sup> 29.X-2002 Resolución Nro. 229.2002, Primera Sala, R. 0. 43, 19.III.2003.

En términos generales, después de ser cumplidas las obligaciones principales propios del contrato, las partes deben continuar actuando de buena fe..., por lo cual siguen teniendo a su cargo una serie de deberes secundarios de conducta propios del plan prestacional que los vincula. Lo postcontractual, por lo tanto, sólo denota temporalmente a lo que es ulterior al cumplimiento de las obligaciones principales del contrato. Pero las obligaciones accesorias o secundarias que aún subsisten para las partes no pueden ser consideradas extrañas al contrato, que –como lo sabemos- obliga no sólo a cumplir aquellas obligaciones principales, sino también a todo “lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión” (art. 1198 Cód. Civil, según ley 17.711). La extinción del contrato no es un proceso que se agota en un acto y, mientras puedan reconocerse efectos que no habrían existido de no haberse celebrado un acuerdo de voluntades, habrá vestigios de un contrato vigente”...”el incumplimiento de deberes contractuales accesorios o secundarios - aunque las obligaciones principales hayan sido cumplidas- no están después del contrato, sino dentro del contrato, de lo cual se sigue que la responsabilidad emergente debe ser calificada como contractual<sup>104</sup>

Lo que explica el maestro Benítez es de suma importancia para nuestro análisis, ya que de aquí se desprende la idea principal que se procederá a analizar. Esto se debe a que aparentemente no existe un límite a la responsabilidad civil y penal derivada del contrato. Lo cual significa que a pesar que se cumpla el contrato o se rescinda el mismo este va a seguir surtiendo efectos respecto a la responsabilidad de los sujetos.

Como se puede observar la responsabilidad postcontractual tiene una relación con el principio de buena fe contractual o el *pacta sunt servanda*. Si bien es cierto que todo contrato tiene una obligación principal y una serie de obligaciones secundarias dependiendo del tipo de contrato. En nuestro sistema jurídico, ¿quién va hacer el llamado para analizar esas obligaciones? De la manera que está planteado el art. 28 del COIP es el juez de lo penal. Cabe destacar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la responsabilidad postcontractual, en ese caso el juez tendría que realizar una interpretación extensiva, comparativa, analógica para lograr suplir el vacío legal que actualmente existe. Esto quiere decir que el juez penal se convertiría en una suerte de legislador, lo cual estaría en conflicto con el principio de legalidad de *nullum crime sine lege certa, nullum crime sine lege proevia, nullum crime sine lege scripta*. Ya que cada juez va analizar de diferente manera cual es la obligación principal y cuáles son las obligaciones secundarias y sí en cada caso cabría la responsabilidad postcontractual.

<sup>104</sup> Nicolás Benítez. “Responsabilidad postcontractual y deberes secundarios de conducta”. Revista Jurídica de Daños. Número 7. <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=66876&print=2> (acceso: 04/07/ 2016).

Esto sin lugar a duda no debería suceder, en especial cuando estamos hablando de la libertad de una persona. Es por esta razón que en las legislaciones como la chilena, española, la ley menciona expresamente en qué casos existe responsabilidad postcontractual. Lo mismo deberíamos hacer en nuestro ordenamiento jurídico para evitar una falta al principio de legalidad. Uno de los ejemplos es la responsabilidad postcontractual del encargado del edificio, el siempre va a tener responsabilidad por los arreglos o modificaciones que se realicen en el edificio aun después de que haya cumplido con su tiempo como administrador. En países como Chile si se llegase a suscitar un caso de que exista un conflicto de responsabilidad postcontractual la jurisprudencia de ese país menciona que se debe entender como si fuese responsabilidad contractual.

### **3.5. ANÁLISIS DEL ART. 28 DEL COIP Y LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR LÍMITES A LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DEL CONTRATO**

La ley establece que “*Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual*”. Esto quiere decir que es una u otra, la ley no admite que se den las dos circunstancias. ¿Qué sucede cuando existe un contrato, hasta cuando una persona está en posición de garante? ¿Una vez cumplido el contrato el sujeto activo deja de estar en omisión? Todas estas incógnitas van a ser resueltas a lo largo de esta sección.

Una vez que ya ha sido definido el contrato y sus elementos esenciales procederemos a realizar el respectivo análisis de su rol en la conducta omisiva. Respecto de este tema Manuel Arauz realiza el siguiente comentario:

*El contrato:* Es la asunción voluntaria de una obligación de protección de un bien jurídico. Se dice que con la firma del contrato, se asume la posición de garante y se agota con su vencimiento. Por eso, la jurisprudencia estima posición de garante en el caso del guardabarreras, del encargado de una red eléctrica, de los directores de obras, del socorrista de la playa, del guía alpino, etc.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> Manuel Arauz. “La omisión, comisión por omisión y posición de garante.” *Op cit.*,p.37.

Dentro de este comentario vamos a destacar dos ideas muy importantes. La primera idea es que con la firma del contrato se asume la posición de garante. La segunda idea es hasta cuando una persona estaría en posición de garante derivada del contrato. Esta sería hasta el vencimiento del contrato. Además de lo expuesto, debemos preguntarnos ¿cómo resolvemos los casos en los cuales el contrato contiene un vicio ya sea formal o material o en los casos que exista un problema de interpretación del contrato y de sus obligaciones?

Para lograr encontrar una solución a estas interrogantes analicemos el siguiente caso. Un joven de 26 años firma un contrato para ser salvavidas de 8pm a 5pm en un parque acuático, por el plazo de un mes. Conforme a lo mencionado anteriormente el joven está en posición de garante desde el momento de la firma hasta que cumpla el plazo. Supongamos que firmo el 29 de junio y en el contrato esta que inicia el 1 de julio. ¿El joven está en posición de garante desde el 29 de junio que firmó el contrato o desde el 1 de julio que inicia a regir el contrato? ¿Quién va tener la responsabilidad de realizar el análisis del contrato y de la intención que tenían las partes? De la manera que está planteada la omisión dolosa el que tendría que realizar el análisis del contrato es el juez penal. Esto representa un problema para la administración de justicia, sin mencionar que estaría violando el principio de especialización. Los jueces penales en nuestro sistema jurídico no tienen la capacidad suficiente para analizar instituciones del derecho civil como lo es la responsabilidad extracontractual y peor aún la responsabilidad postcontractual.

Esto sin lugar a duda ayudaría a la posición de garante derivada del contrato además que se estaría cumpliendo con el principio de legalidad. Por qué no se está cumpliendo con el principio de legalidad, en concreto con el *nullum crimen sine lege certa, nullum crimen sine lege proevia* y el *nullum crimen sine lege scripta*. Como mencionamos en el capítulo segundo de esta investigación, la posición de garante que se deriva de un contrato de acuerdo a la doctrina es irrelevante si este es nulo, válido o si existe, el sujeto que celebró el contrato siempre está en posición de garante. En el caso que se quiera adoptar este criterio debería estar escrito en el COIP, para cumplir con los principios de legalidad que actualmente se podrían vulnerar en el caso de existir algún caso de posición de garante derivada del contrato.

Es por esta razón que la misma ley debería realizar la aclaración de los casos en los cuales una persona continua con la obligación a pesar que el contrato ya fue extinto por un modo. Tampoco debería ser indefinido, debería existir un plazo por el cual un individuo continúa en posición de garante derivado del contrato a pesar que ya se cumplió con la obligación principal. Para ilustrar esto utilizaremos un ejemplo de la responsabilidad postcontractual. El caso del constructor que tiene responsabilidad por ruina de obra que se extiende por diez años de recibida la obra. El constructor estaría en posición de garante por diez años desde la entrega de la vivienda, si algo llegase a suceder con las personas que habitan ahí, por una falla en la construcción y se llegase a probar que fue intencional el tendría responsabilidad hasta diez años después. Lastimosamente en nuestro sistema jurídico no tenemos una normativa que explique hasta cuando, por lo tanto, aplicarían los plazos de prescripción ordinarios. Utilizando el mismo ejemplo del constructor en el Ecuador no existe un plazo de 10 años para que prescriba la acción, si la casa que construyo, colapso causando la muerte de sus habitantes no importa si fue el año siguiente de que entrego o quince años después, se podría alegar que el constructor seguía en posición de garante, por lo tanto, tiene responsabilidad por esas muertes.

Por todo lo expuesto anteriormente, consideramos que es de suma importancia que exista una limitación a la posición de garante derivada del contrato. No se le puede dar esa potestad a los jueces, que ellos tengan que recurrir a una interpretación extensiva para determinar hasta qué punto un individuo sigue en posición de garante derivada del contrato que celebren. Además la misma doctrina advierte que deben existir límites a la posición de garante derivada del contrato y bajo ningún punto de vista se le debe permitir al juez establecer los límites, ya que se corre el riesgo de que se den casos de analogía que es prohibido en el derecho penal. Tomando en consideración el principio de especialidad y las capacitaciones que reciben nuestros jueces penales, a ningún momento reciben un modulo de interpretación de contratos, o tienen pruebas respecto de interpretación de contratos. Por lo tanto, esto demostraría que en el caso se suscitarse un caso es muy probable que no sepan de cómo resolverlo.

Ante todo lo expuesto nos encontramos con otra incógnita, ¿existiendo una fuente de posición de garante como el contrato, puede derivar en otra fuente como la injerencia?

Como se analizó en el segundo capítulo, cada fuente de la posición de garante surge de una relación entre el omitente y la víctima. Este puede ser por ley, contrato, injerencia o La respuesta sería no, ya que las fuentes de la posición de garante son excluyentes. Analicemos planteando el caso de típico de injerencia, el conductor de bus que tiene un accidente y se da a la fuga, dejando a las víctimas sin atención. Primero todas las personas que iban en el bus celebraron un contrato de movilización con el conductor de bus. La obligación principal es movilización, dentro del trayecto el conductor está en posición de garante derivada del contrato, él tiene responsabilidad de llevar a los pasajeros hasta su destino sin peligro. Si se llegase a tener un accidente en el trayecto e incumpliese su deber como garante de las vidas, el no estaría en posición de garante por injerencia, el estaría por contrato. Es por esta razón que las posiciones de garante son excluyentes una persona no puede estar en posición de garante derivada de dos fuentes, o la posición de garante no puede iniciar como una y derivar en otra.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Una vez investigado y analizado como surgió el concepto de omisión, sus diferencias con la acción, los elementos subjetivos y objetivos, la posición de garante y sus diferentes teorías para establecer la misma, llegamos a las siguientes conclusiones:
2. A lo largo de este trabajo hemos observado como la omisión y la posición de garante es un tema que ha avanzado en nuestra legislación, sin embargo debe incorporarse ciertos elementos para su correcta aplicación. Esto se debe a que la omisión al estar fundamentada en la norma dependerá de cómo los legisladores quieren definirla y que conceptos abarca. Por otra parte tenemos que la doctrina no ha llegado a un consenso sobre los alcances de la posición de garante derivada del contrato, es decir, hasta qué punto un individuo es responsable.
3. La primera conclusión es respecto de equiparar la omisión a la acción. Como se analizó en el primer capítulo, bajo ningún punto de vista puede existir un supra concepto de acción que abarque a la omisión. Debemos tener claro que la omisión es una especie del género conducta. De la misma manera el realizar un delito de omisión no es lo mismo que realizar un delito de acción. Al no ser lo mismo, no deberán tener la misma sanción.
4. La omisión al estar definida en el art. 28 del COIP ayuda a que no se vulnere el principio de legalidad. Sin embargo, cuando el legislador en el segundo inciso de este artículo explica que es la posición de garante y sus fuentes, no está delimitando el alcance del contrato.
5. La segunda fuente que menciona el COIP es la contractual. Por un lado como se analizó, esta fuente tiene el problema que actualmente la doctrina establece que una persona siempre se encuentra en posición de garante cuando existe un contrato. Qué posición deberían tomar los jueces, una persona siempre tiene responsabilidad penal o se pone límites. El juez no debe tener la potestad de realizar una interpretación extensiva de la situación, el tan solo debería aplicar la ley.



6. Debería existir una aclaración por parte del legislador respecto de este tema. Esto se debe a que como está planteado el artículo 28 de la omisión dolosa, el juez penal es el encargado de realizar una interpretación del contrato y si en efecto una persona se encuentra en posición de garante. Esta situación afectaría al principio de especialidad de los jueces, ya que el juez de lo penal no tiene los conocimientos para aplicar reglas de interpretación del derecho civil. Debería existir un límite que la misma ley tiene que contemplar.
7. Como se estudió en el último capítulo, la responsabilidad postcontractual al no estar contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, los jueces no podrían aplicarla. Por lo tanto, una vez que el contrato se ha extinguido por cualquiera de los modos que están contemplados en el código civil, la posición de garante termina y no se le puede imputar responsabilidad alguna por el contrato.
8. En el caso de que los jueces penales tengan que analizar el contrato, deberían estar limitados a solamente analizar la obligación principal del contrato, jamás deberían ponderar cuales son las obligaciones secundarias ya que los jueces estarían realizando una interpretación extensiva que está prohibida en el derecho penal.
9. La tercera fuente que menciona es el precedente peligroso o injerencia. Esta fuente tiene el problema que una vez que hemos puesto en peligro y no hemos realizado ningún acto para impedir el resultado, dejamos el ámbito de una omisión impropia dolosa y pasamos a una omisión propia. Como en el caso que atropellamos a un transeúnte y salimos huyendo del lugar, no se podría sancionar por omisión sino por acción que sería el no haber prestado auxilio ya que esta conducta está tipificada. Es decir que la injerencia va a dejar el ámbito de omisión dolosa y la convertirá en omisión propia.
10. Un problema del art.28 es que sucede con las otras fuentes de la posición de garante que no están contempladas en este artículo. Tanto la teoría de la comunidad de vida, que debería estar incluida en el art. 28. Esto se debe a que esta teoría, tiene como fin que los miembros de la comunidad sean más solidarios entre ellos. Si dejamos a fuera esta teoría estamos permitiendo que la

sociedad se vuelva egoísta. Como en el ejemplo donde vemos un accidente de tránsito y en lugar de ayudar a las víctimas decidimos tomar fotos o seguir caminando como si nada pasara estamos permitiendo que los miembros de la sociedad contribuyan a la vulneración de los bienes jurídicos protegidos. Además que uno de los fines de la omisión es que los miembros de una sociedad sean más solidarios entre ellos, mal haríamos en dejar esta teoría a fuera de las fuentes de la posición de garante.

11. De la misma manera la teoría del ámbito de dominio lo que busca es proteger al más débil. Lo que estas teorías buscan es que los miembros de la comunidad sean más solidarios entre sí y proteger a los que se encuentran en un estado más vulnerable o sus bienes jurídicos son más fáciles de vulnerar. Esta fuente de la posición de garante debería estar incluida en el art. 28 del COIP:
12. Otro de los elementos que este artículo no da una solución es que sucede en los casos que existe dolo eventual. El COIP no especifica si admite el dolo eventual, y esto nuevamente ocasionaría que los jueces tengan que recurrir a la interpretación extensiva, siendo está prohibido en el derecho penal. El legislador debería incluir al dolo eventual dentro de este tipo penal y además especificar cuando existe dolo eventual para aplicar de manera general en el resto de tipos penales.
13. El legislador debe especificar cuáles son los parámetros para cada fuente, ya que si no lo hace está dejando que los jueces decidan que teoría aplicar y eso afectaría a la seguridad jurídica. Si bien es cierto que el COIP da una definición de lo que es la omisión dolosa y la posición de garante, no dice cuál va a ser la sanción para los omitentes. Todo esto complicaría su aplicación porque nuevamente tenemos que recurrir a la interpretación extensiva, y como vimos la acción no puede ser equiparada con la acción. Por todo lo expuesto a lo largo de este trabajo, el artículo 28 del COIP no puede ser aplicado, ya que si se llegase a aplicar se estaría vulnerando derechos constitucionales y además violando a principios del derecho penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

### Artículos de Revistas/Diarios/Publicaciones electrónicas

- Arauz, Manuel. “La omisión, comisión por omisión y posición de garante”.  
<http://165.98.12.83/696/1/encuentro54articulo4.pdf>.
- Bustos, Juan “Culpa y Finalidad”.  
[https://books.google.com.ec/books/about/Culpa\\_y\\_finalidad.html?id=3plNAQAIAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.ec/books/about/Culpa_y_finalidad.html?id=3plNAQAIAAJ&redir_esc=y).
- Benítez, Nicolás. “Responsabilidad postcontractual y deberes secundarios de conducta”.  
 Revista Jurídica de Daños. Número 7.  
<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=66876&print=2>
- Collazos, Marisol. *Delitos de omisión*, curso 2006/07. Licenciatura en criminología. UMU.  
<http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-16-Delitos-de-omision.html>.
- Criollo Mayorga, Giovani. “El Garante en el COIP”.  
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/04/22/el-garante-en-el-coip>.
- De Gonzalez Mariscal, Olga. “Responsabilidad Penal por Omisión, Bases Doctrinarias”.  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3064/13.pdf> Garrido, Mario. *Derecho Penal tomo II*.  
<http://es.scribd.com/doc/28680886/Derecho-Penal-Tomo-II-Garrido-Montt-Mario>.
- Luiz Luisi. “Tipo penal y conducta.” <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1415/24.pdf>.
- Machado, Mariela. “Necesidad De Protección Penal En Materia De Responsabilidad Por El Producto vs. Principio De Ultima Ratio.” N.p., n.d. Web. 5 Mar. 2015.  
<http://3%2Fwww.terragnijurista.com.ar%2Fdoctrina%2Fresponsabilidad2.html>.
- Maciá Gómez, Ramón. *La posición de garante en el derecho español: concepto y estructura*.  
[http://www.porticolegal.com/pa\\_articulo.php?ref=326](http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=326).
- Maier, Julio. “El Derecho Penal de Hoy”. <http://es.scribd.com/doc/109822242/EL-DERECHO-PENAL-HOY-Maier-Julio-y-Binder-Alberto-1#scribd>
- Salgado Valedéz, Roberto. Requisitos Generales en el Contrato de Compañía Objeto Lícito y Causa Lícita.  
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechosocietario/2016/02/23/requisitos-generales-en-el-contrato-de-compania--objeto-l-cito-y-causa-l-cita>.

Torres Proaño, Ivan y Salazar Sanchez, Cecilia. El Contrato: Causa lícita.  
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2016/06/13/el-contrato--causa-licita->.

Iván Torres Proaño y Cecilia Salazar Sánchez. Vicios del Consentimiento.  
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2016/05/04/vicios-del-consentimiento>.

Utz Fridolin Arthur. “Las Teorías Jurídicas de la Acción”.  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1415/25.pdf>.

Vaca Andrade, Ricardo. “La Prejudicialidad”.  
<http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/la-prejudicialidad>.

Vélez Fernández, Giovanna. “La Imputación Objetiva: Fundamento y Consecuencias Dogmáticas A Partir De Las Concepciones Funcionalistas De Roxin y Jakobs”.  
[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080527\\_35.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_35.pdf).

#### **Libros/Estudios doctrinarios**

Aguilar Guerra, Vladimir. *El Negocio Jurídico*. 5ta Edición. Guatemala: Serviprensa S.A, 2006.

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

Alessandri, Arturo. *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*, Tomo II, Ediar Editores Ltda: Buenos Aires.

Andrade, Xavier. *Apuntes de clase Delitos de Peligro y Omisión*. Universidad San Francisco de Quito. 2012.

Bacigalupo Zapater, Enrique. Delitos impropios de omisión. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa. N° 25. DYKINSON 2005.

Bacigalupo, Silvina y Manuel Cancio Mella. *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito*. Madrid: Colex, 1995.

Bacigulpo, Enrique. *Delitos impropios de omisión*. 2ª edición, Bogotá: Edit. Temis, 1983.

Binder Alberto. “Introducción al derecho procesal penal”. Ad hoc. Buenos Aires, 1993.

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

- Cuadrado Ruiz, María Ángeles: “La comisión por omisión como problema dogmático.”, [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/cuadrado.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/cuadrado.pdf)
- Cury, Enrique. *Derecho penal: Parte general*. Séptima edición. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2005.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis. *Modulo 1: Derecho Penal.I.2. La infracción penal. Delito y falta*. Bilbao: Universidad de País Vasco, 1997.
- De Toledo, Emilio y Susana Huerta Tocildo. *Derecho Penal*. Parte general, 2ª edición. Madrid: Ministerio de Justicia de España, 1986.
- Frías Caballero, Jorge. *Teoría del Delito*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1993.
- Garrido, Fortunato Roque y Zago, Jorge Alberto. *Contratos civiles y comerciales*, Tomo I, Parte General. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. “La omisión impropia en la dogmática penal alemana, una exposición” [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/gimbernat.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/gimbernat.pdf).
- Gómez, Víctor. *Los Delitos Especiales. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona. España, 2003*.
- Gracia Martín, Luis. La comisión por omisión en el derecho penal español. Revista Nuevo foro Penal. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.
- Huerta, Susana. *Problemas fundamentales en los delitos de Omisión*. Madrid: Ministerio de Justicia de España, 1987.
- Jakobs, Gunther. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Quinta edición. Granada: Comares, 2002.
- Lacruz Berdejo Jose Luis, Asís Sancho Rebullida Francisco de, y Luna Serrano Agustin. *Elementos de derecho civil: I parte general*. Derecho subjetivo. Negocio jurídico. Volumen Tercero (3a. ed.). Madrid, ES: Dykinson, 2005. ProQuest ebrary. Web. 19 June 2016.
- Lascuraín, Juan Antonio. *Penar por Omitir. Fundamento de los deberes de garantía*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Universidad Santo Tomás. 2002.
- Mass, José. *El Tipo Penal*. 1ª ed, Buenos Aires: La Ley, 2011.
- Maurach, Reinhard. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2001.

- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*. Parte general. Montevideo: B de F, 2008.
- Navarrete, Miguel Polaino. “Cuando y en qué medida es la omisión un delito”.  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3104/40.pdf>.
- Ossoio Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 36ª ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008.
- Pérez, Yaneth. Análisis económico de los vicios del consentimiento en el régimen colombiano y en los principios sobre los contratos comerciales internacionales Unidroit. Dikaion, 2007, Año 21, Número 16, p. 184. Bogotá, CO: D - Universidad de La Sabana, 2007. ProQuest ebrary.
- Rodriguez Velarde, Javier. *Teoría General de los Contratos Bancarios*. Primera Edición. Editorial Arequipa: Arequipa.
- Romero Coloma, Aurelia María. *Capacidad, incapacidad e incapacitación*. Madrid, ES: Editorial Reus, 2013. ProQuest ebrary
- Roxin, Claus. *Derecho Penal*. Parte general. Madrid: CIVITAS, 1997.  
*Schunemann, Bernd. Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal. Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania.*
- Sierra, Hugo Mario y Alejandro Salvador Cantaro. “*Lecciones De Derecho Penal.*”  
[https://books.google.com.ec/books?id=vTBh-vAZ60kC&pg=PA1&lpg=PA1&dq=Sierra,+Hugo+Mario+y+Alejandro+Salvador+Cantaro.+%22Lecciones+De+Derecho+Penal.%22&source=bl&ots=E\\_DnneMbXD&sig=8GZTxttX1yXS\\_0D2PYrwBCH4yxw&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjN6dzFxezLAhVDHB4KHdNmAvQQ6AEIGzAA#v=onepage&q=Sierra%2C%20Hugo%20Mario%20y%20Alejandro%20Salvador%20Cantaro.%20%22Lecciones%20De%20Derecho%20Penal.%22&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=vTBh-vAZ60kC&pg=PA1&lpg=PA1&dq=Sierra,+Hugo+Mario+y+Alejandro+Salvador+Cantaro.+%22Lecciones+De+Derecho+Penal.%22&source=bl&ots=E_DnneMbXD&sig=8GZTxttX1yXS_0D2PYrwBCH4yxw&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjN6dzFxezLAhVDHB4KHdNmAvQQ6AEIGzAA#v=onepage&q=Sierra%2C%20Hugo%20Mario%20y%20Alejandro%20Salvador%20Cantaro.%20%22Lecciones%20De%20Derecho%20Penal.%22&f=false).
- Silva Sanchez, Jesús María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.
- Terragni, Marco. *Delitos de omisión y posición de garante en derecho penal*. Santa Fe: Rubinzal, Culzoni, 2011.
- Zaffaroni, Eugenio. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: EDIAR, 2001.

Zaffaroni, Raúl Eugenio. *Derecho Penal. Parte General. Segunda edición*. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

**Normativa.-**

Código Civil Ecuatoriano

Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (2014).

Constitución del Ecuador (2008)