

# Responsabilidad penal y omisión impropia en delitos contra la administración pública: un análisis de la posición de garante del funcionario

## *Criminal Liability and Commission by Omission in Crimes Against the Public Administration: An Analysis of the Public Server Guarantor's Role*

DAVID ALEJANDRO YUMICEBA LÓPEZ\*

**Recibido / Received:** 11/01/2025

**Aceptado / Accepted:** 06/04/2025

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/s3jgzs82>

### **Citación:**

Yumiceba, David. “Responsabilidad penal y omisión impropia en delitos contra la administración pública: un análisis de la posición de garante del funcionario” *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 1. (mayo de 2025): <https://doi.org/10.18272/s3jgzs82>.

---

\* Spingarn & Marks, Av. 12 de Octubre y Baquerizo Moreno, Quito 170143, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador. Correo electrónico: davidyumi29@hotmail.es. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0009-6749-1637>.

## RESUMEN

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

## PALABRAS CLAVE

Omisión impropia; posición de garante; injerencia; delitos contra la administración pública; funcionario

## ABSTRACT

*Omission liability has been regulated in Ecuador under the doctrine of the duty to act. However, the wording of the law makes it difficult to attribute responsibility to public servants who commit crimes against public administration through omission. This study examines the penal codes of 1938 and 1971 to understand how the sources of the duty to act were regulated and who was included in this role. Based on this analysis, it is evident that the legislative drafting issue leads to problems in the legal classification of criminal offenses related to public administration, as they fail to meet the objective and subjective elements required for criminal liability. Consequently, acts of corruption committed by omission do not constitute a criminal offense under Ecuatorian law. In this context, reference is made to foreign legal systems that have provided a more comprehensive approach by incorporating material sources as determinants of the duty to act.*

## KEYWORDS

*Improper omission; guarantor's role; interference; crimes against public administration; public servant*

## 1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

Con el propósito de responder la hipótesis planteada anteriormente, el trabajo analiza qué tipos de fuentes existen para la fundamentación de la posición de garante. Posteriormente, se hace un análisis histórico normativo de los códigos penales ecuatorianos que han desarrollado la figura de la omisión impropia y cómo ha sido regulada. Se exponen los problemas actuales para la imputación de delitos económicos bajo el comportamiento omisivo. Adicionalmente, se aborda la regulación y tipificación de dos ordenamientos jurídicos que permiten la posibilidad de imputar delitos contra la administración pública en función del deber de cuidado y control de una fuente de peligro. Finalmente, se plantea una propuesta para la implementación normativa para el deber de garante en situaciones generadoras de riesgo.

## 2. DESARROLLO

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

En primer lugar, se encuentra la teoría formal —también llamada teoría formal del deber jurídico— que fundamenta la posición de garante en las fuentes formales, por ejemplo, la ley, el contrato y la conducta precedente (injerencia). Cabe destacar que el aporte significativo de esta doctrina es la separación del deber jurídico del deber moral, rechazando las responsabilidades extrajurídicas en su totalidad<sup>1</sup>.

Ahora bien, se ha tratado de otorgar autonomía a la teoría del deber jurídico, sin embargo, como menciona Enrique Gimbernat Ordeig: “nunca se aplicó consecuentemente [...] desde que muy pronto se estimó que algunas relaciones familiares o interpersonales, aunque en sentido jurídico privado estricto no dieran lugar a deberes de guarda”<sup>2</sup>. Asimismo, han existido contradicciones en cuanto a la responsabilidad de cuidado y vigilancia aún después del cumplimiento temporal del contrato. Adicionalmente, se plantea la responsabilidad del garante cuando el contrato civil presente vicios de nulidad<sup>3</sup>, pues un defecto insubsanable en el contenido del contrato no generaría efectos para las partes, dada su inexistencia o invalidez.

Debido a la gran limitación que resulta de adoptar la teoría formalista, nace la teoría de las funciones, también llamada teoría materialista, que fundamenta la posición de garante sobre aquellas personas que estén al cuidado, control y vigilancia de las fuentes de peligro<sup>4</sup>. Es decir, el articulado prevé y fundamenta ampliamente las situaciones generadoras del rol de garantía, teniendo en cuenta el principio de legalidad. Ahora bien, las situaciones o elementos que describe la norma para poder constituir a una persona como garante podrían ser elementos ejemplificativos y no taxativos. Bajo la lógica argumentativa expuesta, los funcionarios también podrían responder penalmente por aquellas omisiones dolosas.

Finalmente, varias corrientes dogmáticas han discutido sobre la correcta definición de la injerencia o conducta precedente. Por un lado, Miguel Polaino

1 Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de omisión* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2013), 134-135.

2 *Ibid.*, 136.

3 *Ibid.*

4 Miguel Ángel Núñez Paz, *Los delitos de omisión: discusión histórica vigente en torno al “no hacer” desvalorado* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 25-26.

Navarrete define a la injerencia como: “quien realiza una previa conducta peligrosa se convierte en garante de la situación de peligro, debiendo disminuir o neutralizar el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el sujeto”<sup>5</sup>, resulta que aquellas fuentes de peligro jurídicamente aprobadas como conducir, manejo de fondos públicos, protección ambiental o supervisión de sistemas informáticos no entrarían dentro de esta categoría. Adicionalmente, el referido autor plantea tres criterios para establecer la posición de garante en la injerencia: a) estrecha relación vital; b) el dominio de la cosa y c) la expectativa social<sup>6</sup>.

## 2.1 MARCO TEÓRICO

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

La Constitución del Ecuador prescribe que ninguna persona podrá ser sancionada por aquellas acciones u omisiones que no se encuentren tipificadas en la ley como infracción penal. Adicionalmente, declara que la institución encargada de la investigación, prosecución e imputación de aquellos establecidos en el cuerpo penal será la Fiscalía General del Estado<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista internacional, la República del Ecuador ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>8</sup>. El instrumento internacional compromete a los Estados miembros a prevenir y combatir la corrupción de manera eficaz y eficiente<sup>9</sup>, adicionalmente, plantea que el abuso de las funciones del funcionario puede cometerse a través de la modalidad activa (acción) y pasiva (omisión)<sup>10</sup>.

De igual manera, Ecuador ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción, que tiene por objeto fortalecer y promover el desarrollo para la prevención, detección, sanción y erradicación de la corrupción<sup>11</sup>. Finalmente, el presente instrumento internacional establece que los actos de corrupción podrán ser ejecutados por la realización u omisión de las funciones públicas<sup>12</sup>. Consecuentemente, para el ámbito nacional se utilizará al Código Orgánico

5 Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho penal: Parte General* (Madrid: Tecnos, 2016), 88.

6 *Ibid.*, 88-89.

7 Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. 568 del 30 de mayo de 2024.

8 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Yucatán, 11 de diciembre de 2003.

9 *Id.*, artículo 1.

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

11 Artículo 2, Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas, 29 de marzo de 1996.

12 *Id.*, artículo 6.

Integral Penal (COIP en adelante)<sup>13</sup>. Este, en primer lugar, establece que las modalidades de las conductas penalmente relevantes serán aquellas acciones u omisiones que ponen en peligro o producen un daño verificable al bien jurídico protegido<sup>13</sup>. Posteriormente, se define a la omisión impropia como omisión dolosa<sup>14</sup>, y será aquel comportamiento deliberado que la persona activa (garante) ha preferido omitir ocasionando un resultado esperado, si y solo si esta persona se halla en posición de garante. En el último inciso se detallan los tipos de posición de garante, entre ellos destacamos aquellos que ostenten una obligación legal o contractual sobre custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal. Finalmente, se detalla superficialmente la figura de injerencia que menciona la conducta precedente que ha provocado o aumentado el riesgo de un bien jurídico.

En último lugar, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado<sup>15</sup> otorga la definición y los elementos del control interno que cada institución pública debe poseer. Dentro de la definición se establece que el personal público debe proporcionar un grado de seguridad para la protección de los recursos públicos y lograr los objetivos institucionales<sup>16</sup>. De ello se desprende el alto nivel de diligencia que debe tener el funcionario en sus funciones, asimismo, describe las bases y los principios en los que se deben desarrollar sus actividades de supervisión, control y prevención.

## 2.2 CONTEXTO HISTÓRICO NORMATIVO

### 2.2.1 LA POSICIÓN DE GARANTE EN LOS CÓDIGOS PENALES ECUATORIANOS DE 1938 Y 1971

El estudio del Código Penal de 1938 resulta indispensable, debido a que fue el primero en introducir los conceptos de los delitos omisivos<sup>17</sup>. Dentro de los conceptos que otorga la norma se evidencia la existencia de la teoría causalista<sup>18</sup> y, aunque no refiere a la posición de garante, se desarrolla el precepto del deber jurídico, que es guiado por la teoría de la fuente formalista<sup>19</sup>. Así, aunque de manera muy limitada se establece que en caso de que quien posea la obligación jurídica no impida un resultado ello equivale a ocasionarlo. Desafortunadamente no existe una evolución legislativa en cuanto al Código Penal de 1971, pues el legislador decidió seguir utilizando los mismos

13 Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. 180 del 10 de febrero de 2014, reformado por última vez en R.O. Suplemento 15 del 2 de abril de 2025.

14 Id., artículo 28.

15 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [LOCGE], R.O. 595 del 12 de junio de 2002, reformado por última vez en R.O. 610 del 29 de julio de 2024.

16 Id.

17 Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General* (Quito: Ediciones Legales, 2022), 262.

18 Artículo 11, Código Penal. R.O. N/D, del 1 de abril de 1938, [Derogado].

19 Id., artículo 12.

conceptos y definiciones a la modalidad omisiva en los delitos.

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

La primera norma exigía que haya una relación de causalidad bastante problemática entre la omisión y el resultado (porque las dudas surgen de inmediato: el enfermo grave al que se debía administrar determinada medicina muere porque no se le administró la medicina o de todos modos habría muerto, aunque se le hubiere administrado la medicina)<sup>20</sup>.

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

Adicionalmente, se establecía la equivalencia entre los delitos de acción y los de omisión impropia, entrando bajo el supuesto de que comparando ambos se produciría el mismo resultado<sup>21</sup>. No obstante, en el referido cuerpo normativo penal se establece que el omitente debía tener una obligación jurídica para poder atribuírsele la responsabilidad penal. Debido a esto, este cuerpo legal remitía al Código Civil<sup>22</sup> para determinar la fuente de la obligación jurídica. De esta forma, las fuentes de la posición del deber jurídico serán la ley, el contrato o el hecho precedente. Entiéndase que se hace referencia de manera incipiente a la modalidad de injerencia (conducta precedente) que se tenía en cuanto al deber jurídico, por el supuesto cometimiento de delitos o cuasidelitos, es decir, como aquellos hechos ilícitos producidos por el actor.

Finalmente, existe la crítica en relación con aquellas normas penales que realizan una remisión al Código Civil para establecer las categorías de garantes, debido a que aquellos parientes que momentáneamente estén bajo el cuidado del infante y omiten proveer de alimentación y este muera por inanición podrían no ser objeto de reproche penal. Asimismo, de aquella persona contratada para el cuidado del recién nacido que, fenecido el tiempo del contrato, decide abandonarlo y resultado de aquello el infante muere<sup>23</sup>.

## 2.2.2 LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL COIP DE 2014

20 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 263.

21 *Ibid.*, 264.

22 Artículo 1453, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, reformado por última vez en R.O. Suplemento 529 del 13 de marzo de 2025. Nota: el Código Civil de Andrés Bello de 1861 ha sido objeto de varias reformas, no obstante, hasta la actualidad, se han mantenido las mismas fuentes de obligaciones, siendo estas la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito como fuentes de las obligaciones jurídicas.

23 Gimbernat, *Estudios sobre el delito de omisión*, 137.

Tras setenta y seis años recurriendo al uso de la teoría del deber jurídico, se introduce la figura de la posición de garante al COIP<sup>24</sup>, norma que prescribe que no se podrá atribuir la responsabilidad penal a quien no se encuentre en posición de garante. El ordenamiento usa el término garante como aquel que ostenta el deber de evitación, cuidado y supervisión del bien jurídico protegido y, adicionalmente, tiene el deber de evitación del resultado que pueda desembocar en una lesión al bien jurídico protegido<sup>25</sup>.

No obstante, el COIP mantiene como fuentes formales la ley y el contrato, pero limitándolas a cuatro bienes jurídicos específicos para la determinación de garante, estos son vida, salud, libertad e integridad personal. Bajo lo expuesto anteriormente, el legislador delimitó la posición de garante de quienes se encuentran obligados por ley o contrato a la esfera de cuatro bienes jurídicos.

### **3. ¿EL COIP ESTABLECE COMO FUENTE FORMAL LA INJERENCIA (ACTUAR PRECEDENTE)?**

El concepto de injerencia se entiende como aquel en que una persona ha provocado, por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico<sup>26</sup>. Aquella persona responderá de la misma manera como si la hubiere causado mediante una acción positiva, si bajo premeditación y conocimiento omite o no obstaculiza la culminación del curso causal que se ha iniciado por su actuar.

En los códigos penales de 1938 y de 1971 se equiparaba al hacer precedente con los cuasidelitos y delitos<sup>27</sup>. La remisión de la norma hacía que las obligaciones civiles permitiesen trasladar el deber jurídico de actuar a quien incrementaba el riesgo ilegítimo o injustificado para prevenir la lesión a un bien jurídico protegido. Siguiendo esta la lógica jurídica que se mantenía, la injerencia sí gozaba de reconocimiento en su aplicación<sup>28</sup>.

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

En ese sentido, bajo lo expuesto por Ernesto Albán, la figura del actuar precedente parecería estar reconocida parcialmente en el COIP, ya que “no se

24 Ver, COIP.

25 Ver, Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 270.

26 Ramiro García, *Código Orgánico Integral Penal comentado* (Quito: Latitud Cero Editores, 2014), 366.

27 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 262.

28 Ibid.

incluye una referencia a la conducta precedente del sujeto activo creando una situación de riesgo<sup>29</sup>. No obstante, la postura del autor es ambigua, pues, debido a la falta de técnica legislativa, se la menciona brevemente: “Sin embargo, esta referencia aparece al final del párrafo, sin que quede claro si se la considera o no como otra fuente del deber jurídico o es una exigencia adicional en otros dos casos. La redacción resulta extremadamente confusa”<sup>30</sup>.

Por otro lado, la posición de Álvaro Francisco Román Márquez indica que existen tanto fuentes formales como materiales que son recogidas en el COIP, así pues, el principio de injerencia sí forma parte de la normativa penal. Como evidencia de esto señala que “cuando se redacta: ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico”<sup>31</sup>. Por lo tanto, el autor acepta que el actuar precedente es una figura reconocida por el ordenamiento penal ecuatoriano. Asimismo, reconoce que el COIP contiene fuentes formales y materiales para la determinación de la posición de garante.

Por último, si bien la figura del actuar precedente está limitada en cuanto a las áreas de salud, vida e integridad, podría aplicársela a empresas y funcionarios debido al aumento de riesgo que genera en la sociedad y las lesiones a distintos bienes jurídicos. De esta manera, se podría abarcar en un espectro más amplio el elemento objetivo de la tipicidad<sup>32</sup>.

### 3.1 DOCTRINA APLICABLE A LA INJERENCIA

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

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

Mediante un hacer precedente (injerencia) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde por esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente<sup>33</sup>.

El autor destaca que un elemento indispensable para la aplicación de la figura

<sup>29</sup> Ibid

<sup>30</sup> Ver, Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 270.

<sup>31</sup> Álvaro Román, “La omisión propia y la comisión por omisión o impropia en el Código Orgánico Integral Penal”, *CAP Jurídica Central* 4, n°. 6 (agosto de 2020): 307, <https://doi.org/10.29166/cap.v4i6.2500>.

<sup>32</sup> María del Mar Gallegos Ortiz, entrevistada por David Yumiceba, 24 de octubre de 2023, transcripción en <https://lc.cx/AX3CQJ>.

<sup>33</sup> Gimbernat, *Estudios sobre el delito de omisión*, 141.

de injerencia es la creación de un peligro de lesión de un bien jurídico proveniente del actor. No obstante, Enrique Gimbernat advierte que: “No todo hacer precedente condicionante después de un resultado típico crea una posición de garante”<sup>34</sup>, debido a que, por ejemplo, aquel minero que extrae hierro no deber ser responsable por un delito contra la vida por omisión si luego de haber extraído aquel mineral se fabricó una navaja usada para el cometimiento del delito. Es decir, de ignorar la advertencia del autor, se llegaría a una situación causal *in infinitum* que buscaría responsabilizar penalmente a quienes no tendrían control del curso causal de la conducta delictiva.

Como se estipuló anteriormente, Miguel Polaino Navarrete desarrolla el concepto de injerencia como aquella que “quien realiza una previa conducta peligrosa se convierte en garante de la situación de peligro, debiendo disminuir o neutralizar el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el sujeto”<sup>35</sup>. Sobre este concepto, se resalta la particularidad del riesgo jurídicamente desaprobado, entendido que toda actividad humana representaría un riesgo de pequeña o gran magnitud<sup>36</sup>.

En este sentido, no toda actividad riesgosa genera una posición de garante por injerencia. Actividades como conducir, administrar fondos públicos, gestionar recursos ambientales o supervisar sistemas informáticos involucran riesgos inherentes, pero estos están jurídicamente permitidos y regulados, por lo que, en principio, no constituyen un riesgo desaprobado que genere responsabilidad penal por omisión. El propio ordenamiento ecuatoriano acepta al manejo de recursos públicos como una actividad de riesgo necesaria para el correcto funcionamiento y administración del Estado.

Finalmente, Felipe Rodríguez Moreno, que se basa en el concepto previamente expuesto de Polaino Navarrete, precisa a la injerencia como aquella que “quien realiza una conducta previa peligrosa, es decir, que genera un riesgo ilegítimo, se convierte en garante de la situación de peligro desatada, quedando obligado a actuar para disminuir o neutralizar el riesgo”<sup>37</sup>. Ahora bien, el mero hecho de que un funcionario público administre fondos públicos no genera, por sí solo, un riesgo ilegítimo, ya que su labor está regulada por la ley.

Sin embargo, si omite sus deberes de control y de debida diligencia o, en su defecto, permite o participa en actos de corrupción, surge la duda si su inacción constituye una fuente de injerencia. Esto es problemático debido a que, como se destacó anteriormente, el artículo 28 del COIP no reconoce explícitamente la posición de garante en la administración de recursos públicos.

34 Ibid.

35 Polaino, *Lecciones de Derecho penal*, 88.

36 Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal: Parte General: tomo I: Introducción al Derecho penal* (Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2022), 222.

37 Ibid., 94.

Evolución normativa en la legislación penal	
Códigos penales de 1938 y 1971 Deber jurídico	COIP Posición de garante
Fuente de obligaciones, artículo 1453 Código Civil: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley</li> <li>• Contrato</li> <li>• Cuasicontrato</li> <li>• Delito (Injerencia)</li> <li>• Cuasidelito (Injerencia)</li> </ul>	Artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal: Obligación: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Legal</li> <li>• Contractual</li> </ul> De cuidado o custodia de: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vida</li> <li>• Salud</li> <li>• Integridad personal</li> <li>• Libertad</li> </ul> Y que ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

Tabla 1. Diferencias entre los códigos penales de 1938 y 1971 y el COIP<sup>38</sup>

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

#### 4. FUENTES FORMALES PARA LA DETERMINACIÓN DE POSICIÓN DE GARANTE

##### 4.1 LA LEY COMO FUNDAMENTO DE LA POSICIÓN DE GARANTE EN LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como se ha visto anteriormente, la redacción del artículo 28 del COIP delimita legalmente la posición de garante, pues únicamente será de aquellas personas que estén bajo el cuidado y custodia de la vida, salud, libertad e integridad de un tercero. Debido a este problema de interpretación, surge la duda de si la norma permitiría incluir otras leyes que abarquen la responsabilidad y debida diligencia del funcionario en la administración de los recursos

<sup>38</sup> Elaboración propia a partir de los registros de los códigos penales de 1938, 1971 y el COIP.

públicos<sup>39</sup>. De la misma forma, Juan Francisco Pozo Torres puntualiza el mismo problema en el ordenamiento español:

Se ha mencionado por la doctrina que el art. 11 CP es solo indicativo (orientativo o ejemplificativo) de las tipologías de fuentes de garantías y que esto no obstaculiza a considerar otras fuentes, ya que no se menciona de manera expresa que la ley, el contrato y la injerencia sean únicas<sup>40</sup>.

Cabe advertir que se identifica el peligro del alcance sobre la posición de garante en cuanto a la posible extensión interpretativa que implica la remisión a otras leyes. Incluso se aprecia el riesgo de que reglamentos emitidos por órganos administrativos generen responsabilidad penal.

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

Existen instrumentos internacionales que prescriben deberes jurídicos para los funcionarios públicos que tienen como objetivo la evitación de tramas delictivas que definen qué se entenderá y cómo se configurarán los actos de corrupción, asimismo, establecen a los Estados firmantes la obligación de tipificar acciones u omisiones que atenten contra las actividades financieras tanto públicas como privadas. Resulta lógico que, bajo los argumentos jurídicos previamente descritos y bajo el amparo del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, sea posible agregar una posición de garante, ya que son normas internacionales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, debido a la falta de jurisprudencia que esclarezca la aplicación de la ley como fuente formal de la posición de garante, se advierte que otras leyes que no obliguen a un sujeto al cuidado de los elementos: vida, salud, libertad e integridad personal, podrían no imponer una obligación de garante. En estos casos, debido a la inexistencia del elemento objetivo del tipo penal en referencia al sujeto activo, se devendría en una conducta atípica.

39 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 271.

40 Juan Francisco Pozo, "Compliance y posición de garante: imputación de hechos delictivos al *compliance officer*", *Foro, Nueva época* 23, n.º. 1 (enero de 2020): 134, <https://dx.doi.org/10.5209/foro.74000>.

## 4.2 EL CONTRATO COMO FUNDAMENTO DE LA POSICIÓN DE GARANTE EN LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El contrato como segunda fuente formal, explica Miguel Polaino Navarrete, se refiere a que: “La norma jurídica se le asimila por sus efectos el contrato, que alude al comportamiento jurídicamente exigible proveniente de acuerdo bilateral entre las partes”<sup>41</sup>. Generará entonces un depósito de confianza o un deber de mandato contractual a la custodia o protección de un bien protegido específico. A consecuencia de esto, se trata de un deber jurídico y no de un simple compromiso moral o ético el actuar frente a un determinado supuesto de hecho.

Esta segunda fuente formal ha presentado bastantes problemas jurídicos en cuanto a su aplicación. En primer lugar, se plantea el problema sobre si existe una posición de garante cuando las obligaciones contractuales contienen algún vicio de nulidad<sup>42</sup>. Por otro lado, qué sucede cuando ha transcurrido el tiempo estipulado en el contrato y se necesita la presencia del garante para seguir con la protección al deber jurídico que entró en un riesgo de lesión eminente<sup>43</sup>.

De igual manera, las obligaciones que se deriven del contrato servirán para determinar aquellas atribuciones que tenía el contratado en sus funciones. Para ilustrar de mejor manera, Juan Francisco Pozo presupone un caso en que un oficial de cumplimiento podría responder penalmente, en el ordenamiento español, por tener una posición de garante de una empresa. Establece que “es necesario conocer, previamente, cómo está configurada su posición en la empresa y las competencias que le son atribuidas”<sup>44</sup>. Pues de estas atribuciones se categorizará si ostenta o no funciones ejecutivas dentro de la empresa y de ello dependerá el alcance de su deber de garantía.

41 Polaino, *Lecciones de Derecho penal*, 87.

42 Gimbernat, *Estudios sobre el delito de omisión*, 136.

43 Felipe Rodríguez presenta el caso de aquella niñera que ha cumplido a cabalidad con el contrato de supervisión y cuidado del infante, que ha sido celebrado entre los padres y ella. Sin embargo, al ser muy tarde, tener una reunión y en vista de que no llegan los padres a la hora acordada, decide dejar al recién nacido solo; y por un descuido este muere por asfixia. El referido ejemplo se encuentra en Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal*, 94.

44 Pozo, “*Compliance y posición de garante*”, 135.

## 5. PROBLEMAS QUE ENFRENTA EL DELITO OMISIVO PARA LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS EN EL COIP

### 5.1 CONCEPTO GENERAL DE OMISIÓN

El primer elemento constitutivo del delito es el acto, aunque el COIP lo califica como conducta típica, antijurídica y culpable<sup>45</sup>. Esto hace referencia a que es “el elemento de hecho inicial y básico del delito”<sup>46</sup>. Asimismo, se señala que aquellas conductas penalmente relevantes serán acciones y omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables<sup>47</sup>. En ese sentido, la conducta estará dividida en dos modalidades: la acción (conducta activa) y omisión (conducta pasiva). En lo concerniente al tema de estudio, la omisión es definida como un hecho voluntario de no hacer algo que debía hacerse y que se exterioriza<sup>48</sup>. Por consiguiente, será necesario analizar los tipos de omisión que recoge el COIP.

### 5.2 LA OMISIÓN PROPIA EN EL COIP

La conducta omisiva se encuentra tipificada de forma expresa, pues —como lo indica Miguel Ángel Paz Núñez— “los delitos propios de omisión serían hechos punibles que se agotarían de una perceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley”<sup>49</sup>. Consecuentemente, será necesario hacer la distinción de aquellos mandatos en los que interviene un deber de actuar y los mandatos de los cuales se prescribe un deber más específico, como el de evitar un resultado.

Se ha discutido la aplicabilidad de la omisión propia en los delitos contra la administración pública. El primer ejemplo es aquel que describe el aprovechamiento ilícito de servicios públicos, el actual establece la pena máxima para aquel servidor público que omita efectuar la denuncia de la comisión de la infracción<sup>50</sup>. En segundo lugar, la omisión de denuncia que establece la inmediatez de anunciar los hechos, por parte del servidor público, de conductas que puedan constituir en hechos delictivos que lesionen bienes jurídicos protegidos, en este caso, delitos que puedan atentar contra la administración pública y sus recursos. Finalmente, el legislador ha previsto el delito de omisión de control de lavado de activos para aquellas personas encargadas de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos que omitan

---

45 Artículo 18, COIP.

46 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 165.

47 Artículo 18, COIP.

48 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 167.

49 Núñez, *Los delitos de omisión*, 13.

50 Artículo 188, COIP.

el cumplimiento de sus obligaciones de control previstas por la ley<sup>51</sup>.

Ha llamado la atención el caso en el que un funcionario de la Unidad de Análisis Financiero y Económico que, mediante actos omisivos de control y supervisión, no realizó el reporte de operaciones inusuales, injustificadas o sospechosas, debido a que se trataba de negocios familiares de un funcionario de la misma institución. Se estima que el valor de activos que fueron lavados asciende a 6,3 millones de dólares<sup>52</sup>. El proceso actualmente se encuentra en audiencia de juicio.

### 5.3 COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

La comisión por omisión, también llamada omisión impropia, es definida por Miguel Ángel Núñez como aquella que “mantiene la misma estructura que en la omisión propia y los elementos necesarios para imputación objetiva del hecho, requiriéndose además la posición de garante [...], la realización de un resultado y la posibilidad de evitarlo”<sup>53</sup>. De esta manera, la tipicidad penal permite que algunos delitos puedan cometerse tanto por acción como por omisión impropia, en los que la responsabilidad penal surge cuando el sujeto, en posición de garante, omite impedir un resultado típico, asimilándose su inacción a una conducta activa<sup>54</sup>. No obstante, Ernesto Albán Gómez advierte que “naturalmente no todo delito puede cometerse por medios omisivos. Habrá que examinar entonces si la tipicidad de un delito permite que también se cometa omisivamente”<sup>55</sup>. El autor nuevamente destaca la importancia del desarrollo jurisprudencial sobre el alcance de la omisión.

El deber de garante no es aplicable a todas las personas, pues se aparta del ciudadano común para entregar a quien desempeña un rol especial<sup>56</sup>. Además, la figura de la posición de garante se “utiliza porque se quiere superar el ámbito más restringido de las fuentes formales”<sup>57</sup>. No obstante, el COIP la limita a cuatro esferas, por lo que se deduciría que el legislador no previno esta situación para determinar la posición de garante. A consecuencia de aquello, Ernesto Albán Gómez plantea lo siguiente:

Cabe preguntar si no podría haber otros casos en que una persona se encuentre en una posición de garante de otros bienes jurídicos. En especial para citar algunas situaciones importantes: omisiones que tengan que ver con la seguridad del

51 Id., artículo 319.

52 Primicias, “Así es como una empresa de remesas y un funcionario fueron vinculadas al último caso de lavado de activos”, *Primicias* (16 de julio de 2024), <https://lc.cx/Hxa-yQ>.

53 Núñez, *Los delitos de omisión*, 17.

54 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 267.

55 Ibid., 268.

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

57 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 270.

Estado y la seguridad pública en particular, la correcta administración pública o la protección ambiental. ¿El legislador eliminó conscientemente la responsabilidad en estos casos?<sup>58</sup>

## 5.4 OBSTÁCULOS PARA UNA LECTURA ARMÓNICA DE LOS ARTÍCULOS 23 Y 28 DEL COIP

El artículo 23 del COIP señala lo siguiente:

Artículo 23.- Modalidades de la conducta. La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión.

No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirle, equivale a ocasionarlo<sup>59</sup>.

En un primer momento, el COIP establece que el criterio de equivalencia será usado para determinar aquellas conductas omisivas penalmente relevantes<sup>60</sup>. No obstante, como se ha demostrado previamente, el legislador establece textualmente en el artículo 28 en qué casos una persona se encontrará en posición de garante. Por lo cual, no se puede dar una interpretación armónica entre ambas normas.

Desde la perspectiva del presente trabajo, se considera al artículo 28 como *lex specialis*, debido a que regula la conducta de la omisión impropia, establece las fuentes formales y materiales de la posición de garante y limita las esferas de aplicación. Farith Simon advierte que “en una misma ley es posible encontrar normas generales y específicas que regulan una materia o un problema específico; en estos casos se resuelve la contradicción aplicando las normas más especializadas o especiales por sobre las generales”<sup>61</sup>.

Asimismo, el COIP establece la manera en que se debe interpretar el contenido de las normas penales y señala que:

Artículo 13.- Interpretación. Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas: [...]

3.- Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.

4.- Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos<sup>62</sup>.

58 Ibid., 271.

59 Artículo 23, COIP.

60 Román, *La Omisión Propia y la Comisión por Omisión en el Código Orgánico Integral Penal*, 307.

61 Farith Simon, *Introducción al Estudio del Derecho* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2018), 143.

62 Artículo 13, COIP.

Bajo estas premisas, se mantiene la postura que la omisión impropia únicamente tiene cabida bajo presupuestos taxativos, y solo cuando se actúe bajo el elemento subjetivo del dolo. Ampliar a otras esferas que no se encuentran contempladas en el referido artículo 28 podrían conllevar al problema de atipicidad, tanto por el sujeto activo calificado como del elemento subjetivo del dolo.

## 6. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Estado realiza sus funciones a través de las personas jurídicas públicas, como menciona Enrique Sayagues: “las personas jurídicas públicas actúan mediante voluntades humanas que se ponen a su servicio. El elemento humano es el nervio motor de dichos entes”<sup>63</sup>. Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador establece que serán servidores públicos todas las personas que, en cualquier forma o a título que trabajen, presten su servicio o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público<sup>64</sup>. Por esta razón, aquellos funcionarios que no cumplen a cabalidad sus obligaciones incurrir en responsabilidad, sea administrativa o penal<sup>65</sup>.

Cabe resaltar que el verbo administrar es equivalente a la acción de regir, gobernar o cuidar<sup>66</sup>. Mientras que la Administración pública es entendida como la acción de ejecutar la ley o de reglamentar<sup>67</sup>. De esta manera, se entrega a la función pública las distintas divisiones de trabajo para el funcionamiento integral y adecuado del Estado. Por consiguiente, para cumplir sus objetivos, cada país empleará a las personas a quienes se los denomina servidores públicos.

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

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

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

64 Artículo 299, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

65 Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 322.

66 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es>.

67 Saúl Uribe García, *Delitos contra la Administración Pública* (Medellín: Ediciones Unaula, 2012), 15.

del Estado<sup>68</sup>.

Es acertado que la referida cita mencione que, mediante acciones u omisiones, podrían configurar determinados actos de corrupción en los que los funcionarios afecten a la sociedad y a la correcta distribución de los recursos del Estado. Es preciso señalar que el COIP<sup>69</sup> ha establecido cuatro delitos en los que el sujeto activo será el funcionario público, tales delitos son: a) peculado; b) enriquecimiento ilícito; c) concusión; d) cohecho<sup>70</sup>. En el apartado consecuente se abordarán los problemas que enfrentan los tipos penales contra la administración pública en relación con la omisión impropia y la posición de garante.

## 6.1 EL FUNCIONARIO COMO SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Dentro de la mayoría de los tipos penales se discute la existencia de sujetos indeterminados o innominados, es decir, cualquier persona es capaz de cometer delitos comunes. No obstante, existen tipos penales en los cuales los sujetos intervinientes son determinantes y, a falta de estos, la conducta podría devenir en una conducta atípica<sup>71</sup>. Por esta razón existen delitos contra la administración pública que revisten a un sujeto activo calificado para el cometimiento del tipo penal, en el presente caso de estudio, un funcionario o servidor público.

Delitos contra la administración pública	
Delitos	Sujeto activo calificado
Peculado (Art. 278)	Servidores públicos
Enriquecimiento ilícito (Art. 279)	Servidores públicos
Cohecho (280)	Servidores públicos. Primer a cuarto inciso
Concusión (Art. 281)	Servidores públicos

Tabla 2. Delitos contra la administración pública<sup>72</sup>

Bajo lo expuesto anteriormente, se evidencia que los servidores públicos que tienen como función principal el control, la supervisión y protección no cumplen con las áreas especiales de amparo de posición de garante descritos

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

69 Artículos 278, 279, 280, 281, COIP.

70 Ver, Araujo, *Derecho Penal Económico*, 231 – 256.

71 Ver, Rodríguez, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, Teoría del Delito*, 227.

72 Elaboración propia, a partir de los registros del COIP.

anteriormente<sup>73</sup>. Por esta razón, para que la comisión por omisión tenga cabida en los delitos contra la administración pública, y pueda ser atribuida penalmente a un funcionario, es necesario agregar la posición de garante a quien esté bajo control y supervisión de recursos estatales.

### 6.1.1 EL CASO ESPECIAL PARA EL DELITO DE COHECHO

El tipo penal de cohecho, descrito en el artículo 280 del COIP, plantea a la omisión como verbo rector y como elemento objetivo y circunstancial. Es menester el análisis de la estructura del referido tipo penal:

Art. 280.- Cohecho. Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, donativo, dádiva, promesa, ventaja, beneficio inmaterial o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. [...]

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años<sup>74</sup>.

Se puede verificar que, en virtud de los verbos rectores del tipo penal, los funcionarios que actúen en virtud de una potestad estatal que reciban algún tipo de dádiva para omitir, y que esta genere un beneficio injustificado a un tercero, incurrir en una conducta penalmente relevante. Ahora bien, esta norma entraría en conflicto directo con el artículo 28 del COIP, pues no se especifica una posición de garante para el funcionario. Farith Simon explica que se trataría de una inconsistencia total-parcial debido a que “el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de otra, pero esta tiene casos adicionales”<sup>75</sup>. Los elementos descritos en el artículo 28 se superponen en relación con la posición de garante referida en el artículo 280, que indica que el funcionario podría responder por omisiones.

Asimismo, este delito sí prevé una modalidad culposa, ya que aquel funcionario que no realiza el acto debido será sancionado con más pena de privación de libertad. Por lo que, la falta de debida diligencia sí puede ser punible en cuanto se verifique la materialidad del delito o el beneficio recibido.

---

<sup>73</sup> Artículo 28, COIP.

<sup>74</sup> Artículo 280, COIP.

<sup>75</sup> Simon, *Introducción al Estudio del Derecho*, 141.

## **7. PROBLEMAS DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS TIPOS PENALES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Según lo mencionado anteriormente, la comisión por omisión únicamente tendrá validez sobre aquellas omisiones dolosas, es decir, aquellas conductas que tengan tanto el elemento cognitivo como el elemento volitivo, es decir, reunidos los requisitos de voluntad más el conocimiento<sup>76</sup>, la omisión impropia sería una conducta penalmente relevante. Entonces, de acuerdo con la redacción, estaría en tela de juicio si aquellas omisiones imprudentes que igualmente han lesionado al bien jurídico son atribuibles penalmente a una persona o no.

## **8. POSICIÓN DE GARANTE EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ESPAÑA Y COLOMBIA**

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

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

### **8.1 ESPAÑA**

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

---

76 Ver, Felipe Rodríguez, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, Teoría del Delito*, 183.

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

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente<sup>77</sup>.

En primer lugar, el presente código penal, mediante la remisión a fuentes formales, pretende establecer la posición de garante bajo una regla de *numerus clausus*. No obstante, la presente norma podría ser considerada una ley penal en blanco, ya que, como señala Francisco Muñoz Conde, aquellas normas incompletas son “normas penales incompletas o dependientes a aquellos preceptos que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descritos en otro lugar”<sup>78</sup>, y normas penales en blanco, son “aquella[s] cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal”<sup>79</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia española ha abordado el desarrollo sobre la posición de garante. En primer lugar, dentro de la sentencia STS 7196/00, el Tribunal Supremo Español establece lo siguiente: “La ley no hace nacer derechos y obligaciones solo de las instituciones sino también, en determinados casos, de situaciones de hecho”<sup>80</sup>. Al fijar una situación fáctica que produce peligro, necesariamente se debe producir una obligación de mandato de garante para aquellas personas que controlen, sea de manera completa o parcial, los hechos. Adicionalmente, el tribunal español desarrolla cinco elementos para imputar un delito activo para aquella persona presuntamente responsable de no haber evitado su producción, estos son:

- a.- Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en término activos por la ley.
- b.- Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado “equivalga” a su causación.
- c.- Que el omitente esté calificado por ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales.
- d.- Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
- e.- Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que

77 Artículo 11, Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995 Boletín Oficial del Estado n°. 281 de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

78 Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2007), 45.

79 Muñoz, *Introducción al Derecho Penal*, 48.

80 Sentencia n°. 7196/2000, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, 9 de octubre de 2000, pág. 4.

el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquel a actuar para evitar el resultado típico<sup>81</sup>.

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

En igual forma, el Tribunal Supremo Español declaró culpables a dos funcionarios públicos, un alcalde y un miembro delegado de la entidad medioambiental, bajo la modalidad de comisión por omisión. Esto debido a la existencia de un informe administrativo que describía el impacto negativo ambiental de una cantera. Los mencionados funcionarios poseían facultades administrativas para clausurar y levantar la obra que se estaba llevando a cabo, sin embargo, no actuaron ni dificultaron la producción del daño ambiental<sup>82</sup>. Adicionalmente, se declaró que, en aquellos delitos de peligro que involucren a funcionarios públicos, la actuación debe ser celer y eficaz para el manejo y protección de los bienes<sup>83</sup>.

Debido a la dificultad de determinar si la conducta del sujeto que omitió es determinante para la lesividad del bien jurídico protegido, Miguel Núñez Paz menciona que: “De acuerdo con el principio de la disminución del riesgo será suficiente que la acción omitida hubiera aminorado aquel peligro del que resulta la lesión del bien jurídico”<sup>84</sup>. Esto indica que, en materia probatoria, para establecer responsabilidad por omisión es suficiente que demostrar que la conducta omitida hubiese disminuido el peligro de producción del resultado<sup>85</sup>.

## 8.2 COLOMBIA

El ordenamiento jurídico colombiano ha desarrollado avances jurídicos bastante novedosos en relación con la comisión por omisión. En primer lugar, la norma referente a la omisión impropia establece a las fuentes formales en un sentido general como posición de garante, de igual manera, las fuentes de peligro que atenten contra los factores vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexual podrán tener posición de garante<sup>86</sup>.

81 Id., pág. 3.

82 Sentencia n.º 4045/2006, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, 8 de junio de 2006, pág. 10.

83 Id., pág. 10.

84 Núñez, *Los Delitos de Omisión*, 46.

85 Ibid.

86 Artículo 25, Ley 599 de 2000, Diario Oficial 44097 de 24 de julio de 2000. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230#>

Según lo expuesto anteriormente, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha atribuido responsabilidad penal a una procesada por el delito de peculado culposo por comisión por omisión. El tribunal señala que “la legislación penal colombiana sigue el criterio restringido”<sup>87</sup>, y también declara que “cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante”<sup>88</sup>.

Es preciso destacar que aquel deber jurídico que se menciona previamente es remitido al principio de solidaridad consagrada en la Constitución, además, la Corte Constitucional colombiana ha definido este principio como “un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones”<sup>89</sup>. En este sentido, el precepto constitucional y el desarrollo jurisprudencial han puesto un estándar de diligencia y de solidaridad superlativa para aquellos servidores públicos que tengan en su custodia activos estatales.

## 9. CONCLUSIONES

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

Ahora bien, tras el análisis del artículo 28 del COIP, se pudo reflejar que el legislador limita a cuatro bienes jurídicos la aplicación de la posición de garante. Dicha delimitación restringe la aplicación de la omisión impropia a otros bienes jurídicos y, en el presente caso, a la correcta administración y distribución de los recursos del Estado, ya que el funcionario público no forma parte de las cuatro esferas establecidas.

Consecuentemente, el análisis del artículo 28 del COIP permitió demostrar que existen fuentes formales como la ley y el contrato, y, además, fuentes materiales como la injerencia. Se destaca que el artículo 28 del COIP goza de una redacción confusa e insuficiente debido a las áreas que limitan la imputación

87 Sentencia n°. 25536, Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, de 27 de julio de 2006. pág. 13.

88 Id., pág. 15.

89 Id., pág. 17.

para aquellas modalidades delictivas de omisión respecto de los funcionarios que buscan beneficiarse o beneficiar ilegalmente a terceros.

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

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

Adicionalmente, se expuso el tratamiento de dos ordenamientos jurídicos de *civil law* que han abordado de manera efectiva a la comisión por omisión. Los referidos ordenamientos jurídicos no mantienen una restricción de bienes jurídicos para el deber de cuidado de quien cumple una posición de garante. Ordenamientos jurídicos como el español y el colombiano han optado por fuentes mixtas de garantes y han desarrollado, mediante jurisprudencia, el alcance de creación de situaciones de peligro para la atribución de deberes de supervisión, control y vigilancia sobre el bien jurídico protegido, especialmente sobre el manejo de recursos públicos. Por lo cual se recomienda reformar el artículo 28, eliminando los presupuestos taxativos o, en su defecto, generalizar los presupuestos fácticos a fin de que sea una lista ejemplificativa.

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