



**Los delitos de omisión  
propia y el derecho  
penal ecuatoriano**

## LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA Y EL DERECHO PENAL ECUATORIANO

### THE CRIMES OF OWN OMISSION AND ECUADORIAN CRIMINAL LAW

#### RESUMEN

El presente trabajo constituye un tratamiento dogmático y normativo de la omisión propia dentro del derecho penal. Se abordará el origen de la omisión como forma de conducta punible y su desarrollo a través de distintas corrientes teóricas del derecho penal. Se analizarán las diferencias entre la omisión propia e impropia, destacando los elementos constitutivos de los tipos penales correspondientes a ambas figuras, para culminar con una breve referencia a la omisión propia dentro de la normativa penal ecuatoriana. En suma, el trabajo presenta un abordaje teórico normativo de la omisión dentro de un perfil analítico y descriptivo en el marco de las ciencias jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Conducta; omisión; tipo penal; mandato.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©

#### ABSTRACT

The present work constitutes a dogmatic and normative treatment of the own omission within the criminal law. The origin of the omission will be addressed as a form of punishable behavior and its development through different theoretical currents of criminal law. The differences between the own and improper omission will be analyzed, emphasizing the constitutive elements of the criminal types corresponding to both figures, to culminate with a brief reference to the own omission within the Ecuadorian penal normative. In short, the paper presents a normative theoretical approach to omission within an analytical and descriptive profile within the legal sciences.

KEYWORDS: Conduct; omission; criminal type; mandate.

Copyright © Revista San Gregorio 2018. ISSN 1390-7247; eISSN: 2528-7907 ©



JORGE LUIS VILLACRESES PALOMEQUE



Universidad San Gregorio de Portoviejo. Ecuador



[joluovvipa@yahoo.com](mailto:joluovvipa@yahoo.com)

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

ARTÍCULO ACEPTADO PARA PUBLICACIÓN: 5 DE NOVIEMBRE DE 2018

ARTÍCULO PUBLICADO: 13 DE DICIEMBRE DE 2018

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto analizar la institución jurídica de la omisión propia en el derecho penal ecuatoriano, a través de un marco conceptual, dogmático y normativo. Dentro de la estructura del Derecho Penal esta figura ha sido objeto de cambios significativos, tanto en su concepción como en su valoración jurídico-penal<sup>1</sup>.

Se abordarán sus orígenes a través de lo que llamamos concepción general de conducta, o como se le denomina en esta investigación “teoría del acto,” pasando luego por su evolución histórica y las formas de ejecución de la omisión. Así mismo, se mostrará una perspectiva acerca del uso que se le da a esta institución, procurando aportar a la unificación de criterios para su aplicación, en beneficio de la seguridad jurídica necesaria en los procesos de transformación de las estructuras normativas penales del Ecuador. El problema en cuestión se explica por la diversidad de enfoques desde donde se resuelven los delitos de omisión en la realidad ecuatoriana.

Dentro de la discusión teórica se formulan una serie de interrogantes respecto al tema, tales como: ¿Cuándo nos encontramos frente a un delito omisivo?; ¿Cuándo un sujeto responde por una conducta omisiva? o ¿Cuáles son los requisitos o estructuras de este tipo de delitos? Todas ellas intentarán ser respondidas en la presente investigación.

### LA TEORÍA DEL ACTO COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

En el estudio del derecho penal y de la propia teoría del delito, se suele enseñar que todo análisis de caso parte, o debería partir, de un acto y/o conducta, puesto que, por conocimiento general, los pensamientos no constituyen delitos. Dentro de este contexto cabe

entonces, examinar los requisitos necesarios para determinar cuándo se verifica o no una conducta y, especialmente, las modalidades de realización de esta.

En el lenguaje ordinario y tomando como referencia a Velásquez, la expresión conducta designa las formas de actuar, el comportamiento o, los diferentes modos como los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones (2004, p. 232). Un intento de definición general y válida, en el que podemos notar, se incluye la existencia de diversidad de formas dentro de la denominación de conducta.

La teoría del acto determina los modos en que se exterioriza un comportamiento o conducta y la necesaria consecuencia en la alteración del mundo exterior, pudiendo ser esta referida manifestación, dinámica, a través de una acción, como la misma manifestación corporal de movimiento; o, estática, a través de la inacción o falta de movimiento; es decir, la falta de manifestación corporal no genera necesariamente una ausencia de acto o conducta, pudiendo ser si, una de las formas de esta, por lo tanto, y en ese escenario, define, limita y cumple una función clasificatoria, donde se engloba y diferencia las hipótesis de conducta.

*La idea de acto supone, entonces, una manifestación de voluntad y por manifestación se entiende toda forma de expresión, exteriorización hecha por medio de la palabra o de acciones o por la omisión de un deber jurídicamente exigible (Von Liszt, 1994, p. 134).*

En virtud de aquello, las normas penales sancionan conductas (acción y omisión) a través de normas prohibitivas (delitos de acción) y normas prescriptivas (delitos de omisión), lo último, en caso de tratarse de una omisión propia, objeto de una clasificación de la que se tratará más adelante.

### LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

#### A. LA ACCIÓN

De acuerdo a Von Liszt (1994), se entiende a la acción o comisión como la manifestación de la voluntad que se expresa aquí, con un movimiento corporal voluntario (p. 225). Acción

1. Cuando se menciona la concepción de la omisión como tal, se hace referencia a su definición; mientras que, cuando se hace referencia a la valoración jurídico penal, se remite al fundamento de la punibilidad de este tipo de delitos.

es, entonces, todo movimiento corporal causado por un acto de voluntariedad, entendida esta como toda conducta que, libre de fuerza mecánica o fisiológica, estuviere motivada por representaciones (Welzel, 1976, p. 61).

En criterio de (García Falconí, 2014) desde la perspectiva de la norma de determinación de conductas, los tipos penales de acción son la base de las infracciones (p. 300). Prohibitivamente hablando, tal hecho responde a la potestad que se le otorga al legislador de definir conductas como delitos, determinadas por un verbo rector y revestidas de un sinnúmero de circunstancias, donde se representaría de forma clara, la expresión de un proceso fenomenológico en sus nociones de acto, suceso o estado (Velásquez, 2004, p. 264).

#### B. LA OMISIÓN

La omisión, o los delitos por omisión, son aquellos que se verifican, no por la realización de una conducta prohibida por la norma, sino por la abstención de un comportamiento que el imperio de la ley exige que se realice; radican en no ejecutar o cumplir la expectativa legítima de un actuar (manifestación de la voluntad de forma corporal) que es normativamente exigible.

Para autores como (Von Liszt, 1994) la omisión consiste en no impedir, voluntariamente, un resultado. Supone que el resultado causado hubiera sido evitado por la acción, que, a pesar de ser posible por el autor, y esperado, fue omitido por este (Von Liszt, 1994, p. 315), definiciones propias de la escuela causal donde el resultado era la base donde se asienta su teoría.

Según Kaufmann (2006) la omisión se entiende como, el no llevar a cabo una acción esperada por otro o a lo menos percibida como de posible acaecimiento, cuya realización está dentro del poder volitivo del omitente (p. 49).

Por su parte, (Zaffaroni, 2006) manifiesta que:

*En el plano pretípico no existen omisiones, sino sólo acciones, debido a que la omisión no es el puro y simple no hacer (omisión no es ausencia de acción). Como la omisión no es una mera no acción, sino un no hacer algo (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa, por lo*

*cual el concepto de omisión es necesariamente normativo (p. 444).*

Necesario resulta anotar, que la conducta omisiva como manifestación de voluntad que causa consecuencias en el mundo fenomenológico, no está ligada a la concepción de la culpa como sustrato teórico de la tipicidad subjetiva, definida como falta del deber objetivo de cuidado, puesto que el no actuar conforme a las expectativas del ordenamiento jurídico bien puede tener como elemento adicional el conocimiento de los elementos tipológicos del delito, pasando aquel acto omisivo a la égida del Dolo en la referida tipicidad subjetiva.

Zaffaroni, referente del derecho penal en Latinoamérica, se ha sumado a la opinión mayoritaria de la doctrina que ya no se acepta una concepción de la omisión puramente natural, sino definiciones jurídicas-penales que respondan a construcciones normativas.

#### CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL

##### C. LA OMISIÓN EN EL CAUSALISMO NATURALISTA

La omisión empieza a tener sus esbozos en el Derecho Penal durante esta etapa, en el último tercio del siglo XIX (Silva Sánchez, 2006, p. 19) cuando se realizan las primeras explicaciones y definiciones de lo que se podría considerar como omisión en el derecho penal.

Uno de los primeros autores en establecer concepciones naturalistas acerca de la omisión fue (Belling, 2002) quien concebía a los delitos por omisión como aquellos que, pueden cometerse solamente por medio del correspondiente no hacer (p. 98). Sin embargo, este tipo de definiciones resultaron inapropiadas, puesto que, bajo la teoría de este autor, sería muy difícil encontrarse en una situación de inactividad corporal absoluta.

##### D. LA OMISIÓN EN EL CAUSALISMO VALORATIVO

Ante la necesidad de dotar de precisión y fundamentos claros a los delitos de omisión, se le atribuyeron a la omisión otros caracteres, dentro de las llamadas teorías de la negatividad y la transitividad. La primera, apegada al causalismo natural de total inacción y

negación indefinida, mientras que la segunda consistía en un no hacer una acción previamente determinada. (Silva Sánchez, 2006, p. 24).

Para esta nueva concepción, la omisión dependerá de una acción que debe encontrarse normada y/o reglamentada, en observancia al principio de legalidad. “Omitir no es “no hacer nada” sino, “no hacer algo” (Von Liszt, 1994, p. 300).

#### E. LA OMISIÓN EN EL FINALISMO

Kaufmann es el principal referente de la omisión desde la perspectiva finalista, para él, omite quien no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción (Kaufmann, 2006, p. 14), por lo cual, para esta teoría, no se basa solo en el no actuar, si no el no actuar en determinada dirección (García Falconí, 2014, p. 288).

Para Kaufmann, esta capacidad de acción consta de dos requisitos, estos son: posibilidad física de actuar y capacidad de conducción final (Silva Sánchez, 2006, p. 35). La posibilidad física de actuar hace referencia a datos externos, es decir, a la existencia o no de medios de auxilios para realizar la acción (Kaufmann, 2006, p. 55).

Enfrentados a la necesidad de erigir una distinción clara entre omisión y comisión, los teóricos del derecho penal han elaborado construcciones de orientación, con el fin de diferenciar entre aquellas dos formas en que puede verificarse un delito. De estas construcciones se deriva la conceptualización de la omisión que la clasifica en propia e impropia.

### LA OMISIÓN COMO CONSTRUCCIÓN NORMATIVA. LA OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA

#### F. LA OMISIÓN IMPROPIA

Se entiende a los delitos de omisión impropia, como aquellos que no se encuentran contenidos en un tipo penal como tal, sino que el resultado típico se imputa a un garante que no ha evitado la realización de un hecho tipificado como delito, es decir, “como si lo hubiese ocasionado mediante un hacer positivo” (Jescheck, 1981, p. 835) así, la omisión se equipara a la comisión. La omisión impropia, resulta de la interpretación de tipos penales de comisión

y se consideran consumados con la producción del resultado típico (Jescheck, 1981, p. 851).

Sujeto activo de este tipo de delitos será el que ostente la posición de garante, aquel que tiene un deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado típico. Este cometerá el delito de omisión impropia si se abstiene de cumplir con el deber específico mencionado (Gómez de la Torre, 2004, p. 235). Tanto el deber como la posición deben tener un origen normativo.

Ante los problemas planteados con respecto a la omisión impropia existen dos teorías que se plantean en el presente trabajo de forma muy breve por no resultar el objeto central de estudio:

La primera y poco aplicada, consiste en incluir dentro de la estructura del mismo tipo penal la posibilidad de modalidad de conducta por medio de omisión y comisión, lo que salvaría a primera vista la violación del principio de legalidad y los problemas del ligamento causal. (aun aquel normativamente válido).

La segunda teoría y la de mayor aceptación, es la teoría de la cláusula de equiparación, donde se propone la construcción del delito a través del establecimiento de una equivalencia de la omisión con la acción (Zaffaroni, 2006, p. 448). A esta segunda teoría adhiere el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, que en su artículo 23 establece: “*No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo*” (Asamblea Nacional, Ecuador, 2014).

#### G. LA OMISIÓN PROPIA

La esencia de los delitos de omisión propia consiste en la infracción de un mandato (Jescheck, 1981, p. 882), mismo que se encuentra establecido como un tipo penal prescriptivo, es decir, el delito se encuentra claramente descrito, siendo el tipo el elemento básico para su comprensión.

La dogmática penal ha construido para la omisión propia una estructura distinta al esquema de los delitos de comisión; tomando como ejemplo el esquema propuesto por (Finger, 1932) donde se encuentran los requisitos de los delitos de omisión propia (p. 88).

Para esta estructura, los mandatos están siempre vinculados a determinados requisitos, por lo tanto, no se establece simplemente el precepto de obrar, sino el de obrar dentro de determinadas circunstancias (Kaufmann, 2006, p. 109).

Los requisitos según este esquema serían: "1. Que se dieran las circunstancias previstas en el mandato, 2. Que el obligado pudiera obrar, y no obstante permaneciera inactivo, 3. Que la persona inactiva haya conocido su deber o hubiera podido conocerlo con la atención debida" (Kaufmann, 2006, p. 109), para esta tesis, entonces, el deber de obrar se configurará solo si previamente se verifican dichos requisitos.

Welzel, también elaboró una estructura para los delitos de omisión propia, en la que presenta la forma en la que debería articularse la tipicidad. Para el autor deben concurrir tres circunstancias: 1. Concurrencia de una situación y circunstancias determinadas, 2. No realización de una acción determinada, y 3. El poder fáctico del omitente para llevar a cabo la acción. (Welzel, 1976, p. 174). Las dos primeras circunstancias responderían a la adecuación simple a un tipo penal, mientras la tercera, corresponde a la capacidad que tenga el sujeto de ejecutar el mandato descrito con respecto a cada caso.

#### OMISIÓN PROPIA EN EL COIP

Las normas jurídicas y con cierto grado de especificidad los tipos penales, son el sustento jurídico del que dispone el juez para determinar, en primer término, la existencia de un delito. En el caso de la omisión propia, los tipos penales presentan una estructura que relaciona al hecho con la consecuencia jurídica, aun en una estructura normativa seudofinalista, hace depender a la tipicidad de un resultado dañoso o peligroso, (causalismo valorativo).

Dentro de la estructura típica que presenta un delito, el verbo rector determina la modalidad de la conducta, para los delitos de omisión propia, se trata de una de carácter omisivo descrita en el mismo tipo penal. Conducta omisiva que es el resultado de la infracción de un mandato o deber, mandato dirigido a un sujeto activo determinado o no, que responde a deberes contenidos intrínsecamente en el mismo tipo, (normados).

Se presenta, para efectos del análisis, un tipo penal de omisión propia contenido en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano (COIP):

*"ART. 218 COIP. - Desatención del servicio de salud. La persona que, en obligación de prestar un servicio de salud y con la capacidad de hacerlo, se niegue a atender a pacientes en estado de emergencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años."*

Negar es el verbo rector. En este caso la modalidad omisiva se configura no solo con el significado simple de "negar", sino que resulta del incumplimiento del deber que ordena el tipo y que es: prestar un servicio de salud.

En un delito por omisión, debe existir ausencia de manifestación dinámica, o de forma corporal. Para este caso, entonces, se tiene que establecer la ausencia de atención o prestación de servicios sanitarios, para solo así determinar la existencia de la omisión.

A más de lo dicho, dentro de los delitos de omisión propia y en este tipo penal en específico, existen requisitos para configurar el delito por omisión: 1. Que el obligado pudiera obrar, y no obstante permaneciera inactivo. 2. El sujeto tiene que estar en condición de reconocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo prescrito y 3. Tener la posibilidad física real de aplicar los medios elegidos y ejecutar actos.

#### CONCLUSIONES

Las Instituciones jurídicas que construyen los códigos penales latinoamericanos merecen profundos análisis teóricos que permitan una adecuada contextualización y adaptación a las realidades ecológicas, culturales y académicas de cada país, permitiendo el cumplimiento de los fines y objetivos mismos del derecho en búsqueda de armonía para la sociedad; esa anhelada y abundantemente mencionada seguridad jurídica no solo formal, en la pre existencia de reglas claras y estrictas, sino material, en la correcta aplicación de aquellas normas a través de una sólida hermenéutica aplicativa, son una verdadera necesidad en los países de la región.

En esos contextos, la presente exploración descriptiva confirma la complejidad desde la cual debe mirarse una institución que, tomada desde la visión del causalismo

naturalista, es necesariamente retenida por el derecho penal para sistematizar y construir sus fundamentos teóricos: la omisión propia, como arista de la omisión, y esta, como una de las manifestaciones de la conducta, circunscritas en la teoría del acto, proponen la carilla más simplificada y sencilla de un cuaderno, que desde la visión del autor, no ha comenzado aún a escribirse de manera seria y sistémica.

La omisión como acto, constitutiva de conductas punibles, ha tenido un abordaje teórico que ha evolucionado por medio de diversas escuelas del pensamiento jurídico penal en el mundo occidental, entre ellas el causalismo, en sus vertientes naturalista y valorativa, el finalismo y la construcción normativa, todos estos momentos evolutivos, ajenos al pensamiento y realidades ecuatorianas, y de estas dos últimas, se deriva la distinción entre omisión propia e impropia que delimita el presente trabajo.

La omisión propia en el Ecuador se encuentra reducida a unos pocos tipos penales cuya construcción descriptiva no obedece a una línea clara en cuanto a su formación teórica ni a la línea doctrinal de la teoría del delito contenida en ella, haciendo necesaria una revisión que permitiendo tal claridad, asegure una correcta aplicación y ejecución en aras de la seguridad jurídica y de la institucionalidad normativa tan necesarias en nuestros países; y, como corolario, la omisión impropia y su análisis, es un compromiso asumido para un próximo esfuerzo en cumplimiento de la obligación académica de contribuir, en la medida de lo posible, al nacimiento de un derecho penal de sello propio, al menos en la contextualización aplicativa en el aparato judicial ecuatoriano. 

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

*Asamblea Nacional, Ecuador. (2014). "Código Orgánico Integral Penal". Quito: Registro Oficial N° 180.*

*Belling, E. (2002). Esquema del Derecho Penal la doctrina del Delito Tipo. Buenos Aires: El Foro.*

*Finger, A. (1932). Derecho Penal Tomo I. Berlin.*

*García Falconí, R. (2014). "Código Orgánico Integral Penal Comentado". Quito: Latitud Cero Editores.*

*Gómez de la Torre, I. (2004). Curso de Derecho Penal Parte General. Barcelona: Ediciones Experiencia S.L.*

*Jescheck, H. (1981). Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo II. Barcelona: Bosch.*

*Kaufmann, A. (2006). Dogmatica de los delitos de omisión. Madrid: Marcial Pons.*

*Silva Sánchez, J. (2006). El Delito de Omisión, Concepto y Sistema. Montevideo: BdeF.*

*Velásquez, A. (2004). Manual de Derecho Penal. Bogota: Temis S.A.*

*Von Liszt, F. (1994). Tratado de Derecho Penal, Tomo II. Madrid: Instituto Editorial REUS, S. A. Preciados.*

*Welzel, H. (1976). "Derecho Penal Aleman, Parte General". Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.*

*Zaffaroni, E. R. (2006). Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: Ediar.*

