

Omisión propia en posición de garante: señales de una mixtura dogmática-legislativa

Proper omission in position of guarantor: signs of a dogmatic-legislative mixture

Bairon-Iván Espinoza-Guillén  
Investigador jurídico independiente

Resumen

En el saber jurídico-penal la omisión propia engloba delitos que no exigen un resultado. Como es habitual, el legislador ecuatoriano en su intento de arribar a una política criminal racional, ha complicado el marco de operatividad de las dos categorías de omisión existentes: omisión propia y comisión por omisión. La investigación tiene por objeto determinar que la norma penal en sede de omisión propia no ha sido abordada en el delito de desatención del servicio de salud desde un plano diferencial entre las categorías omisivas y, al mismo tiempo, critica los problemas de interpretación e imputación del tipo penal. Finalmente, este trabajo concluye exponiendo que la mixtura reconoce la categoría de delitos omisivos propios en posición de garante y pone de relieve problemas que califican al delito de ambiguo, contradictorio y desproporcionado.

Palabras clave: Comisión por omisión, omisión propia, omisión de socorro, legislador, posición de garante, reforma penal.

Abstract

In criminal law doctrine, pure omission encompasses offenses that do not require a result. As is often the case, the Ecuadorian legislator while attempting to develop a rational criminal policy has complicated the operational framework of the two existing categories of omission: proper omission and commission by omission. This research aims to demonstrate that the criminal provision regarding proper omission has not been addressed within the offense of neglect of healthcare service from a differential standpoint between the categories of omission. At the same time, it critiques the problems of interpretation and attribution inherent in the legal classification. Finally, this study concludes by showing that the mixture acknowledges the category of proper omission offenses in a position of guarantor, while highlighting issues that render the offense ambiguous, contradictory, and disproportionate.

Keywords: Commission by omission, proper omission, failure to provide assistance, legislator, guarantor position, criminal reform.

Introducción

De manera general, es posible afirmar que la base fundamental de la omisión propia se origina en la construcción del tipo penal de la omisión del deber de socorro. Con ello, fungen nuevos delitos que, en principio, responden a una necesidad de intervención punitiva. Esta necesidad se origina por el hecho de no actuar conforme se espera en términos morales-sociales y en pro de la tutela de bienes jurídicamente protegidos. Ecuador presenta múltiples aspectos por analizar con relación a este tipo de omisión. Prueba de ello es la configuración normativa realizada por el legislador en el delito de desatención del servicio de salud, tipificado en el artículo 218 del Código Orgánico Integral Penal (2014) (en adelante COIP). La implementación de este delito en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha generado serios problemas, no solo a nivel interpretativo, sino también en su determinación normativa y dogmática.

En España, país que servirá como referencia comparativa la situación es notablemente distinta, pues el legislador, a pesar de las críticas doctrinales recibidas por contribuir con la expansión penal, ha realizado una labor configurativa razonable en la omisión propia, evitando sobre todo inmiscuirse en una esfera omisiva distinta. Quizá aquello se deba al reconocimiento del delito de omisión de socorro en el Código Penal español (1995) (en adelante CP), o sencillamente se trate de un saber jurídico-penal del legislador al cobijar los aportes derivados de la dogmática penal en general y de la omisión en especial.

Pese a ello, las decisiones adoptadas por el legislador español han dado pie al reconocimiento de las omisiones puras o propias de garante, a partir de la ampliación del delito de omisión de socorro, con la entrada en vigor de lo que denomina un sector de la doctrina como una omisión de socorro agravada (denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios).

Por su parte, Ecuador, pese a no contar con una estructura base (delito de omisión de socorro), el COIP reconoce de manera implícita la existencia de la omisión propia en posición de garante, y ello, indudablemente, comprende la ampliación de los límites sobre los que recaía la omisión propia para que una persona pueda ser reprochada penalmente por este tipo omisivo. Dicho de otra manera, la posición de garante era apreciada como una figura exclusiva de la omisión impropia o comisión por omisión, de modo que su expansión a otra esfera omisiva abrió el camino a la necesidad de debatir y analizar distintos matices que ya se han materializado en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

Durante el desarrollo de la investigación se resolverán cuestiones relativas a los elementos objetivos y subjetivos del delito de desatención del servicio de salud. Además, será preciso advertir al lector sobre el punto de inflexión en donde se genera una mixtura dogmática omisiva. Finalmente, a través de los criterios resultantes, será posible acercarse a una configuración del tipo omisivo mucho más coherente y en armonía con los presupuestos desarrollados en la dogmática penal. Ante todo, se expondrán criterios que permitan apuntalar la idea de que el tipo penal referido ha complicado la esfera de los tipos omisivos cuando existe posición de garante.

Enfoque metodológico

Para desarrollar lo anterior, la presente investigación se sustenta en un análisis jurídico-dogmático y se vale del método comparativo. Se examinarán los elementos configuradores del delito de desatención del servicio de salud en el ordenamiento ecuatoriano, contrastándolos con el tratamiento de figuras análogas en el Derecho Penal español. La elección de este último como sistema de referencia se fundamenta en la tradición jurídico-penal compartida, las influencias doctrinales comunes y, de manera particular, en su consolidada jurisprudencia sobre la omisión propia, lo que facilita un análisis crítico y diferencial de la mixtura legislativa ecuatoriana y sus problemáticas.

Fundamentos generales de la omisión propia

Conceptualización de la omisión en la dogmática penal

Decía Armin Kaufmann (2006, p. 26) que “la dogmática penal se ha desarrollado en primera instancia a la medida del delito comisivo y para éste”. Por consiguiente, el concepto de omisión propia no puede ser abordado de forma individual, sino que es indispensable que su estudio conceptual parta de la omisión como modalidad de conducta y no como tipo de omisión. Bajo esta perspectiva, se confirma que la acción y la

omisión se encuentran yuxtapuestas, ya que la omisión esta cobijada en el concepto más amplio de acción. Siguiendo esta idea, se puede afirmar que el hecho de no realizar una acción no implica negar la posibilidad de actuar, sino solamente la ausencia de una conducta encaminada hacia un propósito concreto (Kaufmann, 2006). Ello implica, entonces, que la omisión no significa “no hacer nada”, sino “no hacer algo”. La doctrina mayoritaria coincide en que el actuar que se espera debe estar normativamente determinado, pues solo a partir de dicha determinación se origina un deber jurídico general (omisión propia) o especial (comisión por omisión) de actuar.

De modo más contundente, Jesús-María Silva Sánchez (2025, p. 769) sostiene que “la omisión no debe identificarse ni con la mera pasividad (no hacer nada) ni tampoco con la mera no realización de una conducta posible para un sujeto”. En consecuencia, la valoración de la omisión no se reduce a un análisis escueto en el que baste ubicar, de manera superficial, el incumplimiento de un deber negativo o positivo, sino que expresa diversos sentidos posibles que operan bajo un sistema de reglas. Así, por ejemplo, el verbo rector de un delito de omisión propia constituye solo la base superficial del tipo penal, por lo que luego es necesario identificar y valorar cada uno de los elementos que conforman el delito en concreto.

Características y penalidad en la omisión propia: perspectiva comparada

Con este esbozo conceptual de la omisión, ahora es necesario volver a la esfera de la omisión propia. Aquí es clave señalar que la estrecha relación entre el Derecho y los valores sirve como elemento nuclear de los delitos de omisión propia, teniendo en cuenta que estos delitos no persiguen un reproche penal en la noción más ruda de castigo, venganza o de un Derecho Penal máximo, si se quiere. En realidad, apuntan hacia otra dirección, pues buscan avivar ese sistema personal de valores y alcanzar una sociedad en la que imperen los valores esenciales de la humanidad, tales como la solidaridad, la igualdad, la libertad, etc.

Desde esta perspectiva, se origina un mandato que puede entenderse como el deber de actuar que recae sobre el sujeto activo de un delito omisivo puro y que encierra el contenido de la relación natural entre el Derecho y los valores, siendo esta relación la esencia de la omisión propia. Bien apuntaba Jescheck (2003, p. 883) al sostener que “los delitos de omisión propia consisten en la infracción de un mandato”. Con lo cual, el mandato constituye un elemento fundamental que permite avivar esa relación natural ante posibles quebrantamientos normativos; sin él, no sería posible hablar de la omisión propia.

También hay que considerar, que el nivel de rudeza del castigo en esta categoría es menor que en los delitos de comisión por omisión. Ello es razonable, y considerando el principio de proporcionalidad como límite constitucional de la intervención del Estado (Puig, 2011), la pena debería siempre apuntar a ser pecuniaria y, solo en casos puntuales, privativa de libertad. Visto así, la tipificación de delitos omisivos propios parece coherente, sin embargo, su adopción normativa dependerá de la necesidad y realidad de cada Estado. Por ejemplo, el legislador ecuatoriano ha considerado oportuno que prevalezca la pena privativa de libertad sobre la pecuniaria en los delitos de omisión propia que reconoce el COIP.

Un claro ejemplo, es el delito de omisión de denuncia, tipificado en el artículo 277 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014), que sanciona a:

[...] la persona que en calidad de servidor público y en función de su cargo, conozca de algún hecho que pueda configurar una infracción penal y no lo ponga en conocimiento de la autoridad, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

De este modo, si la única pena a considerar en la omisión propia fuese la privativa de libertad, el fin sería otro y, como tal, estaría íntimamente ligado a lo que sucede con los delitos de comisión activa. En cambio, en España, pese a ser un país que no encuentra fin a la expansión penal, su ordenamiento jurídico se ha caracterizado por la adopción de penas privativas de libertad relativamente bajas. En los delitos de omisión propia, por ejemplo, salvo que concorra alguna circunstancia grave o algún elemento que intensifique la determinación de la pena (posición de garante), la regla general será la imposición de una pena pecuniaria. Así sucede con el delito de omisión de socorro, un delito que data del año 1822, cuando se promulgó el primer Código penal español según Alamillo Canillas (1962) y actualmente está reconocido en el artículo 95 del CP de 1995, con serias modificaciones, pero sin cambios en la conducta punible:

[E]l que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave,

cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses [...] (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 1995).

Elementos configuradores de la omisión propia

Ahora bien, con estas puntualizaciones comparativas, es claro pensar que se trata de sociedades muy distintas, con problemas diferentes y con factores variables que influyen sobre los criterios político-criminales y penales, no solo a la hora de fijar la pena, sino desde el primer momento en que se plantea la tipificación de nuevos delitos. Lo que no es diferente es la naturaleza de la omisión propia a partir de la dogmática penal. En los ejemplos citados se puede apreciar una misma conducta: “no hacer”, esto es lo que normativamente exige el mandato y en ambas se proyectan los elementos característicos de la omisión propia, que según Mir Puig (2006), son: “una situación típica generadora del deber, la ausencia de una acción requerida y la capacidad de realizar dicha acción” (p. 316 y ss.).

En primer orden, la situación generadora del deber no es más que el origen del mandato o, si quiere, la obligación de actuar a partir de un hecho fáctico que pone en peligro un bien jurídico-penal en concreto. Bajo este enfoque, la norma penal exige que la persona sobre quien recae la obligación de actuar ejecute la conducta debida con el propósito de contribuir a la disminución o cese del peligro sobre el bien jurídico, pero ello no significa que se evite finalmente el resultado. Así pues, los delitos de omisión propia son delitos de mera actividad y su especial diferencia con la comisión por omisión, es que no se exige un resultado. El segundo elemento pone de relieve la noción dominante de que toda omisión representa una acción, ya que se refiere a las distintas acciones que la norma ha determinado en los tipos penales para evitar una conducta omisiva. Por ejemplo, el deber de denunciar en el artículo 277 del COIP, que se traduce en la acción que cabría esperar a efectos de no concurrir en la conducta omisiva objeto de reproche penal (“no denunciar”).

Por otro lado, la estructura de elementos que propone Finger coincide con la de Mir Puig, pero llama la atención la forma en que aborda el tercer elemento, esto es, “que la persona inactiva haya conocido su deber o hubiera podido conocerlo con la atención debida” (Finger en Kaufmann, 2006, p.109). Da la impresión de que no es solamente la capacidad de actuar lo que se requiere, es decir, que la persona sobre quien recae el mandato tenga la posibilidad de hacer algo, sino que, además, es necesario que dicha persona sepa cuál es su deber en tales circunstancias. De lo contrario, no habría posibilidad alguna de reprochar penalmente su conducta omisiva. Aquello iría más allá de exigir una capacidad meramente física, y, por tanto, la capacidad de actuar estaría determinada tanto por el comprender la situación que origina el deber como por el conocimiento de los medios para realizar la acción y el propósito de esta última (Kaufmann, 2006).

En suma, los elementos de la omisión propia permiten rechazar la idea de que es fundamental que el legislador cuente con un delito base (como el de la omisión del deber de socorro) para estructurar una configuración normativa más eficiente y así evitar intromisiones en figuras dogmáticas distintas. Bajo esta premisa no se pretende descartar una adopción viable del delito de omisión de socorro en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, pues precisamente a partir de este delito ha surgido una rica jurisprudencia en países como España que ha permitido el desarrollo de otros tipos penales omisivos.

Mientras tanto, el fundamento intrínseco de la omisión propia alude a la idea de promover una cercanía social dotada de sólidos valores, con la especial anotación de que el *ius puniendi* no exige actuaciones heroicas en detrimento de bienes jurídicos propios del sujeto sobre quien recae el deber jurídico general de actuar, sino una mínima contribución que permita poner freno a un peligro amenazante de un bien jurídico ajeno. Así pues, cabe preguntarse: ¿qué ocurre cuando la persona sobre la que recae el mandato de auxilio asume una posición de garante? ¿Debe actuar incluso en menoscabo de sus bienes jurídicos?

La omisión propia en posición de garante

Con lo expuesto en líneas anteriores conviene enmarcar, en este apartado, que sobre los delitos de omisión propia recae un deber jurídico general de actuar. En principio, no existe un sujeto activo cualificado sobre quien recae el mandato (puede ser cualquier persona), precisamente, esta es otra distinción clave que la diferencia de la comisión por omisión, ya que en esta última lo que se presenta es una posición de garante, un requisito *sine qua non* para que se lleve a cabo el juicio de imputación en esta esfera. Por ello, una madre,

en relación con su hijo, tiene un deber especial de cuidado y protección, o una posición de garante natural como lo denomina Harro Otto (2017), y, en el supuesto de que la madre no alimente a su hijo y éste muera por inanición, el resultado final sería equivalente a causarlo activamente, en consecuencia, su reproche penal será mayor.

Llegados a este punto, es admisible poner de relieve que no llega a ser del todo cierto que, sobre la omisión propia, únicamente recaen deberes jurídicos generales de actuar, sino también especiales, en donde se cobijan los delitos omisivos propios en posición de garante. Esta categoría parece incluso poco usual en la doctrina mayoritaria, pero es evidente que se desprende de ella una adopción de la solución tripartita que propuso, en su momento, el profesor Jesús-María Silva Sánchez (2003), en la que plateaba el siguiente esquema:

Primero existirían deberes generales de evitar el resultado, cuya infracción daría lugar a la realización de delitos de omisión pura, en segundo lugar, existirían deberes jurídicos cualificados de evitar el resultado, cuya infracción daría lugar a la realización de delitos de omisión para agravarla (o de garante). Finalmente, existirían casos en que el sujeto no sólo tiene un deber jurídico cualificado de evitar el resultado, sino que, además, sucede que su omisión, esto es, la infracción de tal deber muestra una clara identidad, tanto en el plano estructural como en el plano normativo-material, con la comisión activa del delito. Estos últimos, y sólo ellos, son los casos de “comisión por omisión” [...]. (pág. 49)

La segunda clasificación es precisamente sobre la que se asienta la presente investigación, debido a que existen supuestos de hecho en los que, pese a recaer un deber jurídico especial sobre un sujeto, su conducta omisiva no equivale a causarlo activamente. Esto es, el médico que no prestó asistencia médica a una persona que requería de ella. A mi juicio, la posición de garante en este escalafón no desempeña la misma función que en la comisión por omisión, en ésta el deber jurídico especial de actuar funge como contención del *ius puniendi*, permitiendo, de manera cautelosa, distinguir la gravedad de la conducta y determinar de forma proporcional la pena en concreto.

De esta manera, pensar que el médico, por asumir una posición de garante a partir del mandato de auxilio, debe a toda costa actuar incluso en menoscabo de sus propios bienes jurídicos es un criterio jurídicamente discutible y contradictorio con el fin que promulga el Estado, y, además, abre paso a la confusión en los ciudadanos. El Estado no puede pretender justificar el detrimento de bienes jurídicos de quien se encuentra en posición de garante a costa de la protección de bienes jurídicos ajenos, precisamente, este es el límite propuesto en uno de elementos propios del delito de omisión de socorro, que tiene que ver con la capacidad de actuar sin riesgo propio.

Si así fuese, se apunta a la disparatada idea de que el personal sanitario estaría en la obligación de dar hasta la vida por sus pacientes en estado de emergencia. Por lo tanto, lo que en verdad interesa en esta posición de garante por asunción es, como bien refiere Otto (2017, p. 249), “la asunción efectiva de la función de protección y la capacidad real de repeler peligros”. Finalmente, es posible asegurar que el reconocimiento de la omisión propia en posición de garante cumple con un fin en concreto: el de evitar que ciertas conductas omisivas no queden en la impunidad por falta de adecuación normativa. En todo caso, la conducta omisiva alcanza el nivel suficiente para que el incumplimiento del mandato sea penalmente relevante, y, con razón, la intervención punitiva se presenta con menor rigurosidad en la omisión propia.

Tratamiento dogmático de la omisión propia en el Derecho Penal español

En España, resulta ilustrativo decir que se trata de una suerte de omisión intermedia entre el reconocido delito de omisión del deber de socorro y lo que involucra la comisión por omisión (Silva, 2003). Así, el artículo 196 del CP sanciona al:

Profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 1995).

Tal y como lo ha planteado el legislador español, se entiende que este delito omisivo gozaría de autonomía propia y su materialización no dependería del desarrollo jurisprudencial y dogmático de otro delito precedente. Aunque para un sector de la doctrina, el delito de denegación de asistencia sanitaria ha sido construido sobre la base del delito de omisión del deber de socorro. Esto supone que, en un caso concreto, la aplicación del artículo 196 va a depender de los elementos recogidos en el artículo 195 del CP, con lo cual esta tesis rechazaría la noción de autonomía del tipo penal y confirma su dependencia.

Así, por ejemplo, ocurrió en el caso concreto que resolvió el Tribunal Supremo español (en adelante TSE) en la sentencia núm. (56/2008), en donde una persona que había acudido a un hospital se desvaneció frente a la puerta principal. Su acompañante ingresó al hospital para solicitar asistencia médica urgente, no obstante, el médico de turno se negó a prestar auxilio, alegando que la persona que requería atención no se encontraba dentro del recinto hospitalario, sino en el área externa. La víctima falleció y el médico fue condenado por el delito de omisión del deber de socorro. En este caso, es evidente situarse en el delito de denegación de asistencia sanitaria (art. 196) y, desde allí, efectuar el juicio de imputación. No obstante, los magistrados decidieron aplicar el artículo 195 del CP, sin obviar algunas pinceladas propias del artículo 196. Por hechos así, el argumento de que un delito depende del otro es hasta cierto punto, real. De igual manera, se cobijan argumentos respecto de que se trataría de un delito de omisión de socorro agravado, considerando que la determinación de la pena se fija conforme a lo establecido en el artículo 195 del CP.

Otro sector de la doctrina, en cambio, se decanta por la tesis de que es posible aplicar y resolver un caso concreto únicamente a partir del delito de denegación de asistencia sanitaria (art. 196), pero no ofrece argumentos convincentes para obviar el desarrollo dogmático y jurisprudencial del delito de omisión del deber de socorro (art. 195). Esto implica que es necesario atender a criterios que ya han sido objeto de análisis y que, en la actualidad, han sido bien recibidos para resolver casos de omisión propia sobre la estructura comprendida en el delito de omisión de socorro. Por lo que no se trata de inobservar un delito por otro, sino de complementar el análisis para mejor resolver.

Tratamiento dogmático de la omisión propia en el Derecho Penal ecuatoriano

En otro ámbito territorial, la cuestión es: ¿qué sucede en un país como Ecuador que no ha tipificado el delito de omisión del deber de socorro? En principio, la ausencia de un delito no supone la carencia de argumentos para resolver o aplicar un tipo penal determinado, pues en líneas anteriores se justificó que la categoría de omisión propia se construye a partir de elementos determinados por la dogmática penal. Consecuentemente, la situación típica, la ausencia de acción y la capacidad de actuar se convierten en elementos esenciales que posibilitan el examen valorativo de un hecho concreto en un proceso penal, sin necesidad de contar con una base delictiva.

Decantarse por una tesis u otra no resulta clave y podría ser objeto de una línea de investigación aparte. Incluso al analizar la posibilidad de introducir el delito de denegación de asistencia sanitaria como modalidad agravada del delito de omisión del deber de socorro, se estaría incorporando un deber jurídico especial en un tipo que parte de un deber general. *A prima facie*, la idea no sería viable, pero tampoco inconcebible.

Retomando la discusión inicial, se ha podido advertir que, en España, el delito de denegación de asistencia sanitaria recae sobre un sujeto activo cualificado (personal sanitario) y que su efecto más notorio es una mayor severidad de la pena. En Ecuador, el legislador tipificó en el artículo 218 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014) el delito de desatención del servicio de salud, que sanciona lo siguiente:

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. Si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años. Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y su clausura temporal.

El primer contacto con este tipo penal permite identificar una omisión propia sustentada, cuestionablemente, en un mandato negativo (no negar). Lo cuestionable radica en la posible presencia de dos verbos rectores en el tipo penal, cuestión que se planteará en las siguientes líneas. Si vamos más allá de

una apreciación superficial, surgen los primeros aspectos que difieren de la forma tradicional en que se han concebido los delitos de omisión propia. Prueba de ello es la característica especial del sujeto activo: “quien se encuentre en la obligación de prestar un servicio de salud”, es decir, ya no cualquier sujeto capaz de actuar, sino aquel que se encuentra en posición de garante por asunción.

Conviene reiterar que la posición de garante en este ámbito no alcanza la intensidad propia de la comisión por omisión. Ello convierte estas conductas en omisiones de gravedad intermedia, pues la severidad de la omisión radica en la lesión de deberes de mayor grado y no en deberes de mera solidaridad general (Silva, 2003). En el mismo círculo se ubica, por ejemplo, el delito de omisión de denuncia (artículo 277 COIP), ya que también la conducta omisiva reposa sobre un servidor o funcionario público.

Ante tales características, es evidente que la omisión propia en posición de garante está reconocida en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. Pese a ello, no queda claro si tal reconocimiento surgió de un razonamiento integral -abarcador de aspectos político-criminales, dogmáticos, axiológicos y normativos-, o bien obedeció a un impulso de mero populismo penal. Solamente desde un razonamiento integral es posible alcanzar una configuración normativa satisfactoria y reducir la interpretación de las categorías omisivas a términos claros, sin forzar su sentido (Silva, 2003, p. 339). Intencional o no, el legislador optó con esta norma por abandonar la clasificación bipartita de la omisión y adoptar una clasificación tripartita, tal como propone el profesor Silva Sánchez. Precisamente, esta es la clasificación empleada por el legislador español, quien vio en ella la posibilidad de introducir nuevos delitos que, en la esfera de la comisión por omisión, no encajarían.

Ahora bien, la evidencia sobre el fundamento seguido por el legislador ecuatoriano al tipificar el delito de omisión propia en posición de garante es escasa o nula. De ahí que, al leer detenidamente la redacción del tipo penal, se avizoren matices que impiden determinar con claridad si seguimos situados en la omisión propia o si el tipo se ha cambiado bruscamente a la comisión por omisión dentro del mismo tipo penal. En este panorama, la primera parte del artículo 218 del COIP constituye una clave para constatar la omisión propia en posición de garante en Ecuador. Mientras que, en la segunda parte del tipo, que vale la pena citar de nuevo, señala que “si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años” (2014). Aquí, la conducta negativa del sujeto activo se vincula directamente con el resultado (muerte), cuyo impacto se refleja en la rudeza de la pena. El fundamento punitivo no se limita a sancionar la mera omisión de actuar, sino que también penaliza el resultado acaecido por esa omisión.

Se configura, pues, una mixtura entre aspectos propios de la omisión propia y de la comisión por omisión, lo cual no sería viable, teniendo en cuenta que solo es posible imputar un resultado lesivo de un bien jurídico en conductas omisivas que equivalen a causarlo activamente. Además, se originan problemas interpretativos y de imputación subjetiva, ya que, a pesar de ser un delito doloso, existen serios matices que apuntan hacia la culpa. En fin, la redacción de este tipo penal nos sitúa en un contexto de notable ambigüedad e inseguridad jurídica, pues el legislador ha introducido elementos de la comisión por omisión en un tipo penal que, desde su título, se enmarca en una categoría de omisión propia. Ello demuestra que la omisión propia en este apartado ha sido abandonada por el legislador, ocasionando un segundo nivel de valoración del tipo. En este segundo nivel, la posición de garante se intensifica hasta equipararse a la comisión activa; se exige un resultado acaecido de una conducta originada en un delito de mera actividad y, así mismo, se incrementa la pena privativa de libertad de forma desproporcionada, rasgo típico de los delitos de comisión por omisión.

Inclinaciones populistas sobre la pena

Continuando con el análisis del tipo penal, hay que tener en cuenta que, si existe responsabilidad de la persona jurídica, el legislador determinó una pena pecuniaria y la clausura temporal del establecimiento de salud. Esto implicaría dar paso a una vulneración masiva de derechos constitucionales -particularmente del derecho a la vida y el derecho a la salud de toda una población-, considerando que la persona jurídica podría ser, un Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o el Hospital público Vicente Corral Moscoso de la ciudad de Cuenca; es decir, establecimientos de salud públicos y gratuitos cuya función principal es garantizar el derecho a la salud de su población.

Por consiguiente, es imposible anular un derecho constitucional a costa de imponer una sanción penal a

una persona jurídica que funge principalmente como garante del derecho a la salud. El legislador ecuatoriano parece haber previsto dicha sanción para establecimientos de salud privados. En tal caso, también pueden aterrizar problemas si el efecto impositivo de la pena deriva en la vulneración de los referidos derechos constitucionales. Frente a la clausura temporal de una clínica privada en el país, cabe preguntarse: ¿qué sucedería con los pacientes internos? ¿El Estado sería capaz de atenderlos mientras dure la clausura?

Esta sanción penal, impuesta por el legislador sin una mínima observancia a la Constitución o sin haberse materializado en casos concretos, plantea más dudas que soluciones efectivas a la necesidad de imposición de la pena. Bien refiere al respecto Silva (2018, p. 45) que “no por mucha necesidad que exista puede imponerse una pena a una conducta que no la merece”. En consecuencia, la aplicación de esta sanción se vuelve nula: ni la pena pecuniaria ni la clausura temporal -que, según la interpretación literal de la norma, se imponen de manera indivisa- persiguen un fin constitucional y su vigencia solo confirmaría la influencia del populismo penal en la configuración de la norma.

Dicho esto, conviene poner atención a la pena privativa de libertad en el delito de desatención del servicio de salud. La cual, a simple vista, resulta desproporcional y pretende proteger un bien jurídico. Cabe contemplar que la pena no solo reacciona ante la puesta en peligro de bienes jurídicos, sino que debe cumplir una función de protección ante un posible quebrantamiento de la norma. Por ello, la importante labor del legislador al tipificar nuevos delitos debe sustentarse en un ámbito de protección que va más allá de la mera salvaguarda de bienes jurídicos; sin ese acoplamiento estructural (Navarrete, 2019), difícilmente se llegará a una imposición de pena racional y, sobre todo, proporcional.

Se ha de coincidir con Georg Freud (2004) en que la pena debe ser una reacción adecuada y relacionada con otros delitos concretos. No se trata de imponer penas sin que aquellas respondan al contenido de merecimiento de una. Así sucede en el delito de desatención del servicio de salud: si la víctima fallece por la desatención, la pena privativa de libertad es de trece a dieciséis años, un rango incluso superior al del homicidio simple y mucho más grave que el homicidio culposo por mala práctica profesional, en el que el sujeto activo es el mismo. En este último delito la pena es inferior teniendo en cuenta el elemento subjetivo del tipo (culpa). A pesar de ello, tal circunstancia no altera el discutible fundamento por el cual el legislador ecuatoriano decidió imponer una pena desproporcionada.

El Estado cumple una tarea esencial de aseguramiento del orden social a través del Derecho Penal, pero ello no justifica un exceso de dominio sobre sus ciudadanos infundiéndoles temor por medio de la imposición de penas irracionales. Otro de los puntos de inflexión que genera dudas sobre el aspecto cuantitativo de la pena se relaciona con el bien jurídico protegido. Recordemos que este delito subyace de un mandato de auxilio, no obstante, todavía no se ha zanjado el debate sobre qué bien jurídico tutela realmente. Para un sector de la doctrina el bien jurídico que tutela es la solidaridad, mientras que para otro sector el bien jurídico tutelado es la vida. Por esta razón, difícilmente se puede asegurar que la pena establecida sea proporcional a la conducta típica, especialmente cuando se exige un resultado.

Casos de estudio y cuestiones sobre el juicio de imputación

El delito de desatención del servicio de salud en Ecuador no es un delito de bagatela, ya que en la ciudad de Cuenca existen, al menos, dos casos abiertos que buscan la aplicación de este tipo penal. A continuación, se propone un breve análisis de ambos casos; cabe mencionar que ninguno ha sido resuelto aún. Lo relevante será examinar los hechos de manera general y, desde esa perspectiva, comprender la materialización de este tipo penal en situaciones concretas.

Análisis del primer caso de estudio: la negativa a la atención y sus límites interpretativos

El primer caso ocurre cuando José acude, junto con su esposa, a un hospital público debido a que su estado de salud no era óptimo. Mientras se encuentran en la sala de espera, el médico A ordena la realización de varios exámenes (de sangre, radiografías, etc.) y la esposa, en diversas ocasiones, solicita una camilla para José, pues su estado de salud empeoraba. A pesar de ello, la petición no pudo ser atendida por falta de camillas, dado que los hechos tienen lugar en el apogeo de la pandemia por COVID-19. El médico A, entre otras indicaciones, le indica a la esposa que es necesaria una endoscopia, pero aclara que el hospital actualmente

carece de las herramientas para efectuar dicho examen, por lo que sugiere acudir a una clínica u otro centro de salud privado. Finalmente, José es trasladado y atendido en un hospital privado donde se le realiza lo requerido y, aun así, fallece.

Como consecuencia de la muerte de José, su esposa denuncia los hechos y Fiscalía abre una investigación por el delito de desatención del servicio de salud. La acusación sostiene que el resultado muerte debe atribuirse al médico A, pues no prestó la atención debida. Cabe destacar que no se niega que el médico A atendiera a José, sino que se cuestiona si dicha atención fue idónea para evitar el resultado dañoso. Hay que recordar que el verbo rector en el tipo penal es “negar”, es decir, no atender a pacientes en estado de emergencia. Por lo tanto, si José fue atendido y no se le negó el servicio de salud, no cabría atribuir responsabilidad penal por este delito.

Desafíos en la determinación de la idoneidad de la atención y la capacidad de actuar

Los problemas de imputación surgen cuando se analiza si la atención brindada fue realmente idónea. Si se atendiera exclusivamente al verbo rector del tipo, el asunto sería sencillo, bastaría con descartar cualquier examen sobre la calidad de la atención. Sin embargo, cuando el tipo penal alude a la “capacidad de hacerlo”, conviene reiterar que esta exige “el conocimiento de la situación generadora del deber, la cognoscibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento del fin de esta última” (Bacigalupo, 1999). Ello implica no solo la prestación de un servicio de salud básico o lo que denomina el TSE como “desamparo relativo” (2022), sino una atención al menos suficiente para asegurar que la conducta debida del profesional contribuyó a mitigar un riesgo latente.

Los profesionales de la salud deben actuar conforme a la *lex artis*, esto significa que los ciudadanos confiamos en que su conducta preserve nuestra integridad. Aun así, como apunta Ricardo Robles Planas (2004, p. 93), “el Derecho Penal no puede pretender que el concreto autor conozca toda la realidad posible, sino que sólo exige a los ciudadanos que dado el caso de encontrarse ante una determinada realidad operen orientando su conducta de una determinada manera”. De ahí que resulte compleja la determinación de dos circunstancias: 1) cuándo un paciente se halla en estado de emergencia y 2) cuándo la atención sanitaria es “idónea”.

En ambos supuestos intervienen múltiples factores necesarios para un diagnóstico concreto, pero ello no garantiza el cese inmediato del riesgo. Determinar de forma inmediata el estado de emergencia resulta altamente subjetivo y exigir una atención estrictamente idónea elevaría las barreras punitivas y eliminaría el margen de error para los profesionales de la salud. En consecuencia, sería difícil justificar la existencia de dolo. La exigencia debería centrarse en garantizar una atención mínima suficiente, que pruebe el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo, especialmente, la capacidad de actuar y que, de producirse un resultado mortal, no se atribuya al profesional de la salud.

Resulta vital integrar en el verbo rector todos los elementos del tipo penal: la obligación del profesional de la salud, su capacidad de actuar, el estado de emergencia y la desatención como elemento de resultado. Así, en España el delito de omisión de socorro exige no solo la conducta omisiva, sino también la concurrencia de elementos imprescindibles para la configuración del ilícito (capacidad de actuar, situación de desamparo...). El problema es que el CP español define estos delitos con claridad y el juicio de reproche es claro, mientras que el COIP mezcla esferas omisivas, complicando el método de imputación.

Los delitos de omisión propia no pueden resolverse igual que los de comisión por omisión, pues no existen razones suficientes para abordar cuestiones de omisión propia en la esfera de la imputación objetiva del resultado (Silva, 2019, p. 2). Basta recordar el primer requisito de la imputación objetiva del resultado para darse cuenta: “que el autor haya producido a través de su comportamiento el resultado” (Frisch, 2015, p. 52). Es conveniente no dejar de mencionar que en la omisión propia no se exige resultado; por ende, ¿cómo operaría la imputación objetiva del resultado teniendo en cuenta el delito de desatención del servicio de salud en su parte omisiva propia? Se vuelve imposible, además de que la conducta debida debe valorarse *ex ante*.

La exigencia de un resultado en el tipo penal conduce a juicios hipotéticos *ex post* sobre lo que habría ocurrido si el médico A hubiera brindado una atención suficiente para evitar el resultado muerte. Ante estos juicios, la imputación objetiva del resultado se convierte en criterio decisivo, pues exige cotejar, según Frisch

(2004, p. 73), “la relación causal y de realización entre el riesgo desaprobado creado con la conducta y el resultado”. De este modo, el tipo penal *in examine* oscila entre dos enfoques: el primero, basado en un estricto apego a la esfera de los delitos omisivos propios y, el segundo, en donde la imputación objetiva del resultado aparece como el criterio determinante.

Análisis del segundo caso de estudio: la ‘desatención’ y la posible coexistencia de verbos rectores

El segundo caso de estudio involucra a Pedro, quien tras sufrir una paliza en la calle es estabilizado por sanitarios en ambulancia y luego dejado en su domicilio. Al día siguiente, Pedro amanece muerto. Se investiga a quienes lo atendieron por el delito de desatención del servicio de salud, alegando que debieron trasladarlo al hospital, practicarle los exámenes correspondientes y no dejarlo sin diagnóstico. De nuevo, el personal atendió a Pedro, pero ¿fue esa atención suficiente para neutralizar el peligro? En consecuencia, el tipo alude al “desatender” además de “negar”. Es importante recordar que este verbo no solo se halla en la denominación del tipo, sino que también de forma interna se determina que “si se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la desatención” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Aquí, se debe cuestionarse si ¿negar es lo mismo que desatender? De ser sinónimos, la cuestión quedaría resuelta y se descartaría la posibilidad de reconocer dos verbos rectores en este tipo penal. La Real Academia Española brinda tres definiciones del término desatender, de las cuales dos están directamente relacionadas con el objeto de análisis. En primer lugar, desatender se define como “no hacer caso o aprecio de alguien o de algo”. En segundo lugar, significa “no corresponder, no asistir con lo que es debido” (Diccionario de la lengua española, 2024). Además, cabe destacar algunos de sus sinónimos: abandonar; descuidar; desamparar; desinteresarse, entre otros. Ninguna de esas acepciones coincide con “negar”, lo que confirma la existencia de dos verbos rectores operando en esferas distintas.

No es posible saber si el legislador tuvo intenciones de reconocer dos verbos rectores en el tipo penal o si lo que pretendió fue determinar un verbo rector para cada categoría omisiva del tipo o si se trata simplemente de una ambigüedad de redacción y, en consecuencia, únicamente existe un verbo rector (negar). En este punto de la investigación, no es del todo descartable la posición de reconocer la existencia de dos verbos rectores en el tipo, pues en el caso formulado la conducta podría estar relacionada a una omisión en términos de desatención, ya que, Pedro debió ser traslado hacia un hospital y una vez allí, ser atendido integralmente. De esta forma, el foco de peligro hubiese sido controlado o cesado a partir de un diagnóstico.

Sin duda, una primera atención en ambulancia difícilmente basta para un diagnóstico definitivo dentro del caso concreto. Como señala Frisch (2004, p. 60), “una conducta que reduce el riesgo de producción de determinadas lesiones de bienes desde el primer momento no es una conducta prohibida. Lo que en todo caso puede recriminarse es no haber reducido suficientemente el riesgo”. Además del cumplimiento de los elementos objetivos del tipo, habría que demostrar que la decisión de no trasladarlo al hospital encierra un elemento doloso. En ese escenario, el juicio de imputación se tambalea y emerge el elemento de culpa, lo que permite cuestionarse si la conducta omisiva del personal sanitario, especialmente, en el caso de Pedro, encajaría en el artículo 146 del (Código Orgánico Integral Penal, 2014) que sanciona a:

La persona que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas,

la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

En este contexto, la idea se encamina hacia la dificultad de determinar el elemento subjetivo de un delito que indudablemente es doloso, pero que en la práctica parece encajar más en un delito culposos si se atiende a los requisitos que determinan una infracción del deber objetivo de cuidado. Sin duda, ello genera una contradicción clara de identificar y compleja de resolver.

Por su parte, no se rechaza por completo la existencia de dos verbos rectores en el delito de desatención del servicio de salud. Sin embargo, la ambigüedad del término “desatención” podría dar lugar a una interpretación jurídicamente discutible del tipo penal, lo que incluso podría ser resultante de una protección excesiva de pacientes en estado de emergencia a fronteras inimaginables. Asimismo, encajar la conducta omisiva de desatención en el tipo no es una tarea sencilla, pues debe resolverse en sede de comisión por omisión, mediante la imputación objetiva del resultado. Esto abre paso a posturas dogmáticas sobre la exigencia de una probabilidad rayana a la certeza de que la conducta omitida (por el personal sanitario) habría evitado el resultado dañoso.

Implicaciones dogmáticas de la exigencia de resultado en la omisión

Sobre esto último, vale concluir con lo que sostiene Diego Manuel Luzón Peña (2017, p. 171), al afirmar que “aquello genera una duda irresoluble para el juez a la hora de determinar si estará imputando a la omisión un resultado que es posible”. Esto cobra especial relevancia al tener en cuenta los distintos factores que influyen en la producción del resultado. Entre ellos, se incluyen circunstancias propias del paciente, como el estado de salud previo, las cuales podrían no guardar relación alguna con la capacidad de actuar del personal sanitario ni con su conducta omisiva, tal como ocurrió en el primer caso, donde la autopsia reveló un deterioro significativo de los órganos vitales de José.

Conclusiones

El principio de libertad configurativa de la norma penal constituye la herramienta que permite al legislador diseñar el catálogo de delitos de un Estado, pero dicha tarea se encuentra limitada en materia penal. Así lo aclaró la Corte Constitucional del Ecuador (2019) en la sentencia núm. 6-17-CN/19. Esto implica que el legislador debe atender primero a los preceptos constitucionales antes de formular su propuesta configurativa, la cual debería integrarse en una política criminal y penal coherente. No obstante, esa descripción ideal no siempre coincide con la práctica, de ahí las complicaciones normativas que suelen surgir.

De la investigación es posible concluir que la omisión, en el contexto jurídico ecuatoriano, no está lo bastante clara como para afrontar sin tropiezos los problemas de interpretación e imputación en las esferas de omisión propia y comisión por omisión. Aun así, los inconvenientes no derivan de la falta de un delito base (omisión de socorro), sino de la necesidad de razonar a partir del propio concepto de la omisión propia, de donde emanan todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal.

El reconocimiento de la omisión propia en posición de garante representa un avance hacia un derecho penal más contemporáneo, alejado de la clasificación binaria y tradicional. Con todo, aún queda mucho por hacer si lo que se pretende es cobijar definitivamente una clasificación tripartita de la omisión, ya que las omisiones propias en posición de garante, aunque más graves que las meramente solidarias, no justifican un *quantum* de pena equiparable al de la comisión activa. Precisamente, en el delito de desatención del servicio de salud se ha incurrido en un error manifiesto al imponer penas desproporcionadas.

Surgen, además, serias dudas respecto de si ese reconocimiento fue fruto de un razonamiento intencional o, por el contrario, de un simple “copiar y pegar” legislativo, que ha terminado fusionando indebidamente ambas categorías omisivas. De igual modo, la mixtura dogmática-legislativa engendra las dificultades interpretativas y de imputación observadas. Lo único plausible, por ahora, es afirmar que no se trata de un delito de bagatela ni de una expansión injustificada del Derecho Penal, sino de un tipo penal cuya *praxis* revela profundas contradicciones, incluso en lo tocante al fundamento del dolo y la culpa.

El debate también gira entorno al verbo rector o a la coexistencia de posibles verbos rectores identificados en el tipo penal. Esta investigación se alinea con la tesis de que en el delito de desatención del servicio de salud conviven dos verbos rectores. Si bien esa no sería la solución perfecta, su reconocimiento impediría

que conductas omisivas de relevancia penal queden impunes. Sin embargo, mientras no se comprenda a cabalidad cada elemento constitutivo del tipo y se valore únicamente la conducta troncal (“negar”) para imputar el delito, resultará casi imposible obtener sentencias condenatorias por este delito.

En suma, una clasificación tripartita de la omisión debe incorporarse en el ordenamiento penal si se pretende identificar adecuadamente aquellas conductas dignas de reproche penal. No es tarea sencilla -las dificultades derivadas de la tipificación del delito de desatención del servicio de salud lo demuestran-, pero cabe criticarla de *lege ferenda* y proponer, desde ahora, una comprensión razonable de las categorías de omisión, de modo que cada una conserve su ámbito sin invadir el de las otras.

Asimismo, es preciso desarrollar de forma fiable los elementos objetivos del tipo, que permitan determinar qué implica la “capacidad de actuar” de quien asume el rol de garante y cuándo el “estado de emergencia” de un paciente configura un desamparo relativo o absoluto, tal como lo ha definido el Tribunal Supremo español. Este enfoque permitirá someter el juicio de imputación a una valoración integral del tipo penal y no a estándares basados en meras presunciones. Finalmente, resulta crucial precisar el dolo en relación con el tipo penal, pues en varios momentos parece diluirse en la culpa, lo que nos traslada hacia un tipo penal culposo que genera serias contradicciones normativas e interpretativas en un delito doloso.

Referencias

- 761/2022 (Tribunal Supremo 15 de septiembre de 2022).
56/2008, 56/2008 (Tribunal Supremo Sala 2ª 28 de enero de 2008).
Alamillo Canillas, F. (1962). La solidaridad humana en la ley penal (Ley de 17 de julio de 1951). Madrid: Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
Bacigalupo, E. (1999). Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi.
Corte Constitucional del Ecuador, 6-17-CN/19 (18 de 06 de 2019).
Ecuador, A. N. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: CEP.
Española, R. A. (2024). Diccionario de la lengua española. Obtenido de <https://dle.rae.es/desatender?m=form>
Frisch, W. (2004). Comportamiento típico e imputación del resultado. Madrid: Marcial Pons.
Frisch, W. (2015). La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas. Barcelona: Atelier.
Frisch, W., & Robles Planas, R. (2004). Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal. Barcelona: Atelier.
Hans-Heinrich, J., & Weigend, T. (2003). Tratado de Derecho Penal Parte General. Granada: COMARES.
Kaufmann, A. (2006). Dogmática de los delitos de omisión. Madrid: Marcial Pons.
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (1995). Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
Luzón Peña, D. M. (2017). Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. Libertas, 145-272.
Mir Puig, S. (2006). Derecho Penal Parte General. Barcelona: Reppertor.
Navarrete, M. P. (2019). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Madrid: Tecnos.
Otto, H. (2017). Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal. Barcelona: Atelier.
Puig, S. M. (2011). Bases Constitucional del Derecho Penal. Barcelona: IUSTEL.
Sánchez, J. M. (2018). Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal. Barcelona: Atelier.
Sánchez, J. M. (2019). Frustración de oportunidades terapéuticas. InDret, 1-3.
Sánchez, J.-M. S. (2003). El delito de omisión concepto y sistema. Montevideo: B de f.
Sánchez, J.-M. S. (2025). Derecho Penal. Parte General. Madrid: Civitas.
Wolter, J., & Georg, F. (2004). El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons.