



*Análisis del artículo 28 del COIP con atención al contrato jurídico que genera la posición de garante y su errónea interpretación*

*Analysis of article 28 of the COIP with attention to the legal contract that generates the position of guarantor and its erroneous interpretation*

*Análise do artigo 28 da COIP com atenção ao contrato jurídico que gera a posição de fiador e sua interpretação errônea*

Diego Agustín Ordoñez-Sarmiento <sup>I</sup>  
[daordonezs66@est.ucacue.edu.ec](mailto:daordonezs66@est.ucacue.edu.ec)  
<https://orcid.org/0009-0008-5243-2258>

Enrique Eugenio Pozo-Cabrera <sup>II</sup>  
[epozo@ucacue.edu.ec](mailto:epozo@ucacue.edu.ec)  
<https://orcid.org/0000-0003-3335-4158>

**Correspondencia:** [daordonezs66@est.ucacue.edu.ec](mailto:daordonezs66@est.ucacue.edu.ec)

Ciencias Sociales y Políticas  
Artículo de Investigación

\* **Recibido:** 10 de marzo de 2024 \* **Aceptado:** 02 de abril de 2024 \* **Publicado:** 16 de mayo de 2024

- I. Maestría en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Maestría en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

## Resumen

**Introducción.** Dentro del ámbito del derecho procesal penal, particularmente en casos de delitos de omisión dolosa, surge la figura legal conocida como "Posición de garante", la cual ha generado considerable debate en el ámbito penal. El Artículo 28 del COIP no establece claramente los límites de responsabilidad penal en relación con esta figura. Esto ha llevado a una interpretación errónea por parte de los tribunales al aplicarla en casos de omisión dolosa. Por lo tanto, resulta necesario realizar un estudio detallado de esta figura, tanto a través de la doctrina como de la jurisprudencia. La Corte Constitucional también ha abordado este tema y ha señalado que no se puede imputar a una persona si no existe una relación de dependencia que la obligue a proteger bienes jurídicos ajenos. Para abordar estas lagunas, se lleva a cabo una investigación cualitativa de carácter exploratorio, empleando un método deductivo y técnicas de análisis documental. **Objetivo.** El objetivo principal de este estudio es analizar en profundidad la figura jurídica de la "Posición de garante" en casos de delitos de omisión dolosa, con el fin de clarificar su aplicación y establecer sus límites de responsabilidad penal. **Metodología.** Se lleva a cabo una investigación cualitativa de nivel exploratorio, utilizando un enfoque deductivo. La metodología incluye el análisis documental de la doctrina y jurisprudencia relacionada con la figura de la "Posición de garante" en el contexto de los delitos de omisión dolosa. **Resultados.** Los resultados de esta investigación permiten identificar y analizar las diferentes interpretaciones y aplicaciones de la figura de la "Posición de garante" en casos de delitos de omisión dolosa. Se destacan las lagunas y ambigüedades existentes en la legislación y jurisprudencia, así como las implicaciones prácticas de estas interpretaciones en el ámbito judicial. **Conclusión.** Este estudio subraya la importancia de una comprensión clara y coherente de la figura de la "Posición de garante" en el contexto de los delitos de omisión dolosa. Se recomienda una revisión y clarificación legislativa para evitar interpretaciones erróneas y garantizar una aplicación justa y equitativa de esta figura en el sistema de justicia penal.

**Palabras clave:** Derecho Procesal Penal; Posición de garante; Delitos por omisión dolosa; Jurisprudencia; Aclaración.

## Abstract

**Introduction.** Within the scope of criminal procedural law, particularly in cases of crimes of intentional omission, the legal figure known as "Guarantor Position" arises, which has generated considerable debate in the criminal field. Article 28 of the COIP does not clearly establish the limits of criminal responsibility in relation to this figure. This has led to erroneous interpretation by courts when applying it in cases of willful omission. Therefore, it is necessary to carry out a detailed study of this figure, both through doctrine and jurisprudence. The Constitutional Court has also addressed this issue and has indicated that a person cannot be charged if there is no relationship of dependency that forces them to protect the legal assets of others. To address these gaps, an exploratory qualitative research is carried out, using a deductive method and documentary analysis techniques.

**Aim.** The main objective of this study is to analyze in depth the legal figure of the "Position of guarantor" in cases of crimes of intentional omission, in order to clarify its application and establish its limits of criminal responsibility.

**Methodology.** An exploratory qualitative research is carried out, using a deductive approach. The methodology includes the documentary analysis of the doctrine and jurisprudence related to the figure of the "Position of guarantor" in the context of crimes of intentional omission.

**Results.** The results of this research allow us to identify and analyze the different interpretations and applications of the figure of the "Position of Guarantor" in cases of crimes of intentional omission. The existing gaps and ambiguities in legislation and jurisprudence are highlighted, as well as the practical implications of these interpretations in the judicial field.

**Conclusion.** This study highlights the importance of a clear and coherent understanding of the figure of the "Guarantor Position" in the context of crimes of intentional omission. A legislative review and clarification is recommended to avoid erroneous interpretations and guarantee a fair and equitable application of this figure in the criminal justice system.

**Keywords:** Criminal Procedure Law; Guarantor position; Crimes due to intentional omission; Jurisprudence; Clarification.

## Resumo

**Introdução.** No âmbito do direito processual penal, nomeadamente nos casos de crimes de omissão dolosa, surge a figura jurídica conhecida como "Cargo de Fiador", que tem gerado considerável debate no domínio penal. O artigo 28.º da COIP não estabelece claramente os limites da responsabilidade penal em relação a esta figura. Isto tem levado a interpretações errôneas por parte

dos tribunais ao aplicá-lo em casos de omissão intencional. Portanto, faz-se necessário um estudo detalhado desta figura, tanto por meio da doutrina quanto da jurisprudência. O Tribunal Constitucional também abordou esta questão e indicou que uma pessoa não pode ser acusada se não existir uma relação de dependência que a obrigue a proteger os bens jurídicos de terceiros. Para suprir essas lacunas, é realizada uma pesquisa qualitativa exploratória, utilizando método dedutivo e técnicas de análise documental. Mirar. O objetivo principal deste estudo é analisar em profundidade a figura jurídica do “Cargo de fiador” nos casos de crimes de omissão dolosa, a fim de esclarecer a sua aplicação e estabelecer os seus limites de responsabilidade penal. Metodologia. Realiza-se uma pesquisa qualitativa exploratória, com abordagem dedutiva. A metodologia inclui a análise documental da doutrina e da jurisprudência relativa à figura da “Cargo de fiador” no contexto dos crimes de omissão dolosa. Resultados. Os resultados desta pesquisa permitem identificar e analisar as diferentes interpretações e aplicações da figura do “Cargo de Fiador” nos casos de crimes de omissão dolosa. São destacadas as lacunas e ambiguidades existentes na legislação e na jurisprudência, bem como as implicações práticas destas interpretações no campo judicial. Conclusão. Este estudo destaca a importância de uma compreensão clara e coerente da figura do “Cargo de Fiador” no contexto dos crimes de omissão dolosa. Recomenda-se uma revisão e clarificação legislativa para evitar interpretações errôneas e garantir uma aplicação justa e equitativa desta figura no sistema de justiça criminal.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal; Posição de fiador; Crimes por omissão intencional; Jurisprudência; Esclarecimento.

## Introducción

La necesidad de que al derecho penal se logre entender de manera clara es fundamental, la omisión dolosa es un tema que manifiesta algunos preceptos, uno de ellos es la posición de garante desde un ámbito normativo, por este motivo el estudio del trabajo se lo realizará direccionado a la conducta del ser humano. Doctrinariamente, el Estado ecuatoriano ha diferenciado dos situaciones específicas en cuanto a la actuación humana de un individuo; es decir, una acción u omisión, estas situaciones determinan al sujeto activo como aquel que ocasiona un riesgo con un resultado típico, teniendo muy claro que la ley punitiva es clara al mencionar que los pensamientos no constituyen delito alguno.

En este sentido, una persona que se encuentra en la posición de garante en los delitos de omisión dolosa es en términos generales garantista de derechos de terceras personas; es decir, del cuidado, protección y atención a bienes jurídicos ajenos a los propios e inherentes del mismo. En este sentido, decir que “ese deber de actuar no puede ser un deber genérico o general, sino un deber especial para determinado tipo de personas, un deber específico denominado deber de garantía, de garantizar que no exista el resultado” (Arauz Ulloa, 2000).

En cuanto a lo mencionado en líneas preliminares, se establece como tal la siguiente pregunta de investigación ¿Por qué la posición de garante obliga al ser humano a salvaguardar los derechos de terceras personas?, para poder dar una respuesta clara y concisa se debe analizar minuciosamente cada aspecto que influye esta figura de posición de garante como tal y su influencia en el delito de omisión dolosa, por lo que se propone como objetivo general examinar a través de la doctrina y jurisprudencia la importancia de encontrarse en posición de garante, para lograr determinar si existe o no inconsistencias en su aplicación respecto al artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal en adelante COIP.

Ante esta problemática, en el estudio realizado también será menester describir la figura jurídica posición de garante con criterios de autores y jurisprudencia con el afán de que en todo apartado vaya quedando claro la esencia del trabajo, de igual manera estudiar el artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, para al final definir la posición de garante y determinar que existe la vulneración de derechos de las personas que se encuentran en esa posición como se afecta su errónea y extensiva interpretación.

## **Marco teórico**

### **Posición de garante. Conceptos doctrinarios**

La noción que a lo largo de la historia ha ido creciendo, respecto a la posición de garante se ha manifestado que recae sobre una persona una obligación ética, profesional o contractual en algunos casos de actuar de manera correcta y evitar un resultado de riesgo; esto quiere decir, actuar en una determinada situación como si se tratara que sus propios derechos se encuentran en riesgo o están siendo violados por alguna persona.

La posición de garante es una figura jurídica que se encuentra establecida en el COIP, aquella representa el significado de proteger, salvaguardar o custodiar el derecho de una tercera persona,

pero teniendo la obligación ya sea legal o contractual; sin embargo, al no realizar dicha acción estamos generando un riesgo a un bien jurídico.

En este sentido el tratadista Muñoz Conde (2005) en su libro *Teoría General del Delito* ha realizado un análisis sobre esta figura y expresa el siguiente argumento:

Es preciso, además, que este sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre de posición de garante. (p. 27).

Con el mencionado texto se entiende que, solo determinadas personas pueden ser consideradas como garantes de bienes jurídicos de una tercera persona, ejemplificando este criterio podríamos establecer los siguientes casos: Un padre que vive solo con un hijo en una casa, es evidente que se encuentra en la posición de garante de los derechos del hijo a toda costa, esto con el afán de que ningún derecho se vea vulnerado, o incluso el omitir el cuidado de aquel puede ocasionarle la muerte del mismo.

En esta posición, es evidente que un médico si se encuentra tratando a un paciente, puesto que como un profesional de salud tiene la plena obligación de cuidar de las personas, de ayudar a en caso de accidentes, para resguardar su salud y cumplir su deber objetivo de cuidado de acuerdo con la *lex artis* médica. De la misma manera, un policía, un militar o aquellos funcionarios del orden tienen la autoridad, potestad y obligación de cuidar de las personas cuando se evidencia que pueden estar siendo vulneradas, se encuentren o no en servicio activo.

Por lo tanto, se debe considerar que “la razón de ello está en que tanto un precepto legal, como el ejercicio de una determinada profesión o el manejo de una fuente de peligros, imponen a determinadas personas la obligación de impedir que se produzca un resultado lesivo” (Muñoz Conde, 2005, pág. 28).

En esta misma línea, el tratadista Bacigalupo (2004) manifiesta que "La posición de garante contiene el elemento decisivo de la autoría, que convierte a aquellos que omiten impedir un resultado en autores de la omisión en el sentido del tipo de un mandato de garantía equivalente al delito comisivo" (pág. 545). Es decir que, la posición de garante es básicamente el fundamento por el cual está estrictamente relacionado el comportamiento de un sujeto y su accionar con las circunstancias de no evitar un resultado típico, antijurídico y culpable.

## **La posición de garante en el ámbito penal**

Es evidente que la esfera penal es fundamental dentro de derecho puesto que, el Estado al tener su plena facultad de poder punitivo sanciona el cometimiento de una infracción, ya sea acción u omisión. En este sentido, debemos manifestar que con la imposición de una sanción a una determinada conducta ayuda tanto a la rehabilitación del individuo como a la reparación que corresponde a la víctima.

Además, con aquella acción u omisión se deriva siempre un resultado de peligro, un riesgo evidente, por lo tanto, la posición de garante va encaminada “de la existencia de una comunidad de peligro” (Andrade Castro, 2010, pág. 17). En este contexto, la posición de garante lo que busca en simples rasgos es que evitar un resultado dañoso en una situación de peligro en el que se encuentre una tercera persona.

Otros sectores de la doctrina le atribuyen a la posición de garante como un tema de conciencia hacia los demás, se estima necesario que exista responsabilidad penal cuando el omitir aquella posición, pero teniendo conciencia de esa acción ha hecho que el delito se haya consumado como tal y a raíz de esa omisión se produjo un resultado dañoso (Ojer, 2007).

Lo que en otros términos se pretende entender es que, el hecho de cometer un delito por omisión al encontrarse como garante de derechos se ha de analizar también los aspectos morales y netamente jurídicos que traen como consecuencia la actuación de una persona puesto que como mencionamos anteriormente, se produjo una vulneración de derechos, un daño a un bien jurídico tutelado de otra persona. El deber objetivo de cuidado es claro y nuestro Estado nos plantea como una garantía que los ciudadanos poseemos como lo estudiaremos en líneas posteriores.

La posición de garante en el ámbito legal y penal esta entendida como “(...) la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable” (Corte Suprema de Justicia, 2024). Por lo tanto, al momento que un individuo tiene esta obligación y no la acata como tal, se estaría descartando que se encontraba como garante.

## **La posición de garante en la legislación ecuatoriana**

En la legislación ecuatoriana se encuentra establecido como tal la posición de garante respecto a los delitos de carácter omisión en el artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, de esta manera la referida norma se manifiesta al respecto:

Omisión dolosa. - La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 28).

Ahora bien, desglosando como tal el artículo referente a la posición de garante nos encontramos con algunos aspectos. En primera facie el artículo hace referencia a la conducta que posee un ciudadano que no evita de ninguna forma el cometimiento de un hecho que de una u otra manera resulte lesivo en un bien jurídico, entonces la norma se refiere es a una de las clases de omisión, que puede ser la omisión impropia que si bien es cierto opera al momento que un individuo tiene inacción de evitarlo y se ocasiona un daño a otra; no obstante, no se da de una manera positiva, al contrario va direccionada con un accionar negativo y así lo considera la norma.

Como segundo aspecto la ley da como tal un enunciado que explica en que consiste la posición de garante; sin embargo, este rol jurídico que poseen las personas se adquiere básicamente por un mandato legal o de cierta manera en algunos casos con una obligación contractual que se adquiere con terceras personas como un profesional de la salud, un bombero, un policía.

En este sentido, de manera conjunta con ambos párrafos descritos en el artículo podríamos decir que, la norma no solamente toma en cuenta la omisión de cuidado y de protección de derechos al momento de juzgarlo y sancionarlo, sino que toma en cuenta también cual fue el riesgo o peligrosidad que ocasionó el no haber evitado el resultado.

Por lo tanto, la normativa penal en nuestro Estado hace referencia a dos tipos de acciones negativas dentro de los delitos de omisión. Sin embargo, también expresa que la posición de garante se da en primer lugar por estar establecido en la ley y segundo lugar de manera contractual, pero esto va un poco más apegado a lo que tiene que ver como los profesionales en algunas ramas como se ejemplificará más adelante.

El mencionado artículo 28 del COIP, otorga a simples rasgos una vista contractual dentro del mismo, es decir que, la aplicación de la figura jurídica posición de garante se genera desde una perspectiva legal como contractual al momento de tener intrínseco el deber objetivo de cuidado, como lo es mantener siempre una protección de los derechos de una persona, básicamente se estaría

hablando de cuatro derechos específicos que se pueden cuidar en este sentido: la vida, la libertad, la salud y por último la integridad personal.

De este modo, implícitamente estaría dando a entender el enunciado anterior que, si una persona comete un delito de omisión que de alguna manera comprometa aquella a cuidar el bien jurídico de otra persona estaría prácticamente renunciando a su facultad de posición de garante en determinada situación teniendo en cuenta que en la mayoría de casos se encuentran con la plena capacidad de reconocerlos, por lo tanto, sí fuera objeto de un proceso penal.

El mandato legal al que se somete la posición de garante es aquel que una persona por ética o moral está a cargo de los bienes tanto patrimoniales como bienes jurídicos tutelados de terceras personas, situación que es muy parecida a la situación contractual que se realizó en con anterioridad. Esta segunda forma va relacionada con el ejercicio profesional de una persona que genera un contrato de cuidado, de protección y de garante de derechos.

Dando a conocer como tal un ejemplo que se ha practicado mucho en la rama del derecho es que, una persona dedicada al área de la salud se encuentra como un garantista del derecho a la vida, en esta situación se debe tomar en cuenta que si bien es cierto tiene que a toda costa salvaguardar la vida de una persona, pero no siempre va a ser así, puede existir circunstancias que el médico, aunque haga todo lo posible por preservar la salud del paciente; no obstante, no está en las manos de él. En este orden de ideas, el artículo 146 en su primer inciso establece: “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”.

Es menester precisar que, la omisión por parte de un profesional de salud de dar a conocer sobre la existencia de una vulneración de derechos humanos en especial es derecho a la vida, integridad física, sexual y reproductiva esta netamente sancionado por el COIP en el artículo 276 contempla:

Omisión de denuncia por parte de un profesional de la salud. - La o el profesional o la o el auxiliar en medicina u otras ramas relacionadas con la salud que reciba a una persona con signos de haber sufrido graves violaciones a los derechos humanos, a la integridad sexual y reproductiva o muerte violenta y no denuncie el hecho, será sancionado con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

En este orden la normativa ecuatoriana establece la existencia de ciertas conductas omisivas que pueden ocasionar el enjuiciamiento penal en algunos casos y en otros no; sin embargo, cabe recalcar que es una de las garantías del derecho constitucional el no ser juzgado “(...) por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal,

administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...)". Situación que se encuentra prevista como tal en el artículo 76 numeral 3 de nuestra norma suprema.

### **El sujeto activo en la omisión dolosa**

En los delitos al sujeto activo se lo considera como aquella persona que comete una acción u omisión que transgrede bienes jurídicos tutelados, en este aspecto dentro la omisión dolosa al sujeto activo es quien se encuentra en la posición de garante. El sujeto activo tiene el deber de responder de manera legal que un resultado no se produzca.

En el Estado ecuatoriano se indica que solamente se puede sancionar conductas omisivas cuando se demuestre que aquella persona estaba como sujeto activo del delito, como se ha mencionado en párrafos anteriores, no se le puede juzgar a una persona como si fuera el autor de un delito solo por haber pensado en realizar o no una determinada conducta.

En este sentido, al sujeto activo de cierta manera se lo establece como un individuo privilegiado, puesto que mantiene el poder de disponer en la protección de derechos. Por tal motivo, el sujeto evidentemente posee unos deberes morales que le obligan hasta cierto grado poner una barrera cuando se trate de amenazas sobre un bien jurídico que se encuentra a disposición del sujeto activo, todo este contexto se resume a la figura posición de garante.

El llamado sujeto activo en este tipo de delitos es el único responsable de acatar con el deber de cuidado sobre un bien jurídico de otra persona, esto implica que él tiene la plena obligación moral de erradicar un ataque a un bien jurídico siempre y cuando él se encuentre en el momento dado del hecho punible, manteniendo siempre seguridad. Por lo tanto, actúa como representante de los bienes jurídicos de una persona y de esta manera genera como tal un vínculo entre dos o más individuos.

### **El deber del sujeto activo como garante de derechos**

El actuar de una persona se convierte en un deber legal que un individuo posee como obligación de evitar el cometimiento de un hecho punible, aplicando su conciencia y la oportuna actuación que se acoge en estos determinados tipos de delitos. La atribución que le damos a una persona es

prácticamente generar un vínculo para que, como garante y representante de los derechos proteja, preserve un bien jurídico para que no se lesione en ningún aspecto el mismo.

Por lo tanto, ser garante implica que cuando existan algunas circunstancias que ponga en riesgo el bien jurídico de una tercera persona tenemos el deber objetivo de cuidado, que constituye un deber jurídico de actuar. Es menester acotar a esta lógica, que en los delitos de omisión dolosa o comisión por omisión a los sujetos se dispone:

(...) que por su comportamiento o por su posición objetiva se sitúan en una posición tal que se encuentran obligados a imposibilitar que se finalice un proceso de acciones que produzcan un resultado que es valioso. De esta manera, el deber de actuar en estos delitos –se refiere a los de comisión por omisión– consiste en un “deber de evitar”. (Henao Cordona, 2006, p. 207).

Ahora bien, se puede argumentar que la posición de garante se configura como una situación jurídica a la cual una persona se encuentra sometida para evitar lesionar un bien jurídico que se encuentre en peligro eminente, si bien es cierto se trata de un delito de omisión, pero su actuar se convierte en acción de evitar un perjuicio a una persona. Por lo tanto, el deber jurídico al cual nos manteníamos en este apartado es primordialmente en la realización de una acción que de cierto modo o en algunos casos en su totalidad evite un resultado dañoso.

Es evidente que, el incumplimiento de una norma puede atribuirse a una sanción penal, es el caso de no ejecutar una acción sabiendo que estamos frente a una situación de protección como garante de derechos, el deber jurídico que tiene el sujeto activo nunca puede ser un comportamiento antijurídico y siempre tiene que estar consciente que el no acatar normas le trae consigo aquella responsabilidad penal.

De esta manera, es necesario que exista una persona que adopte esta posición en su totalidad; además, que no puede perderse el vínculo existente entre la omisión, la responsabilidad que adquiere ese deber; y, por último, la existencia de un resultado que ocasione daños que se encuentren vinculados con los dos anteriores parámetros de la omisión dolosa.

Así entonces, la posición de garante procura la finalidad que se ha mencionado reiteradamente en líneas anteriores. La doctrina lo que expresa respecto a este tema sobre el deber que una persona tiene en aquella posición es un compromiso concreto de todos los días, de salir a la calle y llevar siempre consigo mismo que tiene el deber jurídico de actuar cuando presencie una acción negativa de una persona hacia otra y que lesione sus bienes jurídicos. En virtud de aquello se establece la

conexión entre el compromiso de cuidar de otra persona y el evitar que se consume una acción como garante.

## **Fuentes del derecho que se acoge la figura posición de garante**

### **La ley**

Es evidente que toda conducta del ser humano se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico, de esta manera la garantía que posee la posición de garante está consagrada como tal dentro del Código Orgánico Integral Penal en su artículo 28, comprendiendo que aquel artículo describe aquellas circunstancias en las cuales una persona se encuentra como garante de derechos. En este orden de ideas, si la posición de garante se encuentra regulado en la ley, en esta tipificación se debe entender que los individuos están en la obligación de actuar como protector de los bienes jurídicos. En líneas preliminares se había mencionado aquellas personas que por ley se encuentran como garantes de la vida y salud de las personas, como médicos, policía nacional o cualquier funcionario que en sus ocupaciones deba proteger la vida de otro ser humano. Cabe recalcar que, el no cumplir con la disposición que nos da la ley en este sentido trae como consecuencias una responsabilidad penal.

### **El contrato en posición de garante**

El contrato se convierte en una obligación entre dos o más personas, dentro de ámbito jurídico, se conoce que el contrato es una de las maneras idóneas para generar una relación de dependencia y obligación entre individuos; sin embargo, en este caso no todo contrato puede generar el origen de la figura posición de garante.

Los contratos que si brindan una protección o cuidado entre partes es aquel que en realidad genere dentro de sí mismo una relación de dependencia, precisando en este sentido que un contrato da origen a la posición de garante. Ejemplificando esta situación es el caso en que un médico cuida de sus pacientes dentro de un Hospital; además, de aquello existe una situación contractual también con aquellas personas que cuidan de los recursos del estado; es decir, están como garantes de que el dinero del Estado no sea despojado o mal utilizado.

En resumen, se evidencia que en aquella circunstancia contractual se debe cumplir con la obligación del deber objetivo de cuidado. No obstante, la dogmática penal considera en este

contexto que no es suficiente la existencia de un contrato, sino que se encuentre confabulada aquella acción e intención de cuidado con el afán de que ningún derecho sea vulnerado o perjudicado.

### **Actuar precedente**

Esta fuente del derecho a la cual nos podemos someter para establecer la posición de garante de las personas manifiesta según la doctrina dos circunstancias, en primer lugar, un hacer precedente que en términos generales quiere decir generar de alguna manera una comunidad de peligro, un riesgo que lesione un bien jurídico tutelado.

En segundo lugar, es necesario hacer alusión a la injerencia que una persona al ver que un bien jurídico se encuentra en dicho peligro, no hace absolutamente nada al respecto, por ejemplo, un conductor de un tráiler atropella a una persona, el sujeto conscientemente conoce la realidad del suceso y huye del lugar, sabiendo que le había ocasionado a la persona heridas graves y leves incluso pudo ocasionar la muerte, por lo que “es indispensable para la fundamentación de una posición de garante la posibilidad de analizar la imputación objetiva del comportamiento precedente causante del peligro” (Roxin, 2008, p. 80).

En este sentido, para juzgar a una persona de su responsabilidad penal como garante se tiene que tomar en cuenta estas tres fuentes doctrinarias que posee el derecho: la ley, el contrato y el actuar precedente; mucho más allá que previamente se analice los parámetros como lo son: peligro ocasionado con su accionar y cuál fue la lesión que causó al bien jurídico.

### **Bienes jurídicos tutelados con la figura de posición de garante**

#### **Derecho a la vida**

El derecho a la vida es uno de los más importantes derechos que la posición de garante trata de salvaguardar, puesto que, es un derecho atribuido al ser humano y a raíz de aquel se permite el ejercicio de otros derechos fundamentales. Al respecto de este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado en su sentencia emitida en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, al respecto se sostiene:

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida

comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. (Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs Guatemala, 2014).

En este sentido el derecho a la vida es característico e innato al ser humano y de esta forma lo expresa la sentencia, a raíz del derecho a la vida se desglosan muchos derechos importantes como el derecho a la salud, una vida digna, una educación, etc., motivo por el cual una persona si se encontrase en la posición de garante en determinada situación es evidente tiene que salvaguardar en derecho a la vida o al menos tener la voluntad y conciencia de evitar un riesgo eminente contra aquel.

Es evidente que el Estado es garantista de derechos, pero no siempre está en la obligación de garantizar cualquier acto o hecho que entre particulares hayan generado un riesgo a un bien jurídico como la vida en este caso, al respecto la Corte IDH ha manifestado en un apartado lo referente a la obligación del estado en este caso.

La obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos. Conforme a la jurisprudencia de la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado – o a que el Estado debió conocer dicha situación de riesgo real e inmediato - y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. (Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs Guatemala, 2014, párr, 140).

## **Derecho a la integridad personal**

El derecho a la integridad personal según la Constitución de la República del Ecuador se divide en cuatro aspectos: física, psíquica, moral y sexual. La integridad física incluye el cuidado de todo el cuerpo humano como tal, es decir, no injerir sustancias que puedan afectar el organismo y función de los órganos vitales del ser humano.

Respecto a la integridad psíquica, se debe entender que toda aquella acción u omisión por parte de una tercera persona que afecte las facultades intelectuales y motrices de un individuo está vulnerando o puede afectar la integridad psíquica, por tal razón, es evidente que la tortura, hostigamiento también pueden afectar a los aspectos antes mencionados. Debemos entender en este sentido que, una persona si puede garantizar que no existan tratos crueles en contra de otra que afecte su integridad.

Relativo a la integridad moral han existido varios análisis por parte de la Corte Constitucional, que en resumidos términos han expresado que al forzar a una persona a realizar actos que están en contra de sus principios y valores estaríamos hablando de una vulneración de derechos. La integridad sexual comprende toda aquella protección que se tiene sobre el cuerpo de una persona haciendo énfasis en las partes íntimas de una persona, así, cualquier acto que amerite a una persona ejercer sin voluntad atenta eminentemente contra el derecho a la integridad sexual de una persona.

Al respecto la Corte Constitucional se pronuncia y nos expresa textualmente que:

Las dimensiones física, psíquica, moral y sexual de la integridad personal son complementarias e interdependientes entre sí y guardan una conexión íntima, esencial y necesaria. Por tanto, su protección no puede ser entendida de manera segmentada. En consecuencia, la vulneración a una de estas dimensiones podría en ciertos casos resultar en la afectación en mayor o menor grado hacia las otras. (Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados (Integridad personal de personas privadas de libertad), 2021, párr, 71).

## **Conducta humana**

Al tratar de conducta se refiere a una serie de acciones que el ser humano posee desde su existencia, si bien cierto existen algunas conductas que no son observantes como aquellas que incluyen una emoción o cognición; sin embargo, si existen conductas que el ser humano con su expresión corporal nos demuestra y a esto va ligado la figura de posición de garante.

Entre la conducta humana y la posición de garante existe relación en cuanto a que una persona realiza una determinada conducta con el afán de que no se vulneren sus derechos o que no transgredan los de otras personas, estas conductas van a ser realizadas cuando exista alguna situación de riesgo como se ha venido analizando con anterioridad, es decir, una conducta apropiada es sinónimo de un bienestar de uno mismo como un beneficio para otras personas.

En atención a esto debemos entender que la conducta humana tiene dos vertientes, una acción y una omisión, a la acción se la puede considerar como el elemento positivo de la conducta del ser

humano, mientras que la omisión es lo contrario, es decir, el aspecto negativo puesto que deja de hacer alguna conducta que pueda afectar a otra persona en tema de vulneración de derechos.

### **Distinción entre acción y omisión**

La acción es la conducta del ser humano que genera un resultado positivo, la acción puede asociarse a movimientos del cuerpo, así como también a ciertos elementos que ayudaron a una accionar de un individuo. En otras palabras, es aquella acción que el ser humano de manera física realiza y que genera un desacato a las normas jurídicas, como es el caso del robo, hurto, asesinato, etc. Mientras que la omisión es considerada generalmente como un no hacer algo que por ley o por contrato estaba obligado a hacer, es decir, abstenerse de realizar una acción que, en la ley esta prescrita, en la omisión dolosa parte la posición de garante en razón que, no ejecuta una acción que limite el daño a una tercera persona.

Carranca y Trujillo (1944) considera que la omisión dentro de la conducta del ser humano va de la mano con tres elementos. “La voluntad o no voluntad, la inactividad, el deber jurídico de obrar, como una consecuencia consistente en un resultado típico o jurídico” (p. 10).

### **Omisión propia**

Este tipo de omisión en el derecho penal es considerada como aquella acción que incurre en no acatar una norma que previamente está escrita, en la cual un individuo no actúa de ninguna manera aun sabiendo que está escrito en la ley, dentro de la normativa que tenemos dentro del Código Orgánico Integral Penal existen varios delitos que incurren en una omisión propia, como por ejemplo, el artículo 134 que habla sobre la omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, aquí claramente se dispone que si omite avisar deberá ser privado de la libertad de cinco a siete años según los agravantes o atenuantes que se encuentren.

### **Omisión impropia**

La omisión impropia consiste en términos generales a dejar de hacer algo que le corresponde hacer, como es el caso de una persona que se encuentra en la posición de garante. Transgrede en este sentido una norma que está regulada, puesto que no impedir un resultado equivale prácticamente a haberlo ocasionado, es decir, que se ha generado un delito a raíz de aquello.

En este sentido, si la omisión impropia incluye dentro de sí misma que una persona se encuentre como garante de derechos, ya que carga en sí mismo el deber objetivo de cuidado y de evitar un resultado. La ley en este apartado considera que el deber sea jurídico más no que sea tomado en cuenta como algo moral, por lo que los funcionarios públicos se encuentran en la posición de garantes de bienes del Estado. La omisión impropia también es conocida como comisión por omisión y la función de protección que se genera en esta omisión es primordial para que el ser humano no incurra en alguna falta del ordenamiento jurídico y amerite responsabilidad penal.

### **Metodología**

El trabajo realizado adoptó un enfoque cualitativo, ya que se llevó a cabo una revisión y análisis de información doctrinal y jurisprudencial, considerando diversos artículos de posgrado y revistas de alta calidad para asegurar la fiabilidad de los datos.

El nivel utilizado en este trabajo fue exploratorio, con el propósito de generar datos que facilitaran el desarrollo de un estudio más profundo, del cual se pudieran extraer resultados y conclusiones. Esto permitió identificar en qué circunstancias los jueces ecuatorianos pueden sancionar a terceras personas por el delito de omisión dolosa, centrándose específicamente en el concepto de "posición de garante".

Se aplicó inicialmente un método deductivo-inductivo, dado que la normativa ecuatoriana establece términos generales, siendo necesario inferir conclusiones específicas a partir de premisas generales. Además, se empleó el método dogmático-jurídico, que implicó una revisión de la parte formal del derecho. El método analítico-sintético permitió descomponer la información obtenida en entrevistas con expertos y reconstruirla de manera sintética. En cuanto a las técnicas utilizadas, se recurrió al análisis documental, apoyado por el fichaje como instrumento para organizar la información recopilada.

### **Resultados (dependiendo del tipo de artículo pueden presentarse solo resultados, solo discusión, o los dos)**

Tras el estudio y análisis que se ha realizado en base a varios datos doctrinarios y jurisprudenciales, fue viable conseguir mucha información al respecto del trabajo que se ha venido realizando y sobre todo sobre la problemática que ha generado la figura jurídica " Posición de garante", en este sentido la doctrina ha considerado que "La posición de garante contiene el elemento decisivo de la autoría,

que convierte a aquellos que omiten impedir un resultado en autores de la omisión en el sentido del tipo de un mandato de garantía equivalente al delito comisivo" (Bacigalupo, 2004, pág. 545).

Por otro lado, la jurisprudencia nos ha dado un criterio breve respecto al tema, pero claramente es concreto al indicar que "(...) la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable" (Corte Suprema de Justicia, 2024). Dicho esto, se determinó que, aquella posición está escrita tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestro país, por lo que sí existe información clara sobre el tema y no debería haber una errónea interpretación.

De igual manera, las entrevistas realizadas a los juzgadores como a los conocedores del derecho nos han dado a entender que en realidad en muchos casos si existe una inadecuada interpretación por parte de aquellos, puesto que el artículo no es claro en el sentido que, no dice quienes se encuentran en posición de garante dejando así una libre interpretación del mismo. Cabe recalcar que es evidente en algunos casos quienes, si están como garantes, como es el caso de los médicos, policías, militares, sin embargo, una de las fuentes del derecho nos dice que no debemos interpretar la ley sino aplicarla literalmente.

## Conclusiones

- En el ordenamiento jurídico se encuentra la figura posición de garante, esta figura está garantizada como tal dentro de la normativa penal como constitucional, la doctrina y la jurisprudencia nos dio a entender claramente en que consiste encontrarse como garante de derechos y en qué casos uno podría ser juzgado penalmente por aquellos delitos de omisión dolosa.
- El Artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal no es claro en su totalidad, por tal razón a existido una interpretación extensiva en algunos casos o una mala interpretación en otros, motivo por el cual considero necesario que el texto normativo de este artículo sea más específico para evitar circunstancias en las cuales se juzgue a personas que en realidad no se encontraban como garante de derechos de otras personas.
- En el transcurso del desarrollo del presente trabajo hemos ido analizando varios aspectos que, como dije en líneas anteriores, entender en que consiste la figura de posición de garante, si bien es cierto varias personas están sometidas a esta posición, como lo indique

con anterioridad: un militar, un médico, un policía, sin embargo, hemos visto que no siempre un contrato puede generar obligaciones, como es el caso de el garante de derechos. En este sentido, considero que, si existe vulneración de derechos en primer lugar por querer interpretar de manera inadecuada o extensiva la figura de “posición de garante” y segundo lugar, juzgar a una persona por un delito que en muchos casos en realidad no tuvo la culpa de que se haya generado un riesgo y como consecuencia se vulneraron derechos de otras personas.

## Referencias

1. Andrade Castro, J. (2010). La Posición de Garante en Virtud de una Comunidad de Peligro. Universidad Externado de Colombia.
2. Arauz Ulloa, M. (2000). La omisión, comisión por omisión y posición de garante. Revista de derecho, 105-120. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5973410>
3. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180.
4. Bacigalupo, E. (2004). Derecho Penal. Parte General. ARA Ediciones.
5. CARRANCA Y TRUJILLO, R. (1944). Teoría del juez penal. UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3621/1.pdf>
6. Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs Guatemala, Serie C N° 283 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2014).
7. Corte Suprema de Justicia. (22 de enero de 2024). Obtenido de Posición de Garante: [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/17906/1/Autoria-mediata-enestructuras-de-poder-organizado\\_Cap02.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/17906/1/Autoria-mediata-enestructuras-de-poder-organizado_Cap02.pdf)
8. Henao Cordona, L. (2006). Introducción al derecho penal de la sociedad postindustrial. Universidad del Rosario.
9. Muñoz Conde, F. (2005). Teoría General del Delito. Temis S.A.
10. Ojer, L. (2007). El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal. La Ley.
11. Roxin, C. (2008). Causalidad y Posición de Garante en los Delitos de Omisión Impropia. Edisofer.

12. Sentencia “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (fondo) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de febrero de 1999). Obtenido de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_63\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf)
13. Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados (Integridad personal de personas privadas de libertad), CASO No. 365-18-JH Y ACUMULADOS (Corte Constitucional 24 de marzo de 2021). Obtenido de [http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidmNzM1YWVmYi01ZWZiLTRIOWEtYmY1NC00MWU2ZjhmZWYwZjAucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidmNzM1YWVmYi01ZWZiLTRIOWEtYmY1NC00MWU2ZjhmZWYwZjAucGRmJ30=).

© 2024 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).