

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Análisis de la configuración del peculado omisivo en la
legislación penal ecuatoriana**

Emilia María Reece Holguín

Jurisprudencia

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención
del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad
San Francisco de Quito

Quito, 24 de noviembre de 2023

© **DERECHOS DE AUTOR**

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Nombres y apellidos: Emilia María Reece Holguín

Código: 00212078

Cédula de identidad: 1750306712

Lugar y fecha: Quito, 24 de noviembre de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <https://bit.ly/49PWksG>

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around these publishing available on <https://bit.ly/49PWksG>

ANÁLISIS DE LA CONFIGURACIÓN DEL PECULADO OMISIVO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA¹

ANALYSIS OF THE CONFIGURATION OF OMISSIVE EMBEZZLEMENT IN ECUADORIAN CRIMINAL LAW

Emilia María Reece Holguín²
emiliareece@gmail.com

RESUMEN

El peculado es un delito debatido en el Derecho Penal ecuatoriano que penaliza a los funcionarios públicos que desvían los fondos intencionalmente en beneficio propio o de terceros. El actual estudio demuestra la investigación sobre la verificación sobre las conductas por omisión, donde se concluye la imposibilidad de la configuración del delito debida a falta de tipificación de los bienes jurídicos protegidos regulados en la omisión dolosa del Código Orgánico Integral Penal. Asimismo, se analiza el Juicio Político al expresidente, Guillermo Lasso Mendoza, en el cual la Corte Constitucional aprobó la solicitud de la Asamblea Nacional por el delito de peculado.

PALABRAS CLAVE

Peculado omisivo, omisión impropia, bien jurídico protegido, posición de garante

ABSTRACT

Embezzlement is a crime debated in Ecuadorian Criminal Law that penalizes public officials who intentionally divert funds for their own benefit or third parties. The current study demonstrates the investigation on the verification of conduct by omission, where the impossibility of the configuration of the crime is concluded due to the lack of classification of the protected legal assets regulated in the willful omission of the Penal Code. Likewise, the Impeachment Trial of the former president, Guillermo Lasso Mendoza, is analyzed, in which the Constitutional Court approved the request of the National Assembly for the crime of embezzlement.

KEYWORDS

Omissive embezzlement, improper omission, protected legal asset, guarantor position

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Homero Cepeda

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 24 de noviembre de 2023

Fecha de publicación: 24 de noviembre de 2023

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. CONTEXTO LEGAL.- 6. ELEMENTOS DEL DELITO.- 6.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL.- 7. CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CON ENFOQUE EN EL PECULADO.- 8. TIPIFICACIÓN DEL PECULADO ANTERIOR AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.- 9. PECULADO EN LAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS.- 10. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN.- 11. MECANISMOS PARA LA DESTITUCIÓN.- 11.1. RESPECTO AL JUICIO POLÍTICO ¿SE CONFIGURA EL PECULADO OMISIVO?.- 12. RECOMENDACIONES.- 13. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

El peculado es un delito intensamente discutido en el Derecho Penal ecuatoriano por la corrupción concebida al igual que los efectos perjudiciales que mantiene sobre la sociedad. Al momento del estudio sobre el tema, es importante partir sobre diversos conceptos para su correcta explicación. Este tipo penal sanciona al funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, los desvía de manera intencional para un beneficio propio o de un tercero. La importancia de este delito es el rol que desempeñaría el funcionario público, ya que dentro de este se encuentra la correcta custodia de los bienes representados. El régimen del delito de peculado se tipifica como una protección al patrimonio del Estado. Es por esto que en este trabajo se desarrollará el caso del juicio político antes mencionado para justificar la inexistencia del peculado omisivo.

El 29 de marzo de 2023, la Corte Constitucional del Ecuador admite la solicitud por parte de la Asamblea Nacional del Ecuador para el inicio de juicio político al expresidente, Guillermo Lasso Mendoza; de los tres cargos se admite únicamente el del delito de peculado. Dentro de la admisión a la solicitud presentada ante la Corte, se fundamentan los hechos en una presunta distracción de fondos públicos para la ejecución de contratos a sabiendas del

daño que esto generaría; configurando el delito de peculado. La norma base para la aceptación del inicio del juicio político es una tipificada en la actualidad, pero la problemática en cuestión que será analizada y argumentada se encuentra en el razonamiento de la Asamblea Nacional para dar inicio al mencionado juicio político. A lo largo del documento se señalará una respuesta fundamentada para la problemática de la configuración del peculado omisivo en la legislación penal ecuatoriana.

El presente trabajo busca demostrar que el peculado omisivo no tiene cabida dentro de la legislación penal ecuatoriana. Al ser un delito contra la administración pública, es pertinente analizarlo a profundidad tomando en consideración la norma penal ecuatoriana para concluir si este tipo penal puede contener distintas clasificaciones dentro de la legislación.

2. Estado del arte

La siguiente sección expondrá los puntos de investigación que se buscan resolver. Su enfoque será basado en las propuestas que han sido mencionadas a lo largo del tiempo, su debate actual y aportes doctrinarios sobre la problemática presentada.

Albán señala que el peculado es un delito que ha estado presente desde el derecho romano y este genera un conflicto por el detrimento patrimonial que sufre una entidad pública. Para su correcta configuración, el efecto que debe producir es el beneficio del sujeto activo calificado, el funcionario público, o una tercera persona.³

En relación con el peculado, este debe partir de la corrupción para su correcto análisis. Cueva Carrión señala que la corrupción es el acto de corromper o corromperse que concurre cuando un individuo desvirtúa las normas legales y axiológicas. Partir de este elemento permite situar las acciones de los actos ejecutados por los individuos permitiendo comprender el motivo para el cometimiento del delito. La corrupción es un concepto amplio el cual engloba delitos que pueden ser cometidos por sujetos privados o funcionarios públicos en funciones profesionales como lo es el peculado. Ahora bien, se sostiene que el peculado implica la actuación consciente y voluntaria para la disposición de fondos públicos de carácter doloso.⁴

³ Ernesto Albán, *Manual de Derecho Penal ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legales, 2020), 282-283.

⁴ Luis Cueva Carrión, *Peculado TOMO I Teoría, práctica y jurisprudencia* (Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2008), 69-70.

La relación existente entre el peculado y la corrupción es estrecha y evidente, ya que el peculado abarca el uso indebido del poder otorgado a un individuo para la obtención de beneficios personales o inclusive a terceras personas. El detrimento patrimonial generado a la entidad pública causa un impacto al desarrollo económico y social.⁵

De manera similar el peculado se lo caracteriza como un delito contra la eficiencia de la administración pública⁶. Prado sugiere que este delito constituye todas las formas de apropiación o utilización ilegal de los bienes estatales custodiados por un funcionario público debido al cargo desempeñado. Cabe mencionar el peculado culposo, que no es configurado en el Ecuador, el cual sanciona una conducta negligente del sujeto activo que por esta permite la sustracción de los bienes del Estado a terceros.⁷

En otra línea, existen distintas clasificaciones para el delito de peculado incluyendo el delito de peculado de uso o distracción. Este es perfeccionado, y por ende configurado, cuando el funcionario público cumple su verbo rector de usar o permitir el uso ya sea para un beneficio personal o para una tercera persona. Salinas proporciona la diferencia entre la primera y segunda modalidad. El primer término es cuando el sujeto activo es quien recibe el beneficio, irrumpiendo la aplicación objetiva del bien. Por otro lado, el peculado por distracción es cuando el funcionario de manera omisiva permite a un tercero realizar una aplicación incorrecta del instrumento.⁸

Reátegui dentro de las investigaciones sobre las clasificaciones del peculado establece dos: el peculado doloso y culposo. Dentro de esto se distingue estas categorías mediante el conocimiento y voluntad de la distracción. En ambos casos se configura el delito cuando la apropiación es para sí o para una tercera persona, pero el peculado culposo ocurre cuando el funcionario público, por culpa, permite la sustracción del bien jurídico protegido a una tercera persona.⁹

⁵ Luis Almagro, *Impacto de la Corrupción en los Derechos Humanos* (México: Instituto de Estudios Constitucionales, 2018), 232-233.

⁶ Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. 180, 10 de febrero de 2014, reformada por última vez 29 de marzo de 2023.

⁷ Víctor Prado, *Derecho penal: Parte especial: los delitos* (Argentina: Fondo Editorial de la PUCP, 2017).

⁸ Ramiro Salinas, *Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios* (Perú: Palestra Editores, 2021).

⁹ James Reátegui “El Peculado en la Legislación Penal Peruana”, *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* 6 (2020), 73-146.

El concepto del peculado omisivo se ha ido desarrollando tras la evolución de las legislaciones penales, pero actualmente en el país no cuenta con una tipificación en la normativa penal. La falta de referencias sobre el peculado omisivo ha forjado una problemática sobre el tema, creando dudas sobre su configuración. Abello señala que el peculado omisivo existe cuando un funcionario público, quien está en la posición de garante, es el encargado de tutelar el bien jurídico y omite ciertos actos de observancia para la protección de este.¹⁰

3. Marco teórico

Es de vital importancia establecer las líneas teóricas del peculado para el correcto análisis del peculado omisivo. El siguiente acápite tratará sobre las teorías aplicadas a la institución jurídica en investigación. El peculado, un delito el cual existe la apropiación, distracción o disposición de bienes o dineros públicos para el uso personal o de terceros está actualmente regulado, sin embargo, el peculado por omisión nos deja el análisis de su existencia.

En primera instancia, se debe categorizar las teorías de la interpretación del peculado dentro de la doctrina ecuatoriana. Por una parte, se encuentran las concepciones legales del tipo penal, sin aportar ninguna perspectiva distinta al tema en cuestión. Además, existen las teorías basadas en doctrinarios extranjeros.¹¹

El concepto primeramente mencionado es el que mantiene la mayoría en donde se aporta únicamente con configuraciones del tipo penal. La interpretación del peculado dentro de la doctrina ecuatoriana no aporta más que la etimología e historia. De esta manera se puede señalar la conceptualización que brinda la norma penal para su correcta definición. Dentro de esta categoría, se aporta con normativas penales, las cuales se analizan los elementos del tipo.¹²

Por otro lado, las teorías basadas en doctrina extranjera señalan la interpretación de la norma penal. En este sentido se empieza a mencionar los fundamentos teóricos para la

¹⁰ Jorge Arturo Abello “El Peculado por Comisión por Omisión en Colombia”, Pensamiento Jurídico 45 (2017), 180.

¹¹ Jorge Cristóbal Ballesteros. “Comprensión del Peculado en el Ecuador: Perspectivas Procesales”, USFQ Law Working Papers (2023), 1-2.

¹² *Ibidem*.

tipificación del delito. Asimismo, se analizan las conductas permitidas por parte de los funcionarios públicos para señalar cuando se concurre en el peculado.¹³

4. Marco normativo

El apartado a continuación enuncia la línea legal relevante, al igual que jurisprudencial, para el análisis del peculado. Las mismas que serán formuladas dentro de este apartado donde se expondrán las distintas normativas y jurisprudencia válida para el análisis.

Dentro del ámbito nacional es fundamental partir de las normas que serán utilizadas por los múltiples códigos. En primer lugar, la tipificación de lo que constituye el delito de peculado en el Ecuador; este se rige por lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, COIP. Este cuerpo legal lo reconoce como un delito contra la administración pública y condena a los sujetos con penas privativas.¹⁴ Otra norma relevante para el análisis es la tipificación de la omisión dolosa que se encuentra dentro del mismo cuerpo normativo. Esta prescribe cuando un sujeto se encuentra en la posición de garante y prefiere no evitar un resultado material típico.¹⁵ Por otro lado, la norma suprema del territorio ecuatoriano, la Constitución de la República, CRE, señala las responsabilidades que enfrentarán los funcionarios públicos por los actos realizados en el ejercicio u omisiones de sus funciones.¹⁶

Adentrándonos en las decisiones judiciales se empleará a manera de análisis un caso el cual marcó un precedente, el juicio político al expresidente, Guillermo Lasso Mendoza. La decisión de la Corte Constitucional en su Dictamen No.1-23-DJ/23, emite la admisibilidad y da paso al juicio político del primer mandatario por el delito de peculado.¹⁷

Dentro del ámbito internacional, se analizarán legislaciones como la colombiana y española. Se tomará el Código Penal de la legislación colombiana el cual regula el peculado de varios tipos, permitiendo contrastar a la legislación del país.¹⁸ Por último, dentro de la

¹³ Jorge Cristóbal Ballesteros. “Comprensión del Peculado en el Ecuador: Perspectivas Procesales”, USFQ Law Working Papers (2023).

¹⁴ Artículo 268, COIP.

¹⁵ Artículo 28, COIP.

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez 25 de enero de 2021.

¹⁷ Caso No. 1-23-DJ, Corte Constitucional, 29 de marzo de 2023.

¹⁸ Artículo 400, Código Penal. Congreso de Colombia. Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000.

legislación española se comparará el delito de malversación, el cual es similar al peculado en el Ecuador.¹⁹

5. Contexto legal

El peculado se rige primordialmente por lo que se tipifica en el Código Orgánico Integral Penal. Este tipo penal se lo reconoce como un delito de acción, no de omisión. Como se mencionó anteriormente, este delito se encuentra en la sección tercera, la cual regula a los delitos contra la eficiencia de la administración pública.²⁰

El tratamiento del peculado dentro de la Constitución de la República del Ecuador establece las responsabilidades que acarrea un servidor público. La norma suprema, en su artículo 233, primer inciso, prescribe que ningún servidor público resultará exento de responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos por sus funciones u omisiones. En este caso, la norma constitucional abarca tres tipos de responsabilidades para una posible sanción; esto depende de la gravedad de las acciones u omisiones en el manejo de recursos públicos. La norma establece la responsabilidad por acciones u omisiones, sin embargo, las omisiones no pueden configurarse en todos los delitos.²¹ De hecho, en el delito de peculado no cabe la omisión, ya que se requiere de una posición de garante para ser configurado como un delito de comisión por omisión.

El segundo inciso de la norma establece que los servidores públicos que cometan el delito de peculado, entre otros delitos específicamente señalados, afrontarán sanciones. Asimismo, las sanciones serán imprescriptibles y su debida sanción constará dentro de la normativa del Código Orgánico Integral Penal.²² Este inciso destaca la gravedad del uso indebido de los fondos públicos por parte de los funcionarios que actúan en virtud de una potestad estatal. La imprescriptibilidad señala que no hay un límite temporal para sancionar estos delitos, ya sea en su acción como pena.

¹⁹ Artículo 432, Código Penal y legislación complementaria. España. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado.

²⁰ Artículo 278, COIP.

²¹ Artículo 233, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²² *Ibidem*.

Por último, el tercer inciso prescribe que, en caso de la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada por peculado, y otros delitos contra la administración pública, se incluye como sanción el impedimento para ejercer cargos públicos, contratos con el Estado y pérdida a los derechos de participación.²³

Los funcionarios públicos están proclamados con una serie de responsabilidades delineadas en la normativa. La actuación de quienes forman parte de la administración pública debe regirse por principios de ética y con respeto absoluto a la ley, ya que su deber es garantizar el cumplimiento de los objetivos institucionales del Estado. La normativa penal busca la protección de la sociedad ante el mal manejo de los recursos públicos y confiere sanciones ante su incumplimiento. Dentro de las obligaciones de los servidores públicos, consta velar por la economía y recursos del Estado para así proteger a la administración pública.²⁴

Los delitos dirigidos contra la eficiencia de la administración pública tienen como finalidad combatir la corrupción.²⁵ Estos delitos se estructuran para afrontar la problemática de la corrupción dentro del sector público. Asimismo, la sanción a estos delitos no busca únicamente castigar la corrupción, sino desalentar prácticas que sean desleales. El tipo del peculado conformado en el artículo 278 del COIP, prescribe que quienes pueden configurar el delito son los funcionarios públicos o quienes actúen en virtud de una potestad estatal. El funcionario público, desde el ámbito penal, se conforma por dos naturalezas; primeramente, debe existir un elemento de participación en las funciones públicas, y segundo, una habilitación para esta.²⁶

6. Elementos del delito

Para regular una infracción penal se necesita una conducta típica, antijurídica y culpable.²⁷ La conducta es un curso causal que produce un daño, ya sea por una acción u omisión.²⁸ En el caso de las conductas omisivas estas se categorizan en dos, omisión propia

²³ *Ibidem*.

²⁴ Artículo 22, Ley Orgánica de Servicio Público [LOSEP], R.O. Suplemento 294 de 11 de agosto de 2010, reformado por última vez 12 de mayo de 2023.

²⁵ Gianni Piva, José Sebastián Cornejo, Alfonso Granadillo, *Delitos contra la administración pública y responsabilidad ciudadana* (Quito: El Gran Libro Jurídico, 2022), 254-256.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Artículo 18, COIP.

²⁸ Artículo 22, COIP.

e impropia. Por el otro lado, la tipicidad se rige por el debido proceso, situación en la cual nadie puede ser sancionado si al momento del cometimiento de la infracción penal esta no estaba tipificada en la ley.²⁹ La antijuridicidad debe producir una amenaza o lesionar un bien jurídico protegido.³⁰ Por último la culpabilidad, para ser responsable penalmente, la persona debe ser imputable y actuar con conocimiento de antijuridicidad.³¹

Para añadir, es importante categorizar el delito de peculado en base a los elementos mencionados anteriormente. Los delitos de acción consisten en actos de un hacer activo, tal como se tipifica el peculado, utilizar recursos públicos. Estos delitos son la realización de un curso causal en el cual exista una relación causa-efecto. Por otro lado, los delitos de omisión, como se mencionó, se dividen en omisión propia e impropia.

La omisión propia se refiere a la no realización de una conducta normativa, es decir, el mandato surge de una ley penal y quien realiza, en este caso omite, la conducta debe ser capaz de actuar.³²

Con respecto a la omisión impropia, o comisión por omisión, las conductas no son reguladas por la norma penal; en esta situación las conductas se verifican intencionalmente y llegan a vulnerar el bien jurídico protegido. En el Ecuador se reconoce la omisión impropia y se la configura en el COIP como la omisión dolosa. Para la configuración de una omisión impropia se debe estar en posición de garante y, para estarlo, “la persona debe mantener una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico.”³³ De todas maneras la posición de garante que deriva de una obligación legal o contractual no hace referencia a bienes jurídicos alternos a los señalados en la normativa. Al sujeto se le otorga una función especial de protección que, para consumir el delito de omisión dolosa, se requiere la omisión de una acción debida y produce el mismo resultado si el sujeto hubiese realizado una acción.³⁴ Como se mencionó anteriormente, la omisión impropia hace referencia a la posición de solo cuatro bienes

²⁹ Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³⁰ Artículo 29, COIP.

³¹ Artículo 34, COIP.

³² Felipe Rodríguez, *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II: Teoría del Delito* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2021), 294-295.

³³ Artículo 28, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

³⁴ Felipe Rodríguez, *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II: Teoría del Delito* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2021), 294-295.

jurídicos protegidos, tomando en consideración que dentro de estos bienes jurídicos no se encuentra la eficiente administración pública.³⁵

El peculado puede ser manifestado en distintas maneras, dependiendo de los países y sus legislaciones, pero en el caso del Ecuador, solo existe un tipo de peculado y contiene tres verbos rectores; estos son la apropiación, distracción o disposición. Las penas de este tipo penal son varias y pueden incluir penas privativas de libertad al igual que penas pecuniarias.

Ahora bien, el delito de peculado, dentro de su conducta, no puede ser clasificada como un delito de omisión, sino de acción. Principalmente esta conducta no puede ser un delito por omisión, ya que no se encuentra tipificada, por ende, sería contradictoria a los principios constitucionales.

6.1. Elementos constitutivos del tipo penal

Desde la perspectiva del derecho penal, el peculado es un delito en el cual un funcionario público comete un acto ilícito para su beneficio personal o de una tercera persona. Los elementos constitutivos del tipo se clasifican por el sujeto activo, sujeto pasivo, verbos rectores y el bien jurídico protegido.

En primer lugar, los sujetos son quienes intervienen en el tipo penal y parte en dos conceptos: el sujeto activo innominado y calificado.³⁶ Dentro del primer caso, el sujeto activo innominado es quien no requiere una calidad jurídica específica para cometer el delito. Por el otro lado, el sujeto activo calificado es quien al cometer el delito tiene una calidad especial. El peculado requiere de un sujeto activo calificado, ya que las personas que pueden incurrir en este tipo penal son los servidores públicos, quienes ejercen potestades estatales o proveedores del Estado. En otra línea, el sujeto pasivo es a quien se perjudica, no necesariamente debe ser un individuo. En el caso del peculado, la lesión del bien jurídico protegido no es un individuo, es el Estado.³⁷ Respecto al verbo rector, es el verbo que es indispensable para la conducta típica de la ejecución del delito; en el peculado estos verbos son abusar, apropiar, distraer o disponer. Por último, el bien jurídico protegido se refiere al

³⁵ Felipe Rodríguez, *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II: Teoría del Delito* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2021), 294-295.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Felipe Rodríguez, *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II: Teoría del Delito*, 227-229.

bien que se busca proteger dentro de cada tipo penal.³⁸ Como se ha mencionado, el bien jurídico que el peculado protege es el patrimonio del Estado.

Agregando a lo anterior, el peculado es un delito el cual se distingue por el abuso indebido el cual es derivado del cargo conferido por alguna autoridad que otorga el control de un cierto objetivo:

El Estado tiene la necesidad de contar con servidores y funcionarios con miras a asegurar el cumplimiento de sus objetivos institucionales que justifican su existencia. Esta relación de servicio pertenece a un deber de fidelidad que compromete al servidor con una determinada ética del cargo en la realización de su trabajo (...)³⁹

Dentro del catálogo de delitos cometidos por los funcionarios públicos, se encuentra una transgresión entre la relación de fidelidad la cual debe prevalecer entre el funcionario público con el Estado. La fidelidad del funcionario público hacia el Estado implica la conexión entre lo moral y el derecho, marcando un compromiso ético en el desarrollo de sus funciones.⁴⁰ La fidelidad es un pilar fundamental para el correcto manejo de la administración pública, en el cual su fin debería consistir en salvaguardar el patrimonio estatal y la prevención de actos de corrupción por parte de quienes cumplen sus funciones.

7. Corrupción de la administración pública con enfoque en el peculado

La corrupción de la administración pública ha sido un enfrentamiento que ha perdurado desde la existencia humana y esto ha afectado gravemente al crecimiento económico, a la competitividad y desarrollo del país. La administración pública es el servicio que brinda el Estado para la humanidad, para la comunidad y se rige por los principios constitucionales.⁴¹

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Yokir Zambrano "El control a la gestión en la administración pública: una mirada a las legislaciones de Ecuador y Perú" *Revista San Gregorio 19* (2017).

⁴⁰ Franciso Javier Gálvez Montes "El juramento de fidelidad del funcionario" *Documentación Administrativa. Número 167* (1975).

⁴¹ Artículo 227, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

En otras palabras, los principios que señala la norma constitucional del país enfocan su visión en un servicio brindado a la nación en el cual no exista corrupción de los entes gubernamentales.

La norma constitucional busca proteger a sus ciudadanos, pero la corrupción es una amenaza constante para el cumplimiento de la ley. El término señalado ha existido durante varias décadas, pero en la actualidad tiene una mayor incidencia. La corrupción se define como “el incumplimiento intencionado del principio de imparcialidad con el propósito de derivar de tal tipo de comportamiento un beneficio personal o para personas relacionadas.”⁴² Dentro del Estado, el término tiene cabida con los cargos públicos, en los cuales un servidor o un funcionario público incumplen las responsabilidades tipificadas en la ley.

La involucración de los servidores públicos en actos de corrupción pone en peligro la confianza de la sociedad en los entes gubernamentales, generando en un *discomfort* en el bienestar. En otras palabras, la corrupción es un fenómeno que guarda relación con la desviación de la moral para el cometimiento de actos ilícitos; estos actos cometidos, pueden ser a beneficio personal o de una tercera persona. El combate contra la corrupción en la administración pública es esencial, por ende, existen varias maneras de sanciones de la corrupción en el Estado como las señala el Código Orgánico Integral Penal e incluyen el cohecho, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito, el peculado, entre otros.

8. Tipificación del peculado anterior al Código Orgánico Integral Penal

Es importante partir desde los principios de la tipificación del peculado para así analizar las reformas legales del tipo penal. Para situarnos a lo largo de la historia y entender los comienzos de este tipo penal se debe partir siglos atrás. El peculado deriva del latín *peculatus*, en lo cual “*pecu*” significa ganado. A través de esto, se empiezan a conformar palabras vinculadas al *peculatus* como “*pecunia-ae*”, significado de moneda⁴³ y el *peculium*, que era la remuneración de los funcionarios romanos, sobretodo a los soldados, para la garantía de la vigencia del Imperio Romano.⁴⁴ El peculado pasa a ser la apropiación de

⁴²Boris Begovic “Corrupción: conceptos, tipos, causas y consecuencias” *Centro para la apertura y el desarrollo de América Latina. Año III* 26 (2005).

⁴³ Luis Cueva Carrión, *Peculado TOMO I Teoría, práctica y jurisprudencia*.

⁴⁴ Arturo Donoso, *Derecho Penal: Parte Especial: Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, (2008).

monedas acuñadas por el Estado y la falsificación de estas. Por último, llega a regularse como la apropiación de bienes estatales.⁴⁵

Dentro de la legislación ecuatoriana, el peculado, bajo otro tipo penal, se tipifica en el primer Código Penal de 1837.⁴⁶ En ese entonces, se tipificaba este delito contra la hacienda o la malversación en el cual, el delito era cometido por los tesoreros, administradores, contadores u otros funcionarios públicos. En este delito el verbo rector era el de abusar, al igual como en el peculado tipificado en la actualidad. El siguiente Código fue el de 1872, en el cual sigue sin aparecer la tipificación del peculado, pero la pena recae sobre la infracción de los fondos públicos, dineros públicos o privados, piezas, títulos, documentos o bienes por parte de un funcionario público.⁴⁷ Por siguiente, los Códigos de 1889 y 1906 no realizan cambios en su tipificación al delito del Código de 1872.⁴⁸ El Código de 1938 sigue regulando los deberes de los funcionarios públicos que menciona el abuso de dineros públicos, similar al peculado. El capítulo V del mencionado código, se titula “de la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad.” En su artículo 236 se prescribe una pena privativa de libertad a los funcionarios encargados que hayan abusado de dineros públicos, piezas, títulos o documentos debido a su cargo.⁴⁹ En el Código de 1960, los sujetos activos del delito eran los empleados públicos y los encargados de funciones públicas.⁵⁰ A partir del Código de 1971 el legislador empezó a denominar el tipo penal del peculado. Con anterioridad a la reforma de dicho Código, la configuración del delito era similar al peculado, pero su tipo penal era la malversación de caudales públicos.⁵¹

La configuración del delito de peculado en Ecuador ha sido evolutiva a lo largo del tiempo y ha marcado cambios en los códigos penales del país. Antes de la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal, los códigos penales antiguos establecían similitudes fundamentales con el delito del peculado y tipificaban otros tipos penales, con excepción al Código de 1971. Tras la vigencia del COIP en el año 2014, el tipo del peculado ha sido sujeto

⁴⁵ Villegas, Rodrigo. (1963). *El delito de peculado*. Estudios de Derecho, 22(63), 39-45.

⁴⁶ Arturo Donoso, *Derecho Penal: Parte Especial: Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Código Penal Ecuador. 1938, [Derogado].

⁵⁰ Arturo Donoso, *Derecho Penal: Parte Especial: Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*.

⁵¹ *Ibidem*.

a cambios y nuevos conceptos, tal como lo han venido haciendo legislaciones extranjeras. Sin embargo, a pesar de la tipificación del delito, aún existen vacíos legales sobre nuevos conceptos. Dentro de esto se evidencia el caso del peculado en una modalidad omisiva, lo cual ha sido sujeto a debate sobre su debida aplicación.

9. Peculado en las legislaciones extranjeras

Ahora bien, en la teoría de los doctrinarios extranjeros se reconocen diferentes tipos de configuraciones para el delito del peculado que están regulados, a excepción del peculado omisivo o igual conocido como peculado por comisión por omisión. A lo largo de los años ha existido crecimiento del delito de peculado omisivo, sin embargo, hay desconocimiento sobre el tema. La importancia de las regulaciones de las conductas permite la claridad de la norma legal, para que de esta manera se regulen las conductas y existan sanciones para quienes las incumplen. El sector público ha sido desprestigiado por casos de corrupción y las omisiones dolosas de sus servidores; por esta consideración es importante analizar si, actualmente, se puede configurar el tipo penal del peculado por comisión por omisión.

En consecuencia, se parte de legislaciones comparadas para su análisis y verificación de la existencia de este tipo penal en el Ecuador. A diferencia de las legislaciones extranjeras, dentro del país la única regulación existente del tipo penal mencionado es el peculado como tal; mientras que, en Colombia, existen otros tipos penales configurados dentro del peculado.

Un enfoque que debe tomarse en cuenta al realizar una investigación es la comparación de las leyes de diversos países, entre esos Colombia. Existen diversas definiciones en el mundo sobre el delito del peculado y sus configuraciones del delito, pero esta legislación expresamente no acepta la configuración del peculado por comisión por omisión:

[...] el peculado por apropiación, el peculado por destinación oficial diferente, el peculado por uso y el peculado culposo, por lo cual se puede afirmar que no existe expresamente un peculado doloso por comisión por omisión tipificado en la legislación penal colombiana [...] ⁵²

⁵² Jorge Arturo Abello “El Peculado por Comisión por Omisión en Colombia”.

Actualmente, en la legislación colombiana se reconoce el peculado de distintos tipos, pero no hay tipificación alguna sobre el peculado por comisión por omisión. La configuración del peculado en las diversas legislaciones abre debate sobre la aceptación de este bajo la modalidad de omisión. La jurisprudencia de cada país es lo que dictaminará su configuración. Las legislaciones extranjeras, como Colombia, han dedicado más tiempo a la tipificación del delito de peculado; su legislación consta con más delitos de peculado tipificados que la nuestra. Dentro de esta se clasifica para el delito de varias maneras y son divididos por sus verbos rectores. La primera de ellas se tipifica como el peculado por apropiación, esta clasificación menciona que el sujeto activo calificado, un funcionario público, que a favor suyo o de un tercero se apropie de los bienes del Estado. Por el otro lado, el peculado por uso señala cuando un funcionario usa indebidamente los bienes del Estado. Estas dos clasificaciones parecen similares a las de la norma ecuatoriana, la diferencia radica en la división de los tipos penas con sus respectivos verbos rectores. Otra categoría es la del peculado por aplicación oficial diferente, en la cual se tipifica el dar a los bienes un uso incorrecto, ya que el servidor público los tiene custodiados en razón de su cargo. Por último, existe el peculado culposo en donde un servidor público por culpa da lugar a que los bienes se extravíen, pierdan o dañen. En comparación con la legislación ecuatoriana, las dos jurisdicciones regulan un mismo tipo penal, pero la diferencia radica en las clasificaciones que constan en cada legislación.

En la normativa ecuatoriana los verbos rectores son la apropiación, como lo es con el peculado por apropiación en Colombia, distracción, el peculado por aplicación oficial diferente y apropiar, como sería el peculado por uso. La diferencia más notable entre ambas legislaciones radica en el peculado culposo en donde por negligencia se incurre en un delito sin dolo.⁵³ A diferencia de las legislaciones extranjeras, el peculado culposo no se establece en la legislación ecuatoriana. La sentencia 1960-2014 se tomará como ejemplo. Esta sentencia utiliza el Código Penal que se encontraba vigente al momento de su publicación. Se denunció a un ciudadano en función de su cargo de gerente en la Empresa Municipal de Agua Guachilema, Potable y Alcantarillado de Guaranda. En primer lugar el Tribunal declara culpable al ciudadano por el delito de peculado e impone una pena privativa de ocho años

⁵³ Luis Cueva Carrión, *Peculado TOMO I Teoría, práctica y jurisprudencia*.

bajo consideración que no observó el control diario del reglamento interno de la institución. La sentencia es apelada y pasa a la Corte Nacional de Justicia. El análisis de dicha Corte señala que en los delitos contra la administración pública solo es factible una conducta dolosa, ya que no es posible violar el deber objetivo de cuidado por negligencia en materia de peculado.⁵⁴ Por último, en el caso de Ecuador se consideraría que quien comete un daño al patrimonio público por culpa incurriría en una infracción administrativa y no podría ser juzgado por peculado por el principio de legalidad.

En la legislación española, existe un delito similar al del peculado, la malversación de caudales públicos. Dentro de su Código Penal y legislación complementaria en su título XIX, delitos contra la Administración Pública en su capítulo VII, se prescribe al delito de la malversación. Este delito tipifica que la autoridad o funcionario público que se apropie o consintiera a un tercero la apropiación del patrimonio público en razón de su cargo, será castigado con una pena privativa e inhabilitación especial para ejercer el empleo público.⁵⁵ Por el otro lado, el artículo 432 bis, prescribe la malversación culposa, que se tipifica cuando el funcionario público, sin el ánimo de apropiarse, destinare para usos privados el patrimonio público.⁵⁶ Las disposiciones legales consagradas en el Código Penal español, buscan proteger al patrimonio público del mal manejo de las instituciones estatales por parte de sus funcionarios públicos.

10. El principio de legalidad y los delitos de comisión por omisión

El principio de legalidad o “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” se rige a la norma constitucional del país, en el cual ninguna persona podrá ser juzgado ni sancionado si al momento del cometimiento del ilícito no se encuentra su debida tipificación en la ley penal.⁵⁷

Dentro de la obra de Cesare Beccaria, un influyente filósofo italiano quien marcó una diferencia en el derecho penal moderno, se destacan algunas derivaciones sobre los principios del derecho penal, como lo es el principio de legalidad. Este principio recaba “que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos.”⁵⁸ El principio de legalidad asegura

⁵⁴ Sentencia Nro. 1960-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal Militar Penal Policial y Tránsito, 24 de noviembre de 2014.

⁵⁵ Artículo 432, Código Penal y legislación complementaria España.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁵⁸ Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas* (Madrid: Carlos III Universidad de Madrid, 2015).

que para el cometimiento de un ilícito penal, los sujetos deben tener conocimiento sobre la prohibición de las conductas y, en caso de ser sancionados, la normativa debe prever la acción u omisión como un delito. Tomando en consideración la obra y análisis doctrinarios, se puede señalar la crítica respecto al principio de legalidad en los casos de los delitos de comisión por omisión.

Como se mencionó con antelación, la omisión mantiene una distinción de tipos y dentro de esto se delimita que la omisión propia tiene una regulación netamente legal, es decir, se contempla en la normativa penal. En contraste, la omisión impropia carece de una descripción legal y para ser producida se acude a la posición de garante.⁵⁹ A diferencia de la omisión propia, los delitos de comisión por omisión constituyen una infracción al principio de legalidad, ya que estos derivan de tipos penales de acción y no se encuentran expresamente en la ley.

En efecto, es importante destacar que el peculado por omisión en la legislación penal ecuatoriana no violenta a uno de los cuatro bienes jurídicos protegidos por el COIP; esto implica que este delito no podría ser sancionado. Es importante destacar que para la sanción de un delito es importante que este sea definido por la ley. En caso de la ausencia del elemento de tipificación, tal como el peculado omisivo, se puede justificar que en caso de sanciones implementadas esta conducta puede violar el principio de legalidad. Claramente este principio está señalado en la norma suprema y establece que las leyes deben estar escritas y no podrá existir una pena sin ley.⁶⁰

11. Mecanismos para la destitución

El mecanismo de juicio político al expresidente de la República del Ecuador se configura desde la Constitución de 1998.⁶¹ Anteriormente, la Asamblea Nacional se conocía como el Congreso Nacional, reforma que fue aplicada en la Constitución de 2008. El Congreso Nacional mantenía algunos deberes y atribuciones, entre estos se encontraba la posibilidad del enjuiciamiento político a la Función Ejecutiva.

El Juicio Político del expresidente de la República terminó con la aplicación del artículo 148 de la Constitución, la muerte cruzada, por parte del mandatario, en el cual se

⁵⁹ Pablo Gómez, *El delito de omisión impropia*, 2009.

⁶⁰ Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁶¹ Constitución de 1998. Ecuador. [Derogado].

alegó una grave crisis política y conmoción interna. La diferencia entre ambas constituciones recae en la aplicación de la denominada muerte cruzada o como se configura en la Constitución la disolución de la Asamblea.

La actual Constitución ha sido catalogada como una norma hiperpresidencialista, en la cual ha existido una gran concentración de los poderes que mantiene el ejecutivo. El expresidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional en tres ocasiones: para configurar la primera causal se necesitará el dictamen favorable de la Corte Constitucional y sucederá en caso de que el órgano legislativo se haya arrogado funciones que no son de su competencia, la segunda causal de disolución será si de forma reiterada e injustificada se obstruya el Plan Nacional de Desarrollo, por último, en caso de grave crisis política y conmoción interna.⁶²

11.1. Respetto al Juicio Político ¿se configura el peculado omisivo?

El peculado por comisión por omisión es desconocido por la legislación ecuatoriana, sin embargo, desde el juicio político presentado por la Asamblea Nacional al expresidente de la República del Ecuador, Guillermo Lasso, marcó un hito. Esto ha emergido como un tema decisivo en la legislación que destaca su relevancia por la ausencia de su regulación. El peculado omisivo en razón a la tipificación del peculado sería la apropiación, distracción o disposición de bienes o recursos públicos por parte de un funcionario público que, en el poder en el cual se encuentra permita, de manera omisiva, a otros sujetos cometer el ilícito. Parte de la problemática de este tipo penal, es el desconocimiento legal por la falta de regulación del tema. El sector público ha sido gravemente desprestigiado por casos la existencia de varios casos corrupción que han sido cometidos e inclusive han existido condenas a varios funcionarios y exfuncionarios por este tema.

El juicio político al que se ha hecho referencia ha desencadenado un debate en la legislación ecuatoriana con relación la existencia del peculado omisivo en Ecuador. En la actualidad la ausencia de la regulación ha generado un vacío legal en la legislación, generando interrogantes de como abordar y sancionar dichas situaciones en las cuales un funcionario público incurra en el delito de peculado por omisión. Sin embargo, existe una

⁶² Artículo 148, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

complejidad, es imposible tipificar al peculado por comisión por omisión, ya que para su debida tipificación debería contar como un delito de omisión propia.

El Dictamen No. 1-23-DJ/23 del 29 de marzo de 2023 da paso a la solicitud de inicio de juicio político presentado por la Asamblea Nacional en contra del expresidente de la República. El juicio político empieza mediante trámite de la Asamblea Nacional del Ecuador, pero para su existencia se deben configurar los elementos señalados dentro de la Constitución. En principio, la Asamblea Nacional mediante sus funciones como órgano fiscalizador verificó las actuaciones del expresidente y los nombramientos que este había realizados a varias personas.

Para situar el contexto del juicio, este empezó el 16 de marzo de 2023, en el cual, mediante oficio por parte de legisladores de la Asamblea Nacional, se solicitó dar inicio al proceso. Con antelación en el dictamen en cuestión, el Consejo de Administración Legislativa, CAL, califica si la solicitud cumple con los requisitos, de ser el caso se remite a la Corte. El CAL al verificar el cumplimiento, concedió paso a la solicitud y esta fue sorteada en la Corte Constitucional. Las acusaciones realizadas fueron por el delito de concusión y peculado; el análisis que se realizará corresponde al delito de peculado, pero cabe mencionar que fue el único delito que la Corte admitió. La imputación sobre el delito de peculado se basa en los hechos sobre la Empresa Pública Flora Petrolera Ecuatoriana, EP FLOPEC, en la cual el expresidente, a través de Hernán Luque Lecaro, con el fin de distraer dineros públicos a favor de la compañía Amazonas Tanker Pool consistió en la celebración de contratos de transporte petrolero a sabiendas del perjuicio que implicaría a los fondos públicos.

Dentro del Juicio es importante demarcar los hechos en mención, estos se basan en que el expresidente y Hernán Luque Lecaro continuaron los contratos de transporte de petróleo a favor de terceros a pesar del conocimiento de la pérdida del Estado que estos representaban; una de las configuraciones del delito de peculado. Las pruebas que fueron sustentadas sobre el presunto delito de peculado consistieron en primer lugar con el hecho base sobre la remoción del Gerente General de FLOPEC EC, Johnny Estupiñán Echeverría. Dicha remoción tomó lugar al momento de la emisión de oficio, en la cual el sujeto denunciaba las irregularidades ocurridas dentro de la empresa. Además, dentro de las pruebas, se señala la existencia del delito de peculado por parte del expresidente, ya que los

miembros del directorio de la empresa mencionada son convocados a reuniones de gabinete.⁶³

A manera de análisis y verificando la jurisprudencia ecuatoriana, la Corte Constitucional se ha pronunciado con el juicio político al expresidente de la República del Ecuador, en el cual la Asamblea Nacional resuelve mediante votación al enjuiciamiento político en donde se establece que:

Jamás cumplió su deber constitucional previsto en el artículo 233 de la Carta Fundamental y al contrario de remover y denunciar penalmente a los funcionarios responsables de estos ilícitos, permitió que el señor vicealmirante Johnny Estupiñán sea cesado ilegalmente del cargo de Gerente, a pesar de que fue él quien le remitió un informe y una carta denunciando dichas irregularidades.⁶⁴

Conforme lo anterior, la cita demuestra el análisis expuesto por la Asamblea Nacional en el cual establece que la conducta acarreó una omisión. Ahora bien, ya que el delito por el cual se da paso al juicio político es el peculado, la justificación por parte de los apelantes fue la permisión de hechos ilícitos e irregularidades. La determinación del órgano legislativo en considerar el actuar del expresidente como un delito de peculado coloca al centro del juicio político directamente al peculado omisivo.

La Corte Constitucional conoce la solicitud presentada por el órgano legislativo y luego de realizar el análisis de admisibilidad únicamente acepta el cargo relacionado al delito de peculado. En este punto cabe señalar que la Corte Constitucional solo analiza la decisión tomada por el Consejo de la Administración Legislativa, más no un pronunciamiento sobre la materialidad.

Para llegar al análisis de la configuración del delito de peculado, omisivo que este demuestra, se debe partir principalmente de las normas que han sido expuestas a lo largo de la investigación. El delito de peculado como fue planteado por la Asamblea Nacional, no se justifica.

En primer lugar, para realizar el análisis sobre la configuración del peculado se requiere verificar la normativa penal ecuatoriana, la cual no ha mencionado nada sobre dicho

⁶³ Caso No. 1-23-DJ, Corte Constitucional, 29 de marzo de 2023.

⁶⁴ Resolución Legislativa RL-2021-2023-162 Asamblea Nacional del Ecuador.

delito. La normativa legal es un requerimiento, ya que la falta de tipificación contempla una violación al principio de legalidad. Las bases legales mencionadas en el COIP no señalan un peculado de tipo omisivo y es fundamental seguir el principio de legalidad; no es admisible el peculado omisivo por dicho principio.

Primero que nada, el expresidente no tenía la disposición de los recursos de la empresa pública, por tal motivo no pudo cometer el delito. A manera de resumen, la omisión puede darse únicamente en dos circunstancias, la primera si esta se encuentra expresamente descrita en la normativa penal y segundo, cuando dicha omisión contraviene con ciertos bienes jurídicos protegidos recopilados en el artículo 28 del COIP que son: la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico.⁶⁵ Los delitos de omisión impropia son aquellos en los cuales el no actuar, debiendo hacerlo por la posición de garante en la que se encuentra, produce un resultado.⁶⁶ En el caso del juicio político, es imposible la configuración del peculado por comisión por omisión, ya que la persona debe encontrarse en una posición de garante.

12. Recomendaciones

Como se señaló en los apartados precedentes, el peculado por comisión por omisión es improcedente en la legislación penal ecuatoriana. Ante la ausencia de tipificación, es transcendental considerar algunas propuestas que podrían establecer los lineamientos para su configuración. Dentro de este acápite se señalarán sugerencias consideradas como los primeros pasos para la configuración del delito.

La existencia del peculado por comisión por omisión, en otras palabras, cuando un funcionario público comete un delito de omisión impropia, genera una complejidad en la legislación penal ecuatoriana. Para que exista el peculado por comisión por omisión la normativa penal del país debería ampliar la categorización existente sobre los bienes jurídicos protegidos y regular la posición de garante de manera en la cual los funcionarios públicos formen parte.

En primer lugar, debería realizarse una reforma al artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, el cual tipifica la omisión dolosa. Dentro de dicho artículo, la posición de garante se encuentra cuando el sujeto prefiere no evitar el resultado típico dañoso.

⁶⁵ Artículo 28, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁶⁶ Felipe Rodríguez, “El peculado de Lasso y otras obras de ficción.”, *Primicias* (2023).

Específicamente, se debe señalar la posición de garante del funcionario público sobre el patrimonio estatal. La reforma al código culminaría el vacío legal existente, permitiendo establecer con claridad la conducta punible y de esta manera definir quienes se encontrarían en posición de garantes.

Segundo, para poder configurar el peculado omisivo se debería tipificar como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado. De esta manera, se debería hacer una reforma al segundo inciso el cual señale que un bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado.

Tercero, se debe establecer un nuevo tipo penal el cual tipifique al peculado omisivo que permita asegurar la sanción de los funcionarios públicos. De esta forma, la condena no se dejaría a discreción del juez y garantizaría que la conducta sea punible, dejando de lado un vacío legal.

13. Conclusiones

El estudio que se realizó acerca del peculado por comisión por omisión permitió llegar a las siguientes conclusiones. Primeramente, se evidenció que el peculado omisivo no se encuentra regulado en la legislación penal ecuatoriana ni en ninguna otra legislación. De esta forma, se verifica la inexistencia normativa de este delito. Por otro lado, se demostró que Ecuador mantiene un concepto limitado sobre el peculado, ya que, a comparación con otras legislaciones, el país solo cuenta con la tipificación de un tipo.

Entre las normas nacionales analizadas, se descartó la existencia del peculado por comisión por omisión dentro de la legislación, puesto que no existe normativa alguna que lo tipifique. En primer lugar, se concluyó la ausencia del peculado por comisión por omisión en la legislación ecuatoriana, es decir es carente por la falta de tipificación. Dicho delito no ha sido mencionado en jurisprudencia nacional. Adicionalmente, la norma que podría regular la conducta es la omisión impropia y esta demarca taxativamente los únicos bienes jurídicos protegidos en los cuales se pueden configurar una conducta omisiva.

Por otro lado, se demostró que el Ecuador mantiene un tipo penal poco analizado a diferencia con las legislaciones extranjeras. El peculado se lo configura exclusivamente como un solo tipo penal. En los sistemas legales extranjeros que fueron analizados, se subcategoriza al delito de peculado de distintas modalidades y cada una de ellas abarca un aspecto distinto sobre su configuración. La legislación ecuatoriana al momento de regular dicho delito aplica varios verbos rectores en un mismo tipo, generando varias acciones.

En base al Juicio Político del expresidente de la República, se logró analizar a profundidad la existencia del delito en cuestión, ya que marcó un hito. Del mismo modo, ha demarcado una diferencia al delito del peculado por lo que a raíz de su aceptación empezó la problemática jurídica. En este contexto, el Dictamen emitido por la Corte Constitucional otorgó la posibilidad de evaluar la tipificación sobre el peculado omisivo. Asimismo, este ha servido para examinar la viabilidad sobre la configuración de dicho delito.

La legislación penal ecuatoriana presenta un desafío por los vacíos legales que existen; esto genera una dificultad para la sanción de actos ilícitos. Las limitaciones y la poca doctrina acerca del peculado omisivo han sido parte de la principal problemática. De todas maneras, se sustituyó dicho conflicto con análisis de juristas nacionales que han abordado el tema a raíz del juicio político.

El presente trabajo representa un estudio actual sobre el peculado por comisión por omisión el cual representa un análisis para la configuración de esta modalidad de delito. A fin de cuentas, el trabajo incentiva a la legislación ecuatoriana a investigar sobre el delito para así permitir mejoras en el sistema legal.