

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La omisión dolosa en el delito de peculado frente a la administración pública.**

**Carlos Jose Rivadeneira Hidalgo**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de  
Abogado.

20 de noviembre del 2020

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Carlos Jose Rivadeneira Hidalgo

Código: 00138720

Cédula de identidad: 1400725709

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre del 2020

## **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 COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. 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 theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>

# LA OMISIÓN DOLOSA EN EL DELITO DE PECULADO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA<sup>1</sup>.

## THE FRAUDULENT OMISSION IN THE CRIME OF EMBEZZLEMENT IN FRONT OF THE PUBLIC ADMINISTRATION.

Carlos José Rivadeneira Hidalgo<sup>2</sup>  
[crivadeneira1998@gmail.com](mailto:crivadeneira1998@gmail.com)

### RESUMEN

El Estado ecuatoriano garantiza el bienestar de todos sus ciudadanos, promoviendo su desarrollo mediante la oportuna utilización de los recursos públicos, teniendo el deber de sancionar toda conducta que atente contra su fin constitucional y la desviación de los mismos. Los delitos en contra de la administración pública, como el peculado, se sancionan y se combaten mediante normas especiales que logren evitar la incorrecta apropiación del dinero estatal. Sin embargo, existen conductas no tipificadas, que son utilizadas para la comisión del peculado, como es el caso de la omisión impropia. Esta última utilizada como elemento principal para generar un resultado lesivo hacia el Estado y sin ser objeto de ninguna sanción al no estar tipificada en la norma penal como parte de los bienes jurídicos que gozan de una protección especial en la omisión —como el caso de la eficiente administración pública—, permitiendo así su impunidad.

### PALABRAS CLAVE

Administración Pública, Funcionario Público, Peculado, Omisión, Posición de Garante.

### ABSTRACT

The Ecuadorian State guarantees the well-being of all its citizens, promoting their development through the timely use of public resources, having the duty to sanction any conduct that violates its constitutional purpose and the deviation from it. Crimes against the public administration, such as embezzlement, are punished and combated by means of special rules that prevent the misappropriation of state money. However, there are non-criminal acts that are used to commit embezzlement, such as improper omission. The latter is used as a principal element to generate a result that is harmful to the State and is not subject to any penalty because it is not defined in the criminal law as part of the legal assets that enjoy special protection in the omission—such as the case of efficient public administration—thereby allowing for impunity.

### KEYWORDS

Public Administration, Public Official, Embezzlement, Omission, Position of Guarantor.

---

<sup>1</sup> 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 Abg. Santiago Escobar Araúz.

<sup>2</sup> © 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.

## SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN; 2.- MARCO TEÓRICO; 3.-EL SERVICIO PÚBLICO; 4.- EL PECULADO; 5.- EL PECULADO COMO DELITO DE PELIGRO O RESULTADO; 6.- LA OMISIÓN; 7.- POSICIÓN DE GARANTE; 8.- LA IMPUTACIÓN OBEJTIVA EN EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA; 9.- TEORÍA DE LA POSICIÓN DE GARANTE Y EL DEBER DE ACTUAR; 10.- CONCLUSIONES.

### 1. Introducción

La motivación principal para realizar la presente investigación, se encuentra en prestar herramientas que permitan al lector solucionar el problema jurídico existente dentro de la legislación ecuatoriana a la hora de sancionar delitos en contra de la administración pública. Específicamente, se trata del delito de peculado frente a ciertas actividades “no realizadas” por parte de funcionarios públicos situados en cargos específicos, en los cuales, a pesar de tener la obligación legal de precautelar y evitar la consumación de estos delitos, no lo hacen.

Resulta imposible sancionarlos de manera oportuna e inmediata, debido a que no existe la figura legal correspondiente dentro de la omisión dolosa en el Ecuador. Al no tipificar a la eficiente administración pública como bien jurídico protegido dentro de estos delitos omisivos, se deja abierta la posibilidad de realizar estos actos omisivos desarrollados por parte de funcionarios públicos. Debido a su inacción dolosa, evitan cumplir obligaciones que tienen carácter de ley, trasgrediendo así la esfera del bien jurídico no protegido dentro del Art. 28 del Código Orgánico integral Penal (COIP)<sup>3</sup>, como es la eficiente administración del erario público.

En primer lugar, se confirmará una visión general de los conceptos de administración pública en relación al delito de peculado y su obligación constitucional de garantizar su fiel cuidado y correcta distribución hacia todos los ciudadanos. Además, se relacionará la doctrina penal de los sujetos participantes en este delito y diversas teorías que permitan analizar, de manera clara, la responsabilidad que radica en los funcionarios públicos para la consumación de ciertos delitos de índole económico. De esta forma, se

---

<sup>3</sup> Artículo 28, Código Orgánico Integral Penal, [COIP]. R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. 107 de 24 de diciembre del 2019.

posibilitará la creación de un concepto que englobe tanto a la acción realizada en el peculado, y a la inacción que da inicio a la consumación del mismo.

En un segundo lugar, se estudiará a la omisión impropia, conjuntamente con todos los avances en la doctrina penal, que permitirá comprender a la omisión impropia como mecanismo precursor para la comisión del peculado. Por lo tanto, se considerará, de manera objetiva, a la omisión dolosa dentro del COIP. Además, desde una perspectiva doctrinaria, se analizarán las fuentes generales de la omisión y su relación directa con el deber objetivo de cuidado que pesa sobre cada funcionario del Estado, quienes tengan a su cargo bienes o recursos públicos.

Se definirá aquellos delitos denominados “delitos de comisión por omisión”. Dado que estos son utilizados para la consumación de otros, es necesario comprender la exigencia legal que impone la ley para atribuir cierto grado de responsabilidad a quienes se encuentren en una posición de garante y en el deber de proteger el bien jurídico amparado por el tipo penal. Por ello, se deberá abordar las diversas teorías penales tomando una tesis directa sobre el alcance de la posición de garante a la hora de analizar un delito.

Finalmente, se buscará generar una propuesta que nos permita observar una teoría clara de imputación sobre los autores en esta clase de delitos, brindando mecanismos que, bajo el cumplimiento del principio de legalidad, ayuden a sancionar de manera oportuna la omisión impropia solventando así aquel vacío legal que permitía justificar esta clase de acciones dolosas que a simple vista no tendrían gran impacto penal, permitiéndole al juez sancionar estos delitos con una figura jurídica clara que no deba ser completada sino únicamente aplicada de forma expresa mediante un tipo penal sólido recogido en nuestro código penal.

## **2. Marco Teórico y Estado del Arte**

En el presente texto, se realizará una aproximación al delito de peculado y su relación directa con la omisión impropia, la cual es utilizada como mecanismo precursor para su consumación. Asimismo, se tratará la necesidad de sancionar dichos actos bajo la figura legal correspondiente, analizando su alcance normativo partiendo de lo prescrito por la Constitución de la República del Ecuador (CRE)<sup>4</sup>. Se realizará un estudio de manera completa de la relación y el impacto conforme a lo dispuesto por el texto

---

<sup>4</sup> Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O.449, 20 de octubre del 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

constitucional, y su relación directa con el COIP<sup>5</sup>; específicamente, con el catálogo de delitos tipificados en la sección tercera denominados “delitos contra la eficiente administración pública”.

Con respecto a la ascepción de “servicio y administración pública”, Cretella Jr y Hernán Jaramillo la definen como aquella función netamente necesaria para perseguir y cumplir los fines de desarrollo que plantea el Estado, en una búsqueda permanente del bien común, mediante la aplicación directa de los derechos fundamentales<sup>6</sup>. Además, reconocen a los principales intervinientes en la relación jurídica Estado-funcionario.

Siguiendo la misma línea, Víctor Martínez y Cavalieri determinan las diferentes teorías de responsabilidad general por parte de los servidores públicos, considerando a la responsabilidad como aquella circunstancia necesaria para lograr una correcta aplicación del mandato constitucional. Adicionalmente, determinan los principios generales a seguir a la hora de buscar una sanción para quienes ejerzan su cargo en abuso de sus deberes y principios constitucionales<sup>7</sup>.

Conforme a lo planteado por Roxin y Jescheck, se aplicará la teoría del delito, donde ambos presuponen un debate jurídico entre los delitos de peligro y resultado. Como base al estudio dogmático de la omisión, esta es considerada como una cláusula de equivalencia a la acción, considerando a la omisión dentro de los tipos de conducta, no solo identificada con el no hacer sino como un delito de desobediencia, desencadenando repercusiones a futuro debido a su inacción dolosa<sup>8</sup>.

Zaffaroni, Jakobs, Bacigalupo y Welzel, desde una postura diferente, definen a la omisión no como una acción, sino desde una percepción negativa de no hacer. Se estudian los elementos jurídicos necesarios para su existencia, como son el estudio de las fuentes tradicionales, y, las teorías extensivas que hacen nacer la posición de garante. Plantean que esta figura obligacional puede surgir mediante la configuración de supuestos extrajurídicos, involucrando tanto deberes morales como sociales<sup>9</sup>.

Por su parte, Kaufmann aplica las teorías de imputación objetiva, mediante el planteamiento de la necesidad de sancionar los delitos omisivos desde una determinación

---

<sup>5</sup> Código Orgánico Integral Penal, [COIP]. R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>6</sup> Ver, Jaramillo Hernán, *Manual de Derecho Administrativo*, (Loja: Editorial Universidad Técnica Particular de Loja, 2005), 36-57.

<sup>7</sup> Ver, Víctor M. Martínez Bullé Goyri, “Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos”, *Instituto de Investigación Jurídica UNAM*, no.5.

<sup>8</sup> Ver, Jescheck Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, (Granada: Editorial Comares, 2003), 60-91.

<sup>9</sup> Jakobs Günther, *Derecho Penal. Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, (Madrid: Editorial S/N, 1995), 48-100.

clara de causalidad. Además, considera el resultado lesivo conforme la normativa penal, requiriendo una participación significativa dentro del curso causal en el delito planteado teorías de responsabilidad y mecanismos que permitirán sancionar esta clase de delitos<sup>10</sup>.

### **3. El servicio público**

En la legislación ecuatoriana, no existe una definición concreta sobre “el servicio público”. Sin embargo, mediante la doctrina, se lo ha podido definir como aquel curso de acción desempeñado por funcionarios representantes del aparataje estatal, quienes de acuerdo a sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias sometidos bajo el principio de legalidad prestan un servicio a la comunidad<sup>11</sup>.

Dicho principio únicamente les permite realizar lo que por ley les compete y aquello a lo que están obligados a cumplir, siendo una parte vital dentro de sus responsabilidades cumplir con cada una de estas disposiciones otorgadas de manera jerárquica por el poder público, competencias direccionadas a satisfacer necesidades tanto generales como especiales de la población desde la estructura gubernamental a la que pertenecen<sup>12</sup>.

Tras este concepto, la administración pública es aquel servicio que, constitucionalmente, va encaminado a beneficiar el interés social de los ciudadanos cumpliendo con los principios de solidaridad social, agilidad, eficiencia, transparencia, entre otros. Dichos intereses están contenidos dentro de una política social que traza el camino correcto para el progreso nacional mediante una correcta administración de los recursos estatales, utilizando los medios, recursos e instituciones más idóneos para el cumplimiento de estos preceptos.

La administración del Estado se funda principalmente en permitir a la comunidad mejorar sus condiciones de vida, mediante una buena distribución del erario público, permitiendo a la comunidad ejecutar controles y exigir el cumplimiento de todos sus derechos, mediante leyes que establezcan el alcance y límite de cada una de las funciones estatales. Se genera así, un sistema de seguridad jurídica para la sociedad, por lo tanto este denominado “servicio público” únicamente será eficiente si cumple con su rol de utilidad social<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Ver, Kaufmann Armin, *Dogmática en los Delitos de Omisión*, (Barcelona: Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A 2006), 81-106.

<sup>11</sup> Ver, Emilio Fernández Vásquez, *Diccionario de Derecho Público*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981), 67-227.

<sup>12</sup> Artículos 226; 227; 228, Constitución de la República del Ecuador, 2008.



Cabe recalcar que los servidores públicos son los responsables de cumplir el precepto constitucional, siendo los llamados a trabajar de manera favorable de acuerdo a las exigencias de ley para cumplir y respetar los derechos fundamentales contenidos de forma expresa en nuestro texto constitucional<sup>14</sup>.

### **3.1. La función pública en relación a la Constitución de la República del Ecuador.**

Nuestro texto constitucional, al ser la fuente originaria de normas en el Ecuador, recoge una gran cantidad de derechos y principios que nos permiten entender la finalidad y estructura del Estado. Se prescriben objetivos que tienen como pilar fundamental promover el bien común de las personas, manifestándose mediante la obligación del Estado en proporcionar las herramientas necesarias a todos los ciudadanos para conseguir el tan ansiado “buen vivir”. Así, los funcionarios públicos se comprometen a velar por el interés público, en donde la administración pública sea el mecanismo de acción para conseguirlo.

La administración pública está representada por funcionarios estatales dentro de todo su aparataje gubernamental, quienes son los titulares de cumplir con esta actividad tal y como lo prescriben los Art. 226; 228; 229 de la CRE<sup>15</sup>, que definen: (i) quiénes son los funcionarios públicos; (ii) en que consiste la administración pública; y, (iii) bajo que bienes, servicios y recursos será otorgados para el beneficio y crecimiento de la población.

La Constitución establece de manera taxativa en el Art.230, aquellas prohibiciones a las que están sujetas los funcionarios públicos que no cumplan con el rol social encargado. Además, el artículo ratifica de forma expresa que ningún funcionario público estará exento de responsabilidades por cualquier acto realizado en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones en el manejo de fondos, bienes o recursos públicos, permitiendo observar en el Art. 233 de la CRE<sup>16</sup>, las sanciones correspondientes para quienes incumplan con el mandato constitucional.

La correcta administración de los recursos públicos aparece como una de las garantías constitucionales de mayor importancia para los fines estatales. Esto debido a que resulta ser una actividad eminentemente social con carácter jurídico, encaminada a lograr sus fines y atender de manera eficiente las necesidades generales de la población

---

<sup>14</sup> Ver, Jaramillo Hernán, *Manual de Derecho Administrativo*, 300-365.

<sup>15</sup> Artículo 229;230, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>16</sup> Artículo 233, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

desde la óptica del derecho público y vista constitucional mediante políticas públicas que busquen lograr un desarrollo oportuno para el país<sup>17</sup>.

Por otro lado, la responsabilidad de los funcionarios, por mandato constitucional, puede ser civil, penal y administrativa. En este caso se hablará de la responsabilidad penal que recae sobre aquellos funcionarios, autoridades, empleados del Estado quienes por medio de sus acciones u omisiones incurren en la configuración de un tipo penal transgrediendo así el orden público establecido, sometidos a una sanción prevista en la ley<sup>18</sup>.

Dando inicio a la llamada responsabilidad penal que será únicamente imputada a quienes se logre atribuir de manera objetiva y cumpliendo con los principios constitucionales sobre el derecho a la defensa, presunción de inocencia y muchos más su culpabilidad por los actos u omisiones descritos en la sección tercera del COIP, sancionando a todos quienes afecten y lesionen los bienes jurídicos catalogados en esta sección, respondiendo por el manejo y administración de fondos, bienes y recursos públicos.

#### **4. El peculado**

##### **4.1. Concepto-etimología**

El “peculado” tiene origen del latín denominado *peculatus*, proveniente del significado caudal. Según el Diccionario Panhispánico Español Jurídico, el peculado es “aquella apropiación voluntaria y dolosa de bienes, dineros pertenecientes al erario público para sí mismo o un tercero no siendo parte del peculio propio del funcionario garante del mismo”<sup>19</sup>.

El peculado en su esencia es realizado por un funcionario estatal quien mediante la posesión de dinero o bienes ajenos busca su aprovechamiento personal, abusando de sus funciones en razón de su cargo. Se refiere a la indebida apropiación de los fondos públicos por parte de la persona responsable de su cuidado y distribución, implicando la acción u omisión arbitraria del funcionario quien, para beneficio propio o de un tercero,

---

<sup>17</sup> Ver, Cavalieri Andreina, “Los Recursos Públicos: Concepto”, *Academia*, [https://www.academia.edu/4984676/Los\\_Recursos\\_Públicos\\_Concepto](https://www.academia.edu/4984676/Los_Recursos_Públicos_Concepto) (Consultado el 09 de Septiembre de 2020).

<sup>18</sup> Ver, Víctor M. Martínez Bullé Goyri, “Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos”, *Instituto de Investigación Jurídica UNAM*, No.5

<sup>19</sup> Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, s.v “peculado”, acceso el 14 de octubre del 2020, <https://dpej.rae.es/lema/delito-especial-propio>.

abuse del poder en el encargado para satisfacer sus necesidades financieras incurriendo así un delito de índole económico<sup>20</sup>, tal y como lo prescribe el Art. 278 del COIP<sup>21</sup>.

#### **4.2. El peculado en la legislación ecuatoriana.**

Dentro de la conducta delectiva en el peculado, se debe comprender que los sujetos accionantes de esta son funcionarios públicos quienes de manera arbitraria abusan de los recursos públicos de los cuales son custodios. Para configurar este delito, es necesario que exista una transgresión al deber de probidad y lealtad de los funcionarios<sup>22</sup>. Quienes al incumplirlos, va conduciendo su accionar a un perjuicio directo contra el Estado generando una causa de lesión o daño reprochable por ley.

El por objeto material de la acción en el peculado es la apropiación indebida de dineros pertenecientes a la administración pública mediante un sujeto investido del poder estatal, quien, a pesar de tener la obligación legal de conservar estos recursos, no evita la ofensa de este derecho social, generando un mayor peligro a la propiedad común de todos los ciudadanos<sup>23</sup>.

La conducta se puede delimitar en dos cursos de acción: el primero, sobre ciertos actos dolosos encaminados a producir un daño. Segundo, sobre aquellas omisiones generadas con el propósito de cometer un delito, es por esto que, según la norma penal, el sujeto debe mediante sus propios actos, apropiarse o distraer el dinero, bienes o recursos que se encontrasen bajo su disposición mediante la autonomía de su voluntad, teniendo la intención de disponer de forma arbitraria de estos recursos haciéndolos propios en el futuro o al tratarse de distracción siendo destinados en beneficio de un tercero.

Por ello, estos recursos obtienen un fin distinto, no encaminados a resolver las necesidades de la sociedad<sup>24</sup>. Con respecto a la materialidad del delito de peculado, este se concentra en el dinero o cosas muebles pertenecientes a la administración pública. Por consiguiente, el resultado típico de este delito va ligado a la relación causal que existen entre el funcionario público, quien por su acción u omisión dispone de una cosa ajena,

---

<sup>20</sup> Ver, Cancino Moreno José Antonio, *Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial*, (Bogotá: Editorial ABC, 1995), 197-214.

<sup>21</sup> Artículo 257; 278, COIP.

<sup>22</sup> Ver, Peña Ossa Erleans Jesús, *Delitos contra la Administración Pública, edición actualizada*, ed, de Gustavo Ibáñez, (Santa Fé de Bogotá: Editoriales Jurídicas, 1995), 85-102.

<sup>23</sup> Ver, Cánico Moreno José Antonio, *Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial*, 43-82.

<sup>24</sup> *Id.*, 28-58.

con la conciencia y voluntad de apropiarse de la misma causando un perjuicio en contra del Estado<sup>25</sup>.

En los últimos años en el Ecuador, han crecido desmesuradamente los delitos económicos, relacionados a la eficiente administración pública, creando un gran debate sobre el alcance de la norma, su vigencia y especialidad, debido a su inoficioso resultado analizado desde la fragilidad de nuestro sistema penal. En el Ecuador, el delito de peculado ha existido desde los primeros años de la República y se ha venido incorporando a lo largo del tiempo en nuestras constituciones y códigos penales, entrañando su esencia principal en producir un resultado lesivo a los recursos nacionales encaminados a mejorar la calidad de vida y dignidad de los ciudadanos. Así, se produce una inseguridad jurídica continua al ser los servidores públicos quienes atentan en repetidas ocasiones contra el propio sistema, generando efectos sociales en muchos casos irreparables para la propia administración<sup>26</sup>.

En nuestra legislación penal el peculado abarca tanto el concepto de acción y omisión, este último imposible de perseguir al no existir normativa legal que permita sancionarla de forma directa desde el curso de acción omisivo producido por el autor del delito en todas las faces del iter criminis desencadenando así un domino exclusivo en el curso causal del peculado<sup>27</sup>.

### **4.3. Sujetos intervinientes en el delito de peculado**

#### **4.3.1. Sujeto activo**

Según el Art. 278 del COIP<sup>28</sup>, en su primer inciso para producir el efecto lesivo que conduce el peculado los únicos responsables podrán ser los y las servidores públicos en virtud de la disposición constitucional recogida en el Art. 229 de la CRE<sup>29</sup>, considerados como aquel grupo especial de personas capaces de obtener la calidad de autor en este delito en contra de la eficiente administración pública, de forma que específicamente en el peculado no toda persona puede ser considerada como sujeto activo del delito, sin tener como requisito fundamental un vínculo indispensable claro entre el sujeto y el Estado<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Ver, Ferreira Francisco José, *Derecho Penal Tomo II*, (Bogotá: Editorial TEMIS, 2006), 63-133.

<sup>26</sup> *Id.*, 65-89.

<sup>27</sup> Ver, Donna Edgard Alberto, *Delitos Contra La Administración Pública*, (Buenos Aires: Editores Rubinzal-Culzoni, 2000), 42-64.

<sup>28</sup> Artículo 278, COIP.

<sup>29</sup> Artículo 229, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>30</sup> *Id.*, 176-188.

Por lo tanto, únicamente quien actué investido de una potestad estatal en cualquiera de las instituciones del Estado y que como parte importante de sus competencias disponga de los recursos públicos podrá ser considerado sujeto activo del delito, creando así una figura que la doctrina penal denomina sujeto activo calificado<sup>31</sup>. Tradicionalmente, al hablar de sujeto activo en esta clase de delitos, el autor debe desempeñar una facultad de poder, con ciertas características que sirvan para el cometimiento de estos delitos, abriendo un solo abanico de posibilidades y reduciendo nuestro campo de imputación exclusivamente a aquellos funcionarios públicos que por su nivel jerárquico sean capaces de disponer del erario público, sin olvidar que desde a la doctrina penal el peculado debe pertenecer a dos importantes circunstancias para su consumación<sup>32</sup>.

La primera es que el denominado sujeto activo sea considerado parte del sistema estatal y la segunda que tenga como parte de sus funciones el manejo de los bienes o dineros públicos, permitiéndole producir un obrar inoficioso debido su funcionalidad entre la omisión y la materialidad del delito, subsumiendo su conducta dentro de la normativa penal para responsabilizarlo por estas acciones, como lo prescribe el Art. 34 del COIP<sup>33</sup>, haciendo mención a las causas de imputabilidad del sujeto activo, quien en su psiquis interna conoce que su conducta es contraria a la ley, pudiendo discernir no lo hace, asumiendo voluntariamente las consecuencias inmediatas de su actuar<sup>34</sup>. Buscando así una consumación tanto formal como material en el delito.

Para comprender de mejor manera esta facultad especial necesaria en los delitos en contra de la administración pública, debemos entender que pertenecen a una clasificación de delitos especiales, dentro de la subclasificación de delitos propios, donde es exigida esta facultad especial por el sujeto activo<sup>35</sup>, delitos que en su naturaleza tiene un deber de actuación que nunca se cumplió<sup>36</sup>.

#### **4.3.2. Sujeto pasivo**

Como al hablarse del peculado se habla de un delito propio, a la hora de analizar las disposiciones de nuestro Código Penal, el peculado se encuentra dentro de un catálogo de delitos que tienen por objeto precautelar el bien jurídico denominado, “la eficiente

---

<sup>31</sup> *Id.*, 71-97.

<sup>32</sup> *Ver*, Ferreira Francisco José, “*Derecho Penal Tomo II*”, 104-117.

<sup>33</sup> Artículo 34, COIP.

<sup>34</sup> *Ver*, Donna Edgard Alberto, *Delitos Contra La Administración Pública*, 97-131.

<sup>35</sup> *Ver*, Peña Ossa Erleans Jesús, *Delitos contra la Administración Pública, edición actualizada*, ed, de Gustavo Ibáñez, 70-,74.

<sup>36</sup> *Id.*, 82-88.

administración pública”, por lo que es evidente pensar que en este caso, el sujeto pasivo o víctima de esta acción o omisión ilícita es el Estado. Sin embargo el término es bastante general a la hora de comprender el alcance de este delito.

Al tratarse del peculado debemos situarnos en la hipótesis específica del lugar donde se produce esta mala administración de los recursos públicos, dentro de una o varias instituciones que conforman el aparato estatal<sup>37</sup>. Es decir, que al tratarse del sujeto pasivo nos veríamos en la necesidad de identificar el caso particular sobre quién recae de forma directa la acción. Por lo general, este último resulta ser la Institución donde el sujeto activo presta sus servicios, violentado de manera dolosa los deberes de probidad confiados, logrando visualizar nuevamente el intraneus perteneciente a esta clase de delito quebrantando el principio de honradez exigidos para su cargo<sup>38</sup>.

Esta idea nos permite entender que dentro del peculado existe un sujeto pasivo general quien sufre el evento lesivo, conformado por varios sujetos específicos en quienes recae la consumación del delito, de tal forma que estas acciones ilícitas sean comprobables conforme el cumplimiento de los verbos rectores prescritos dentro del Art.278 del COIP<sup>39</sup>, es decir quienes abusen, apropien, distraigan, dispongan arbitrariamente, utilicen o se aprovechen de los recursos estatales, permitiendo a todos estos elementos típicos del delito, identificar por completo la configuración del mismo.

### **4.3.3. Bien jurídico protegido**

El peculado, al tratarse de un delito de índole económico, sancionado en la mayoría de los casos por la malversación de los dineros pertenecientes a las arcas del Estado en los cuales se haya generando un perjuicio económico, bien presupone como bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico nacional a aquellos, bienes y dineros públicos que son destinados al desarrollo integral del país<sup>40</sup>. Debe entenderse como bien jurídico protegido al objeto de protección contenido en una norma penal, que tiene por finalidad tipificar aquellos derechos que a la luz del derecho penal deben ser protegidos, al encontrarse en una situación constante de vulnerabilidad<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Ver, Sutherland Edwin, *El Delito de Cuello Blanco*, (Madrid: Editorial Endymion, 1999), (Traducción Oficial por Rosa del Olmo), 13-32.

<sup>38</sup> Ver, Zaffaroni Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, (México DF: Editorial Cárdenas, 1986), 65-189.

<sup>39</sup> Artículo 278, COIP.

<sup>40</sup> Ver, Donna Edgard Alberto, *Delitos Contra La Administración Pública*, 98-118.

<sup>41</sup> Ver, Zaffaroni Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, 34-79.

## **5. El Peculado como delito de peligro o resultado**

### **5.1. Delitos de resultado**

Los delitos de resultado que por concepto son los más fáciles definir, son aquellos delitos de causalidad directa o indirecta de una acción u omisión, que al estar conectada con lo anterior producen un resultado. Siguiendo la teoría naturalista, esta define al resultado como toda modificación en el mundo exterior perceptible con los sentidos en relación causa-efecto de una acción que es parte de la naturaleza misma de los hombres<sup>42</sup>, acción o omisión ligada a la tipicidad objetiva concordante con los elementos del tipo penal recogido por la norma, en el cual se deba verificar un resultado lesivo contra un determinado bien jurídico, resultado dañoso que como única condición tiene la aptitud de ser relevante para el derecho penal en su magnitud.

Es decir, como recoge esta teoría, al hablarse del peculado este se vendría configurado como un delito de resultado, toda vez que el hacer o no hacer de los funcionarios públicos por su propia voluntad dolosa generen en base a lo descrito por el tipo penal un efecto lesivo expresado por la norma perceptible en el mundo exterior, mediante la indebida apropiación o distracción de los recursos protegidos por ley<sup>43</sup>.

Ahora bien, como parte de la teoría jurídica del resultado, este es concebido como toda lesión verificable en la norma penal en concordancia al bien jurídico tutelado por el derecho, refiriéndose a toda acción u omisión que desemboque en una conducta lesiva según la ley sobre los bienes jurídicos en riesgo tutelados, a los cuales se produzca un daño jurídico criminal. Bajo esta teoría, el peculado se configuraría como un delito de resultado si analizamos los elementos especiales del tipo tanto de manera objetiva como subjetiva, bajo una relación de causalidad y se pudiese determinar el resultado acorde a las acciones desarrolladas por el autor para consumir el ilícito incluyendo a la omisión<sup>44</sup>.

Para terminar, siguiendo la escuela finalista de Welzel, se genera una diferenciación en los delitos de resultado entre aquellos delitos dolosos y culposos, donde, para fines de esta investigación, los delitos dolosos son los encaminados a surtir efectos solo cuando se cumpla con la voluntad del autor, dando como resultado final el éxito del denominado “plan de autor” y su fin transgrediendo la esfera típica del bien jurídico protegido<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Ver, Donna Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial Tomo 1*, 34-169.

<sup>43</sup> *Id.*, 244-278

<sup>44</sup> *Id.*, 303-3016

<sup>45</sup> Ver, Welzel Hans, *Derecho Penal Parte General*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970), 56-91.

## 5.2. Delitos de peligro

Para entender los delitos de peligro, es necesario conocer que, como parte de su concepción, existen dos grandes teorías: la objetiva y la subjetiva. La primera define a los delitos de peligro como toda acción u omisión que probablemente irá encaminada a producir un daño, sin una certeza real, analizando de forma exclusiva ciertas acciones que sean direccionadas por el autor a perturbar el orden común en la integridad propia de un determinado bien. Este tipo de bienes pueden estar protegidos de diferentes maneras para precautelar su integridad, principalmente en aquellas prohibiciones que son producto de la norma, direccionadas a evitar que ciertas acciones humanas produzcan un resultado lesivo a futuro, mediante una suerte de probabilidad hipotética, razón por la cual al tomar esta postura cualquier acción de desobediencia sería objeto de sanción<sup>46</sup>.

Según estas teorías, su principal objetivo es mantener todos los bienes jurídicos protegidos por la norma preventivamente sanos de todo riesgo no permitido, de forma que esta teoría únicamente busca ejercer un efecto disuasivo sobre todas las posibles conductas que generen un riesgo para la sociedad, imputando cualquier peligro inminente que ponga en riesgo a la sociedad<sup>47</sup>. Al criticar esta postura, la teoría subjetiva considera al mero peligro como una ficción humana, cree que este es difícil de comprobar y plantea que no toda acción constituye un peligro para el derecho, y menos sea sujeta a verificación en el exterior, sin contar con la suficiente certeza que nos permitan imputar algún tipo de responsabilidad penal<sup>48</sup>.

Expuestas ambas teorías, la postura aquí tomada, considera que el tipo penal del peculado recogido en el Art.278 del COIP<sup>49</sup>, mediante los diferentes mecanismos de acción contemplados en el tipo, únicamente podría ser considerado como un delito de resultado. Esto en virtud de que al tratarse de una vulneración al bien jurídico tutelado en el peculado —como es el caso de la eficiente administración pública—, únicamente podría verificarse mediante el abuso o apropiación de los recursos públicos y su mala administración, existiendo un perjuicio al erario nacional.

Perjuicio identificado mediante un estudio espacio-temporal de todas aquellas acciones u omisiones que han sido direccionadas de forma dolosa por parte de los funcionarios públicos para la consumación formal y material del tipo penal, es necesario

---

<sup>46</sup> *Id.*,101-132.

<sup>47</sup> *Id.*,133-156.

<sup>48</sup> *Ver*, Vargas Pinto Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultad*, (Navarra: Editorial Aranzadi, 2007), 63-78.

<sup>49</sup> Artículo 278, COIP.



comprender que dentro de esta relación de causalidad inmediata el resultado solo se comprobará mediante el análisis estructural del tipo penal conforme las omisiones ejecutadas por el autor y su relevancia en el curso final de la acción<sup>50</sup>.

Además de ser la propia norma quien contempla esta única posibilidad, considerando que solo existirá el delito de peculado cuando no se “evite” esta malversación de los fondos estatales, y se haya comprobado el perjuicio económico al Estado, dejando de lado la posibilidad que exista un peculado impropio, configurándolo en otro delito de manera independiente.

Por lo que al hablar del peculado, se está frente a un delito de desobediencia al incumplir con una disposición expresa de la norma, desobediencia que proyecta un resultado específico el cual surtirá efectos en el mundo exterior, solo cuando el dinero o bienes públicos no sean utilizados de manera eficiente para cumplir con el propósito para el que fueron destinados.

Cumpléndose con el hecho lesivo previsto en la norma<sup>51</sup>, se genera una acción típica que al ser exteriorizada por el autor de manera dolosa y directa nos permite confirmar los elementos constitutivos del peculado y consigo las omisiones que sirvieron para generar ese daño. Elementos como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son requisitos capaces de comprobar no solo la magnitud del daño sino su naturaleza y como este estuvo vinculado mediante un nexo de causalidad con los responsables del hecho<sup>52</sup>.

Mientras que si tratamos de encasillar al peculado como un delito de peligro no solo es una conceptualización errónea de la norma sino que nos encontraríamos frente a una hipótesis difícil de verificar en el alcance del derecho penal, al tener en muchos de los casos actividades naturalmente riesgosas como parte de las funciones pertenecientes a la administración pública<sup>53</sup>, hechos que siguiendo esta teoría ya generarían un peligro inminente contra los recursos del estado.

Esto produciría una falta de certeza sobre qué tipo de acciones u omisiones habrían llegado a afectar la estabilidad absoluta del bien jurídico protegido, creando un delito de peligro analizado en abstracto, sin la seguridad suficiente para saber si este en algún momento futuro surtirá efectos lesivos en la realidad, por lo que al estudiarse específicamente el peculado hay que considerar que en este delito ciertas acciones no nos

---

<sup>50</sup> Ver, Vargas Pinto Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, 217-234.

<sup>51</sup> *Id.*, 266-274.

<sup>52</sup> *Id.*, 302-325.

<sup>53</sup> Ver, Welzel Hans, *Derecho Penal Parte General*, 241-258.

llevarían a constituir con un elemento típico, careciendo de un efecto penalmente relevante para el ejercicio de la acción punitiva del Estado.

Si el peculado fuese tratado como un delito de peligro afectaría la seguridad jurídica, al no tener elementos de carácter positivo que nos permitan conducir una acción objetiva, entrando en la ambigüedad y analizando erróneamente un universo de acciones que terminarían siendo irrelevantes, sin definir de forma clara la línea divisoria sobre cuales hechos constituyen una conducta típica, antijurídica, de aquellos actos que solo resulten ser meros actos de riesgo propio de la actuación pública, cayendo en el error de producir un inflacionismo punitivo.

## **6. La omisión**

La concepción de omisión vista desde la doctrina penal, esta planteada desde dos teorías que pretenden definirla desde una concepción positiva y negativa. La corriente negativa la considera no solo como un no hacer, sino más bien como la inactividad voluntaria del sujeto, que al evidenciarse de forma negativa se expresa con un “no hacer nada” motivado por la intensión de omitir su acción<sup>54</sup>.

Mientras que la concepción positiva defiende que la omisión no consiste en un no hacer algo sino que, de forma positiva, es un “hacer de otro modo al exigido”, comprendiendo a la omisión como un actuar diferente al exigido por la ley, solamente verificada al comparar la omisión con la norma penal y su acción esperada<sup>55</sup>.

### **6.1. La omisión propia o simple**

La omisión propia, según Kaufmann, es aquella inacción a la cual se le puede imputar una conducta no realizada en virtud de una disposición tipificada en la ley<sup>56</sup>, en donde el sujeto obligado no actúa de la forma correcta para evitar un resultado, para ser más específico esta omisión es conocida como la acción no ejecutada a pesar de ser ordenada en un mandato legal. Se confirma una inacción típicamente sancionada en los códigos penales hacia la persona que no ha sido activa frente a la orden otorgada<sup>57</sup>.

La denominada omisión propia o simple, consiste en incumplir un mandato expreso en la ley, donde al evitar ejecutar esta conducta el autor se encontraría frente a un delito de pura desobediencia de forma imperativa a la norma, al tratarse este tipo de

---

<sup>54</sup> Ver, Bacigalupu Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, (Bogotá: Editorial TEMIS, 1983), 38-49.

<sup>55</sup> *Id.*, 49-62.

<sup>56</sup> Ver, Kaufmann Armin, *Dogmática en los Delitos de Omisión*, 83-107.

<sup>57</sup> *Id.*, 116-134.

omisión se debe decir que aquí no importa la existencia de un resultado, basta únicamente con el simple “no hacer” de la conducta exigida desde el plano objetivo<sup>58</sup>, incumplimiento la obligación impuesta, omisión que terminara siendo típicamente completa para sancionar.

Situación donde una persona o un determinado bien jurídico tutelado por ley se encuentran bajo amenaza de lesión o viviendo una situación de peligro grave, se exige la intervención de una persona idónea para evitar la consumación del peligro, se genera responsabilidad penal frente al omitente de dicha disposición independientemente si hubo un daño o no<sup>59</sup>, se sanciona al sujeto por la irresponsabilidad al incumplir con su deber especial de cuidado, produciendo como efecto inmediato un acto típico y reprochable<sup>60</sup>.

## 6.2. Omisión impropia

Mientras la omisión impropia, presente en el inciso segundo del Art.28 del COIP<sup>61</sup>, reconoce el segundo tipo omisión dentro de nuestro ordenamiento jurídico, enfatizando de forma clara que no solo es al igual que la omisión propia en aquella inacción ejecutada por el sujeto para no cumplir con el deber impuesto sobre él, sino que diferenciandola mediante requisitos especiales presentes en este delito.

Para entenderlo mejor, en la omisión impropia si se necesita la consumación de un resultado, además de tener una equivalencia estructural y normativa que hace de este delito omisivo uno muy particular diferente al anterior, considerando que solo se podrá hablar de omisión impropia cuando la acción de peligro haya terminado produciendo un resultado. Adicionalmente, la consumación final no tiene otra vía más que generar un daño al bien jurídico tutelado y exclusivamente a los bienes recogidos por la norma especial<sup>62</sup>, producto de un deber no ejecutado de forma imperativa y dispositiva, donde el sujeto obligado no actuó de forma oportuna para que no se vulneren los bienes que típicamente reconocen la omisión impropia.

Al hablar de los delitos omisivos, especialmente de la omisión impropia es necesario entender que quien tiene bajo su cargo un deber de cuidado y desempeña una posición de garante sobre cualquier situación de riesgo y por efecto de su conducta omisiva resulte lesionando al bien jurídico del sujeto encargado, se responsabilizará al

---

<sup>58</sup> *Id.*, 160-168.

<sup>59</sup> *Id.*, 170-183.

<sup>60</sup> *Ver*, Bacigalupu Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, 119-122.

<sup>61</sup> Artículo 28, COIP.

<sup>62</sup> *Ver*, Schünemann Bernd, *Fundamento y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, (Madrid: Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009), 59-62.

omitente de forma similar a una acción, tal cual como si él hubiese sido el causante directo del daño<sup>63</sup>.

En la omisión impropia, es preciso mencionar que la inacción realizada de forma dolosa por el omitente debe cumplir con los presupuestos que el tipo penal circunscribe, además de que al analizar a la omisión impropia es importante reconocer que se construye en base a un delito independiente de acción. Por ejemplo, el delito de peculado donde la omisión impropia incluida en esta la posición de garante esta presente en los funcionarios públicos que tengan bajo su cargo dineros o bienes de carácter estatal, siendo los llamados a actuar por dicha posición, reflejada mediante su deber de protección con el único fin de evitar la producción de un resultado lesivo hacia la administración pública.

Cabe resaltar que quienes no lo hagan, serán considerados como los causantes activos del daño por estar vinculados mediante una fuente que los responsabiliza<sup>64</sup>. Los delitos de comisión por omisión tienen por concurrente la denominada acción de no hacer y el nexo causal por el cual esta inacción produce un resultado. En estos delitos, se debe hacer una equivalencia sustancial entre la acción y omisión, denominación que debe ser incluida como una cláusula de equivalencia dentro de la norma penal para permitirnos identificar que ambas tendrían el mismo efecto al consumarse, impactando significativamente en el orden social<sup>65</sup>.

Al analizar los delitos de comisión por omisión, es necesario examinar aquellos elementos constitutivos del delito, de forma que se trate con un cumplimiento fehaciente al principio de legalidad y consigo se cumpla de manera idónea las exigencias de ser un hecho típico mediante la tipicidad objetiva y subjetiva del mismo, antijurídico totalmente contrario a derecho y culpable, cumpliendo con las mismas características que cualquier otro delito de acción<sup>66</sup>.

Si bien es cierto que al hablarse de los delitos de omisión impropia, muchos de estos elementos no se encuentran efectivamente vinculados con lo tipificado dentro de la norma penal —como es el caso de la posición de garante—, esta se deberá comprobar mediante las fuentes auxiliares del derecho como la doctrina y jurisprudencia, permitiendo así que estos elementos tanto normativos y descriptivos del tipo penal se

---

<sup>63</sup> *Id.*, 77-94.

<sup>64</sup> *Id.*, 136-152.

<sup>65</sup> *Ver*, Bacigalupu Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, 254-268.

<sup>66</sup> *Ver*, Jescheck Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 476-497.

vean completados en su totalidad conforme todas las fuentes del derecho para evitar que ciertos actos delictivos queden en la impunidad.

Ya que en muchos de los casos estos delitos no se encuentran regulados por el legislador, analizados solo por quien interpreta la comisión de los mismos a raíz de la omisión, atribuyendo un resultado típico si previsto en la norma penal para ser imputable exclusivamente cuando esta omisión cumpla con todos los aspectos legales para su oportuna sanción.<sup>67</sup>

El sujeto responsable de omitir su deber de cuidado exigido frente una situación riesgo, de manera dolosa, es el garante. El dolo, entendido desde el ámbito subjetivo, es un simple conocer, dejando de lado su intención o no de producir un resultado, bastando únicamente el “querer” no realizar la acción a la que te encuentras obligado, aún teniendo la capacidad exclusiva para evitar el resultado<sup>68</sup>.

La estructura de estos delitos omisivos son verificables mediante tres supuestos: (i) se genere una situación típica producida por el sujeto obligado a ejercer una actividad destinada a evitar un resultado y no lo haga; (ii) la no realización de la acción esperada para repeler el daño a producirse en el futuro; y, (iii) quien teniendo la capacidad de evitarlo deja seguir un curso causal ilícito que producirá de forma cierta un resultado, permitiendo imputar así su omisión.

## **7. La posición de garante**

La posición de garante o deber de garantía nace desde una posición especial otorgada por alguna de las fuentes reconocidas en cada ordenamiento jurídico. Al ser una facultad especial que no ostentan todas las personas, sino aquellos sujetos quienes se hayan obligado a precautelar de forma subrogada la integridad de un determinado bien jurídico, obtienen una capacidad exclusiva para que dichas fuentes los faculte como responsables de ejercer un deber de auxilio frente a cualquier peligro o daño que pueda menoscabar la integridad de aquellos bienes jurídicos encargados.

Se deposita en este sujeto un poder especial de vigilancia ante toda fuente de riesgo, otras teorías definen a la posición de garante como la aptitud depositada en un tercero por el titular del bien quien de forma libre y voluntaria se haya comprometido a actuar de una forma exigida que resulte ideal para proteger el derecho evitando la

---

<sup>67</sup> Ver, Zaffaroni Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, 345-378.

<sup>68</sup> Ver, Núñez Paz Miguel, *Los delitos de Omisión*, (París: Editorial Tirant Lo Blanch, 2016), 26-41.

producción de un daño, ya que el titular del bien por sus propios medios no pueda contener este tipo de situaciones de inminente peligro<sup>69</sup>.

### **7.1. Fuentes tradicionales de la posición de garante**

Para entender la omisión, tanto propia como impropia, es imperativo resaltar su mayor diferencia. Según la doctrina penal, la omisión propia es aquella donde el sujeto está obligado mediante un mandato legal a actuar, el cual describe que sujetos por ley están obligados a realizar algún tipo de acción y no lo hacen independientemente del resultado, bastando solo su desobediencia para ser sujetos de responsabilidad penal.

Por otro lado, la omisión impropia tiene como elemento sustancial a la posición de garante la cual nos dedicaremos a estudiar a continuación, figura que brinda al sujeto la obligación de actuar pero sin estar contemplada en la ley, para lo cual la posición de garante es producto de una fuente originaria y la define, siendo la única razón por la que se podría generar algún tipo de responsabilidad penal.

Ahora bien, tras haber comprendido esta diferencia y estudiado específicamente la omisión impropia conjuntamente con la posición de garante, nos encontramos que esta está constituida por dos tipos de fuentes: las tradicionales y extensivas, ambas estudiadas por la teoría formal del bien jurídico las que dan existencia a esta figura. Las fuentes tradicionales son la ley, el contrato y el denominado actuar precedente, mientras que, las fuentes extensivas son aquellas definidas por la doctrina como la comunidad de peligro y la teoría del dominio de la cosa presentadas a continuación<sup>70</sup>.

#### **7.1.1. La ley**

Quizás, el elemento en común que comparten ambos tipos de omisión, como fuente de obligación radica en la ley. Esta fuente señala que el nacimiento de una posición de garantía nace de aquella, conteniendo una descripción de aquellas situaciones donde los sujetos obtengan esta figura especial, obligándolos a actuar bajo un deber de protección y asistencia. Por ejemplo el deber de los padres con sus hijos, de policías, médicos, funcionarios públicos en razón de su profesión u oficio, comprobando que dicha figura emane de una disposición legal y atraiga como consecuencia para quien no lo cumpla, una desobediencia no solo frente a un deber moral de honorabilidad sino también con un deber jurídico que trae consigo una sanción.

---

<sup>69</sup> Ver, Bacigalupu Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, 209- 231.

<sup>70</sup> Kaufmann Armin, *Dogmática en los Delitos de Omisión*, 248-271.

### **7.1.2 El contrato**

Como parte de toda fuente obligacional en el mundo jurídico independientemente de su rama de aplicación, el contrato es la fuente por excelencia para dar y contraer obligaciones, pero no todo contrato genera obligaciones o deberes de carácter penal, ya que no todo contrato podría dar origen al nacimiento de una posición de garante y generar una sanción jurídica en materia penal. Se concluyen que los únicos contratos del cual podría emanar un deber de custodia son aquellos donde vaya inmersa una relación de dependencia directa entre ambas partes.

Estos contratos por su esencia natural imponen un deber de protección frente a la otra parte y produce una relación de confianza mutua, brindando el nacimiento natural de la posición de garante teniendo como fuente de origen este contrato<sup>71</sup>. Por ejemplo, el contrato existente entre un médico que cuida de su paciente o de aquellos funcionarios públicos que al contratar con el Estado, están obligados a precautelar y administrar de forma correcta los recursos o dineros encomendados en razón de su cargo.

Dentro de estos contratos se evidencia una situación donde por el objeto contractual se deba cumplir con un deber de confianza específico depositado en cualquiera de las dos partes contractuales, además como plantea la doctrina penal no solo basta la existencia de un vínculo contractual sino también la asunción fáctica del deber de cuidado inmerso en el cumplimiento obligacional, analizado bajo el presupuesto en el que se ejecutaría este deber y las acciones a desempeñar descritas de manera taxativa en el contrato, permitiendo observar que al incumplir estos deberes también se habrá incumplido las prestaciones recíprocas dentro del mismo<sup>72</sup>.

### **7.1.3. Actuar precedente**

Otra de las fuentes tradicionales de la posición de garante es el llamado actuar precedente o la denominada teoría de la injerencia, la cual se entiende, como aquella persona que mediante su acción voluntaria, realiza una actuación precedente (injerencia) y crea una situación de peligro de posible lesión a un bien jurídico, haciendo al sujeto responsable por el daño que esta acción precedente provocó en el futuro como si lo hubiera causado directamente mediante una acción positiva<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> *Id.*, 272-281.

<sup>72</sup> *Id.*, 282-285.

<sup>73</sup> *Ver*, Welzel Hans, *Derecho Penal Parte General*, 112-133.

Es decir, que posteriormente a una acción precedente, se omite de evitar la consumación del resultado típico que se generará a futuro desencadenado por su actuar. Por ejemplo, aquel conductor que de forma deliberada vaya conduciendo a altas velocidades y atropelle un peatón sin dolo de cometerlo —hacer precedente—, y, posterior a esto, el mismo al notar conscientemente lo sucedido escapa dejando morir a la persona atropellada sin evitar causar su muerte debido a sus heridas —injerencia—.

Bajo el principio de la injerencia, al ser un mecanismo de responsabilidad demasiado amplio con un universo de acciones, la doctrina penal ha establecido ciertos límites para considerar la existencia de la posición de garante frente a estos actos. El primero, donde esta posición de garante es producto de un hacer precedente que solo nacerá de forma efectiva cuando este hacer precedente fuese absolutamente peligroso y desmesurado, efectivamente capaz de producir un resultado, tomando como requisito necesario una injerencia peligrosa y grave que de forma directa sea eficaz con el daño<sup>74</sup>.

Tras seguir este limitante, encontraríamos reducida la facultad de imputar algún tipo de responsabilidad a diferentes acciones provenientes en muchos de los casos de la mera causalidad. Es imprescindible analizar cómo esta injerencia de peligro actúa de la forma más idónea para producir indudablemente un resultado, resultado a comprobarse mediante una relación de causalidad donde el comportamiento anterior si ocasione el peligro suficiente para consecuentemente crear el deber de intervención de impedir el resultado.

Es evidente que esta teoría genera muchos problemas debido a la inseguridad jurídica que produce, pero como parte de las nuevas limitaciones frente al principio de la injerencia, como dice Roxin, “es indispensable para la fundamentación de una posición de garante la posibilidad de analizar la imputación objetiva del comportamiento precedente causante del peligro”<sup>75</sup>. Es necesario entender que será responsable por su deber de actuación a quien de manera directa se pueda imputar conforme a los parámetros jurídicos la responsable del peligro causado y con posterioridad el daño generado al bien jurídico tutelado.

---

<sup>74</sup> *Id.*, 145-149.

<sup>75</sup> Roxin Claus, *Causalidad y Posición de Garante en los Delitos de Omisión Impropia*, (Madrid: Editorial Edisofer, 2008), 80-94.



## **7.2. Fuentes extensivas de la posición de garante**

Como parte de la evolución del derecho penal y los estudios sobre la omisión impropia y aquellos delitos que tengan como parte de su mecanismo de acción este tipo de actos omisivos, se han creado diferentes teorías que han permitido ampliar las fuentes ya existentes para ciertos casos, en donde es necesario un análisis mayor en base a los supuestos facticos debido la necesidad de responsabilizar a todos los sujetos quienes fuera de las fuentes tradicionales se encontrasen en una posición garante y no la cumplan.<sup>76</sup>

### **7.2.1. La comunidad de peligro**

La primera de las fuentes extensivas de la posición de garante frente a ciertas fuentes de riesgo es la comunidad de peligro, mejor definida como aquella condición en la cual un grupo de personas, mejor llamadas un conjunto de sujetos resuelven de manera voluntaria iniciar con una actividad riesgosa, convirtiéndose así todos los integrantes de un grupo de garantes recíprocamente comprometidos los unos de los otros, con el deber elemental de cuidado frente a cualquier fuente de peligro que se presente en el transcurso de su actividad.

Condición que les hace responsables al aceptar de forma voluntaria un vínculo de confianza no escrito sobre todos los miembros del grupo, produciendo así el nacimiento de una posición de garante que se activará solo en el supuesto donde aquel acuerdo sea para desarrollar una actividad riesgosa desde un primer momento, y no derivada de una relación de causalidad<sup>77</sup>.

La comunidad de peligro parte de un análisis propio, y al vincularla con las actividades de riesgo dentro del peculado — en el caso específico dentro de un proceso de contratación pública o como parte de las inversiones de los funcionarios públicos de una institución hacia una empresa privada utilizando dineros o recursos públicos pertenecientes a dicha institución—, terminan acordando una actividad de riesgo y una dependencia esquemática en el ejercicio de sus funciones respecto del funcionamiento principal y necesitando de la actuación correcta de sus colaboradores.

Asumiendo en un segundo momento los riesgos o peligros a los que están sujetos realizando dicha actividad, se genera un vínculo de confianza verificable en la ayuda existente entre todos quienes son parte del proceso de contratación. Estas son aplicadas

---

<sup>76</sup> Ver, Garrido Mario Montt, *Derecho Penal-Parte General*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 215-228.

<sup>77</sup> Schünemann Bernd, *Fundamento y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, 94-131.

en concreto cuando cada uno de los funcionarios, en razón de su actividad, prescinde de ciertos cuidados específicos confiando en la persona que está llamada a realizarlos debido a su función, precautelando el bien jurídico general que todos defienden como es la “eficiente administración pública”, vinculados entre sí por un deber conjunto.

### **7.2.2. El dominio de la cosa**

La posición de garante presente en la teoría del dominio de la cosa, es aquella teoría que en virtud de su dominio hace nacer una situación de riesgo, con la que solo y exclusivamente quien se encuentre directamente dominando el curso causal la pueda repeler sin importar el origen de esta situación de peligro. Se presenta únicamente en los momentos donde se tenga el dominio de la cosa sin ninguna acción previa del sujeto.

El requisito indispensable que aparece en esta teoría radica en que esta situación de peligro deberá ser generada en la zona de dominio de un solo sujeto, quien por su dominio está obligado a parar este curso causal dañoso, proyectado al caso de los funcionarios públicos, será su deber repeler el curso de acción del peculado al realizarse en la institución pública donde ellos ejercen su dominio y pertenecen<sup>78</sup>.

Se diferencia esta teoría del hacer precedente, al ser esta quien necesita de una actuación previa causada por el sujeto, quien posterior a su acción anterior actúa de forma omisiva no evitando el resultado, mientras que dentro del dominio de la cosa se habla de una acción causal, la cual ingreso en una zona de dominio particular causando un peligro. Es importante recalcar que para encontrarnos en una posición de garante en esta teoría es necesario que esta situación de riesgo se genere en las esferas de mi dominio, generando así el deber de actuar por ser de forma exclusiva quien al conocer su dominio pueda hacer todo lo necesario para evitar producir un daño<sup>79</sup>.

Encajando esta teoría dentro de la omisión en la que incurrirían ciertos funcionarios públicos quienes se encuentren bajo una posición de garante sobre el bien jurídico de la “eficiente administración pública”, tendrán como fuente originaria esta facultad al encontrarse en el ejercicio sus funciones la responsabilidad de precautelar y direccionar su conducta para el cuidado y preservación de dicho bien, sobre cualquier peligro inminente que ponga en riesgo su integridad en esferas de su dominio, de forma que el curso causal ilícito se produzca dentro su ámbito de control teniendo en su manos la capacidad de detener dicho curso causal lesivo dentro del delito de peculado.

---

<sup>78</sup> *Id.*,136-142.

<sup>79</sup> *Id.*,148-150.

Se produce la obligación de impedir que el resultado se hagan efectivo bajo su competencia evitando la indebida apropiación los recursos públicos, específicamente estos funcionarios los únicos que en virtud de su posición de garante tendrían el poder discontinuar el *iter criminis* del delito sin que estos lo hubiesen causado, pero si a pesar de esto de manera dolosa no lo hacen estarían cometiendo un delito de omisión impropia al no responder con la conducta exigida por tener el dominio producto de su función como servidor estatal.

## **8. La imputación objetiva en el delito de omisión impropia.**

Para que exista un delito de omisión impropia es necesario que se haya producido un resultado lesivo, conforme a lo tipificado dentro de la norma penal, sea mediante el delito de omisión impropia como tal o dentro de un delito de acción,<sup>80</sup> hablando de la omisión como aquella acción que resulto participando de manera absoluta dentro de la destrucción o deterioro del bien jurídico objeto de cuidado por el ordenamiento jurídico.

Tras esta consumación para poder realizar algún tipo de juicio valorativo a la omisión impropia está debe razonablemente ser estudiada mediante un juicio de probabilidad o causalidad que nos permitan reconocer de forma indiscutida su influencia en el daño, desarrollando así un vínculo sustancial producto de la acción por omisión.

Al estudiar las diferentes teorías planteadas por la doctrina penal, se puede concluir que el único mecanismo por el cual podría imputarse algún tipo de responsabilidad penal en la omisión, es cuando tras una relación de causalidad, mas un juicio hipotético se haya podido determinar que la relación positiva del no hacer desarrollada por el omitente a pesar de ser exigida por ley desemboca en un curso de acción independiente, como es la no evitación del resultado y como esta acción omisiva tuvo un impacto propio en el cometimiento del delito.

Con este argumento la herramienta principal que nos permitan reconocer el impacto causado por la omisión es un juicio de probabilidad como dice Kaufmman “una alta probabilidad” teniendo una “certeza inequívoca”, la omisión al ser un casi-actuar es producto unicamente de la deliberación personal del omitente quien decido no expresar la acción exigida en el mundo real.

Mediante un análisis mucho más profundo para contar con la certeza material suficiente en el hecho para poder sancionar este tipo de eventos, sometiendo los estudios frente al tipo penal y si dicha conducta habría sido capaz de extinguir en su totalidad el

---

<sup>80</sup> Ver, Roxin Claus, *Causalidad y Posición de Garante en los Delitos de Omisión Impropia*, 176-198.

daño, seguido por su curso causal, conforme las teoría de causalidad hipotética que nos esclarecerán si la omisión sustancialmente fue la causante principal del impacto causado<sup>81</sup>.

Ahora bien, al hablar de imputación objetiva entendida como el desenlace mayor entre el resultado inminente y la conducta jurídico penal que se empleó para causarlo, durante el desarrollo del curso causal por el omitente llamado a ser el sujeto especial que repela este tipo de peligro y no lo hace, este si podrá ser imputado objetivamente a la luz del principio de legalidad, debido no solo que permitió consumir el daño sino en una hipótesis diferente no lo evito pudiendo hacerlo<sup>82</sup>.

Como dice Jescheck “pudiendo en la actualidad más que sancionar conforme teorías de causalidad se podría aplicar de manera directa las teorías clásicas de imputación objetiva”, se permite saber en qué casos si es posible imputar normativamente un resultado a la omisión, argumentos que la teoría de imputación objetiva contempla al determinar si esta omisión fue relevante desde una visión normativa hacia el sujeto y si su conducta por ley produciría algún tipo de responsabilidad penal al perseguir con esta un objetivo ilícito<sup>83</sup>.

En el caso de la omisión impropia implica más concepciones a observar como mira el ordenamiento jurídico nacional al “no hacer” y el alcance de su protección, observando como este género un peligro directo, diferente al riesgo permitido por la misma norma y más aun conduciendo el peligro hacia un resultado, esta es la única hipótesis donde cabría la posibilidad de aplicar las teorías de imputación objetiva, generando tres requisitos para su confirmación en la omisión: (i) la omisión causa un peligro desaprobado por la ley, (ii) el alcance de protección de la norma sancione a la omisión y el aumento del riesgo no permitido causado por el no hacer y (iii) la omisión cause un resultado significativo.

Según Roxin “basta con comprobar que las circunstancias hagan una acción típica para posteriormente analizar los elementos subjetivos del tipo”, conforme este planteamiento, es necesario que el autor aumente el riesgo permitido con sus acciones y este conduzca a un resultado, incurriendo en un hecho ya típicamente sancionable, para con posterioridad analizar como la acción omisiva que desarrollo el sujeto, en ese riesgo

---

<sup>81</sup> Ver, Kaufmann Armin, *Dogmática en los Delitos de Omisión*, 290-296.

<sup>82</sup> Ver, Jakobs Günther, *Derecho Penal. Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 354-387.

<sup>83</sup> Ver, Jescheck Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 279-296.

existente donde se podría haber detenido no solo el riesgo sino el propio resultado con la acción exigida<sup>84</sup>.

Se concluye que las teorías de imputación objetivas son eficientes conforme a la omisión en los casos donde existe un riesgo y este fuese aumentado, saliendo de la esfera del riesgo permitido producto de la inacción del sujeto, además de confirmarse este riesgo mediante la inacción dolosa que el sujeto emprendió para satisfacer su idea criminal consumando el delito tanto de manera formal como material.

## **9. Teorías de la posición de garante y el deber de actuación.**

### **9.1. Teoría del deber de protección frente a un determinado bien jurídico**

Dentro del derecho penal, hay diversas teorías que intentan explicar y definir el delito de peculado y como reconocer de manera objetiva aquellas situaciones donde el funcionario público — o bien llamado sujeto activo calificado— es el único responsable de cumplir con el deber de protección sobre un determinado bien jurídico. En función de la realidad tras la posición de protección que desempeñan, en un principio el sujeto activo del delito figura únicamente como un sujeto común ubicado en determinado puesto, quien bajo su trabajo u ocupación es custodio de uno o varios bienes jurídicos tutelados en el ordenamiento<sup>85</sup>.

Este se encuentra obligado a intervenir, frenar o erradicar cualquier tipo de ataque o riesgo inminente contra determinado bien encargado debido a su posición de seguridad, función interpuesta sobre el actuando en representación del titular del bien a cuidar, obligándolo a ejercer un deber general impuesto por el vínculo establecido entre él y su titular. Según esta teoría dicha fuente nace de la disposición propia del sujeto quien por su libre voluntad acepta esta responsabilidad<sup>86</sup>.

En el caso específico del peculado, la voluntad del sujeto se manifiesta de forma expresa mediante un contrato de servicios, quien otorga esta facultad y termina operando con una suerte de subrogación sobre el bien jurídico a tutelarse. En tal situación, es el sujeto obligado quien asume todo riesgo generado producto de la actividad para la cual ha sido contratado respondiendo como propio frente a la defensa del mismo garantizando un actuar diligente y oficioso, frente a un determinado bien jurídico.

---

<sup>84</sup> Ver, Roxin Claus, *Causalidad y Posición de Garante en los Delitos de Omisión Impropia*, 342-365.

<sup>85</sup> Ver, Jescheck Hans Henrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 120-271.

<sup>86</sup> *Id.*, 86-166.

En el peculado, el bien determinado encargado para su tutela es la “eficiente administración pública”. Dicho bien jurídico dentro de nuestra legislación penal solo será sancionado por un obrar doloso del funcionario responsable, ya que según el COIP, desde el aspecto subjetivo del delito, la única posibilidad de causar su punibilidad es cuando exista el dolo como motivación para emprender todos los actos de ejecución en el delito<sup>87</sup>.

Tras analizar la teoría de deber sobre un determinado bien, es preciso mencionar que cuando un sujeto haya ligado su relación de dependencia frente al titular del bien es responsable por cualquier acción lesiva al bien jurídico encargado de proteger, para esto es necesario que dentro de las condiciones establecidas en su vínculo en general se deba dar una suerte de análisis sobre cada una de sus actuaciones y considerar cuales fueron las que tuvieron un impacto considerable en el peculado<sup>88</sup>. Observándose que quien figura en la posición de responsabilidad y utilizó a la omisión como fuente de acción para causar un resultado, solo y exclusivamente quedará exento de responsabilidad por aquellos hechos donde fuese imposible intervenir, es imperativo considerar este análisis para que se compruebe una dependencia evidente frente al titular del bien,

En el peculado se verificaría debido a la condición de servicios prestada por el funcionario público con el Estado y como en el ejercicio de sus funciones de manera libre y voluntaria accedió a ser custodio de dichos bienes, recursos estatales, se compromete el sujeto a responder y hacer todo lo que dentro de la esfera de lo posible sea necesario para protegerlos.

## **9.2. Deber de vigilancia y control frente a una fuente de peligro**

Esta teoría, al igual que todas las demás, tiene como requisito incuestionable la existencia de un vínculo que permita atribuir una relación de dependencia sobre el titular del bien y quien radica en una posición de protección, pero en esta teoría de forma específica, se estudia el deber de vigilancia frente a ciertas actividades de riesgo, tolerando un porcentaje de riesgo permitido.

Como contrapartida a esta idea, quien esté bajo esta posición de cuidado tiene el deber absoluto de controlar el aumento de dichos riesgos, para que así todas estas fuentes de peligro no desemboquen en una lesión al bien jurídico protegido, obligando al garante

---

<sup>87</sup> *Id.*, 540-564.

<sup>88</sup> *Id.*, 566-571.

a vigilar todos los riesgos de causa probable, aquellos que sin control podrían afectar al bien en custodia<sup>89</sup>.

La posición de garante se orienta a la prevención, protección y defensa del bien jurídico frente a los peligros que puedan derivarse de la actividad natural del funcionario, organizando su actuación conforme a los límites del peligro. Según Bacigalupo, se debe incluir la injerencia ya que como la posición de garante importa únicamente en la medida en la que se pueda comprobar que quien se encuentre en dicha posición actuó como autor y tenga dominio del ámbito dentro del que se produjo el resultado típico, por lo que se verifica que el resultado anteriormente fue un riesgo no tratado<sup>90</sup>.

Este deber de vigilancia dará la responsabilidad al sujeto de controlar aquellas fuentes de peligro que por su experiencia conozca y perciba, sin que estas hayan sido creadas por el sujeto-garante externas a su dominio y control, encontrándose fuera del riesgo social permitido.

El riesgo desmesurado será comprobado mediante tres requisitos: (i) el haber previado de todas las actividades que no haya ocasionado el peligro próximo en la consumación del daño; (ii) que este comportamiento sea contrario objetivamente a su deber de cuidado; y, (iii) que esta infracción al deber de actuación consista en una violación a la norma penal con una acción típica, dando origen así a la existencia de responsabilidad penal sobre quien se encuentre en esta posición.

### **9.3. Deber de responsabilidad institucional**

Esta teoría responde a ciertas instituciones que, según Jakobs, fomentan el desarrollo personal y social, configurándose por los elementos principales que crean la misma sociedad. Son pilares provenientes de deberes derivados de instituciones morales que resultan básicas para la vida saludable en sociedad, como el matrimonio, confianza, las relaciones filiales y de forma exclusiva aquellas funciones de velar por la seguridad general, en sujeción a las leyes que las recogen.

Incluyendo a estas instituciones la relación que tiene el funcionario frente a la administración pública y los deberes morales que se deben precautelar, pudiendo apreciarse que el fundamento de estas relaciones extiende un deber de cuidado en la

---

<sup>89</sup> Ver, Bacigalupo Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, 312-328.

<sup>90</sup> *Id.*, 377-385.

medida que todos conformamos un mundo común y tenemos el deber de velar los unos por los otros<sup>91</sup>.

De tal forma que dentro de los deberes estatales están aquellos a los que por la fuente organizacional se encuentran ligados los funcionarios que son parte del estado por ejemplo la doctrina plantea el deber institucional sobre los operadores de justicia que por sujeción a las normas morales están obligados a impartir de forma responsable la administración de justicia.

En el caso del peculado, este deber institucional aparece en la capacidad oportuna de distribuir de manera apropiada los recursos públicos, aplicando los valores que se requeridos para estar dentro de una institución pura de servicio social, con el fin de garantizar una óptima utilización de los recursos no solo por el cargo que desempeñan sino por los deberes de institucionales que la sociedad recoge.

Según Jakobs, existen deberes negativos como positivos, resumiendo su teoría al referirnos a los deberes negativos como ciertos deberes elementales donde el encargado de garantizar la protección de estos pilares debe hacer todo lo posible para evitar producir un daño con efectos puramente negativos<sup>92</sup>, mientras que los deberes positivos son para quien ocupa una calidad especial, responsable que no solo debe preocuparse de hacer lo mejor posible por el rol que representa, sino yendo más allá de esta buscando actuar lo mejor posible para beneficiar a la sociedad y los deberes morales que todos protegemos.

Tras este análisis toda persona que acepte actuar en una posición de garante frente al beneficio de terceros como es el caso de los funcionarios públicos tiene un deber mucho más allá que el legal que al incumplir con su promesa de actuar en mejora de ese tercero y la sociedad, desembocaría en una lesión puramente negativa en el orden natural de la vida social.

En el deber institucional al analizar la actuación del funcionario público solo existirán deberes positivos, deberes que van más allá de una relación personal jugando un papel de solidaridad frente a la sociedad y solo podrán ser cumplidos por aquellos que tengan ese lugar en especial como es el caso de los funcionarios estatales encargados de llevar a todos los ciudadanos a una mejor calidad de vida y no lo hagan incurrirían en omisiones equivalentes a una acción, violando de tal forma la posición de garantía reconocida por el deber institucional de cuidado, que no solo producirá una sanción sino desequilibrará las cargas de la sociedad.

---

<sup>91</sup> Jakobs Günther, *Derecho Penal. Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 300-319.

<sup>92</sup> *Id.*, 353-360.



## 10. Conclusiones

La doctrina penal da muchas respuestas al tratamiento de la omisión impropia y como esta representa un elemento principal a la hora de consumir de otra clase de delitos. Primero mediante el estudio del principio de legalidad aplicado de manera concreta al análisis de las conductas desempeñadas por los funcionarios públicos y como estas deben ir apegadas a la norma constitucional a la hora de brindar un servicio público.

Dentro de esta postura se identifico la necesidad de contar con una norma clara y precisa que permita sancionar cuando estas conductas sean omisivas y vayan en contra de los fines estatales. En esta línea el delito de peculado identificado como un delito de resultado mantiene la necesidad de otorgar herramientas legales que puedan colmar los vacíos existentes en la norma, borrando cualquier ambigüedad e interpretación errónea dentro de la misma norma, efecto que se conseguirá mediante una tipificación clara sobre este delito.

En una tercera postura se estudio al delito de omisión como una acción negativa, diferente a la exigida, direccionada a no impedir el resultado de un delito independiente, adoptando una postura mixta al considerar a la omisión impropia como un delito principal participante en el curso causal de otro.

Preceptos que se confirmaron mediante el análisis de las fuentes extensivas de la omisión impropia, observando que los funcionarios públicos que omitan responsabilidades en cualquier nivel dentro del delito de peculado podrán ser imputados según las teorías de la posición de garante al tener en su poder el dominio absoluto sobre la cosa y la preparación oportuna para repeler cualquier riesgo desmesurado, conforme la tesis de la comunidad de peligro haciéndolos materialmente responsables por ser ellos los únicos sujetos capaces de evitar un daño.

Por otro lado siguiendo la tesis del deber de actuación, se confirmo la existencia de responsabilidad sobre todo funcionario público que incumpla con sus deber de auxilio frente a la administración pública, toda vez que permitio la vulneración efectiva del bien jurídico específico del quien era garante, desobedeciendo no solo un deber legal sino atentando contra las instituciones de la sociedad, pudiendo ser sancionados en razón de: 1) su posición de garante; 2) al no actuar de la manera mas eficiente a la luz de anticiparse a una situación de peligro; 3) quienes por su propio deseo doloso involucren que esta situación anterior en un futuro vulnere las instituciones morales que desequilibraran las cargas en la sociedad.

Se recomienda que estas conductas sean reguladas de forma oportuna por el legislador, añadiéndolas dentro del Art. 28, inciso segundo del COIP el bien jurídico correspondiente a la “eficiente administración pública”, conjuntamente con una tipificación clara de las fuentes extensivas de la posición de garante correspondiente a los delitos de omisión impropia, con el propósito de evitar cualquier deseo de impunidad dentro la norma, reforma que nos permitiera identificar a la omisión de forma equivalente a una acción que va encaminada a producir efectos lesivos para el Estado.

Ampliando así la tutela efectiva contenida en la ley, permitiendo a jueces y fiscales realizar una acusación completa frente a este tipo de conductas, obteniendo un beneficio inmediato al poder sancionar mediante esta figura a todos los funcionarios que en virtud de sus omisiones participaron de manera directa e indirecta en el delito y a quienes por una deficiencia normativa no se les podría sancionar en razón de su cargo.

Lo cual con esta nueva tipificación permitirá perseguir y sancionar a todo funcionario que sin importar su grado de participación en el delito haya sido parte de su producción de manera dolosa afectando recursos que pertenecen a todos los ciudadanos del Ecuador.