



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS



La Omisión Dolosa en el Delito de Peculado Frente a la Administración Pública

Carlos José Rivadeneira Hidalgo

2021 / 05

USFQ Law Working Papers
Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2021 / 01 / 28

Difundido: 2021 / 05 / 21

Materias: derecho administrativo

URL: <https://ssrn.com/abstract=3850709>

Citación sugerida: Rivadeneira Hidalgo, Carlos José. “La Omisión Dolosa en el Delito de Peculado Frente a la Administración Pública”. *USFQ Law Working Papers*, 2021/05, <https://ssrn.com/abstract=3850709>.

© Carlos José Rivadeneira Hidalgo

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

LA OMISIÓN DOLOSA EN EL DELITO DE PECULADO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA¹.

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

Carlos José Rivadeneira Hidalgo²
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.

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 Abg. Santiago Escobar Araúz.

² Abogado Carlos José Rivadeneira Hidalgo- *Investigador Independiente*

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 OBJETIVA 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)³, 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 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

³ 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.

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 permite 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)⁴. Se realizará un estudio del impacto del texto constitucional y su relación directa con el COIP⁵; específicamente, con el catálogo de delitos tipificados en la sección tercera denominados “delitos contra la eficiente administración pública”.

Con respecto a la acepción de “servicio y administración pública”, Cretella Jr y Hernán Jaramillo la definen como aquella función netamente necesaria para perseguir y

⁴ 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.

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

cumplir los fines de desarrollo que plantea el Estado, en una búsqueda permanente del bien común, mediante la aplicación directa de los derechos fundamentales⁶. 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 constitucionales⁷.

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 dolosa⁸.

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 sociales⁹.

Por su parte, Kaufmann aplica las teorías de imputación objetiva, mediante el planteamiento de la necesidad de sancionar los delitos omisivos desde una determinación clara de causalidad. Además, considera el resultado lesivo conforme la normativa penal, requiriendo una participación significativa dentro del curso causal en el delito de peculado, teorías de responsabilidad y mecanismos que permitirán sancionar esta clase de delitos¹⁰.

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

⁷ Ver, Víctor M. Martínez Bullé Goyri, "Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos", *Instituto de Investigación Jurídica UNAM*, No.5, 06-26.

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

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

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

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 comunidad¹¹.

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 pertenecen¹².

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 social¹³.

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

¹¹ Ver, Emilio Fernández Vázquez, *Diccionario de Derecho Público*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981), 67-227.

¹² Artículos 226; 227;228, Constitución de la República del Ecuador.

las exigencias de ley para cumplir y respetar los derechos fundamentales contenidos de forma expresa en nuestro texto constitucional¹⁴.

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 CRE¹⁵, que definen: (i) quiénes son los funcionarios públicos; (ii) en qué consiste la administración pública; y, (iii) cuáles son los bienes, servicios y recursos que serán 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, 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

¹⁴ Ver, Jaramillo Hernán, *Manual de Derecho Administrativo*, 300-365.

¹⁵ Artículo 229;230, 233, Constitución de la República del Ecuador.

desde la óptica del derecho público y constitucional mediante políticas públicas que busquen lograr un desarrollo oportuno para el país¹⁶.

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, sometiéndose a una sanción prevista en la ley¹⁷.

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”¹⁸.

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,

¹⁶ Ver, Cavalieri Andreina, “Los Recursos Públicos: Concepto”, *Academia*, https://www.academia.edu/4984676/Los_Recursos_Públicos_Concepto (Consultado el 09 de Septiembre de 2020), 21-40.

¹⁷ Ver, Martínez Bullé Goyri, Víctor M, “Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos”, *Instituto de Investigación Jurídica UNAM*, No.5, 26-32.

¹⁸ 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 en un delito de índole económico¹⁹, tal y como lo prescribe el Art. 278 del COIP²⁰.

4.2. El peculado en la legislación ecuatoriana.

Dentro de la conducta delictiva 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 a los deberes de probidad y lealtad de los funcionarios²¹, quienes al incumplirlos, van conduciendo su accionar a un perjuicio directo contra el Estado generando una causa de lesión o daño reprochable por ley.

El 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 ciudadanos²².

La conducta se puede delimitar en dos cursos de acción: el primero, sobre ciertos actos dolosos encaminados a producir un daño. El segundo, sobre aquellas omisiones generadas con el propósito de cometer un delito. Es por esto que, 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 intensión 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 sociedad²³. 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, con la conciencia y voluntad de apropiarse de la misma causando un perjuicio en contra del Estado²⁴.

¹⁹ Ver, Cancino Moreno José Antonio, *Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial*, (Bogotá: Editorial ABC, 1995), 197-214.

²⁰ Artículo 257; 278, COIP.

²¹ 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.

²² Ver, Cánico Moreno José Antonio, *Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial*, 43-82.

²³ *Id.*, 28-58.

²⁴ Ver, Ferreira Francisco José, *Derecho Penal Tomo II*, (Bogotá: Editorial TEMIS, 2006), 63-133.

En los últimos años en el Ecuador, han crecido desmesuradamente los delitos económicos, relacionados con 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 administración²⁵.

En nuestra legislación penal, el peculado abarca tanto el concepto de acción y omisión. Este último es 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 fases del iter criminis, desencadenando así un domino exclusivo en el curso causal del peculado²⁶.

4.3. Sujetos intervinientes en el delito de peculado

4.3.1. Sujeto activo

Según el Art. 278 del COIP²⁷, 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 CRE²⁸, 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 Estado²⁹.

Por lo tanto, únicamente quien actúe 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

²⁵ *Id.*, 65-89.

²⁶ *Ver*, Donna Edgard Alberto, *Delitos Contra La Administración Pública*, (Buenos Aires: Editores Rubinzal-Culzoni, 2000), 42-64.

²⁷ Artículo 278, COIP.

²⁸ Artículo 229, Constitución de la República del Ecuador.

²⁹ *Id.*, 176-188.

delito, creando así una figura que la doctrina penal denomina sujeto activo calificado³⁰. 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. Esto sin olvidar que, desde la doctrina penal, el peculado debe implicar a dos importantes circunstancias para su consumación³¹.

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 a su funcionalidad entre la omisión y la materialidad del delito.

De esta manera, subsumiendo su conducta dentro de la normativa penal para responsabilizarlo por estas acciones, como lo prescribe el Art. 34 del COIP³², haciendo mención a las causas de imputabilidad del sujeto activo. Esto es quien en su psiquis interna conoce que su conducta es contraria a la ley y, pudiendo discernir, no lo hace, asumiendo voluntariamente las consecuencias inmediatas de su actuar³³. 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 activo³⁴, delitos que en su naturaleza tienen un deber de actuación que nunca se cumplió³⁵.

4.3.2. Sujeto pasivo

Como al referirse al 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 administración pública”. Por lo que es evidente pensar que, en este caso, el sujeto pasivo

³⁰ *Id.*, 71-97.

³¹ *Ver*, Ferreira Francisco José, “*Derecho Penal Tomo II*”, 104-117.

³² Artículo 34, COIP.

³³ *Ver*, Donna Edgard Alberto, *Delitos Contra La Administración Pública*, 97-131.

³⁴ *Ver*, Peña Ossa Erleans Jesús, *Delitos contra la Administración Pública, edición actualizada*, ed, de Gustavo Ibáñez, 70-74.

³⁵ *Id.*, 82-88.

o víctima de esta acción u 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 estatal³⁶. 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 cargo³⁷.

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 COIP³⁸. 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 generado un perjuicio económico, presupone como bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico nacional a aquellos, bienes y dineros públicos que son destinados al desarrollo integral del país³⁹. 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 vulnerabilidad⁴⁰.

³⁶ Ver, Sutherland Edwin, *El Delito de Cuello Blanco*, (Madrid: Editorial Endymion, 1999), (Traducción Oficial por Rosa del Olmo), 13-32.

³⁷ Ver, Zaffaroni Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, (México DF: Editorial Cárdenas, 1986), 65-189.

³⁸ Artículo 278, COIP.

³⁹ Ver, Donna Edgard Alberto, *Delitos Contra La Administración Pública*, 98-118.

⁴⁰ 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 hombres⁴¹; acción u 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 generan, con base en 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 ley⁴².

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 omisión⁴³.

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 protegido⁴⁴.

⁴¹ Ver, Donna Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial Tomo 1*, 34-169.

⁴² *Id.*, 244-278

⁴³ *Id.*, 303-3016

⁴⁴ 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 sanción⁴⁵.

Según esta teoría su principal objetivo es mantener todos los bienes jurídicos protegidos por la norma preventivamente sanos de todo riesgo no permitido, de forma que 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 sociedad⁴⁶. Al criticar esta postura, la teoría subjetiva considera al mero peligro como una ficción humana, sostiene 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 penal⁴⁷.

Expuestas ambas teorías, la postura aquí tomada, considera que el tipo penal del peculado recogido en el Art. 278 del COIP⁴⁸, 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.

Este perjuicio debe ser 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

⁴⁵ *Id.*, 101-132.

⁴⁶ *Id.*, 133-156.

⁴⁷ Ver, Vargas Pinto Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultad*, (Navarra: Editorial Aranzadi, 2007), 63-78.

⁴⁸ Artículo 278, COIP.

necesario 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 acción⁴⁹.

Además, es la propia norma que 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 de 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.

Si se cumple con el hecho lesivo previsto en la norma⁵⁰, 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. Los 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 hecho⁵¹.

Si tratamos de encasillar al peculado como un delito de peligro no solo estaríamos ante 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 pública⁵², 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

⁴⁹ Ver, Vargas Pinto Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado*, 217-234.

⁵⁰ *Id.*, 266-274.

⁵¹ *Id.*, 302-325.

⁵² Ver, Welzel Hans, *Derecho Penal Parte General*, 241-258.

específicamente el peculado, se debe considerar que en este delito ciertas acciones no nos 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 qué hechos constituyen una conducta típica, antijurídica, de aquellas actuaciones 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, está 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 intención de omitir su acción⁵³.

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 esperada⁵⁴.

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 ley⁵⁵, 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 otorgada⁵⁶.

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

⁵³ Ver, Bacigalupu Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, (Bogotá: Editorial TEMIS, 1983), 38-49.

⁵⁴ *Id.*, 49-62.

⁵⁵ Ver, Kaufmann Armin, *Dogmática en los Delitos de Omisión*, 83-107.

⁵⁶ *Id.*, 116-134.

un delito de pura desobediencia de forma imperativa a la norma. Al tratarse este tipo de 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 objetivo⁵⁷, incumplimiento la obligación impuesta; omisión que terminará siendo típicamente completa para sancionar.

Ante una 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 de esa persona frente a la omisión de dicha disposición, independientemente si hubo un daño o no⁵⁸. Así, se sanciona al sujeto por la irresponsabilidad al incumplir con su deber especial de cuidado, produciendo como efecto inmediato un acto típico y reprochable⁵⁹.

6.2. Omisión impropia

La omisión impropia, presente en el inciso segundo del Art. 28 del COIP⁶⁰, reconoce el segundo tipo omisión dentro de nuestro ordenamiento jurídico, enfatizando de forma clara que no solo es, al igual que la omisión propia, aquella inacción ejecutada por el sujeto para no cumplir con el deber impuesto sobre él, sino que la diferencia mediante requisitos especiales presentes en este delito.

Para entenderlo mejor, en la omisión impropia sí 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. Esto 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 especial⁶¹, 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

⁵⁷ *Id.*, 160-168.

⁵⁸ *Id.*, 170-183.

⁵⁹ Ver, Bacigalupu Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, 119-122.

⁶⁰ Artículo 28, COIP.

⁶¹ Ver, Schünemann Bernd, *Fundamento y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, (Madrid: Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009), 59-62.

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 omitente de forma similar a una acción, tal cual como si él hubiese sido el causante directo del daño⁶².

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, al analizar a la omisión impropia es importante reconocer que se construye con base en un delito independiente de acción. Por ejemplo, el delito de peculado, donde está incluida la omisión impropia, está 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 responsabiliza⁶³. 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 social⁶⁴.

Al analizar los delitos de comisión por omisión, es necesario examinar aquellos elementos constitutivos del delito, para que se cumpla fehaciente el 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 acción⁶⁵.

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—, estos se deberán 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

⁶² *Id.*, 77-94.

⁶³ *Id.*, 136-152.

⁶⁴ *Ver*, Bacigalupu Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, 254-268.

⁶⁵ *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.

Esto ya que en muchos de los casos estos delitos no se encuentran regulados por el legislador, sino que solo son analizados por quien interpreta la comisión de los mismos a raíz de la omisión, atribuyendo un resultado típico previsto en la norma penal para ser imputable exclusivamente cuando esta omisión cumpla con todos los aspectos legales para su oportuna sanción⁶⁶.

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, aun teniendo la capacidad exclusiva para evitar el resultado⁶⁷.

La estructura de estos delitos omisivos es verificable mediante tres supuestos: (i) una situación típica producida por el sujeto obligado a ejercer una actividad destinada a evitar un resultado; (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 están obligados 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.

Así, 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

⁶⁶ Ver, Zaffaroni Eugenio, *Manual de Derecho Penal*, 345-378.

⁶⁷ 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 peligro⁶⁸.

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 penal⁶⁹, la omisión propia es aquella donde el sujeto está obligado mediante un mandato legal a actuar, incluyendo a sujetos que 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. Esta figura brinda al sujeto la obligación de actuar, pero sin estar contemplada en la ley. Por 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 continuación⁷⁰.

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 la norma, 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. Esto 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.

⁶⁸ Ver, Bacigalupu Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, 209- 231.

⁶⁹ Ver, Bacigalupu Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, 252-260.

⁷⁰ 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 concluye que los únicos contratos de los cuales 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 contrato⁷¹. 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 debe 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 existentes⁷².

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. Esta 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 positiva⁷³.

⁷¹ *Id.*, 272-281.

⁷² *Id.*, 282-285.

⁷³ Ver, Welzel Hans, *Derecho Penal Parte General*, 112-133.

Es decir que, posterior a una acción precedente, se omite 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, 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 daño⁷⁴. 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 casualidad, es imprescindible analizar cómo esta injerencia de peligro actúa de la forma más idónea para producir indudablemente un resultado, el cual ha de comprobarse mediante una relación de causalidad donde el comportamiento anterior sí 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”⁷⁵. Así, es necesario entender que será responsable por su deber de actuación a quien de manera directa se le pueda imputar, conforme a los parámetros jurídicos, la responsabilidad del peligro causado y, con posterioridad, el daño generado al bien jurídico tutelado.

7.2. Fuentes extensivas de la posición de garante

⁷⁴ *Id.*, 145-149.

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

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. Para esto, es necesario un análisis mayor con base en los supuestos fácticos, debido a la necesidad de responsabilizar a todos los sujetos quienes fuera de las fuentes tradicionales se encontrasen en una posición garante y no la cumplan⁷⁶.

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. Esta es mejor definida como aquella condición en la cual un grupo de personas o 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.

Esto 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 causalidad⁷⁷.

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 contracción pública 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—, los sujetos 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.

Al asumir 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. Esto se aplica en

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

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

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. Esto, proyectado al caso de los funcionarios públicos, el deber será repeler el curso de acción del peculado a realizarse en la institución pública donde ellos ejercen su dominio y pertenecen⁷⁸.

La teoría referida se diferencia 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 ingresa 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 dominio, produciendo así el deber de actuar de forma exclusiva por parte de quien, al conocer su dominio, pueda hacer todo lo necesario para evitar producir un daño⁷⁹.

Aquellos 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 sus manos la capacidad de detener dicho curso causal lesivo dentro del delito de peculado.

⁷⁸ *Id.*,136-142.

⁷⁹ *Id.*,148-150.

Así, 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 son los únicos que, en virtud de su posición de garante, tendrían el poder de discontinuar el iter criminis del delito sin que 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 pese a tener el dominio en virtud de su función.

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;⁸⁰ hablando de la omisión como aquella acción que resultó 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 esta debe razonablemente ser estudiada mediante un juicio de probabilidad o causalidad que nos permita 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, más 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, desembocó en un curso de acción independiente, como es no evitar el resultado y como esta acción omisiva tuvo un impacto propio en el cometimiento del delito.

Con este argumento, la herramienta principal que nos permite 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 únicamente de la deliberación personal del omitente, quien decidió no expresar la acción exigida en el mundo real.

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

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

en su totalidad el daño, seguido por su curso causal, conforme las teorías de causalidad hipotética que nos esclarecerán si la omisión sustancialmente fue la causante principal del impacto causado⁸¹.

Ahora bien, al hablar de imputación objetiva entendida como el desenlace mayor entre el resultado inminente y la conducta jurídica 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 sí podrá ser imputado objetivamente a la luz del principio de legalidad, debido a que no solo permitió consumir el daño sino que, en una hipótesis diferente, no lo evitó pudiendo hacerlo⁸².

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”, permitiendo saber en qué casos sí 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 ilícito⁸³.

En el caso de la omisión impropia implica más concepciones a considerar respecto de cómo concibe el ordenamiento jurídico nacional al “no hacer” y el alcance de su protección, observando cómo este generó un peligro directo, diferente al riesgo permitido por la misma norma y más aun conduciendo el peligro hacia un resultado. La única hipótesis donde cabría la posibilidad de aplicar las teorías de imputación objetiva, implica tres requisitos para la confirmación en la omisión: (i) la omisión causa un peligro desaprobado por la ley, (ii) el alcance de protección de la norma sanciona a la omisión y el aumento del riesgo no permitido causado por el no hacer y (iii) la omisión causa 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 la acción omisiva que desarrolló el sujeto, en ese riesgo

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

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

⁸³ 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 exigida⁸⁴.

Así, se concluye que las teorías de imputación objetivas son eficientes en relación con la omisión en los casos donde existente 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 cómo 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, en un principio el sujeto activo del delito figura únicamente como un sujeto común ubicado en un determinado puesto, quien bajo su trabajo u ocupación es custodio de uno o varios bienes jurídicos tutelados en el ordenamiento⁸⁵.

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, lo cual se atribuye a la función interpuesta sobre él, 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 responsabilidad⁸⁶.

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 y garantizando un actuar diligente y oficioso frente a un determinado bien jurídico.

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

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

⁸⁶ *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, 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 delito⁸⁷.

Tras analizar la teoría del 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 cuáles fueron las que tuvieron un impacto considerable en el peculado⁸⁸. Esto, observando que quien figuró 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. Este análisis es imperativo para que se compruebe una dependencia evidente frente al titular del bien.

En el peculado esto se verificaría debido a la condición de servicios prestada por el funcionario público con el Estado y dado que en el ejercicio de sus funciones de manera libre y voluntaria accedió a ser custodio de dichos bienes y recursos estatales. Por lo que el sujeto se compromete 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. La diferencia es que 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

⁸⁷ *Id.*, 540-564.

⁸⁸ *Id.*, 566-571.

a vigilar todos los riesgos de causa probable, aquellos que sin control podrían afectar al bien en custodia⁸⁹.

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 la posición de garante importa únicamente en la medida en la que se pueda comprobar que, quien se encuentre en dicha posición, actúe como autor y tenga dominio del ámbito dentro del que se produjo el resultado típico, verificándose que el resultado anteriormente fue un riesgo no tratado⁹⁰.

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 hacer previo 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 fomentan el desarrollo personal y social, configurándose por los elementos principales que crea 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 en la relación que tiene el funcionario frente a la administración pública y los deberes morales que se deben precautelar, se puede apreciar que el fundamento de estas relaciones extiende un deber de cuidado en la medida que todos conformamos un mundo común y tenemos el deber de velar los unos por los otros⁹¹.

⁸⁹ Ver, Bacigalupo Enrique, *Delitos Impropios de Omisión*, 312-328.

⁹⁰ *Id.*, 377-385.

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

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, el deber institucional que versa 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 sean requeridos para estar dentro de una institución pura de servicio social. Esto con el fin de garantizar una óptima utilización de los recursos no solo por el cargo que desempeñan, sino por los deberes institucionales que la sociedad recoge.

Según Jakobs, existen deberes negativos como positivos. Resumiendo su teoría, los deberes negativos se refieren a los 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. 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 buscando actuar lo mejor posible para beneficiar a la sociedad y los deberes morales que todos protegemos⁹².

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. Al incumplir con su promesa de actuar en mejora de ese tercero y la sociedad, se 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 y que juegan un papel de solidaridad frente a la sociedad. Estos 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; si no lo hacen, 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.

10. Conclusiones

⁹² *Id.*, 353-360.

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

Dentro de esta postura se identificó la necesidad de contar con una norma clara y precisa que permita sancionar las conductas omisivas que 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 un tercer momento se estudió al delito de omisión como una acción negativa, diferente a la exigida, direccionada a no impedir el resultado de un delito independiente. Así, se adopta una postura mixta al considerar a la omisión impropia como un delito principal participante en el curso causal de otro.

Estos preceptos 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. Esto 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, existe responsabilidad sobre todo funcionario público que incumpla con su deber de auxilio frente a la administración pública, toda vez que permitió 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. Así, el funcionario puede ser sancionados en razón de: 1) su posición de garante; 2) al no actuar de la manera más eficiente a la luz de anticiparse a una situación de peligro; -3) quienes por su propio deseo doloso busquen causar a futuro una grave afectación a las instituciones morales, provocando un desequilibrio -en las cargas de 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”. Esto 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. La reforma que se propone nos permitirá identificar a la omisión de forma equivalente a una acción que va encaminada a producir efectos lesivos para el Estado.

Con esto se amplía la tutela efectiva contenida en la ley, permitiendo a jueces y fiscales realizar una acusación completa frente a este tipo de conductas, y generando 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 puede sancionar en razón de su cargo.

Por lo que, con esta nueva tipificación, se 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.