

08

LA OMISIÓN DOLOSA
EN EL PECULADO E IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA EN EL ECUADOR

LA OMISIÓN DOLOSA

EN EL PECULADO E IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

THE INTENTIONAL OMISSION IN EMBEZZLEMENT AND IMPACT ON PUBLIC ADMINISTRATION IN ECUADOR

Jessica Virginia Cornejo-Guamán¹

E-mail: jcornejo5@indoamerica.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1421-3814>

Yudith López-Soria¹

E-mail: yudithlopez@uti.edu.ec,

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6845-088X>

¹ Universidad Indoamérica. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Cornejo-Guamán, J. V., & López-Soria, Y. (2024). La omisión dolosa en el Peculado e impacto en la administración pública en el Ecuador. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 7(2), 78-87.

RESUMEN

El objetivo planteado aquí, es, previo análisis jurídico de la omisión dolosa en el contexto del delito de Peculado en Ecuador: Argumentar la necesidad de implementar una reforma en el artículo 28 del Código Orgánico Integral penal, de modo que describa con claridad, la posibilidad de sancionar de manera oportuna y efectiva, a los funcionarios públicos que incurren en esta conducta en torno a los delitos de Peculado. Dentro de la legislación ecuatoriana, existe una problemática con respecto a la posibilidad de sancionar a los funcionarios públicos que, a pesar de estar en posiciones específicas de responsabilidad, no cumplen con su obligación legal de prevenir y evitar la comisión del Peculado, incurriendo en omisión dolosa. Esta modalidad de la tipicidad no se encuentra tipificada como un delito en el Ecuador, y eso está bien, pues obra como una norma general y, por ende, se aplicaría a todo el proceso penal y en todos los tipos penales, de acontecer la necesidad. Pero, es preciso, ampliar el artículo que la prevé, de modo que quede claro en qué consiste y cómo puede ser tratada técnicamente. Para ello, se emplea un enfoque cualitativo con los métodos científicos como el analítico, inductivo y exegetico.

Palabras clave:

Administración pública, omisión dolosa, peculado.

ABSTRACT

The objective set forth here is, following a legal analysis of intentional omission in the context of the crime of Embezzlement in Ecuador: To argue the need to implement a reform in Article 28 of the Comprehensive Organic Criminal Code, so that it clearly describes the possibility of timely and effective sanctioning of public officials who engage in this conduct concerning the crime of Embezzlement. Within Ecuadorian legislation, there is an issue regarding the ability to sanction public officials who, despite holding specific positions of responsibility, fail to fulfill their legal obligation to prevent and avoid the commission of Embezzlement, engaging in intentional omission. This form of typicity is not classified as a crime in Ecuador, and that's fine, as it acts as a general rule and, therefore, would apply to the entire criminal process and to all criminal offenses if the need arises. However, it is necessary to expand the article that foresees it, so that it is clear what it consists of and how it can be technically treated. To do this, a qualitative approach is employed using scientific methods such as analytical, inductive, and exegetic.

Keywords:

Public administration, willful omission, embezzlement.

INTRODUCCIÓN

El Peculado tiene raíces históricas que se extienden por diversas civilizaciones. En el Imperio romano, ya se registraban casos de malversación de fondos y propiedades del Estado, donde los funcionarios eran tentados por oportunidades de enriquecimiento ilícito. *“Durante la Edad Media, la corrupción y el Peculado proliferaron en las cortes reales y entre los administradores públicos, aprovechando la falta de regulaciones robustas”*. (Santos, 2016)

“En el Renacimiento y la Revolución Francesa, las monarquías absolutas intensificaron la corrupción, pero la Revolución Francesa marcó un cambio al generar demandas de transparencia y rendición de cuentas. En el siglo XIX, con estructuras gubernamentales más complejas, aumentaron las oportunidades para el Peculado. En el siglo XX, la globalización trajo consigo casos significativos de corrupción a nivel internacional, subrayando la necesidad de medidas anticorrupción sólidas”. (Madrado, 2000)

Por otra parte, *“en la época contemporánea, la lucha contra el Peculado se ha fortalecido con leyes más estrictas y sistemas de supervisión. Organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, abogan por la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión de fondos públicos para combatir eficazmente la corrupción”*. (Santos, 2016)

Estos antecedentes históricos marcan patrones recurrentes de comportamiento corrupto entre aquellos encargados de administrar recursos públicos, enfatizando la continua importancia de la vigilancia y la aplicación de leyes anticorrupción.

Actualmente, en Ecuador, el Peculado se considera un delito grave que implica el mal uso o la apropiación indebida de fondos públicos por parte de funcionarios encargados de su custodia o administración. Este delito está tipificado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) y abarca una amplia gama de conductas, desde la sustracción directa de recursos materiales, hasta el abuso de información privilegiada con el fin de obtener beneficios personales o para terceros.

El Peculado en Ecuador, tiene repercusiones significativas, ya que no solo socava la confianza pública en las instituciones gubernamentales, sino que también afecta el uso eficiente de los recursos destinados al bienestar común. La legislación ecuatoriana busca prevenir y sancionar de manera contundente, este tipo de comportamiento, estableciendo penas privativas de libertad de hasta trece años para quienes incurran en este delito.

Pero, existe una problemática con respecto a la sanción de funcionarios públicos que, a pesar de estar en posiciones específicas de responsabilidad, no cumplen con su obligación legal de prevenir y evitar la comisión del delito de Peculado en ciertas actividades “no realizadas”. La omisión dolosa, por parte de estos funcionarios públicos,

no se encuentra tipificada como un delito en el Ecuador, pues obra como una norma general de aplicación a todos los tipos penales tipificados en el Código Orgánico Integral Penal (COIP). Sin embargo, para que el peculado por omisión dolosa pueda ser tratada técnicamente bien, se necesita la ampliación del artículo 28 del COIP.

Por lo tanto, el objetivo general de este artículo académico es argumentar la necesidad de implementar una reforma en el artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, de modo que describa con claridad, la posibilidad de sancionar de manera oportuna y efectiva, a los funcionarios públicos que incurren en esta conducta en torno a los delitos de Peculado. Los objetivos específicos incluyen, establecer la definición y tipificación detallada en el COIP, de la omisión dolosa específicamente en relación al delito de Peculado, y determinar el impacto de la omisión dolosa en el Peculado en la administración pública del Ecuador.

DESARROLLO

La omisión dolosa se refiere a la situación en la que una persona, con pleno conocimiento y voluntad, decide no realizar una acción que tiene la obligación legal de llevar a cabo. Por ello, la omisión, no es simplemente un descuido o negligencia, sino una elección consciente de no actuar, a pesar de tener el deber jurídico de hacerlo. Este concepto implica la intención de omitir una acción requerida por la ley, lo que puede tener implicaciones legales en términos de responsabilidad penal.

Uno de los debates centrales en la dogmática penal contemporánea, es la conceptualización misma de la omisión como categoría jurídica. Existen posiciones encontradas respecto a si la omisión debe entenderse como una abstención de actuar, tesis negativa, o como una forma alternativa de acción contraria al mandato legal, tesis positiva (Kaufmann, 2018). El debate sobre la conceptualización de la omisión en la dogmática penal refleja la complejidad de definir su naturaleza jurídica. Las posiciones divergentes, ya sea como abstención de actuar o como una forma alternativa de acción contraria al mandato legal, destacan la necesidad de una claridad conceptual en la interpretación de la omisión en el ámbito penal contemporáneo.

La corriente negativista, arraigada desde la época de Carrara, defiende la idea de que la omisión, implica la decisión consciente del individuo de no llevar a cabo la conducta prescrita por la norma, manifestada en un “no hacer nada” intencional. En esta perspectiva, el omiso no realiza ninguna acción, simplemente se abstiene de llevar a cabo la acción esperada, alineándose con el sentido etimológico de la omisión como una “inactividad” deliberada. Esta postura resalta la importancia de la voluntariedad en la omisión, donde la elección de no actuar se considera fundamental en la interpretación de la responsabilidad jurídica.

En contraposición, los partidarios de las teorías positivistas, liderados por Barcigalupo (1983), sostiene que *“toda omisión, en realidad, representa una forma de actuar, aunque sea en desacato al mandato legal”*. Argumenta que *“aquel que omite está actuando de otra manera a la requerida por la norma, exhibiendo siempre una conducta observada”*. Según esta perspectiva, la omisión no se clasifica como una inacción, sino como una acción opuesta al comportamiento jurídicamente esperado. Este enfoque desafía la noción de que la omisión es simplemente la ausencia de acción, resaltando que incluso la omisión implica una forma específica de conducta en el ámbito legal.

La confrontación entre estas concepciones opuestas tiene implicaciones significativas en términos dogmáticos y político-criminales. Desde una perspectiva garantista, busca restringir las omisiones punibles a los casos de deberes legales explícitos. Por otro lado, ofrece una visión más amplia sobre lo que constituye una acción por omisión y podría extender de manera riesgosa, la punición a simples incumplimientos de expectativas sociales de actuación. De esta manera, la discusión permanece abierta en la doctrina, reflexionando sobre cómo equilibrar la protección de derechos individuales con la necesidad de mantener la justicia y coherencia en el ámbito legal.

“La omisión se divide en dos categorías principales: omisión propia y omisión impropia. La omisión propia ocurre cuando alguien no lleva a cabo una acción específicamente ordenada por la ley, lo que implica una inactividad frente a un mandato jurídico de actuar de cierta manera. Por otro lado, la omisión impropia se refiere a la falta de impedir un resultado perjudicial, incluso cuando no hay un deber legal explícito de realizar una acción positiva. En este caso, la persona no está obligada por la ley a tomar una acción activa, pero tiene la capacidad y la responsabilidad de evitar un daño, y la omisión se produce al no tomar medidas para prevenir ese resultado negativo”. (Rivadeneira, 2021)

En la concepción de Kaufmann (2018), *“esta forma de omisión se distingue por la inactividad del individuo frente a un mandato legal explícito de actuar”* (p. 32). Es decir, se le presenta al destinatario una exigencia normativa específica para llevar a cabo un comportamiento determinado, y este sujeto opta por no realizar ninguna acción, limitándose a abstenerse de cumplir con lo ordenado. La claridad conceptual de esta categoría contribuye a la comprensión precisa de las distintas formas de omisión en el ámbito legal. Este mismo autor opina que *“la omisión propia implica una “acción no ejecutada” que se imputa legalmente al agente debido a una disposición normativa que le obliga a llevar a cabo una acción específica”*. (p. 31)

En esta variante omisiva, existe una clasificación previa que establece la conducta requerida por el sujeto obligado. En este escenario, el individuo no actúa simplemente, “de la manera correcta para evitar un resultado”, según

su deber legal, destacando la importancia de definir con precisión las obligaciones y responsabilidades jurídicas al analizar la omisión.

Se confirma, por tanto, una omisión ilícita por parte del obligado con respecto a una norma que, específicamente, ordena su comportamiento activo. Los códigos penales reconocen esta forma de omisión propia o pura, como merecedora de sanción, ya que existe una expectativa razonable de que el destinatario del mandato legal llevará a cabo la acción exigida, expectativa que se ve defraudada por su deliberada inactividad. De este modo, se materializa la sanción de la denominada “acción no ejecutada”, a pesar del requisito normativo que vincula al omiso.

La omisión impropia se refiere a una situación en la que una persona, aunque no está legalmente obligada a realizar una acción positiva, tiene la capacidad y la responsabilidad legal, de evitar un resultado dañino y no lo hace. En este contexto, la omisión impropia implica la falta de impedir una consecuencia negativa, a pesar de no existir un mandato legal específico, que requiera una acción activa. Esta categoría, a menudo, involucra la noción de “posición de garante”, donde la persona asume una obligación especial de cuidado o custodia, con respecto al bien jurídico afectado.

La omisión impropia destaca la importancia de considerar las circunstancias y responsabilidades individuales, más allá de los deberes legales explícitos, para determinar la culpabilidad o responsabilidad, en situaciones en las que la inacción puede tener consecuencias perjudiciales. Así, a diferencia de la omisión propia, anudada directamente con el incumplimiento de un mandato legal expreso, en la impropia, dicha vulneración normativa debe ocasionar a su vez, un resultado dañoso. Se trata pues, de una forma cualificada de comportamiento omisivo antijurídico, que genera mayores exigencias probatorias sobre la relación de evitación entre la acción debida y el resultado producido.

En Ecuador, la omisión dolosa está regulada en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) y constituye una de las incorporaciones más debatidas de la parte general del cuerpo legal penal en Ecuador. Esta modalidad omisiva se encuentra contenida en el segundo inciso del artículo 28 y establece:

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

Este artículo aborda el concepto de omisión dolosa, que se refiere al comportamiento de una persona que, de manera deliberada, elige no evitar un resultado típico cuando está en una posición de garante. Se considera en posición de garante a aquella persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico. Además, esta persona ha provocado o aumentado previamente, un riesgo que resulta crucial en la afectación de dicho bien jurídico.

El artículo establece las condiciones bajo las cuales, la omisión dolosa puede ser aplicada, destacando la responsabilidad de aquellos que tienen un deber específico de cuidado y no actúan para evitar consecuencias perjudiciales.

El término Peculado encuentra sus raíces en el latín, específicamente en la palabra *peculatus*, que deriva del significado de caudal. Según Rivadeneira (2021), *“el Peculado se define como la apropiación voluntaria y dolosa de bienes y dineros pertenecientes al erario para sí mismo o un tercero, no siendo parte del peculio propio del funcionario garante del mismo”* (p. 152). Esta definición subraya la naturaleza delictiva del Peculado, resaltando la intencionalidad y mala fe en la apropiación indebida de recursos públicos.

Se define como un delito de corrupción que implica el mal uso o la apropiación indebida, de fondos o recursos públicos, por parte de un funcionario encargado de su custodia o administración. Este delito se caracteriza por la desviación ilegal, de recursos destinados al servicio público para beneficio personal o de terceros, mediante acciones como la sustracción, malversación o mal uso de fondos. Constituye una violación seria, a la confianza pública y menoscaba la integridad del sistema gubernamental en cuestión, al perjudicar el uso adecuado de los recursos destinados al bienestar común.

En Ecuador, el Peculado está tipificado en el artículo 278 del COIP en el que se define como *“las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años”* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

El Peculado, al ser un delito que implica el mal uso o apropiación indebida de fondos públicos, tiene repercusiones directas en la sociedad. En primer lugar, carcome la confianza de los ciudadanos en las instituciones gubernamentales, erosionando la credibilidad en la gestión transparente y ética de los recursos públicos. Este

debilitamiento de la confianza, a su vez, puede generar descontento y desencanto hacia las autoridades, afectando la cohesión social.

Además, el Peculado conlleva la desviación de recursos que originalmente, estaban destinados al bienestar común, lo que repercute en la calidad de los servicios públicos, la educación, la salud y otras áreas críticas. Esta malversación de fondos públicos puede provocar desigualdades y limitar el desarrollo socioeconómico, afectando especialmente, a los sectores más vulnerables de la sociedad. En última instancia, el impacto del Peculado no se limita solo a las esferas legales y financieras, sino que permea en la estructura misma de la sociedad, minando la confianza ciudadana y comprometiendo el bienestar general.

Ahora bien, para que una conducta sea considerada delictiva, debe ser tipificada, lo que implica que el hecho en cuestión, o la acción realizada deben cumplir con una serie de elementos que se ajusten a uno de los tipos penales establecidos por el legislador, o como lo explica López (2020), *“la tipicidad, es un elemento estructural del concepto de delito, de modo que, para poder decir que una conducta es delictiva, uno de los requisitos a exigirse, es que sea típica”*. (p. 73)

La tipicidad del delito de Peculado radica en la violación de la confianza depositada en el individuo para el manejo adecuado de los recursos estatales. En el caso del peculado por acción, se configura cuando el funcionario utiliza de manera ilegítima los fondos públicos a su disposición, mientras que, en el peculado por omisión, la infracción se produce por la falta de cumplimiento de deberes específicos que llevan consigo la custodia y administración de los bienes públicos. Estos son los hechos que deben encuadrar con el tipo penal que está especificado en el artículo 278 del COIP:

Sujeto Activo: Los servidores públicos, así como, aquellas personas que actúen en virtud de una potestad estatal en instituciones del Estado, determinadas previamente, por la Constitución de la República.

Sujeto Pasivo: El sujeto pasivo puede variar dependiendo de la modalidad de Peculado. En general, involucra al Estado, tanto en sus bienes muebles o inmuebles como en sus fondos públicos o privados.

Verbo Rector: El artículo describe diversas acciones constitutivas de Peculado, como abusar, apropiarse, distraer o disponer arbitrariamente de bienes, dineros públicos o privados, entre otros. También se incluye la utilización indebida de trabajadores remunerados por el Estado y el aprovechamiento económico de información calificada como secreta, reservada o de circulación restringida.

Objeto del delito: El objeto del delito se constituye por el bien jurídico protegido que en este caso es la correcta administración de los recursos públicos y privados, así

como la integridad del patrimonio del Estado y de las instituciones del Sistema Financiero Nacional. Además, se resguarda la confianza pública en la gestión transparente y ética de los bienes y fondos. **“El objeto material del delito de Peculado es la apropiación ilegítima de dineros pertenecientes a la administración pública por parte de un sujeto investido de poder estatal.”** (Ponce, 2020, p. 30)

Móvil del Delito: El móvil del delito de peculado es obtener un beneficio propio o en favor de terceros a expensas de los bienes, dineros públicos o privados, o efectos que los representen. Esto implica un aprovechamiento indebido de la posición de autoridad o confianza para obtener un lucro personal o para favorecer a terceros.

La exigencia de dolo en el Peculado destaca la necesidad de que el sujeto activo sea consciente de la ilegalidad de sus acciones y que actúe de manera intencional para obtener un provecho indebido. Esta condición resalta la gravedad del delito y establece un estándar más alto de culpabilidad, ya que implica una conducta premeditada y consciente por parte de quienes la cometen.

Dentro de la conducta delictiva del Peculado, es necesario comprender que los sujetos activos de este delito son funcionarios públicos que, de manera arbitraria, abusan de los recursos públicos bajo su custodia. Para que se configure este ilícito penal de Peculado, los funcionarios deben transgredir los deberes de probidad y lealtad inherentes a su cargo, incurriendo en un accionar que vulnera los intereses del Estado y causa un perjuicio directo a su patrimonio. Al incumplir sus obligaciones, los funcionarios desvían los recursos públicos de sus fines legítimos, generando una lesión o daño al erario que es reprochable penalmente.

El Peculado, como se mencionó anteriormente implica un abuso de la posición de garante de los bienes públicos que ostentan estos sujetos, quienes traicionan la confianza depositada en ellos **“al hacer un uso indebido e ilegal de dichos recursos en su propio provecho o de terceros, la configuración delictiva se centra, entonces, en la infracción de deberes funcionales que provoca un menoscabo al patrimonio estatal tutelado jurídicamente.”** (Cancio, 2020, p. 22)

El funcionario, a pesar de tener la obligación legal de custodiar y gestionar adecuadamente estos recursos públicos, infringe sus deberes y permite que se produzca una ofensa a este derecho social. Al desviar los fondos públicos de sus fines legítimos en beneficio propio o de terceros, el sujeto activo, genera un daño concreto al erario y, además, pone en grave peligro el patrimonio común de todos los ciudadanos.

El Peculado, supone un abuso de confianza por parte de alguien incorporado a las estructuras estatales y encargado precisamente, de salvaguardar los intereses públicos. Al apropiarse de manera indebida de dineros públicos, el funcionario defrauda la buena fe depositada

en él por la colectividad y arremete contra un bien jurídico esencial para el correcto funcionamiento de la gestión estatal. Por ello, ese menoscabo doloso contra los fondos del erario constituye la materialidad típica del delito de Peculado y representa un atentado directo contra el Estado de Derecho.

Para que se configure el delito de Peculado, en modalidad dolosa por omisión, de acuerdo con Espín (2022), deben darse los siguientes elementos:

1. Existencia de una omisión o inactividad dolosa. Esto significa que el funcionario público tiene pleno conocimiento de que se está sustrayendo el patrimonio público a su cargo, tiene el deber legal de impedirlo en su calidad de garante y a pesar de ello no realiza ninguna acción para evitarlo. Hay una deliberada voluntad de permitir que se produzca el apoderamiento ilícito de los bienes estatales.
2. Infidelidad en la custodia, gestión o administración de caudales o efectos públicos. El sujeto activo debe tener a su cargo el cuidado de dinero, bienes o efectos pertenecientes al Estado en función de su cargo o servicio público. Su deber es salvaguardar el patrimonio público, pero en su lugar permite dolosamente que otros se apoderen de él al omitir impedirlo.
3. Producción de un resultado material lesivo contra el patrimonio del Estado. La conducta omisiva dolosa del funcionario debe necesariamente terminar facilitando que terceros sustraigan los bienes públicos bajo su responsabilidad, provocando con ello un perjuicio económico al Estado. No basta con la simple omisión, debe generarse un menoscabo a los intereses patrimoniales estatales.
4. Nexo causal entre la omisión y el resultado dañoso. La omisión dolosa del funcionario público debe ser la causa directa y eficiente de que otros puedan consumir el apoderamiento ilegítimo del patrimonio estatal hasta producirle un detrimento económico. (p. 63)

Este nexo es fundamental para determinar la responsabilidad penal de un delito. En el Peculado por omisión dolosa, el nexo causal se establece cuando la omisión del funcionario público, es decir, su falta intencional de actuar, cuando tiene la obligación legal de hacerlo y que resulta en la lesión o afectación de los bienes públicos. Es decir, la omisión dolosa debe ser la causa directa o determinante de la apropiación indebida de los bienes públicos por parte del funcionario encargado de su custodia o administración. Para establecer este nexo causal, es necesario demostrar que la omisión dolosa del funcionario público fue la condición *sine qua non* para que ocurriera el delito de Peculado. Esto implica que, de no haber existido la omisión, el delito no se habría cometido o habría sido evitado.

“En el Peculado por omisión dolosa, debe demostrarse que el garante funcionario público tuvo pleno conocimiento de la sustracción de los bienes a su cargo y deliberadamente no hizo nada para impedirlo, faltando a

sus deberes legales y posibilitando que se concrete la apropiación indebida por terceros en perjuicio del erario público, se trata de una modalidad omisiva y dolosa grave del delito de Peculado” (Santillán, 2022)

La mala administración de los recursos públicos es una de las problemáticas más acuciantes que enfrentan los gobiernos actuales, constituye una señal de alarma sobre posibles fallas sistémicas cuando la gestión estatal se ve afectada por prácticas irregulares o la desviación indebida de fondos. En Ecuador, el Peculado ha sido un punto neurálgico en el debate sobre delitos contra la administración pública, la malversación y apropiación indebida de fondos estatales, por parte de funcionarios infractores es un problema que ha escalado a niveles preocupantes. Este actuar doloso, vulnera la confianza de la ciudadanía y debilita la institucionalidad del país.

Combatir con firmeza el Peculado y promover una cultura de integridad y transparencia en la gestión de recursos públicos, es fundamental para resguardar el interés colectivo y construir una sociedad más justa, se requieren reformas integrales y voluntad política para desterrar este flagelo que tanto daño le hace al Estado de Derecho.

En Ecuador, históricamente se ha evidenciado que los cargos públicos son muy codiciados, quizás por el estatus económico y social a que conllevan o por el reconocimiento político que generan. Lamentablemente, en muchas ocasiones dichas posiciones han servido de trampolín para que personas sin experiencia, sin ética o sin una formación adecuada accedan a puestos de poder.

Esto sucede porque la designación de autoridades en el sector público con frecuencia se basa en padrinazgos políticos y no en los méritos, capacidades y trayectoria de los candidatos. Así, individuos poco preparados logran colocarse en cargos estratégicos del Estado o de empresas públicas, sin contar con las competencias necesarias para una gestión eficiente y transparente.

Lo ideal sería que la selección de funcionarios públicos responda única y exclusivamente, a criterios de idoneidad comprobada, solvencia ética. El Estado necesita los mejores talentos en puestos clave para implementar políticas públicas que beneficien a la ciudadanía. Romper con las malas prácticas del pasado y apostar por un servicio civil meritocrático, que premie la excelencia, debe ser una prioridad. Ecuador requiere funcionarios competentes, probos y comprometidos con el bien común.

Una de las principales medidas para evitar estas omisiones dolosas en cuanto a la administración de bienes públicos, sería, fortalecer los sistemas de control interno y auditoría dentro de todas las instituciones y organismos del Estado. Esto implica destinar recursos suficientes para que existan departamentos robustos de fiscalización, con auditores competentes y protocolos claros

para monitorear gastos, manejo de recursos y procesos administrativos.

La omisión dolosa en el Peculado, como se mencionó anteriormente, es una falta que tiene un impacto significativo en la administración pública. Para prevenir este tipo de corrupción, es fundamental implementar medidas que fortalezcan los mecanismos de control y fiscalización, fomenten la transparencia y la ética pública, y capaciten a los funcionarios públicos sobre sus responsabilidades.

Como medidas preventivas de este delito según Díaz (2018), se proponen: ***“Independencia de las entidades de control: Es fundamental que las entidades de control, como la Contraloría General del Estado, sean independientes del poder político y tengan los recursos necesarios para realizar su trabajo de manera efectiva.***

Acceso a la información: La ciudadanía debe tener acceso a la información sobre la gestión pública, incluyendo los contratos públicos, la ejecución del presupuesto y los informes de auditoría.

Protección de los denunciantes: Es importante proteger a las personas que denuncian casos de corrupción, brindándoles garantías para su seguridad y evitando represalias.

Publicación de información: Las instituciones públicas deben publicar información sobre sus actividades, incluyendo los procesos de contratación pública, la ejecución del presupuesto y los informes de auditoría.

Participación ciudadana: La ciudadanía debe tener la oportunidad de participar en la toma de decisiones públicas y en el control de la gestión pública.

Formación en ética pública: Los funcionarios públicos deben recibir formación sobre los principios de ética pública y las normas anticorrupción.

Conocimientos sobre sus responsabilidades: Los funcionarios públicos deben conocer sus responsabilidades legales y las consecuencias de la corrupción.

Campañas de sensibilización: Es importante realizar campañas de sensibilización para que la ciudadanía conozca los riesgos de la corrupción y cómo denunciarla.

Reconocimiento a las buenas prácticas: Se debe reconocer a las instituciones públicas y a los funcionarios públicos que se destacan por su integridad y transparencia.

Implementación de tecnologías de la información: El uso de tecnologías de la información puede ayudar a mejorar la transparencia y la eficiencia de la gestión pública, lo que dificulta la comisión de actos de corrupción.

Reforma del sistema judicial: Es importante fortalecer el sistema judicial para que los casos de corrupción sean investigados y sancionados de manera efectiva” (p. 45)

Asimismo, es clave mejorar los procesos de rendición de cuentas y transparencia sobre el uso de fondos públicos.

Toda la información sobre licitaciones, compras estatales, gastos de funcionarios, entre otros, debería ser de fácil acceso para ciudadanos y medios de comunicación. Facilitar el acceso a esta información incentiva la vigilancia y dificulta la opacidad necesaria para s.

Otra medida relevante, es perfeccionar las leyes y procedimientos contra delitos de funcionarios alrededor del Peculado. Esto incluye precisar definiciones, revisar las penas contempladas, facilitar canales de denuncia y proteger a quienes denuncien. También, implica, capacitar a los equipos policiales y judiciales para detectar y perseguir este tipo de crímenes que suelen requerir investigaciones complejas.

A nivel de gestión interna en el sector público, hay medidas básicas como la rotación periódica de los funcionarios con poder de decisión sobre fondos, la obligatoriedad de declaraciones de patrimonio transparentes, y políticas estrictas de manejo de recursos, gastos y pagos.

En síntesis, combinar leyes duras, procedimientos eficientes de fiscalización y canales fluidos de denuncia, junto con elevados estándares éticos para autoridades, son los ejes centrales para prevenir y evitar, que ocurra la omisión dolosa en el Peculado. Su impacto socava gravemente, la probidad pública.

Según el tipo penal del Peculado previsto en el COIP, el sujeto activo de este delito es el servidor público, esto lo convierte en un sujeto activo especial, o cualificado. Y es quien tiene la responsabilidad de cumplir con su deber de protección de los recursos del Estado que están bajo su poder. Este servidor público se encuentra obligado a intervenir, frenar o erradicar cualquier tipo de ataque o riesgo inminente contra el bien o bienes asignado debido a su posición de seguridad, la cual se atribuye a la función interpuesta sobre él.

Actúa en representación del titular del bien a cuidar, y esta representación impone sobre él, un deber general derivado del vínculo establecido. En tal situación, es el sujeto obligado quien asume todo riesgo generado por la actividad para la cual ha sido contratado, respondiendo como propio, en la defensa de este. De esta manera, garantiza un actuar diligente y oficioso frente a un determinado bien jurídico, reforzando la importancia de la diligencia y la lealtad en la gestión de los recursos públicos.

En el delito de Peculado, el bien jurídico específico encargado para su tutela es la “eficiente administración pública”. Según la legislación penal vigente en Ecuador, este bien solo será objeto de sanción en casos de que se plasme un obrar doloso por parte del funcionario responsable. Desde el aspecto subjetivo del delito, la única posibilidad de causar su punibilidad agravada radica en la presencia del dolo como motivación para emprender todos los actos de ejecución en el delito. En otras palabras, el legislador establece que el Peculado solo será castigado cuando el funcionario actúe con pleno conocimiento

y voluntad de llevar a cabo la apropiación indebida de recursos públicos o la malversación de fondos.

Por ello, resulta necesario realizar un análisis detallado de las condiciones establecidas en el vínculo en general, entre el servidor público y el bien jurídico protegido, evaluando cada una de las actuaciones del sujeto activo para determinar cuáles tuvieron un impacto considerable en el Peculado. Este enfoque implica reconocer que el individuo que ocupa una posición de responsabilidad y utiliza la omisión, como fuente de acción para causar un resultado solo quedará exento de responsabilidad en aquellos casos donde la intervención resultará imposible. En otras palabras, se espera que el sujeto cumpla con su deber de protección del bien jurídico, y su responsabilidad se extiende a cualquier acción lesiva que haya perpetrado, salvo en circunstancias excepcionales donde la intervención resultara completamente imposible.

La segunda parte del artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal indica se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico (Ecuador. Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

La noción de posición de garante se refiere a la responsabilidad que recae sobre una persona que, debido a una obligación legal o contractual, tiene el deber de cuidar o custodiar la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico. En este contexto, se considera que esta persona actúa como garante, asumiendo la obligación de prevenir cualquier daño o riesgo que pueda afectar el bien jurídico en cuestión.

La posición de garante se activa no solo por una obligación de cuidado preexistente, sino también, cuando la persona ha provocado o incrementado de alguna manera un riesgo que resulta determinante en la afectación del bien jurídico. Es decir, si alguien, a través de sus acciones, ha generado o ampliado un peligro que amenaza la vida, salud, libertad o integridad personal de otra persona, adquiere la posición de garante y la responsabilidad de intervenir para evitar o mitigar los posibles perjuicios.

En el delito de Peculado, se puede establecer una analogía con el concepto de posición de garante. En este escenario, el servidor público asume la posición de garante al ser investido con la responsabilidad legal y profesional de custodiar y administrar los recursos del Estado de manera eficiente. El bien jurídico que protege en este caso, es la eficiente administración pública. Al ocupar un cargo que le confiere autoridad sobre los recursos y fondos públicos, el servidor público se convierte en el garante de la integridad y el buen uso de dichos recursos.

La relación entre la posición de garante y el servidor público, en el delito de Peculado implica que este último,

está obligado a prevenir, detener o corregir cualquier acción que pueda poner en peligro la eficiente administración pública. Si el servidor público, mediante acciones dolosas, abusa, se apropia o distrae indebidamente, de los recursos públicos, estaría incumpliendo su deber de garante y comprometiendo el bien jurídico protegido.

En base a ello, el artículo 28, sobre la omisión dolosa quedaría de la siguiente manera: ***“La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Se encuentra en posición de garante, la persona que tiene una obligación legal o contractual, de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico, así como, aquella persona que tiene a su cargo y cuidado, la eficiente administración pública y en vez de enfrentar o prevenir el delito, a sabiendas, se comporta de forma pasiva al respecto, propiciando con ello, la afectación o defraudación económica”***.

Así mismo, se debe agregar como cuarto inciso, del artículo 278 sobre el Peculado lo siguiente: “Se considerará también, constitutivo del delito de Peculado la omisión dolosa por parte de los servidores públicos en cuanto a adoptar las medidas necesarias para prevenir o detener la apropiación indebida, el abuso, la distracción o disposición arbitraria de bienes públicos, cuando estén en posición de hacerlo y tengan conocimiento de la conducta delictiva. Los responsables de esta omisión dolosa serán sancionados con 5 años de privación de libertad.

Esta propuesta de reforma ofrece la oportunidad de atender la omisión, como una modalidad de la conducta delictiva capaz de provocar afectaciones económicas importantes en la actividad de la administración pública. Esta enmienda amplía la protección legal contenida en la legislación, permitiendo que jueces y fiscales, formulen cargos completos y técnicamente correctos, contra este tipo de comportamientos.

CONCLUSIONES

La omisión dolosa se encuentra establecida en el artículo 28 del COIP y representa una decisión consciente de no actuar por parte de un individuo que tiene el deber legal de hacerlo, lo que puede tener implicaciones legales significativas en términos de responsabilidad penal. Por otro lado, el Peculado, como delito de corrupción, implica el mal uso o la apropiación indebida de fondos públicos por parte de funcionarios encargados de su custodia o administración, y se encuentra tipificado en el artículo 278 del COIP. Sin embargo, se requiere una reformulación legal, por demás, necesaria, para que puedan contar, ambos preceptos legales, con la claridad suficiente, para combatir la impunidad delictiva y la corrupción presentes en la realidad y actualidad ecuatorianas.

El impacto de la omisión dolosa en el Peculado, en la administración pública del Ecuador, es alarmante, pues carcome la confianza ciudadana y debilita la institucionalidad del país. La malversación de fondos y la apropiación indebida de recursos estatales, por parte de funcionarios infractores no solo afectan la credibilidad en las instituciones gubernamentales, sino también, minan la eficacia de las políticas públicas y el bienestar de la sociedad en su conjunto. Estas prácticas ilícitas generan descontento y desconfianza en los ciudadanos, quienes ven afectada su calidad de vida y sus oportunidades de desarrollo, cuando los recursos destinados al bien común, son desviados con fines particulares.

En base al análisis realizado, se propone la modificación de los artículos 28 y 278 del COIP, para que sean incluidas las disposiciones específicas, que permitan sancionar de manera más efectiva, la omisión dolosa en casos de Peculado. Esta reforma buscaría esclarecer las responsabilidades del servidor público como garante de la eficiente administración pública, estableciendo criterios más precisos para determinar en cuáles casos, la omisión constituye un comportamiento punible. Además, se sugiere la incorporación de mecanismos que faciliten la investigación y el enjuiciamiento de aquellos funcionarios que, mediante su inacción deliberada y consciente, contribuyan a la comisión de actos de corrupción, como el Peculado, puntualmente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bacigalupo, E. (1983). Delitos Impropios de Omisión. TEMIS.
- Díaz Fustamante, A. (2018). La imputación en el delito peculado. (Tesis de maestría). Universidad de Piura.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180. <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/suplementos/item/2215-suplemento-al-registro-oficial-no-180>
- Espín, J. (2022). Injusto Doloso de omisión. Derecho Penal: https://sga.unemi.edu.ec/media/recursos/tema/Documento_2020330225538.pdf
- Kaufmann, A. (2018). Dogmática en los Delitos de Omisión. Marcial Pons.
- López Soria, Y. (2020). La teoría del delito: revisión crítica del elemento culpabilidad. Tesis Doctoral). Pontificia Universidad Católica de Argentina.
- Madrazo, S. (2000). Estado débil y ladrones poderosos en la España del siglo XVIII: historia de un peculado en el reinado de Felipe V. Los libros de la Catarata.
- Ponce, G. (2020). Lavado De Activos En El Ecuador. Lexadvisor.

Rivadeneira Hidalgo, C. J. (2021). La omisión dolosa en el delito de peculado frente a la administración pública. <https://researchpapers.usfq.edu.ec/index.php/usfqlawwp/preprint/view/50/120>

Santillán, J. (2022). La posición garante en el derecho penal ecuatoriano. (Tesis doctoral). Universidad Nacional de Loja.

Santos Pineda, J. L. (2016). Delito de peculado de uso por servidores y funcionarios del gobierno regional y municipalidad provincial de Huánuco. (Tesis de maestría). Universidad de Huánuco.