



Erick Guimaray Mori^(*) y
Julio Rodríguez Vásquez^(**)

Colusión por **Comisión por Omisión**^(***): El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales

Collusion for Commission by Omission: The case of Mayors and Regional Presidents

Resumen: La organización empresarial de los gobiernos municipales permite que estas entidades puedan ser más eficientes al momento de cumplir con su rol prestacional de gestión y ejecución de los bienes, recursos y servicios en favor de determinada comunidad. Sin embargo, en los últimos meses hemos visto como distintas autoridades de los municipios distritales y regionales se valen de la estructura empresarial de los aparatos públicos a los que pertenecen para cometer hechos delictivos en contra del buen funcionamiento de la administración pública.

Palabras clave: Colusión - Administración Pública - Comisión por Omisión - Delegación - Deberes de Vigilancia y Control - Dominio

Abstract: The business organization of municipal governments allows these entities to be more efficient when performs its role, management and implementation of goods, resources and services for a given community. However, in recent months we have seen various authorities of the district and regional municipalities make use of the business structure of public agencies they belong to commit crimes against the proper functioning of public administration.

Keywords: Collusion - Public Administration - Commission by omission - Delegation - Control and Monitoring Duties - Domain

-
- (*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Sistema Penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad por la Universidad de Cádiz. Docente del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Maestría en Derecho Penal de la misma casa de estudios. Investigador del Grupo de Investigación “Derecho Penal y Corrupción” de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Procurador Público Adjunto Especializado en delitos de corrupción.
- (**) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador del IDEHPUCP y del Grupo de Investigación “Derecho Penal y Corrupción” de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia de los cursos de Criminología e Instituciones del Derecho Sancionador del Departamento de Derecho de la misma casa de estudios.
- (***) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 3 de setiembre de 2015 y aprobado el 25 de setiembre del mismo año

Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales *Collusion for Commission by Omission: The case of Mayors and Regional Presidents*

Ante los hechos delictivos en contra del buen funcionamiento de la Administración Pública, varias de las autoridades involucradas alegan que desconocían de los actos de corrupción cometidos en el seno de la organización que lideran y que, además, estos fueron cometidos por sus subordinados de manera independiente. De esta forma, algunos funcionarios pretenden que la organización empresarial se transforme en una organización de la impunidad. No obstante, todo funcionario público que delega funciones ostenta una posición de garante que lo obliga a cumplir ciertos deberes. De manera específica, el funcionario público tiene una posición de garante que lo hace competente penalmente no solo por los actos cometidos por él, sino también del control y vigilancia de los actos cometidos por sus subordinados. Así, por ejemplo, el alcalde debe supervisar el comportamiento de sus subordinados encargados de los procesos de licitación y contratación pública. ¿Qué implicancias penales tiene el no cumplimiento de estos deberes? En las líneas siguientes responderemos a esta pregunta. Para ello analizaremos el delito de colusión, la figura de la comisión por omisión y su valor en los delitos cometidos en el marco de una organización de corte empresarial.

1. Sobre el delito de colusión

El artículo 384 del Código Penal (en adelante “CP”) señala lo siguiente:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido (...)”.

¿Qué bien jurídico se lesiona con el delito de colusión? En una Democracia Social y Constitucional de Derecho la corrupción importa en tanto que dificulta y/u obstaculiza el ejercicio de una serie de derechos fundamentales, los mismos que permiten

o aseguran la participación y desarrollo libre de las personas en sociedad. De esta manera, el bien jurídico lesionado en los delitos de corrupción es el correcto funcionamiento de la administración pública, entendido como el rol prestacional, objetivo y legal que cumple la administración pública, a través de la gestión pública de una serie de bienes, servicios y recursos.

Cada delito de corrupción protege un bien jurídico específico, pues los distintos delitos de corrupción prohíben comportamientos típicos diferentes que ponen en peligro o lesionan el correcto funcionamiento de la administración pública. En el caso de la colusión, el bien jurídico específico se constituye en la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales del Estado⁽¹⁾. La eficiencia de la asignación tiene que ver más con criterios procedimentales, que con los resultados concretos de la propia asignación. Dicho de otro modo, la idoneidad en la asignación de recursos es una cuestión que se determina de forma *ex ante*, sin tomar en cuenta los resultados concretos. Si no fuese así, el objeto de prohibición penal se determinaría por sucesos posteriores a la conducta del agente, con lo cual la capacidad de motivación y la seguridad jurídica acerca de la propia punición se verían gravemente afectadas. Por ende, en del delito de colusión no se protege el patrimonio del Estado en un sentido económico (menoscabo cuantitativo en términos contables), sino la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional. Esto es así porque los recursos públicos importan solo en la medida que son utilizados para cumplir eficientemente con los fines prestacionales que la administración pública debe de cumplir⁽²⁾.

(1) Yvan Montoya Vivanco y otros, *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, (Lima: IDEHPUCP, 2013); 107.

(2) Eduardo Demetrio Crespo, “Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública”, en Autores Varios, *Fraude y Corrupción en la Administración Pública*, Vol. 3, *Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa* (Salamanca: Aquilafuente ediciones, 2002); 174.



Erick Guimaray Mori y Julio Rodríguez Vásquez

Entonces, en el delito de colusión el objeto de prohibición tiene que ver con la puesta en peligro o lesión efectiva de la asignación eficiente de recursos. Por otro lado, la estructura típica de la colusión tiene tres elementos: (i) el contexto típico; (ii) la concertación ilícita; y, (iii) la defraudación del Estado.

Con relación al contexto típico, es necesario señalar que la colusión se puede cometer en cualquier etapa de todo contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con intervención estatal⁽³⁾. De esta manera, nuestra jurisprudencia ha señalado que la colusión se puede realizar en las etapas previas, en la suscripción del contrato y en la etapa de ejecución del mismo⁽⁴⁾.

En segundo lugar, la concertación ilícita se refiere al acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr el fin ilícito⁽⁵⁾. En esta medida, la colusión implica una relación bilateral entre el funcionario público responsable y el particular interesado. Cabe señalar que el término *clandestino* realmente quiere decir, en términos penales, *ilegal*.

Finalmente, la defraudación no debe vincularse con un eventual resultado⁽⁶⁾. En tal sentido, la defraudación, de acuerdo a lo dicho sobre el bien jurídico específico, debe fundamentarse en el desvalor del comportamiento prohibido por el delito de colusión. Así, la defraudación debe ser entendida como el actuar del funcionario público que sea contrario o este fuera de los deberes propios de su función. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional señaló que el término *defraudar* se entiende como la *traición* a la confianza que el Estado

deposita sobre sus funcionarios; traición que se produce a través de la transgresión de los deberes funcionales⁽⁷⁾. De manera similar, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

“(…) el núcleo rector de este tipo penal es defraudar al Estado, entendiéndose esto, como el quebrantamiento del principio de confianza depositada en el ente funcional, por parte del Estado, al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público, asumiendo roles incompatible con su esfera institucional”⁽⁸⁾.

Asimismo, en el caso de la colusión agravada⁽⁹⁾ la defraudación patrimonial también requiere ser analizada a la luz del bien jurídico específico. En este sentido, se defraudara patrimonialmente al Estado cuando se provoca la pérdida de la capacidad de disponer y asignar eficazmente el patrimonio del Estado en sus operaciones contractuales, no solo cuando exista una pérdida económica cuantificable en el erario público. Es decir, el perjuicio patrimonial se materializa cuando el Estado se ve imposibilitado de asignar eficientemente el patrimonio que administra: se perjudican sus expectativas de obtener mejoras o ganancias a partir de la contratación realizada.

(3) Expediente No. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima el 7 de noviembre de 2012.

(4) Expediente No. 108-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 27 de agosto de 2012.

(5) Recurso de Nulidad 20-2003, ejecutoria suprema emitida el 1 de octubre de 2004.

(6) Expediente No. 1296-2007, ejecutoria Suprema emitida el 12 de diciembre de 2007.

(7) Expediente No. 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012.

(8) Recurso de Nulidad 2472-2006, ejecutoria Suprema emitida el 15 de enero de 2008.

(9) “Artículo 384. Colusión agravada

(...)

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contradicciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraude patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, (...)”.

2. Sobre la atribución de responsabilidad al funcionario superior que integra una estructura organizada: referencia especial a las autoridades ediles

2.1. La comisión por omisión en los delitos de corrupción

En primer lugar, es necesario definir la figura jurídica de la *comisión por omisión*. La distinción entre omisiones y comisiones, tradicionalmente, se puede hacer desde dos niveles sistemáticos distintos. Desde el plano ontológico, las omisiones implican un *dejar de hacer* (ausencia de generación de un proceso de causación activa del resultado), mientras que la comisión se representa como un *hacer* (creación activa del riesgo)⁽¹⁰⁾. Por otro lado, desde el plano normativo, comisiones y omisiones se distinguen en la medida de que las primeras expresan injerencias en la esfera jurídica de terceros (autonomía), mientras que las segundas comunican la ausencia de una intervención de salvaguarda de bienes jurídicos⁽¹¹⁾.

La comisión por omisión presenta una condición particular, en tanto que si bien comparte con la omisión su base ontológica, su base normativa implica la injerencia en una esfera jurídica ajena⁽¹²⁾. La consecuencia de esta característica es que la comisión por omisión se subsume directamente en un tipo penal que describe, desde un uso natural del lenguaje, la lesión de un bien jurídico mediante un quehacer activo⁽¹³⁾ (por ejemplo, el tipo penal de colusión). En otras palabras, la comisión por omisión regula aquellos casos donde un *dejar de hacer* es equiparado, valorativamente, a una generación activa del resultado típico.

Ahora bien, es necesario preguntarse el porqué de esta equiparación. De acuerdo a Mir Puig, las peculiaridades del tipo de comisión por omisión son la producción de un resultado (lesión de bienes jurídicos), la posibilidad de evitarlo y la posición de garante⁽¹⁴⁾. De estas características, la posición de garante es la más importante al momento de fundamentar la naturaleza de la comisión por omisión. La posición de garante, y con ello el fundamento de la comisión por omisión, radica en la asunción de la custodia del bien jurídico, esto es, en una relación de dominio sobre la situación de vulnerabilidad del bien jurídico protegido por el tipo penal⁽¹⁵⁾. Dicho de otro modo, el sujeto adquiere voluntariamente un compromiso de actuar como barrera de contención ante riesgos concretos que amenazan determinados bienes jurídicos; de esta forma, el sujeto tendrá el dominio del riesgo lesivo contra bien jurídico⁽¹⁶⁾.

La teoría del dominio sobre el fundamento del resultado ha permitido dar solución a las posiciones de garante que tienen tanto los empresarios como los funcionarios públicos⁽¹⁷⁾. En el caso de los delitos de corrupción, dentro de los cuales se encuentra la colusión, su configuración como delitos especiales determina que solo algunos sujetos (funcionarios públicos) puedan tener la influencia o dominio necesario para lesionar el bien jurídico⁽¹⁸⁾. De esta manera, el sujeto

(10) Jesús María Silva Sánchez, "Comisión y Omisión: Criterios de Distinción", en *Estudios sobre delitos de omisión* (Lima: Grijley, 2004); 16.

(11) Jesús María Silva Sánchez, "Comisión y Omisión: Criterios de Distinción"; 16.

(12) Jesús María Silva Sánchez, "Comisión y Omisión: Criterios de Distinción"; 16.

(13) Bernd Schunemann, "El denominado delito de omisión impropia", en *Discursos universitarios* (Arequipa: Pangea, 2009); 21.

(14) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 9° ed. (Barcelona: Reppertor, 2011); 324.

(15) Bernd Schunemann, "El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría", en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia* 75, Vol. 25 (2004); 21.

(16) Jesús María Silva Sánchez, "Comisión y Omisión: Criterios de Distinción"; 16.

(17) Bernd Schunemann, "El denominado delito de omisión impropia"; 36.

(18) Luis Gracia Martín, "La comisión por omisión en el derecho penal español", en *Estudios de Derecho Penal* (Lima: IDEMSA, 2004); 142.



Erick Guimaray Mori y Julio Rodríguez Vásquez

que es incorporado al aparato público, y que luego ejerce determinada función, posee el dominio sobre una esfera del bien jurídico *correcto funcionamiento de la administración pública*, en tanto que de él depende que los servicios públicos a su cargo sean ejecutados correctamente. En otras palabras, el rol prestacional de la función pública depende del comportamiento lícito de todo funcionario público dentro de su esfera de competencia. En este sentido, es oportuno citar al profesor Bernd Schünemann, quien señala lo siguiente:

“(…) al menos en una gran parte de los delitos especiales se trata de los denominados delitos especiales de garantía. En ellos, la posición de autor consiste en una posición de garante penal (...) esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone (...)”⁽¹⁹⁾.

El dominio antes descrito fundamenta los deberes que el funcionario público adquiere frente a la administración pública. De esta manera, si el funcionario omite actuar conforme a los deberes asumidos en virtud de su dominio funcional deberá responder por la lesión al bien jurídico *correcto funcionamiento de la administración pública*. Sobre este punto, la Corte Suprema ha señalado en el Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116 lo siguiente:

“La calidad de funcionario o servidor público ha sido prevista como una condición especial de deberes (...) por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada en él y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen por el poder que ostentan”⁽²⁰⁾.

Lo antes señalado puede ser entendido mejor a través del gráfico 1.

En resumidas cuentas, el dominio sobre el fundamento de resultado, frente a los delitos de corrupción, destaca tres momentos: (i) el funcionario público asume libremente la custodia de la *correcto funcionamiento de la administración pública* a través de su incorporación en la función pública (en el caso de los alcaldes y presidentes regionales, a través de la elección popular); (ii) el funcionario público ejerce una función que le permite dominar efectivamente la vulnerabilidad de una determinada esfera del bien jurídico y asume, en virtud de ello, deberes especiales; (iii) el funcionario público no cumple con los deberes asumidos previamente y se produce la lesión al *correcto funcionamiento de la administración pública*.

2.2. Comisión por omisión del funcionario superior por los actos de corrupción cometidos por sus subordinados

La teoría del dominio sobre el fundamento del resultado cobra un valor inusitado en los casos en donde, lejos de estar frente a un funcionario público que lesiona la correcta administración pública a través de un comportamiento individual, nos encontramos ante delitos cometidos en un contexto semejante a la criminalidad empresarial, caracterizada por la división funcional del trabajo en el plano horizontal y la jerarquía en el plano vertical⁽²¹⁾. Esta división genera una organización de la responsabilidad que obliga a la teoría jurídico penal a tomar en cuenta la descentralización de dichas estructuras para así evitar que esta organización se convierta en una “organizada irresponsabilidad”⁽²²⁾.

En este punto es necesario hacer una aclaración dogmática importante. Líneas arriba hemos dicho que un funcionario público

(19) Bernd Schünemann, “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría”; 23 y 24.

(20) Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias.

(21) Eduardo Demetrio Crespo, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*, coords. José Ramón Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo (Madrid: Colex, 2008); 61 y 62.

Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales *Collusion for Commission by Omission: The case of Mayors and Regional Presidents*

Gráfico 1



tiene una posición de garante frente al *correcto funcionamiento de la administración pública*. Ahora bien, la comisión de un delito dentro de una estructura pública de organización exige tener en cuenta que no todos los funcionarios públicos tienen el mismo dominio sobre el bien jurídico. En esta línea, el Derecho penal económico nos brinda herramientas dogmáticas importantes para enfrentar los problemas surgidos a partir de los crímenes que se cometen en un contexto empresarial.

En relación a la responsabilidad por comisión por omisión del empresario se ha dicho que ella tiene como base una posición de garante basada en el control de las fuentes de riesgo. ¿Es equiparable esta fundamentación para los funcionarios superiores jerárquicos en una estructura pública? Consideramos que la posición de garante del funcionado superior es más intensa que la del empresario, toda vez que su posición de garante se basa en el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico⁽²³⁾. La razón de esto radica en que los servicios públicos, necesarios para permitir el acceso a los derechos fundamentales, dependen de cómo realizan su función los servidores públicos responsables, especialmente los superiores a cargo. En otras palabras, el *correcto funcionamiento de la administración pública* se encuentra en una posición de dependencia y vulnerabilidad frente a la función del servidor público superior: en ellos existe, en un sentido normativo, mayor dominio de vulnerabilidad.

El dominio del funcionario público superior no se basa simplemente en el control sobre las fuentes de riesgo, sino que se fundamenta en la situación del vulnerabilidad o desamparo del bien jurídico⁽²⁴⁾, base que fundamenta una posición de garante más intensa. Una vez hecha esta aclaración, podemos partir de la premisa que el dominio sobre el fundamento del resultado permite atribuir responsabilidad penal por comisión por omisión a aquellos órganos superiores jerárquicos en la organización empresarial (privada o pública) que no eviten que el resultado lesivo a los bienes jurídicos se haga actual⁽²⁵⁾ dentro de la esfera de su competencia.

Los actos de corrupción se le imputan al funcionario público superior en el marco de una lógica de división jerárquica y funcional del trabajo. Y haciendo el símil con el Derecho penal económico, esto exige que el hecho sea imputado primero a la institución empresarial lícita, toda vez que los cursos causales y los riesgos para el bien jurídico han partido de la propia organización empresarial⁽²⁶⁾. Lo afirmado aquí no significa que todos los miembros de la organización (en este caso, municipal o regional) respondan penalmente, sino que la relevancia de la conducta debe ser interpretada en el contexto de la organización⁽²⁷⁾. De hecho, el artículo 26 de la Ley Orgánica de Municipalidades deja en claro que la administración municipal tiene una estructura gerencial y organizacional. Así, dicho artículo señala que “la administración

(22) Bernd Schunemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 41, (1988); 533.

(23) Yvan Montoya Vivanco, “La responsabilidad penal del funcionarios superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados”, en Raúl Pariona (dir.), *Veinte años de vigencia del Código penal peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales* (Lima: Grijley, 2012).

(24) Yvan Montoya Vivanco, “La responsabilidad penal del funcionarios superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados”. En sentido similar: Juan Antonio Lascurain Sanchez, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía* (Madrid: Civitas, 2002); 136.

(25) Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa* (Valencia: Tirant le Blanch, 2007); 498-499.

(26) Bernardo Feijoo Sánchez, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva* (Madrid: Reus, 2007); 181-184.

(27) Bernardo Feijoo Sánchez, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*; 185.



Erick Guimaray Mori y Julio Rodríguez Vásquez

municipal adopta una estructura gerencial sustentándose en principios de programación, dirección, ejecución, supervisión, control concurrente y posterior". Por su parte, la estructura de los gobiernos regionales está delimitada por el artículo 11 y 12 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Este último artículo señala que "El Órgano Ejecutivo del Gobierno Regional se organiza en Gerencias Regionales coordinadas y dirigidas por una Gerencia General (...)".

Ahora bien, para imputar al hombre de atrás o superior jerárquico un delito en comisión por omisión deben concurrir los siguientes requisitos⁽²⁸⁾:

- a) Que el hecho se suscite en el ámbito de competencia o dentro de la esfera de la posición de garante
- b) Que el superior jerárquico pudiera y debería actuar en tal sentido
- c) Que fuese posible evitar la producción del hecho lesivo
- d) Que se dieran las bases de la imputación subjetiva.

Sobre el ámbito de competencia, cabe señalar que la posición de garante que ostenta el funcionario público superior se manifiesta en dos sentidos: dominio sobre los elementos y procedimientos peligrosos propios de la entidad organizada (dominio material); y en el poder de mando sobre sus subordinados (dominio personal)⁽²⁹⁾. En el primer caso, el hecho delictivo ocurre directamente en el ámbito de competencia del superior jerárquico, mientras que en el segundo supuesto el superior jerárquico incumple los deberes secundarios (selección, vigilancia y supervisión) surgidos al momento de delegar competencias.

Si esto es así, la imputación de responsabilidad penal a los alcaldes y presidentes regionales requiere tomar en cuenta

los deberes secundarios que ellos ostentan. Es decir, para poder delimitar si a un alcalde o a un presidente regional le es imputable el delito de colusión es necesario es necesario tomar en cuenta el dominio personal que estas autoridades ejercen sobre sus subordinados. Ello en la medida en que en una estructura de corte empresarial, como los gobiernos regionales y locales, es común que la comisión de delitos se produzca a través de la delegación de funciones.

En este escenario, la posición de garante originaria va generando en cascada o en cadena la delegación de funciones⁽³⁰⁾. Esta delegación de funciones no solo es perfectamente legítima, sino que además tiene una importancia práctica para el funcionamiento eficiente de la institución⁽³¹⁾. En el caso de los gobiernos regionales y locales, la delegación de funciones se evidencia en la existencia de gerencias y subgerencias. En el caso de los gobiernos municipales, esto se reconoce en los artículos 26 y 27 de la Ley Orgánica de Municipalidades; mientras que en el caso de los gobiernos regionales capítulo IV de la Ley Orgánica de Gobiernos regionales regula el funcionamiento y competencias de las gerencias regionales.

Sin embargo, afirmar que la delegación de competencias produce siempre una traslación del deber de garantía, significa permitir la liberación de responsabilidad penal de los altos funcionarios, hecho que genera consecuencias negativas para el efecto preventivo del Derecho penal⁽³²⁾. Ello

(28) Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa* (Madrid/Buenos Aires: Edisofer, 2013); 85.

(29) Bernd Schunemann, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", 537.

(30) Bernd Schunemann, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", 537.

(31) Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa*; 508.

(32) Bernd Schunemann, "Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", 533.

Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales *Collusion for Commission by Omission: The case of Mayors and Regional Presidents*

en tanto que solo los miembros subordinados llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal⁽³³⁾, lo que supone excluir a los altos funcionarios. En esta medida, Schünemann señala lo siguiente:

“Un hecho punible cometido en el marco de una empresa, o sea, de un grupo de personas organizado por medio de la división del trabajo, produce, en comparación con un delito cometido en la esfera de la vida privada, problemas específicos de imputación jurídico penal, sobre todo por la escisión, típica en la empresa, de responsabilidad y acción: esto es: la verdadera lesión del bien jurídico es llevada a cabo a menudo por una persona física que no es, en este aspecto, verdaderamente responsable o, al menos, no tiene la exclusiva responsabilidad”⁽³⁴⁾.

Asumido el hecho que la delegación de funciones genera problemas en la imputación objetiva, conviene ahora señalar los alcances de la posición de garante del alto funcionario público frente a la delegación de funciones. De este modo, nuestra argumentación debe partir de la siguiente premisa: si bien es cierto que la delegación modifica o transforma el contenido del deber de garantía primario (el cual pertenece, como vimos, al alto funcionario público), el delegante no queda completamente liberado, dado que su deber originario no desaparece⁽³⁵⁾. Si se comparte lo antes afirmado, podemos decir que el órgano directivo delegante continúa teniendo una competencia residual que radica en el deber de selección, vigilancia y supervisión sobre el delegado⁽³⁶⁾. En este punto, Silva Sánchez señala lo siguiente:

“(…) el delegante no se libera por completo de su responsabilidad respecto al objeto de la delegación, sino que mantiene una posición de garantía secundaria basada en una serie de competencias residuales -deberes de control y vigilancia- sobre la actividad del delegado”⁽³⁷⁾.

Los deberes antes señalados no solo se basan en el poder legal de mando del superior jerárquico, sino también en la mayor información que este tiene⁽³⁸⁾. En palabras de Eduardo Demetrio, la delegación produce un efecto de mutación, en tanto que convierte la obligación original del delegante en un deber de control sobre su subordinado⁽³⁹⁾. Como vemos, lo importante es que la delegación no implique el abandono de la situación de vulnerabilidad del bien jurídico, de forma que el que delega mermando las condiciones de seguridad existentes puede responder por los daños que se derivan del empeoramiento de la situación previa a la delegación⁽⁴⁰⁾. De esta manera, el superior jerárquico mantiene un dominio personal sobre el resultado lesivo al bien jurídico. Esto es perfectamente aplicable al caso de los alcaldes y presidentes regionales, quienes mantienen el deber de vigilar y controlar el comportamiento de sus subordinados. Estos deberes de vigilancia y

(33) Bernd Schunemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, 533.

(34) Bernd Schunemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, 531.

(35) Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa*, 509. Así también: Enrique Peñaranda Ramos, “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa”, en *Liberamicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García* (Madrid: Colex, 2006); 421.

(36) Bernd Schunemann, citado por: Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa*; 509.

(37) Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*; 95.

(38) Bernd Schunemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, 539.

(39) Eduardo Demetrio Crespo, “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”; 73.

(40) Bernardo Feijoo Sánchez, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*; 190.



Erick Guimaray Mori y Julio Rodríguez Vásquez

control han sido reconocidos por las normas extrapenales. Así, el artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades reconoce que son atribuciones del alcalde defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos; así como supervisar la recaudación municipal, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las empresas municipales y de las obras y servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al sector privado. Mientras que el artículo 21 la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala que es una atribución (y deber) del Presidente Regional dirigir y supervisar la marcha del gobierno regional y de sus órganos ejecutivos, administrativos y técnicos.

Sobre este punto, la Corte Suprema ha indicado lo siguiente:

“(…) en un ámbito de organización complejo el obligado principal, por dirigir la estructura global, tiene dentro de sus deberes el de delegar funciones de tal manera que la entidad pueda alcanzar sus fines, siendo que el deber del delegante respecto de la salvaguarda de bienes jurídicos, no desaparece, sino que se transforma en un deber residual de control, supervisión y vigilancia de aquello que también responsablemente, realizan los delegados (...) siendo esto así emerge una posición de garante sobre los riesgos, generados por la administración pública, sin embargo, el superior no puede ser responsable de evitar todo tipo de actuación riesgosa de sus subordinados, sino que se hace responsable de evitar aquellos eventos lesivos vinculados al giro de la empresa. En el presente caso correspondía al Presidente Regional del Cusco velar por el patrimonio de la entidad pública de la que era titular (...) sin embargo, pese a tener conocimiento de las subcontrataciones realizadas (...) y que ninguno de los funcionarios o servidores del Gobierno Regional (...) asumían medidas correctivas al respecto, emitió a Resolución Ejecutiva Regional que aprobó a intervención económica la obra, con el que consentía el actuar ilícito del contratista y sus socios (...) permitiendo que estos se apropiaran indebidamente de los fondos públicos”⁽⁴¹⁾

Como vemos, existen argumentos jurídicos sólidos que permiten señalar que el alcalde y el presidente regional serán penalmente responsables por el delito de colusión si omitieron cumplir con sus deberes de vigilancia y control sobre sus subordinados. Y esto se producirá a través de la figura de la comisión por omisión reconocida en el artículo 13 del Código Penal.

2.3. El riesgo *ex ante* del deber infringido que permite la imputación penal

El comportamiento típico de colusión llevado a cabo por un alcalde o presidente regional en la modalidad de comisión por omisión tiene su fundamento en los deberes existentes en el superior jerárquico una vez que este delega funciones en el marco de la organización normativa de la administración y gestión de una Municipalidad o Gobierno Regional. Sin embargo, es necesaria realizar algunas presiones al respecto.

Como se apuntó líneas arriba, ser garante (a través del mayor dominio normativo sobre la vulnerabilidad del bien jurídico protegido) del “correcto funcionamiento de la administración pública” supone tener el deber jurídico de evitar la plasmación de una serie de resultados típicos contra el fin objetivo, legal y prestación de los bienes, recursos y servicios con que cuenta el Estado para cumplir sus fines constitucionales.

Sin embargo, tomando en consideración que el resultado, como elemento de una norma penal, solo tiene sentido cuando es producto de una conducta típica⁽⁴²⁾, y que la misma si está prohibida es porque supone un riesgo intolerable en sociedad de cara a determinado

(41) Recurso de Nulidad 77-2012, ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 22 de agosto de 2012; 41-42.

(42) Wolfgang Frisch, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 2004); 63.

Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales *Collusion for Commission by Omission: The case of Mayors and Regional Presidents*

bien jurídico protegido, en el tema que nos ocupa es necesario precisar la idoneidad de la infracción de deber en comisión de omisión de cara a constituirse *ex ante* en un riesgo típico que genere un resultado típico.

El delito de colusión supone un ataque contra la asignación eficiente de recursos a cargo del Estado en el marco de sus operaciones contractuales. De las distintas formas de comportamientos típicos que pueden realizar dicho ataque, y en lo que respecta a los alcaldes municipales y presidentes regionales, la comisión por omisión supone la infracción de los deberes subyacentes a la delegación que desde una valoración *ex ante* significan condiciones adecuadas que permiten la lesión o puesta en peligro de la asignación eficiente de recursos por parte del Estado en su función contractual. Dicho en otras palabras, no cualquier infracción de deber de vigilancia o supervisión puede constituirse como un comportamiento comisivo por omisión del delito de colusión. Si esto fuese así, no habría forma de imputar responsabilidad penal contra un alcalde cuando en los hechos su omisión no es riesgo *ex ante*, o “causa adecuada”, del delito de colusión. Habrá, incluso, grados de omisión que nos permitan llegar a la misma aseveración.

Los alcaldes no eligen al postor ganador, tampoco redactan las bases ni mucho menos convocan a licitación. La experiencia nos enseña que su participación en los hechos materiales del delito es, en casi todos los casos, inexistente. Por tanto, si pretendemos vincularlo con dichos hechos, la empresa será, por fuerza, infructuosa; no solo por un inconveniente material, sino por uno normativo (no está dentro de sus funciones, lo que en los hechos suponen el delito para los funcionarios subordinados). El nivel de imputación de responsabilidad penal debe construirse en conductas que permitan la realización del delito de colusión, las mismas que, aun siendo comportamiento omisivos, valorativamente tienen directa relación con la afectación del bien jurídico, y que justamente por ello calzan en la modalidad de comisión por omisión. Por lo demás, siendo que el fundamento del injusto es de infracción de deber, el dominio fáctico que no existe en el alcalde en nada impide el calificar su participación criminal a título de autoría.

3. Conclusiones

- a) El bien jurídico genérico que se lesiona con la colusión es el *correcto funcionamiento de la administración pública*,

entendido como el rol prestacional, objetivo y legal que cumple la administración pública, a través de la gestión pública de una serie de bienes, servicios y recursos. Ahora bien, el bien jurídico específico lesionado con la colusión es la *asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales del Estado*.

- b) La estructura típica de la colusión contiene los siguientes elementos: (i) el contexto típico consistente en cualquier etapa del contrato administrativo o civil de naturaleza económica; (ii) la concertación ilícita entendida como el acuerdo bilateral entre el funcionario público responsable y el particular interesado; (iii) y la defraudación entendida como el actuar del funcionario público contrario a los deberes propios de su función.
- c) La característica esencial de los delitos cometidos por comisión por omisión es que el *dejar de hacer* del autor es equiparado, valorativamente, a una generación activa del resultado típico. Esto se produce porque el autor asume una posición de dominio sobre el bien jurídico que lo obliga a asumir la custodia y protección de este.
- d) En el caso de los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, la comisión por omisión deberá tomar en cuenta los siguientes pasos: el funcionario público asume libremente la custodia del *correcto funcionamiento de la administración pública* a través de su incorporación en la función pública; el funcionario público ejerce una función que le permite dominar efectivamente la vulnerabilidad de una determinada esfera del bien jurídico y asume, en virtud de ello, deberes especiales; el funcionario público no cumple con los deberes asumidos previamente y se produce la lesión al *correcto funcionamiento de la*



Erick Guimaray Mori y Julio Rodríguez Vásquez

administración pública; el funcionario público responde penalmente, sea comisiva u omisivamente.

- e) Los delitos de corrupción cometidos en el seno de una municipalidad o gobierno regional deben ser analizados como conducta típica inmersas en un contexto de organización empresarial caracterizada por la división y delegación de funciones. Ahora bien, la delegación no implica que el delegante quede completamente liberado de responsabilidad pena. Y es que, pese a la delegación de funciones, el órgano directivo delegante continúa teniendo una competencia residual que radica en

el deber de selección, vigilancia y supervisión sobre el delegado. Esto es perfectamente aplicable al caso de los alcaldes y presidentes regionales, quienes mantienen el deber de vigilar y controlar el comportamiento de sus subordinados.

- f) Finalmente, conviene aclarar que solo se puede imputar la colusión a través de la comisión por omisión ahí donde la ausencia de vigilancia y supervisión por parte de los alcaldes y presidentes regionales respecto a sus subordinados implique, ex ante, la creación de un riesgo relevante para el bien jurídico protegido (la asignación eficiente de recursos públicos). En este escenario, el nivel de imputación debe dirigirse a los comportamientos omisivos que, valorativamente, tienen directa relación con la afectación del bien jurídico. 