

Sin embargo, los autores de este Manual difieren de ella, ya que los delitos contra la administración pública no son los únicos que, en el fondo, lesionan o ponen en peligro un derecho subjetivo. Estos lesionan de manera inmediata su correcto funcionamiento y, solo de forma mediata, ponen en peligro la vigencia, el acceso a servicios públicos o la realización de ciertos derechos fundamentales. Además, no debe confundirse la finalidad político-criminal (que sería en última instancia la lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos) con el objeto jurídico de protección del delito. Por este motivo, el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública no es el derecho fundamental específico lesionado.

Así, la lesión o puesta en peligro del correcto funcionamiento de la administración pública –a través de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos específicos de cada tipo penal– hace, a su vez, peligrar la función prestacional del Estado.

Con respecto de la afectación de la función prestacional del Estado por parte de los delitos contra la administración pública, el Tribunal Constitucional peruano, mediante sentencia recaída en el expediente N°00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012 señala que:

“Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración” (Cfr. Exps. Ns 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que “(s)on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° 008-2005-AI, fundamento N° 14).

18. (...) de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad. (...) De este modo, el Tribunal Constitucional ha entendido como principios implícitos de la contratación pública –que se derivan de la citada disposición constitucional– la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores”.

2.3 CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

La calidad de funcionario público no es accidental, sino que su conducta es un elemento fundamental de la sanción penal de los delitos de corrupción. En esta medida, todo análisis de una acción de corrupción debe partir por identificar al funcionario público. Pero, ¿quién es funcionario público?

2.3.1 Autonomía del concepto de funcionario público

En primer lugar, al momento de definir al funcionario público en el marco de los delitos de corrupción debe tomarse en consideración la autonomía del término en el ámbito penal.

El contenido del concepto de funcionario público ha tenido un trato diferente según el área del Derecho que lo regula. Por ejemplo, en Derecho Administrativo se utiliza un concepto formal y restringido de este término, según lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución y del artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Estas normas establecen una definición negativa de funcionario público (es decir, por exclusión). Esta definición ha sido elaborada para cumplir los objetivos de la regulación administrativa.⁷¹ Así:

- El artículo 40° de la Constitución excluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.
- El artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276) excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, y a los trabajadores de empresas del Estado o de economía mixta.

Por el contrario, como se verá más adelante, en el ámbito del Derecho Penal, la definición de funcionario público ha buscado ser más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos bajo el Derecho Administrativo. Para el Derecho Penal no interesa tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que desempeña su labor el funcionario, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública de cara al cumplimiento de las prestaciones sociales que debe desempeñar el Estado.⁷² En otras palabras, para definir el concepto de funcionario público en el Derecho Penal es importante determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública.

El concepto de funcionario público utilizado por el Derecho Penal es autónomo al utilizado por otras ramas del Derecho, respondiendo este a criterios de valoración estrictamente penal.⁷³

2.3.2. Concepto de funcionario público

Sobre la base de lo señalado, resulta necesario utilizar un concepto que sea funcional a la protección del correcto y normal funcionamiento de los servicios de la administración pública en favor de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la doctrina⁷⁴ ha reconocido como los elementos del concepto de funcionario público los siguientes:

⁷¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2001). *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, p. 29.

⁷² OLAIZOLA FUENTES, Inés. (1997). Concepto de funcionario público a efectos penales. En: Adela ASUA BATARRITA (Coord.). *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 77.

⁷³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *idem*. p. 30; DONNA, Edgardo. (2000). El concepto de funcionario público en el código penal peruano. En: *Revista peruana de Ciencias Penales*, N° 11-12, Año VII-VIII. pp.261-273; OLAIZOLA FUENTES, Inés, *idem*, p. 77.

⁷⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *idem*. pp. 19-39.

- La persona deberá estar incorporada a la actividad pública (título habilitante).
- La persona debe ejercer la función pública.

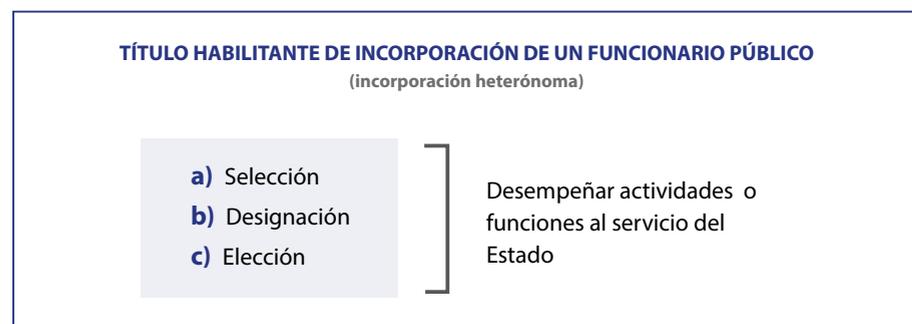
Sin embargo, por las razones expuestas a continuación, conviene utilizar los siguientes elementos:

- Incorporación heterónoma a la función pública.
- Posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público.

1. La incorporación heterónoma a la función pública

La incorporación heterónoma a la función pública significa que el funcionario público adquiere su estado a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo, la norma, o una persona que -distinta al propio funcionario- ostente el poder suficiente para vincular al nuevo servidor con la administración pública.

En otras palabras, **el título habilitante de incorporación consistirá en la selección, la designación o la elección del sujeto para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado.**⁷⁵



Estos títulos habilitantes abarcan todas las posibilidades de acceder a la administración pública.⁷⁶ Así entendemos:

- **Selección:** elegir a una persona entre otras por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El juez que es elegido por concurso público dirigido por la CNM.
- **Designación:** destinar a un sujeto para la función pública por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El Presidente de la República designa a un asesor para que sea el encargado del SIN.
- **Elección:** nombramiento que regularmente se hace a través de un proceso de votación. Ejemplo: El congresista que es elegido por elección popular.

Esta posición es la planteada por la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC):⁷⁷

Artículo I de la CICC:

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

“Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

“Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido **seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos**”.

Estas formas de acceso a la función pública son igualmente reconocidas por la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC):⁷⁸

Artículo 2 de la CNUC

“A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá:

i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea **designado o elegido**, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte;

iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte;”

⁷⁵ MEINI, Iván, *idem*. p. 16.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997.

⁷⁸ Ratificada por el Estado peruano el 16 de noviembre de 2004.

Así, una interpretación conjunta de ambos tratados lleva a postular la necesidad de una incorporación heterónoma a la función pública, resaltando las siguientes características:

- **No importa la denominación o nomen iuris:** la CICC ha buscado abarcar los distintos conceptos utilizados por los ordenamientos jurídicos de la región. En esta medida, ha dejado claro que no importa el nombre formal que se le otorgue al funcionario para que el Derecho Penal lo considere como tal. Asimismo, la CNUC considera funcionario público a aquel que hubiera sido definido como tal por el Derecho interno de los estados.
- **Título habilitante:** tanto la CICC como la CNUC ayudan a materializar lo expuesto anteriormente sobre la incorporación heterónoma del funcionario público, ya que señala como título de incorporación a la selección, designación y/o elección, elementos que, como ya se ha visto, incorporan todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma.
- **Irrelevancia del nivel jerárquico:** como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.
- **Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo.** como se puede observar, el requisito de la incorporación heterónoma cumple con una función negativa, es decir, excluye de la categoría de autores de los delitos de corrupción a las personas que no hayan sido incorporadas heterónomamente a la función pública.

Ahora bien, existen dos supuestos de casos que generan dificultades: Los funcionarios de facto y aquellos que usurpan funciones públicas de manera unilateral. En el primer caso, se trata de un particular que es incorporado como funcionario público a través de alguna forma de selección, designación o nombramiento que podrá resultar nulo, anulable⁸⁰ y/o inexistente. Por otro lado, en lo que respecta al usurpador de funciones, se hace referencia a los casos en que un sujeto, por iniciativa propia, se coloca de forma ilegítima en la posición de funcionario. A través de dos ejemplos, se aportará la solución a estos casos complejos:

Ejemplo

El funcionario de facto o de hecho

El 17 de enero de 2001 se difundió un video en el que se aprecia cómo Vladimiro Montesinos (quien formalmente no era jefe del SIN sino Asesor II de la Alta Dirección de dicho órgano) le entregó a Luis Bedoya de Vivanco, candidato al cargo de alcalde de Miraflores, la cantidad de US\$ 25,000 dólares americanos, pertenecientes a los fondos públicos del SIN, con el objetivo de financiar su campaña electoral municipal en 1998.

¿Podía Montesinos Torres ser considerado funcionario público para efectos del delito de peculado?

El Tribunal Constitucional, ratificando lo señalado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, dispuso lo siguiente:

“(…) Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal”.⁸¹

De esta manera, al existir un título habilitante material, porque el expresidente Fujimori incorporó a Montesinos Torres en la cúpula del SIN (incorporación heterónoma por designación), permitiendo su acceso y disposición a los fondos públicos de dicha entidad, sí es posible considerarlo funcionario público.

En conclusión, en los casos de funcionarios de facto (como el de Montesinos), el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario para vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, **debe ser considerado funcionario público.**

⁷⁹ MEINI, Iván, *op. cit.* p. 4.

⁸⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ana Sobrino Martínez. (2008). *Delitos contra la administración pública*. Barcelona: Bosch, pp. 37-50.

⁸¹ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 23 de noviembre de 2004, recaída en el Expediente 2758-2004-HC/TC (Fundamento 10).

Ejemplo

El usurpador unilateral de funciones

Un sujeto compra la vestimenta de un policía de tránsito para utilizarla en su beneficio, detiene un automóvil que no tiene el SOAT y le exige al conductor la entrega de dinero a cambio de no sancionarlo con la multa respectiva.

¿Puede el referido sujeto ser considerado como funcionario público y responder como autor del delito de cohecho?

Es importante tener en cuenta que el sujeto se coloca, de forma ilegítima, en la posición de un funcionario público. Al no haber sido incorporado de forma heterónoma y con un título habilitante a la función pública sino que, por propia iniciativa, se hace pasar por funcionario; no podrá contar con el poder para vincular al Estado y, por tanto, no debe ser considerado funcionario público.

2. La posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público

Cuando se analiza si una persona puede o no ser considerada funcionario público en los términos del Derecho Penal, más que un ejercicio de la función pública debe hablarse de **una posibilidad efectiva de ejercicio de la función pública**, ya que desde esta posición se podrá al menos poner en peligro el bien jurídico protegido en estos delitos. La posición de cercanía al bien jurídico protegido no requiere de un ejercicio, sino de la posibilidad efectiva (y no irreal o abstracta) de ejercitar el poder otorgado al momento de la incorporación en el organigrama público. En otras palabras, cuando un sujeto ya accede materialmente al aparato estatal (aunque por aspectos de forma aún no ejerce efectivamente la función pública) se origina una relación en la que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública depende de su comportamiento. Este vínculo configura la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo.

Este elemento también está presente en la CICC cuando, en lugar de utilizar la expresión “seleccionado, designado o electo que desempeñe actividad”, ha decidido estipular lo siguiente: “seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones (...)”. La preposición *para* es una evidente manifestación de que la voluntad del legislador (en este caso, los estados parte) ha sido que se incluya al funcionario que tenga la posibilidad efectiva del desempeño del cargo.

Ejemplo

El funcionario público electo

El artículo 47° del Reglamento del Congreso dispone que “el periodo parlamentario comprende desde la instalación del nuevo congreso, hasta la instalación del elegido en el siguiente proceso electoral”.

Alberto Kouri Bumachar⁸² fue candidato al Congreso de la República para el periodo 2000-2005. El 9 de abril del 2000 se realizaron las elecciones presidenciales y congresales, siendo este elegido para el cargo de congresista de la República. No obstante, el 5 de mayo del mismo año Kouri Bumachar se reunió con Vladimiro Montesinos y recibió dinero para cambiarse a las filas del fujimorismo.

La lista oficial de congresistas fue publicada por el Jurado Nacional de Elecciones el 3 de junio, asumiendo estos funcionarios el cargo con fecha 28 de julio.

¿Debía ser considerado funcionario público Alberto Kouri Bumachar?

El Derecho Penal, como se ha señalado, asume un concepto autónomo de funcionario público, distinto al previsto en el Reglamento del Congreso. Según la Corte Suprema, Kouri Bumachar era funcionario público desde el 9 de abril de 2000⁸³. Así, Kouri Bumachar se encontraba tan cerca del ejercicio efectivo de la función pública que era capaz de vincular materialmente al Estado con sus actos, sí debe ser considerado funcionario público. Cuando Kouri se reunió con Montesinos, ya había sido elegido como congresista. A pesar de que no ejercitó ni desempeñó el cargo público, Kouri Bumachar se encontraba en la posición de dominio que le permitía acceder y lesionar el bien jurídico. Son irrelevantes, por tanto, las normas administrativas que establezcan formalidades.

Esta son las consideraciones más importantes que el Derecho Internacional establece como concepto de funcionario público para efectos penales. Sin embargo, es posible encontrar otros elementos que no dejan dudas de una comprensión extensa de la calidad de funcionario público para efectos punitivos.

⁸² Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema el 12 de febrero del 2003, recaída en el Expediente 06-2001.

⁸³ Ídem, Fundamento décimo cuarto.

De esta manera, haciendo una interpretación conjunta de los instrumentos internacionales, se puede decir que el funcionario público queda caracterizado por lo siguiente:

- Ser un cargo legislativo, ejecutivo, judicial o administrativo, es decir, **no interesa el lugar donde se ejerza la función pública.**
- **Haber sido designado, seleccionado o elegido.** Conviene señalar, dentro de la modalidad “elección”, al funcionario seleccionado, ya que un proceso de selección culmina con la elección de la autoridad competente. Sin embargo, a efectos esclarecedores, se pueden diferenciar estos conceptos, como lo hace la CICC.
- El cargo puede ser **permanente o temporal.**
- El sujeto puede percibir una remuneración por ser servidor público, pero **puede ser también un cargo honorario.**
- **No importa la antigüedad** en la función pública.
- Es funcionario público **todo aquel que desempeñe o esté en posibilidad efectiva de desempeñar una función pública.**
- Todo funcionario público según el Derecho Interno.

2.3.3 Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano a la luz de los tratados

El artículo 425° del Código Penal hace referencia al concepto de funcionario; sin embargo, este cuerpo normativo, lejos de fijar un concepto único⁸⁴ o una lista cerrada de lo que es un funcionario público, establece una lista enunciativa, permitiendo la incorporación de nuevos supuestos según lo previsto en la Constitución, la ley o los convenios internacionales de los cuales somos parte.

El artículo 425° no constituye el concepto de funcionario público. Este se configura a partir del propio tipo penal que contiene el delito funcionarial. En otras palabras, el concepto funcionario público es un elemento normativo/jurídico de cada uno de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos y, como tal, susceptible de interpretación. Los operadores jurídicos pueden apelar a enunciados de distinta fuente jurídica para dar un contenido razonable al concepto de funcionario público.

“Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados por la autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución política y la ley”.

Es importante destacar de este artículo que los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 incluyen como funcionarios públicos a sujetos excluidos por normas de naturaleza administrativa, laboral y constitucional, reafirmando la noción amplia y autónoma que señala este Manual para el Derecho Penal. Es más, el numeral 4 (administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente) plasma de manera clara y precisa el hecho de que al Derecho Penal, en relación con los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, le interesa únicamente imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta, tanto así que ha incluido taxativamente a los administradores y depositarios de caudales embargados.

Ahora bien, el numeral 3 considera funcionarios públicos a cualquiera que mantenga una relación contractual con algún organismo del Estado. En este sentido, la norma penal está incluyendo al trabajador de las empresas del Estado y sociedades de economía mixta, al funcionario público que trabaje *ad honorem* (caso de la primera dama de la nación que ejerce alguna función pública sin percibir retribución económica), a quien cumple un trabajo a tiempo parcial o de locación de servicios, al practicante preprofesional sujeto a ley sobre modalidades formativas laborales, y otros sujetos que no tienen una relación laboral formal con el aparato estatal pero sí un vínculo real-material con la función pública.

⁸⁴ A diferencia del artículo del código penal español que propone una definición de funcionario público.

Como se señaló previamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido al funcionario electo como posible autor de los delitos contra la administración pública. Esto ha sido ratificado recientemente por la reforma de la Ley 30124, que modificó el inciso 6 del artículo 425°. Por lo tanto, se confirmó que es innecesario que el funcionario público electo ejerza efectivamente el cargo.

Por otro lado, se debe destacar que el artículo 425° haya utilizado los tres títulos habilitantes, a los que nos hemos referido en líneas anteriores, para la incorporación a la función pública, siempre que se den de forma heterónoma incluyen a todas las formas posibles de acceso a la administración pública:⁸⁵

- Selección (numeral 1, 3, 5)
- Designación (numeral 3 y 4)
- Elección (numeral 2 y 6)

Sin perjuicio de lo expuesto, se podría sostener que el artículo 425° refuerza el elemento de la incorporación heterónoma a la función pública y, con la reciente reforma de la Ley 30124, reconoce el elemento de la posibilidad efectiva de desempeñar un cargo público. Como veremos posteriormente, esta reforma sigue la orientación de los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano, en concreto, con la Convención Interamericana contra Corrupción⁸⁶ (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

Finalmente, el numeral 7 del Código Penal representa una cláusula abierta que se condice con la naturaleza enunciativa, mas no taxativa ni constitutiva, de la lista reconocida por el artículo 425 del Código Penal. Pero, ¿qué implica establecer que son funcionarios, o servidores públicos, todos los indicados por la Constitución Política y la ley? ¿Qué norma de rango constitucional o legal nos brinda un acercamiento al concepto de funcionario público del Derecho Penal? De una revisión de nuestro ordenamiento jurídico puede afirmarse que las normas que brindan un mejor acercamiento al concepto de funcionario público en materia penal están contenidas en leyes o instrumentos internacionales (CICC y CNUCC), incorporados al ordenamiento peruano de manera automática (modelo monista) por el artículo 55° de nuestra Constitución que señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.⁸⁷

Así, las disposiciones ya reseñadas de los artículos 1 y 2 de la CICC y el artículo 2 de la CNUCC son normas autoaplicativas o de aplicación inmediata (*selfexecuting*) y, por tanto, deben ser tomadas en consideración por los operadores del Derecho cuando determinen quién es funcionario público⁸⁸.

⁸⁵ *Supra*. Concepto de funcionario público. Elementos del concepto. A. Incorporación heterónoma a la función pública.

⁸⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Informe: Adecuación de la legislación penal peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio_final_peru.htm. Revisado el 12/02/13.

⁸⁷ En el mismo sentido, la Ley 26647, la cual dispone en su artículo 3 que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente.

⁸⁸ En cualquier caso deben ser consideradas disposiciones que funcionan como criterios de complementación hermenéutica al tratarse de un concepto (el de funcionario público) normativo del tipo penal.

¿Qué es una norma autoaplicativa, de aplicación automática o *selfexecuting*?

En el Derecho Internacional existen normas auto-aplicativas y normas no autoaplicativas o programáticas.

Una norma autoaplicativa es aquella norma completa, es decir, que puede ser aplicada o que despliega sus efectos de manera inmediata, sin la necesidad de algún acto legal adicional. Las normas no autoaplicativas, por el contrario, requieren de un desarrollo legislativo posterior para su aplicación.

Para que una norma sea autoaplicativa es necesario que cumpla con lo siguiente:

- Que otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigido ante el juez.
- Que sea lo suficientemente específica para poder aplicarse judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de recurrir a alguna norma adicional⁸⁹.

En conclusión, las normas internacionales referidas al concepto de funcionario público son *autoaplicables*, toda vez que representan definiciones completas, claras y específicas, siendo su cumplimiento un deber del operador judicial, ya que su omisión generará la responsabilidad internacional del Estado peruano.

Esta posición ha sido asumida por la Corte Superior de Lima en la sentencia recaída en el expediente 032-2006, en relación a la consideración de los bomberos como funcionarios públicos. La Corte señaló:

“(…) que la condición de funcionarios públicos de los acusados en su calidad de miembros en actividad y/o retiro del CGBVP es indiscutible para el caso concreto, pues si bien conforme a las normas legales que rigen dicha institución los bomberos no perciben remuneración alguna, la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita y ratificada por el Perú en su artículo uno define como funcionario público, oficial gubernamental o servidor público a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades o funciones a nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos su niveles jerárquicos, indicando que se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (...)”.

⁸⁹ ÇANCADO TRINTADE, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Citado por: BREGAGLIO LAZARTE, Renata, *ibidem*.

A todo lo anterior, se debe agregar que este razonamiento no representa ni una integración analógica de la norma ni la aplicación de una ley penal en blanco.

No es integración analógica: la integración analógica consiste en la aplicación de la consecuencia de la norma jurídica a un supuesto de hecho distinto a esta.⁹⁰ Además, como todo método de integración, la analogía opera frente a una laguna del Derecho. En el presente ejemplo se está interpretando, no integrando, un elemento objetivo y normativo del tipo penal, como es el elemento funcionario público.

No es aplicación de ley penal en blanco: este razonamiento no implica una remisión que rellene un vacío dejado por un elemento faltante que se encuentra fuera del tipo penal (remisión en bloque o ley penal en blanco),⁹¹ sino que implica un elemento que requiere, para el conocimiento y comprensión de su alcance y significado, la ayuda de alguna norma.⁹² Esto se denomina remisión interpretativa.

El concepto de funcionario público es un elemento normativo del tipo⁹³ que requiere para su entendimiento que el operador jurisdiccional utilice otras normas penales del ordenamiento peruano como, por ejemplo, el artículo 425° del Código Penal, el artículo 1° de la CICC o el artículo 2.a de la CNUCC.

2.4 LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO DELITOS ESPECIALES

Como se ha visto, el elemento del tipo “funcionario público” es central en los delitos contra la administración pública que, especialmente, son objeto de este manual: cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito. En tal sentido, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales. En esta medida, el presente acápite analiza el concepto de delito especial, el fundamento de los delitos especiales, y las clases de delitos especiales; todo ello en correspondencia con los delitos de corrupción.

⁹⁰ RUBIO CORREA, Marcial. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: PUCP, p.264 y ss.

⁹¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (2008, enero). Hacia un nuevo derecho penal de las empresas. Más allá de la solución penal y meramente administrativa del delito económico. En: *Revista Penal*, tomo 21, p. 4. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/338/329>. Consulta: 14/02/13.

⁹² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. (2004). *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas, p.351. En un sentido similar: GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*. Disponible en: [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20\(Documentos\)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Revista%20Naranja%20(Documentos)/Num_16/REMISIONES%20NORMATIVAS.pdf). Consulta: 14/02/13, p. 72.

⁹³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *op. cit.* p. 352. Cabe recordar que todos los tipos penales tienen elementos descriptivos del tipo y elementos normativos. Los primeros pueden ser conocidos con el común saber empírico, mientras que los segundos requieren de una norma para la correcta comprensión de su alcance y definición.

2.4.1 Delitos especiales: concepto simple vs. concepto complejo

Es posible identificar dos enfoques en la doctrina y jurisprudencia sobre el contenido del concepto delito especial:

- **Delito especial en sentido simple:** según este enfoque, son delitos especiales aquellos que no podrían ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto, sino solo por aquellos que tengan las cualidades y condiciones exigidas por el tipo penal.⁹⁴
- **Delito especial en sentido complejo:** este enfoque va más allá de la decisión formal del legislador de delimitar el número de autores a través del tipo penal, y busca encontrar el fundamento en el que descansa la restricción del círculo de autores. En otras palabras, a diferencia del concepto en sentido simple, hace referencia a la razón por la que el legislador decidió que solo determinados sujetos cualificados puedan ser autores del delito especial⁹⁵.

De una primera mirada, parecería sensato afirmar que **los delitos contra la administración pública son delitos especiales en sentido simple**, toda vez que delimitan el círculo de autores y con ello, como se ha detallado en apartados anteriores, se protege eficientemente el correcto funcionamiento de la administración pública.

Un amplio sector de la doctrina nacional utiliza este concepto simple de los delitos especiales⁹⁶, criterio que también ha sido asumido por Corte Suprema de la República cuando señala que “la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal”.⁹⁷

Así, no se puede negar que el concepto simple de delito especial brinda una herramienta útil para analizar estos delitos, ya que distingue su único rasgo común; la inidoneidad para ser cometidos por cualquier sujeto.⁹⁸

Sin embargo, también es necesario analizar los delitos especiales en sentido complejo, pues no debe olvidarse que un concepto formal sin fundamentación carece de sentido. Formulado con otras palabras, el concepto simple es solo la puerta de entrada a la problemática de los delitos especiales cuya comprensión obliga a conocer el motivo de la delimitación del círculo de autores (es decir, incorporar el concepto complejo). La determinación de este fundamento

⁹⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2006). *Los delitos especiales*. Buenos Aires: B de F/ Euros Editores, p. 27.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 22

⁹⁶ PARIONA ARANA, Raúl. (2011, enero). La teoría de los delitos de infracción de deber. En: *Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima; tomo 19, p. 81; CARO JOHN, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf. Consulta: 08/02/13; REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *op. cit.* p. 23 y ss.

⁹⁷ Destaca la sentencia del 20 de julio de 2009 recaída en el expediente AV- 23-2001 emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en contra de Alberto Fujimori Fujimori. p.35. Pie de página 3.

⁹⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op.cit.* p. 16.

debe permitir responder algunos aspectos problemáticos que plantean los delitos especiales que serán, posteriormente, analizados.

¿Cuál es el fundamento de la restricción legal del círculo de autores en los delitos especiales? Esta pregunta exige recordar que existe una gran variedad de delitos que pueden ser incluidos en la nomenclatura de delitos especiales. ¿Tienen todos ellos el mismo fundamento material? Parece claro que no, que hay distintas clases de delitos que presentan diversos motivos y razones por los que el legislador decidió acotar el número de autores a un grupo con cualidades especiales. En este contexto, existen diversas clases de delitos especiales en sentido complejo que responden a fundamentos materiales distintos. Este Manual se limita al de los delitos funcionariales especiales.

Pese a ello, antes de abordar la clasificación de los delitos especiales en sentido complejo, es necesario hacer un breve recuento de las principales posturas sobre el fundamento de estos delitos. Así quedarán expuestas las dos teorías que mayor acogida han tenido por la doctrina y que, además, han sido asumidas por la Corte Suprema de la República y por las cortes superiores de Justicia: a) la infracción de deber y b) el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

a) Delitos especiales como delitos de infracción de deber

Una primera postura, la teoría de la infracción de deber, fue planteada como un criterio de la autoría alternativo al llamado dominio del hecho.⁹⁹ Así, el fundamento de la autoría en algunos delitos ya no descansaría en el dominio fáctico del suceso, sino en la titularidad de un deber extra penal que es infringido. En este sentido, los criterios de dominio del hecho e infracción de deber son completamente independientes entre sí, y su diferenciación vendría impuesta por la ley¹⁰⁰.

Tomando en cuenta lo anterior, será autor de delitos especiales en sentido complejo quien infringe un deber previo al plano de la norma penal contenido casi siempre en normativa extra penal o infracción del deber y no quien tenga el control del suceso fáctico o dominio del hecho.¹⁰¹

Ejemplo

El autor del delito de cohecho pasivo será el funcionario público que infrinja su especial deber de fidelidad y lealtad a la función pública, previstos en el Código de Ética de la Función Pública y normativizados a través del artículo 393° del Código Penal.

Por el contrario, será partícipe de estos delitos todo interviniente que no tenga este deber extra penal, aunque tenga dominio del suceso fáctico.

⁹⁹ ROXIN, Claus. (2000). Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Barcelona: Marcial Pons, pp. 385-434.

¹⁰⁰ Ídem. p. 420.

¹⁰¹ Ídem. p. 386.

Cabe señalar que para esta posición, planteada por el profesor Roxin, todos los delitos especiales se caracterizan porque el autor es quien tiene una posición de deber extrapenal, motivo por el cual se utiliza el concepto “delitos de infracción de deber” en lugar de delitos especiales en sentido complejo.¹⁰²

JURISPRUDENCIA

Acuerdo Plenario N 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las salas penales permanente y transitoria. Antecedente 1.

“Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”.

Una segunda postura que replantea la teoría de la infracción de deber, es la presentada por Jakobs y seguida por sus discípulos. Esta señala que existen dos tipos de deberes (correspondientes a dos ámbitos de competencia):¹⁰³

1. **Competencia por organización:** correspondiente a los deberes de todo ciudadano de no dañar a nadie (deberes negativos). La norma se dirige al ciudadano con la expectativa de que este no invada la esfera de libertad ajena a través de un comportamiento comisivo u omisivo. Pertenecen a esta categoría los delitos comunes o de dominio.
2. **Competencia institucional:** correspondiente a los deberes que nacen de un estatus del sujeto (deberes positivos).¹⁰⁴ Estos no se limitan a no dañar, sino que implican una prestación de ayuda y fomento. ¹⁰⁵ Esencialmente se pueden distinguir dos tipos de deberes positivos: los familiares (por ejemplo, los de la madre con la salud del hijo) y los estatales¹⁰⁶ (por ejemplo, los del funcionario con el correcto funcionamiento de la administración pública).

¹⁰² ROXIN, Claus. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, p. 338.

¹⁰³ JAKOBS, Günther. (1997). La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. En: *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, pp. 343-363.

¹⁰⁴ Ídem. p. 348.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ-VERA, Javier. (2003). Delitos de infracción de deber. En: Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.). *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, p. 275.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

Del esquema anterior, se desprende claramente que los delitos de corrupción deberían calzar dentro de los delitos por infracción de un deber positivo-institucional (deber estatal). Como consecuencia de esto, el estatus de funcionario deja de ser un simple elemento agravante y se convierte en la esencia del delito contra la administración pública.¹⁰⁷ Cabe advertir que nuestra jurisprudencia, cuando ha entendido este tipo de delitos como delitos de infracción de deber lo ha entendido desde la perspectiva planteada por el profesor Claus Roxin.

b) Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico

La teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico¹⁰⁸ parte por preguntarse cuáles son las necesidades político-criminales detrás de la decisión del legislador de elaborar un delito especial.¹⁰⁹

En esta línea, esta perspectiva sostiene que el criterio de la autoría de los delitos especiales debe ser buscado no en la infracción de un deber formal extrapenal o institucional (como lo sostiene la teoría de la infracción de deber), sino en una **relación especial de dominio sobre el resultado lesivo al bien jurídico. Este dominio se fundamenta en la posición de garante del sujeto cualificado**¹¹⁰ es decir, en la cercanía o proximidad fáctica al bien jurídico protegido, le permite tener la capacidad de afectarlo desde la organización estatal.¹¹¹ En este sentido, **es la función del autor frente a la especial situación de vulnerabilidad del bien jurídico, lo que favorece que tenga el dominio del resultado lesivo.**

Ejemplo

Un juez tiene la función de impartir justicia (servicio público). De esta forma, de él depende -situación de vulnerabilidad- que la administración pública funcione correctamente (específicamente en el ámbito jurisdiccional que le corresponde). En esta medida, el juez que recibe dinero de un abogado para que agilice un proceso será autor del delito de cohecho pasivo en virtud de su dominio sobre el bien jurídico protegido (correcto funcionamiento de la administración de justicia).

¹⁰⁷ A pesar de todo lo expuesto hasta aquí, esta postura ha sido criticada de forma reiterada por la doctrina. Para más información: RUEDA MARTÍN, María Ángeles. (2010). *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código Penal*. Granada: Comares; ROBLES PLANAS, Ricardo. (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. (2011). *Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de autoría y modalidades del delito*. Barcelona: Indret. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/792.pdf>. Consulta: 22/02/13; GÓMEZ MARTÍN, Víctor, loc. cit. En la doctrina peruana: PARIONA ARANA, Raúl. (2011, enero). *La teoría de los delitos de infracción de deber*. En: *Gaceta Jurídica – Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 19; SALINAS SICCHA, Ramiro, loc. cit. En el presente manual, esta postura no será adoptada.

¹⁰⁸ SCHUNEMANN, Bernd. (2004). *El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría*. *Revista de derecho penal y criminología de la Universidad del Externado de Colombia*, N° 75, vol. 25, pp. 13-25.

¹⁰⁹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.* p. 202.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ DONNA, Alberto, *op.cit.* p. 273.

Ello resulta pertinente en los casos de los delitos de corrupción, porque el funcionario ejerce un control especial sobre el suceso que lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública; a raíz de la posición interna y del poder estatal del que dispone el funcionario.¹¹²

Esta tesis también ha sido acogida por Pleno Jurisdiccional Superior Penal:

JURISPRUDENCIA

Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004. Tema 5, Acuerdo Primero.

“Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de estos en la realización del delito especial de que se trate. (...) Considerar que la **mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado**”.

El presente Manual se acoge a la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico:

- La posición de garante no se debe **SOLO** a la formalidad del estatus (una posición que ocupa el sujeto en la sociedad o institución), sino **SOBRE TODO** al ejercicio material del mismo, es decir, a las distintas funciones a través de las cuales el sujeto asume libremente la responsabilidad por el bien jurídico.¹¹³ A ello se suma, pues, la necesidad de verificar el dominio efectivo sobre el fundamento del resultado
- El dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico es el fundamento de un grupo **MAYORITARIO** de delitos especiales (donde se encuentran los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos) pero no de todos. Este Manual abordará solo la dinámica de los delitos funcionariales o especiales de posición institucionalizada.¹¹⁴

¹¹² *Ídem*. p. 24.

¹¹³ GRACIA MARTÍN, Luis. (1985). *El actuar en lugar de otro en derecho penal I. Teoría general*. Zaragoza: Prensas universitarias, p. 364 y ss; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *op. cit.* p. 23.

¹¹⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.* pp. 520-525. En este mismo sentido: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (2012). *Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores. Nuevas bases para una distinción necesaria*. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No 14-01. pp. 1-29. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-01.pdf>. Consulta: 04/12/12.

2.4.2 Clasificación de los delitos especiales en propios e impropios

Tradicionalmente, los delitos especiales como aquellos contra la administración pública se clasifican en propios e impropios. Así:

1. **Los delitos especiales propios:** caracterizados porque la cualidad especial del autor (funcionario público para los delitos que son materia de este Manual) fundamenta la responsabilidad penal. Es decir, si el autor del delito no es funcionario público entonces no existe tipo penal común similar (o subyacente) por el que pueda responder.¹¹⁵ Ejemplo de ello son los siguientes delitos: el abuso de autoridad, la malversación de fondos, el cohecho pasivo, el enriquecimiento ilícito o el prevaricato.
2. **Los delitos especiales impropios:** caracterizados porque la cualidad especial del autor solamente equivale a un elemento adicional que, generalmente, agrava, (aunque a veces) atenúa la responsabilidad penal ya existente en un delito común. Así, si el sujeto no tiene tal cualidad, responderá inmediatamente por el delito común.¹¹⁶ Ejemplo de ello son los siguientes delitos: la concusión (en relación con las coacciones o la estafa) y el peculado (en relación al hurto o a la apropiación ilícita).

Ahora bien, ¿es correcto afirmar que algunos delitos de corrupción son delitos especiales impropios? De acuerdo con lo estudiado hasta ahora, la cualidad de funcionario público no es un elemento meramente modificador de la pena (circunstancias agravantes o atenuantes), sino un elemento “fundamentador” de la responsabilidad penal.¹¹⁷ Respecto del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico¹¹⁸, el presente Manual defiende esta postura, porque la función especial del funcionario público es el núcleo de la responsabilidad penal de estos delitos. Por ello, en nuestra concepción, no es posible hablar de delitos especiales impropios en materia de corrupción.

Se debe tener en cuenta que la teoría de la infracción de deber llega a la misma conclusión, ya que para esta tesis la distinción entre delitos especiales propios e impropios es superflua (ambos se fundamentan en la lesión de un deber positivo).¹¹⁹

Como consecuencia de ello, es posible afirmar que los mal llamados delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados de los correspondientes delitos comunes, sino que son delitos con autonomía.¹²⁰ Asimismo, se debe tomar en cuenta que en estos delitos el sujeto cualificado (funcionario público) también tiene un especial acceso sobre la vulnerabilidad del bien jurídico (el poder para lesionarlo desde la administración pública).

¹¹⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *op. cit.* p. 41.

¹¹⁶ *Idem.* p. 42.

¹¹⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.* p. 507.

¹¹⁸ Ver supra.

¹¹⁹ GÓMEZ-VERA, Javier, *op. cit.* p. 285.

¹²⁰ RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *op. cit.* p. 76.

Lo dicho cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el método para determinar la autonomía de los delitos debe ser de naturaleza teleológica, esto es, preguntar por el objeto de la prohibición penal.¹²¹ Dado que el bien jurídico que se protege en los delitos de corrupción es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, todos los delitos especiales contra la administración pública son propios y autónomos. Además, que exista algún delito común con el que el delito especial guarde cierta semejanza no es un argumento en contra para reconocer la autonomía de los delitos funcionariales y la relación interna tan particular que existe entre el funcionario público y el bien jurídico protegido.

Ejemplo

- El delito de peculado protege el correcto funcionamiento de la administración pública.
- El delito de apropiación ilícita protege el patrimonio.

Ante el diferente objeto de protección penal, solo queda afirmar la autonomía entre estos dos tipos penales.

2.5 COMISIÓN POR OMISIÓN¹²²

2.5.1. Comisión por omisión y posición de garante del funcionario público superior

¿Qué caracteriza a un delito cometido por omisión? La diferencia entre omisiones y comisiones se puede hacer desde dos enfoques:

- **Plano ontológico:** las omisiones implican un *dejar de hacer* mientras que la comisión se representa como un *hacer*¹²³.
- **Plano normativo:** las comisiones significan la injerencia en la autonomía de terceros mientras que las omisiones implican la ausencia de una intervención de salvaguarda de bienes jurídicos¹²⁴.

¹²¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *op. cit.* pp. 06:19-06:52. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>. Consulta: 25/02/13.

¹²² Este acápite recoge las principales ideas del siguiente artículo: GUIMARAY MORI, Erick y Julio RODRIGUEZ VASQUEZ. *Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y los presidentes regionales*. En: *Ius et veritas*, edición 51. En edición.

¹²³ SILVA SANCHEZ, Jesús María. (2004). Comisión y omisión: Criterios de distinción. En: *Estudios sobre delitos de omisión*. Lima: Grijley, p. 16.

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ *Ibidem.*

En este contexto, la comisión por omisión comparte con la omisión su base ontológica, a la vez que su base normativa implica la injerencia en una esfera jurídica ajena¹²⁵. Esta produce que, a diferencia de un delito de omisión pura, el hecho cometido por comisión por omisión se subsuma en un tipo penal que describe, desde un uso natural del lenguaje, la lesión de un bien jurídico mediante un quehacer activo¹²⁶ (por ejemplo, los tipos penales contra la administración pública).

De acuerdo a Mir Puig, las peculiaridades del tipo de comisión por omisión son las siguientes:

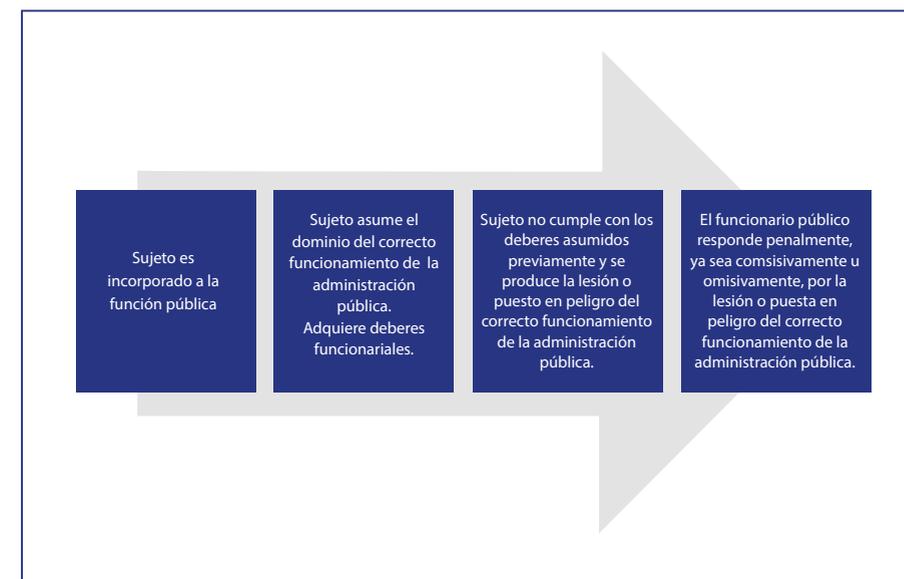
- Producción de un resultado (lesión de bienes jurídicos).
- Posibilidad de evitarlo.
- Posición de garante.¹²⁷

De estas características, la posición de garante es la más importante al momento de fundamentar la naturaleza de la comisión por omisión. En nuestra opinión, la posición de garante, y con ello el fundamento de la comisión por omisión, radica no solo en los deberes extrapenales que vinculan al funcionario público sino, especialmente, 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.¹²⁸

Como ya vimos, la teoría del domino sobre el fundamento del resultado ha permitido dar solución a las posiciones de garante que tienen los funcionarios públicos.¹²⁹ En el caso de los delitos de corrupción, su configuración como delitos especiales determina que solo algunos sujetos (funcionarios públicos) puedan tener la influencia o dominio necesario para lesionar el bien jurídico.¹³⁰ Como ya hemos señalado, el sujeto que es incorporado al aparato público, y que luego ejerce determinada función pública, posee el dominio sobre una esfera del bien jurídico “correcto y normal funcionamiento de la administración pública”, en tanto que de él depende que los servicios públicos a su cargo sean ejecutados correctamente.

En esta línea, cuando un funcionario público decide libremente formar parte de la administración pública y es incorporado asume el dominio sobre el “correcto y normal funcionamiento de la administración pública”. Así, el funcionario adquiere deberes que le exigen ejercer la función pública de manera objetiva, legal y prestacional, y el deber de evitar la afectación de dicho bien jurídico por parte de terceros y sus subordinados. Por este motivo, siempre que el funcionario público deje de cumplir con sus deberes funcionariales y esto produzca una lesión o puesta en peligro del bien jurídico estaremos ante un caso de responsabilidad penal, sea de forma comisiva u omisiva.

Esto queda más claro con el siguiente cuadro.¹³¹



2.5.2. Funcionario público que ocupa cargos de poder

La teoría del dominio sobre el fundamento del resultado también puede ser utilizada cuando el acto de corrupción se comete en el seno de una institución pública, caracterizada por la división funcional del trabajo en el plano horizontal y la jerarquía en el plano vertical.¹³²

El funcionario público que encabeza una estructura de este tipo tiene una posición de garante muy intensa, ya que se basa en el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico¹³³. 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 y normal funcionamiento de la administración pública se encuentra en una posición de dependencia y vulnerabilidad frente a la función del servidor público superior.

¹²⁶ SCHUNEMANN, Bernd. (2009). El denominado delito de omisión impropia. En: *Discursos universitarios*. Arequipa: Pangea, p. 21.

¹²⁷ MIR PUIG, Santiago. (2006). Derecho penal. Parte general. Barcelona: Reppertor, p. 318.

¹²⁸ SCHUNEMANN, Bernd. (2004). 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*, N° 75, vol. 25, p.21.

¹²⁹ SCHUNEMANN, Bernd. El denominado delito de omisión impropia, *op. cit.* p. 36.

¹³⁰ GRACIA MARTIN, Luis. (2004). La comisión por omisión en el derecho penal español. En: *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa, p. 142.

¹³¹ GUIMARAY MORI, Erick y Julio RODRIGUEZ VASQUEZ. *Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y los presidentes regionales*. *Ibidem*.

¹³² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. (2008). Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. En: SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón y Eduardo DEMETRIO CRESPO (Dir.). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid: Colex, pp. 61-62. Hemos adaptado en parte las construcciones realizadas por los autores con relación a la posición de garante de los órganos de dirección de una empresa a la de los órganos de una institución pública.

¹³³ MONTOYA VIVANCO, Yvan (2012). La responsabilidad penal del funcionarios superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados. En: PARIONA ARANA, Raúl (Dir). *Veinte años de vigencia del código penal peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*. Lima: Grijley.

Es en esta medida que 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 de vulnerabilidad o desamparo del bien jurídico¹³⁴, base que fundamenta una posición de garante más intensa. Una vez hecha esta aclaración, podemos partir de la premisa de que el dominio sobre el fundamento del resultado permite atribuir responsabilidad penal por comisión por omisión a aquellos órganos superiores jerárquicos en la organización pública que no eviten que el resultado lesivo a los bienes jurídicos se haga actual¹³⁵, siempre que en él concurra una posición de garante, un resultado y la posibilidad de evitar el mismo.

Lo afirmado aquí no significa que todos los miembros respondan individualmente, sino que la relevancia de la conducta debe ser interpretada en el contexto de la organización pública¹³⁶. En este sentido, se debe señalar que el funcionario público superior ostenta una posición de garante frente a la vulnerabilidad del bien jurídico. Así, la posición de garante del funcionario público que ocupa un alto cargo se basa en el poder de mando que tiene sobre sus subordinados (dominio personal)¹³⁷.

Este tipo de dominio es relevante en los supuestos de delegación de funciones. La delegación de funciones no es legítima y es importante para el funcionamiento eficiente de la institución pública¹³⁸. De esta forma, es usual que la institución divida competencias en diversos departamentos¹³⁹.

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 fatales para el efecto preventivo del Derecho penal¹⁴⁰, ya que solo los miembros subordinados llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal¹⁴¹, lo que supone excluir a los altos funcionarios.

En este sentido ¿cuál es el alcance de la posición de garante de un alto funcionario público cuando ha habido delegación de funciones? La delegación modifica o transforma el contenido del deber de garantía primario (el cual pertenece, como vimos, al alto funcionario público). No obstante, el delegante no queda completamente liberado, dado que su deber originario no desaparece¹⁴². Así, el órgano directivo delegante continúa teniendo una competencia residual que radica en el deber de vigilancia y supervisión sobre el delegado¹⁴³. Este deber se basa no solo en el poder legal de mando del superior jerárquico, sino también en el mayor fondo de información que este tiene¹⁴⁴.

En palabras de Eduardo Demetrio, la delegación produce un efecto de mutación, pues convierte la obligación original del delegante en un deber de control sobre su subordinado¹⁴⁵. 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 de los daños que se derivan del empeoramiento de la situación previa a la delegación¹⁴⁶. De esta manera, el superior jerárquico mantiene un dominio personal sobre el resultado lesivo al bien jurídico.

JURISPRUDENCIA

R.N. 77-2012. Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 22 de agosto de 2012, pp. 41-42.

“(…) 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 (...).

¹³⁴ MONTOYA VIVANCO, Yvan, *ibidem*. En sentido similar: LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. (2002). *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, p.136.

¹³⁵ MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. (2007). *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant le Blanch, pp. 498-499. Reiteramos que hemos adaptado las construcciones dogmáticas referidas a la posición de garante en una empresa privada a las de la organización en una institución pública.

¹³⁶ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. (2007). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, p. 185.

¹³⁷ SCHUNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 537.

¹³⁸ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *op. cit.*, p. 508.

¹³⁹ SCHUNEMANN, Bernd. (2002). Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. LV., p. 31.

¹⁴⁰ SCHUNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 533.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, *op. cit.*, p. 509. Así también: PEÑARANDA RAMOS, Enrique. (2006). 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, p. 421.

¹⁴³ SCHUNEMANN, Bernd, citado por: MARTÍNEZ-BUJAN, Carlos, *op. cit.* p. 509.

¹⁴⁴ SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, p. 539.

¹⁴⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁶ FEJOO SANCHEZ, Bernardo, *op. cit.*, p. 190.