

EL PECULADO POR COMISIÓN POR OMISIÓN EN COLOMBIA*

THE PECULADO BY COMMISSION FOR OMISSION IN COLOMBIA

Jorge Arturo Abello Gual**

Fecha de recepción: 18 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 11 de febrero de 2017

RESUMEN

En este artículo se hace un análisis jurídico y dogmático de las posibilidades jurídicas y fácticas de admitir la configuración de un peculado por comisión por omisión, partiendo del artículo 25 del Código Penal colombiano.

Palabras claves: Peculado, comisión por omisión, posición de garante, corrupción.

ABSTRACT

In this paper, I make a legal and dogmatic analysis of the legal and factual support configuration of a commission embezzlement by default, based on the Article 25 of the Colombian Penal Code.

Key words: Embezzlement, by omission, the guarantor, corruption.

157

* Este artículo hace parte de un proyecto de investigación financiado por el Politécnico Grancolombiano, Institución Universitaria.

** Abogado y especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte; Magíster en Derecho Penal de la Universidad de los Andes. Profesor Universidad del Rosario georabello@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

En este aparte se ha elaborado un acercamiento conceptual sobre la existencia de la conducta punible del “peculado por comisión por omisión”, partiendo de las previsiones normativas del Código Penal colombiano, y de los presupuestos jurídicos para su posible configuración.

Para comenzar, la Ley 599 de 2000 no establece expresamente la conducta de peculado por comisión por omisión. Sí se prevé varias modalidades de peculado, entre ellas, el peculado por apropiación, el peculado por destinación oficial diferente, el peculado por uso y el peculado culposo, por lo cual se puede afirmar que no existe expresamente un peculado doloso por comisión por omisión tipificado en la legislación penal colombiana; más sin embargo, de conformidad con el contenido del artículo 25 del Código Penal colombiano, se podría plantear la posibilidad de que un servidor público realice un peculado doloso o culposo, por comisión por omisión.

La existencia de un peculado por comisión por omisión, no es un asunto sencillo, por lo que pueden existir principios y garantías penales realmente comprometidas, en caso de ser admitida su aplicación, pues sin un cuidado debido se puede incurrir en casos de responsabilidad objetiva. Pero sin duda la política criminal, la dogmática y la jurisprudencia, han venido avanzando en el tema, por la necesidad manifiesta de proteger el bien jurídico de la administración pública y el patrimonio del Estado.

Desde el punto de vista criminológico, no son escasos los hechos en los que un funcionario público omita dolosamente realizar sus funciones de vigilancia y control, o deje de realizar actos tendientes a evitar la apropiación de recursos públicos por parte de otros funcionarios o por parte de particulares, que a través de trámites administrativos y judiciales, obtienen el reconocimiento de un derecho mediante actos fraudulentos, que previamente son conocidos por el funcionario; e incluso, pueden darse casos en los que se cuenta con el concierto previo del funcionario para defraudar las arcas del Estado. Así entonces, nos podemos encontrar con varias situaciones que ameritan una reacción penal en contra de funcionarios, que “no haciendo nada” ayudan a que otros se apropien de dineros públicos.

La primera situación, es cuando un funcionario omite sus funciones de control y vigilancia que le han sido asignadas por la ley, en el acto de nombramiento o manual donde se establecen sus funciones. Estas funciones pueden consistir en la revisión de un acto administrativo, la inspección de una obra, cerciorarse que otras instancias de control hayan aprobado la legalidad y la viabilidad del acto,

o que la documentación necesaria para transferir fondos públicos se encuentre acorde con las especificaciones requeridas para determinado acto o contrato. En muchas ocasiones, estas omisiones pueden ser culposas, pero en otras existe un concierto previo o inclusive un pago, para que el funcionario no haga nada.

Un segundo evento se presenta en la delegación de funciones. Un funcionario público le delega a un subalterno la ejecución de un acto propio de sus funciones, y logra detectar que en las actuaciones que cumple su delegado, existe uno o varios actos que implican la apropiación ilegal a favor de un tercero, y a pesar de ello, no hace nada para evitar que el acto nazca a la vida jurídica, como por ejemplo, buscar la nulidad del acto ilegal a través de otras actuaciones tendientes a evitar que se produzca un detrimento patrimonial para el Estado.

Un tercer caso se presenta, cuando se hace necesaria la participación de un cuerpo colectivo para aprobar un acto de disposición de un recurso público. En estos eventos, los integrantes del cuerpo colectivo omiten realizar los controles, o sencillamente no participan en la votación para tomar la decisión, o no asisten o se niegan a votar, pero no hacen nada posterior para evitar que el acto ilegal se ejecute y provoque el detrimento patrimonial, lo que revela una colaboración o asentimiento a la realización del delito.

Y por último, existiría un cuarto escenario que sería el de los organismos autónomos de control, como es el caso de la Procuraduría y la Contraloría, o de los órganos de control específicos en cada sector, como es el caso de las superintendencias, en donde, con ocasión o cumplimiento de sus funciones, evidencian un acto anómalo, y a pesar de ello, no hacen nada para evitarlo.

Estos son cuatro ejemplos en los que se puede advertir un acto de corrupción a través de una omisión dolosa o culposa, que ameritaría una respuesta penal para prevenirlos y sancionarlos. Por regla general, la mayor parte de actividades gubernativas que implican una disposición de recursos públicos, requieren de la participación de varias personas, y por esa razón, se plantea que cuando se presenta un acto de corrupción, donde se configura un peculado, algún control definitivamente falló en todo el proceso, y por ello en el desarrollo de una investigación penal se pondrán encontrar diferentes tipos de conductas que ameritarían una sanción penal, unas por acción, otras por omisión, unas dolosas y otras culposas.

Sin embargo, las particularidades del delito de peculado, como ya las vamos a ver a continuación, no permiten en todos los casos en que se presenten omisiones, la configuración de la modalidad de comisión por omisión.

1. LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS POR COMISIÓN POR OMISIÓN EN ESPAÑA

Para comenzar el análisis dogmático sobre la posibilidad de plantear un peculado por comisión por omisión en Colombia, me permitiré tomar un ejemplo en el derecho español para luego retomar la discusión en el ámbito nacional. En España, se ha creado la modalidad de malversación de caudales públicos por comisión por omisión, para dar mayor seguridad jurídica y evitar una posible trasgresión al principio de legalidad. En el artículo 432 del Código Penal español, se tipificó la malversación por comisión por omisión de la siguiente forma:

Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

Con el texto legal antes citado, en España se cumple con el principio de legalidad, al describir expresamente la conducta de malversación, en su modalidad de comisión por omisión. Sobre este artículo comenta el profesor Muñoz Conde, lo siguiente:

El artículo 432,1 castiga también a la autoridad o funcionario público que consintiere que un tercero, con igual ánimo (es decir, ánimo de lucro), sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones (es decir, las funciones de la autoridad o funcionario). Se trata de un delito de comisión por omisión del deber de custodia de los caudales a cargo del funcionario. Esencial es, por lo tanto, la infracción de ese deber, independientemente de que dicha infracción se lleve a cabo por acciones positivas (entregando por ejemplo la llave de la caja al extraño) u omisivas. La infracción del deber ha de ser dolosa, por cuanto el consentimiento es un consentimiento a la sustracción (...) equiparar expresamente estas conductas, porque de dejarlas sometidas a las reglas generales de la participación pudiera ocurrir que el funcionario saliera absurdamente privilegiado, respondiendo solo como partícipe en el hurto o apropiación indebida cometidos por el particular, o incluso quedara impune, en caso de no ser delictiva la sustracción llevada a cabo por el particular, por tener este, por ejemplo, un crédito pendiente con la Administración.¹

1 Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal parte especial*. Edición 18, Editorial Tirant lo Blanch. 2010. Pág. 1035.

Sobre el mismo artículo de la legislación penal española, también explica el profesor Roca que se trata de una modalidad compleja, que vincula tanto comportamientos activos como pasivos —de no hacer—:

Lo relevante en estos supuestos, pero también en los de actos positivos de colaboración del funcionario, es pura y simplemente la omisión del deber de custodia o procura que da origen a un delito de comisión por omisión. Al funcionario se le castiga no por lo que hizo, sino por lo que ha dejado de hacer: impedir la sustracción de los caudales. Con lo cual es perfectamente posible que el cómplice de delito ajeno sea a la vez autor por omisión de un delito propio. De esta manera se desemboca en una fundamentación unitaria de la responsabilidad de todos los supuestos subsumibles bajo la expresión legal “consentir” la sustracción, tanto de los positivos o activos, como de los negativos o pasivos.²

Es decir, se trata de un tipo penal abierto, que se configura con la realización de cualquier acto con el que se infrinja el deber de custodia que se tiene sobre los caudales públicos, y sobre los cuales también, tiene una posición de garante. De esta manera, queda entonces configurado un delito con el cual se castiga a un cómplice de malversación por acción, como autor del delito de malversación por omisión, como bien lo han señalado los profesores Muñoz Conde y Roca, en las citas antes transcritas.

Por otro lado, también se ha planteado en España sobre otro tipo penal, muy similar al peculado por destinación oficial diferente —tipificado en el Código Penal colombiano en el artículo 399—, la posibilidad de configurarlo en la modalidad de comisión por omisión, es decir, ya no como un delito de omisión propia, sino como un delito de comisión por omisión, como lo explica el profesor Roca:

A nuestro juicio y siguiendo ésta perspectiva material será posible calificar el supuesto del artículo 433 (consentir que otro destine caudales públicos a usos ajenos a la función pública) como un supuesto de comisión por omisión. Y ello porque el funcionario se encuentra en una posición de garante, dado que está encargado de la custodia de los caudales, esto es, se halla bajo una específica función de protección del bien jurídico (bien jurídico que nosotros hemos concebido —recordemos una vez más— desde una doble vertiente: el patrimonio público y la correcta gestión del mismo o de bienes equiparados a él). Dicho bien jurídico se encuentra bajo una relación absoluta de dependencia respecto del funcionario competente, pues de él depende que el patrimonio público y su gestión o administración de una forma imparcial y objetiva se mantengan indemnes. Además, tal función de protección del

2 Roca Agapito, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. José María Bosch Editor. Barcelona. 1999, pág. 182.

bien jurídico ha sido asumida voluntariamente por él, al haber ocupado su puesto de funcionario, impidiendo así que la administración adopte otras medidas para preservar incólume su integridad.

En conclusión, a nuestro modesto modo de ver, parece acertada la interpretación que admite la comisión por omisión en el artículo 433 CP, porque el funcionario que tiene a su cargo por razón de sus funciones unos caudales públicos que se encuentran, respecto de su correcta administración, en una posición de garante.³

De esta manera, queda planteada tanto en la legislación como en la doctrina española, la posibilidad de la configuración de un delito de defraudación de caudales públicos, a través de la omisión impropia y la comisión por omisión, en la cual un funcionario público que teniendo la posición de garante sobre un bien del Estado, permitiera que otro los destinara para fines diferentes a los establecidos por la ley, infringiendo su deber de custodia.

2. PROPUESTAS DE UN PECULADO POR COMISIÓN POR OMISIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Saliéndonos un poco de la discusión española sobre el delito de malversación de caudales públicos, cabe preguntarse si en el caso colombiano las funciones de administración, tenencia o custodia de que habla el artículo 397 del Código Penal colombiano, incluyen a su vez, la modalidad de comisión por omisión, regulada en el artículo 25 del mismo estatuto. Sobre este punto, hay varias referencias en la jurisprudencia y en la doctrina colombiana, sobre la posibilidad de un peculado por comisión por omisión.

Por ejemplo, el profesor Jaime Lombana Villalba afirma que el peculado admite tanto la comisión activa como la omisiva⁴, pero no explica cómo se puede presentar un peculado por comisión por omisión, de conformidad con el marco jurídico colombiano.

El profesor Saúl Uribe, plantea la posibilidad de que se pueda presentar un peculado por comisión por omisión de la siguiente manera:

En los delitos contra la Administración Pública tiene aplicación el artículo 25 del Código Penal, de manera concreta, según lo prescrito por los incisos 1 y 2, ya que los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 25, únicamente tienen apli-

3 Op. Cit. Pág. 255.

4 Lombana Villalba, Jaime. “Peculado” (pp. 237-262), en *Manual de derecho penal parte especial*. Coordinador Carlos Castro Cuenca. Temis y Universidad del Rosario. Bogotá. 2011. Pág. 249.

cación cuando se trata de conductas que atente contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

La función pública es reglada, y como tal las funciones de los servidores públicos lo son también, por lo que se espera que los servidores públicos cumplan con los deberes que la Constitución y la ley les impone. Si contrario sensu, el servidor público defrauda las expectativas que su rol le impone, bien por infringir la Constitución y la ley, ora por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, deviene como consecuencia obligada la responsabilidad del servidor público, desde diferentes ópticas, una de ellas, la penal.

Ya, si de los deberes jurídicos impuestos y exigibles al servidor público se desprende la posibilidad de impedir un resultado, su omisión en impedirlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

En los delitos contra la Administración Pública, con respecto al servidor público, se pueden determinar, con facilidad, tres cosas: los deberes jurídicamente exigibles; la posición de garante que en algunos eventos ocupa, y con ello, la obligación de impedir resultados típicos.⁵

Según el profesor Uribe, la posición de garante implica la obligación de impedir un resultado⁶, y la posición de garante, en los delitos contra la administración pública, se adquiere de dos formas:

El primero, cuando la Constitución, la ley, decreto o reglamento impone obligaciones al jefe de cada entidad o dependencia estatal, acerca de la forma como debe dirigir la actividad administrativa, y de manera especial, el control que debe ejercer en torno a la actividad que desarrollan los subalternos. El segundo, con los fenómenos administrativos de la descentralización, desconcentración y delegación.⁷

De acuerdo con el profesor citado, es posible un peculado por comisión por omisión, cuando la Constitución, la ley, un decreto o un reglamento, impone la función de protección de los recursos públicos a un servidor público, o cuando en virtud de las competencias derivadas de los fenómenos de la desconcentración, la descentralización o la delegación, también le son asignadas dichas funciones. Así por ejemplo, en el fenómeno de la descentralización administrativa, se establecen las competencias de cada ente territorial (Nación, departamentos y

5 Uribe García, Saúl. Delitos contra la administración pública. Ediciones Unaula. Medellín. 2012, pp. 125-126.

6 Ibídem, pág. 129.

7 Ob. Cit. pp. 129-130.

municipios o distritos), donde cada uno maneja su propio presupuesto y tienen definido sus controles, así como las autoridades que ejecutan el mismo. En la desconcentración administrativa, también se establecen las competencias que pueden ejercer las dependencias ubicadas por fuera de la sede principal, que también tienen un presupuesto que ejecutar, e igualmente poseen asignadas las funciones de control y vigilancia que deben ejercer los jefes regionales y los jefes nacionales, en cada ente desconcentrado. Y por último, el fenómeno de la delegación, en el cual, a pesar de que el delegante se desprende de algunas funciones que le son asignadas, y por tanto, de algunas de las responsabilidades derivadas de las funciones delegadas, sigue manteniendo los deberes de control y vigilancia, de los cuales se pueden derivar ciertas responsabilidades penales, como bien lo expresa la Corte Constitucional:

Lo que la Constitución consagra es la responsabilidad que se deriva del ejercicio del cargo, sea ella por omisión o extralimitación de sus funciones. Entonces, desde la distinción de las formas de actuación de los tres partícipes en la delegación, el principio de responsabilidad indica que cada uno de ellos responde por sus decisiones y no por las decisiones que incumben a los demás. No puede exigirse, por lo tanto, que la autoridad que autoriza la delegación responda por las actuaciones del delegante o del delegatario. Tampoco que el delegante responda por las decisiones del delegatario, aunque ello tampoco signifique que el delegante no responda por lo que a él, como titular de la competencia delegada, corresponde en relación con la delegación, pues la delegación no constituye, de ninguna manera, el medio a través del cual el titular de la función se desprende por completo de la materia delegada. Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se imparten al delegatario durante la permanencia de la delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservará y ejercerá las facultades que se le otorgan en razón de ser el titular del empleo al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios.⁸

Lo cierto es que esta posición, aunque plantea las bases legales para la admisión de un peculado por comisión por omisión, aún no profundiza sobre los criterios

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

materiales contenidos en el artículo 25, y los otros desarrollados por la doctrina⁹ para la configuración de un delito impropio de omisión. Si bien el profesor Uribe plantea la fundamentación jurídica que permite constituir la posición de garantía en los funcionarios públicos, de forma general en los delitos contra la administración pública, no lo hace concretamente en el delito de peculado, que además tiene unos elementos típicos que se deben analizar más detalladamente. En su exposición, tampoco desarrolla los elementos materiales que se requieren para la configuración de un peculado por comisión por omisión, pues la posición de garantía es apenas uno de ellos.

Por su parte, los profesores Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, consideran que de conformidad con el artículo 25 del Código Penal, la Constitución, la ley y los reglamentos pueden imponer deberes de garante a los funcionarios públicos¹⁰. Adicionalmente, consideran que la función pública y los deberes que deben cumplir los funcionarios públicos, de conformidad con la Constitución, la ley y los reglamentos, también pueden ser redistribuidos a través de los fenómenos de la delegación, descentración y la descentralización¹¹. En virtud de estos fenómenos, también aparecen funciones de control y vigilancia del funcionario delegante hacia el delegado, igual que ocurre en las funciones desconcentradas y en las descentralizadas¹². De esta forma, plantean la responsabilidad por comisión por omisión en los delitos contra la administración pública de la siguiente forma:

Así, se tiene que los jefes de la Administración en todas sus dependencias se encuentran en una posición de garante frente a otras personas que ejercen descentralizada, descentrada y delegadamente la función administrativa. Tienen que evitar en lo que les sea posible que éstas desvien la función pública.

Si están enterados y tienen conocimiento de lo que está sucediendo y no actúan pudiendo hacerlo, dentro del propio ámbito de dominio, incurrirán en comisión por omisión a título de dolo tanto en materia penal como disciplinaria.

9 Entre ellos: Velásquez Velásquez. Op. Cit. Pp. 418-433; Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Parte General. Teoría del Delito y de la pena. Volumen 1. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2012. Págs. 246-277; Ferre Olive, Juan Carlos; Núñez Paz, Miguel Ángel; Ramírez Barbosa, Paula Andrea. Derecho Penal colombiano parte general. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2010. Págs. 265-281; Mir Puig, Santiago. Derecho penal parte general. Octava edición. Editorial Reppertor. Barcelona. 2010. Págs. 305-333; Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal parte general. Quinta edición. Comares. Granada. 2002. Págs. 660-681.

10 Gómez Méndez, Alfonso; Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008, pp. 174-175.

11 Ob. Cit. Pág. 175

12 Ob. Cit. Pág. 176.

Si, por falta de seguimiento y control, no conocen lo que sucede, y sucede, siendo previsible o cognoscible, incurrirán en comisión por omisión a título de culpa sólo en materia disciplinaria, salvo que en lo penal el tipo respectivo contemple el castigo por culpa.¹³

Esta posición es interesante, pues parte de los deberes de control y vigilancia, propios de figuras como la delegación, la desconcentración y la descentralización, y criterios materiales como el ámbito del dominio, planteando que si el funcionario responsable no hace nada, a pesar de tener el conocimiento y la posibilidad de actuar, incurría en comisión por omisión dolosa; o si el funcionario, omite el seguimiento y control, incurría en comisión por omisión culposa. Sin embargo, hay que considerar que estos autores plantean la posibilidad de que se pueda configurar un delito de comisión por omisión en los delitos contra la administración pública, es decir, no tienen en cuenta algunos elementos concretos del delito de peculado, como lo son la apropiación, la relación funcional¹⁴ y la disponibilidad material o jurídica¹⁵, elementos que dificultan en gran medida la configuración de un peculado por comisión por omisión, y al no desarrollar casos concretos, la tesis queda incompleta.

Por otra parte, los autores ya citados exponen expresamente que sí se puede configurar un delito de peculado por comisión por omisión¹⁶, cuando el funcionario ostenta una posición de garante, esto es, que tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante de la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la ley¹⁷, y que además:

Se requiere, para la estructuración del tipo objetivo, la presencia de la situación típica —situación que genera la obligación de actuar—, la ausencia de acción ordenada, el resultado típico y la posibilidad rayada en la certeza de que si se hubiere actuado se hubiese evitado el resultado típico (...).¹⁸

13 Ob. Cit. Pág. 177.

14 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia de 3 de agosto de 1976; Cancino Moreno, Antonio. El peculado. Temis. Bogotá. 1983. Págs. 73-103; Gómez Méndez, Alfonso; Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Ob. Cit. Págs. 228-237; Molina Arrubla, Carlos Mario. Delitos contra la Administración pública. Delitos contra la Administración pública. Leyer. Bogotá, 2005, pp. 91-95. Ferreira Delgado, Francisco José. Derecho Penal Especial. Tomo II. Temis. Bogotá. 2006. Págs. 292-299.

15 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia del 6 de Diciembre de 1982 M.P. Luis E. Aldana; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Sentencia del 23 de Septiembre de 2003; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 8 de Septiembre de 1981, M.P. Dr. Fabio Calderón Botero.

16 Ob. Cit. Pág. 283.

17 Ob. Cit. Pág. 283.

18 Ob. Cit. Pág. 284.

De esta forma, Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, describen los presupuestos materiales para que se configure la comisión por omisión, pero siguen sin desarrollarse en el delito de peculado, que, como ya lo dijimos, contiene unos elementos particulares que impiden hacer generalidades.

Por último, estos autores plantean la posibilidad de realizar delitos contra la administración pública en forma general, por comisión por omisión, utilizando un argumento de analogía basado en dos sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las que se condenan a dos funcionarios por el delito de celebración indebida de contratos, por no cumplir el régimen legal de la contratación¹⁹:

(...) Es el gobernador del departamento el garante del cumplimiento íntegro del ordenamiento jurídico en los actos de la administración seccional; de modo que tiene la obligación de responder por los asuntos de su competencia con apego absoluto a la Constitución y a la ley, especialmente en relación con aquellos que giran en torno a la custodia y destinación de los recursos que le pertenecen.

No trata del cumplimiento de cualquier papel dentro de la Administración, sino del rol de garante de primera orden en el desarrollo de las tareas de la administración seccional, pues al fin y al cabo es su representante legal y el ordenador del gasto.

El papel que tiene que cumplir presupone en el gobernador la existencia de conocimientos y capacidades especiales para el cabal ejercicio de las funciones que le fueron confiadas por voto popular, y por ende está en la obligación de adaptar su comportamiento a los dictados de la Constitución y la ley, sin defraudar las expectativas depositadas en él por los asociados, pues de lo contrario, de pasar de ser el garante del respeto y efectividad de los principios y deberes que rigen su función, incursiona en el campo del derecho penal al comportar su conducta riesgos jurídicamente desaprobados que desbordan el ámbito de lo permitido y se traducen en resultados relevantes.²⁰

La otra decisión, establece lo siguiente:

No desconoce la Sala que la administración pública es por esencia compleja y que requiere de la intervención de funcionarios de distintos niveles con competencias específicas, pero así mismo comprende que no por ello es posible desprenderse de ciertas responsabilidades, pues si así fuera quien

19 Ob. Cit. Págs. 181-182.

20 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia del 24 de septiembre de 2002, rad. 17392 M.P., Fernando Arboleda Ripoll.

es el supremo director de la administración siempre encontraría en ello una buena excusa para evadir los deberes que la Constitución y la ley le imponen.

Precisamente por lo anterior, la Corte ha considerado que cuando la función de celebrar contratos normativamente radica en un específico servidor público (en este caso el Gobernador) y no ha sido expresamente delegada en otro, sino qué, como en este caso, solo ha delegado en funcionario de menor rango (la junta de licitaciones) el deber de adelantar los trámites previos a la celebración del contrato, se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación, y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia.²¹

Obsérvese cómo estas decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia solo tratan el tema de la responsabilidad de dos gobernadores, que al firmar un contrato, no cumplieron con su deber de verificar la legalidad del trámite, función que habían delegado en un subordinado; y por ello, se habla en principio, de que sus conductas infringen el deber objetivo de cuidado, partiendo de la base de que el Gobernador tiene una posición de garante “por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación, y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia”²². Cabe agregar, que si los gobernadores firman un contrato sin el pleno de los requisitos legales, no incurren en comisión por omisión, sino en una acción que crea un riesgo jurídicamente desaprobado, y que sería la base de la imputación jurídica del resultado tanto en un delito doloso o culposo, según sea el caso. Solo podrían incurrir en una comisión por omisión los gobernadores, si además de delegar la función de realizar los trámites previos a la contratación, también delegan la función de celebrar y ejecutar el contrato en un subalterno, quien en efecto realizó todos los actos necesarios para consumar un delito, actos sobre los cuales, el Gobernador, teniendo posición de garante sobre todos los procesos de contratación, debió evitar si tenía la posibilidad de hacerlo.

A pesar de que en estas decisiones se toca el tema de una comisión por omisión, cuando un funcionario no realiza los controles respectivos a la actividad de un subordinado o de un delegado, que termina realizando un delito contra la

21 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia del 13 de Octubre de 2004. M.P. Mauro Solarte Portilla. Radicación 18911.

22 Ibid.

contratación pública, aún no se tocan los elementos distintivos del peculado, y por ello, el análisis sobre la posibilidad de configurar el delito de peculado por comisión por omisión, queda incompleto.

Otro ejemplo, en donde se expuso la posibilidad de un peculado por comisión por omisión, fue en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 25 de abril de 2002 dijo lo siguiente:

Basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostente la calidad especial y, por supuesto, infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique.

(...)

El servidor público o el sujeto calificado en cuya condición y deber jurídico especial se fundamenta la realización objetivo del tipo, no puede actuar como determinador o cómplice, por definición. Su participación se concibe sino a título de autoría en cualquiera de sus modalidades o, en último extremo y residualmente, por comisión por omisión (al tener el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia con los demás).²³

También lo afirmó en la Sentencia del 27 de julio de 2006, radicación 25536:

(...) En principio las posiciones de garante se refieren a los bienes jurídicos consignados en el parágrafo del artículo 25 del Código Penal, empero, por la fórmula utilizada respecto de posiciones de garante fundadas en la protección en concreto de un bien jurídico o de la vigilancia de una fuente de riesgo de conformidad con la Carta Política o la ley, puede extenderse a otros, incluido el de la administración pública.²⁴

En esta sentencia, podemos encontrar una posición jurisprudencial en la que la Corte acoge la teoría de los delitos de infracción al deber, construida por Roxin, para fundamentar la autoría del funcionario y descartar la participación, en un caso de apropiación de recursos públicos. De acuerdo con la teoría de los delitos de infracción al deber, un funcionario público sólo puede ser considerado como autor del delito de peculado, ya sea porque realizó una acción que infringe el deber de administración, tenencia o custodia, o en su defecto, no realizó los actos tendientes a que no se produjera el resultado que tenía el deber de

23 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala penal. Sentencia del 25 de Abril de 2002. Rad. 12191, M.P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar.

24 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. Sentencia del 27 de Julio de 2006. Rad. 25536. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

evitar, en este caso la apropiación²⁵. Según la teoría de la autoría en los delitos de infracción al deber, toda persona que tenga un deber especial derivado de normas extrapenales sobre el bien jurídico tutelado, y lo infrinja, responderá como autor. También es necesario anotar que para la configuración de una coautoría —en esta teoría— no basta el acuerdo común, división de trabajo y la entidad del aporte, sino que además, es necesario que todos los participantes tengan un deber especial respecto del bien jurídico tutelado que hayan infringido. Igualmente, como lo sostiene Roxin²⁶, en los delitos de infracción al deber es indiferente que el autor realice la conducta a través de una acción o a través de una omisión, pues como se dijo anteriormente, “la relación entre el menoscabo del bien jurídico y el sujeto del delito sólo queda instituida por el quebrantamiento del deber”²⁷.

Esta teoría de Roxin de los delitos de infracción al deber ha sido objeto de varias críticas, e incluso Schünemann confirma su abandono en Alemania²⁸. Entre las críticas que se le hacen a esta teoría, se encuentra que al fundamentar la responsabilidad del autor en el incumplimiento de deberes extrapenales, hace al derecho penal dependiente de normas extrapenales, y con ello, se pierde el poder del derecho penal de configuración de los hechos delictivos²⁹, máxime si se entiende que las normas extrapenales pueden tener contradicciones, incluso sancionar hechos que el derecho penal no sancionaría, o dejar impunes hechos que sí tendrían relevancia para este último. Otra crítica que se le hace a esta teoría, es que parece olvidar que la tipicidad se configura, no con la infracción de deberes extrapenales, que pueden ser sí un indicio de la tipicidad, sino por la imputación objetiva y subjetiva de un hecho típico, es decir, la persona debe haber cometido la conducta descrita en un tipo penal, y no una simple relación causal iniciada por la infracción de un deber³⁰.

Lo cierto es que, para los partidarios de las teorías del dominio objetivo y positivo del hecho³¹, la teoría de los delitos de infracción al deber de Roxin genera una forma diferente de imputación en la autoría que no es necesaria, y además, plantean estos que no se debe prescindir, ni siquiera en los delitos especiales, del criterio material del dominio del hecho para diferenciar entre autores y

25 Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal. 7 Edición. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2007. Pág. 500.

26 Roxin, Claus. Op cit. Pág. 500.

27 Ibid. Pág. 501.

28 Schünemann, Bernd. Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal. Grupo editorial Ibáñez. Santo Tomás. Bogotá 2007. Pág. 206.

29 Fernández Bautista, Silvia. El administrador de hecho y de derecho. Tirant lo Blanch. Monografías 519. Valencia. 2007. Págs. 178-179. También Schünemann, Bernd. Ob. Cit. Pág. 206.

30 Ob. cit. Pág. 185.

31 Díaz y García Conledo, La autoría en el derecho penal. PPU. 1991. Pág. 627; Roso Cañadillas, Raquel. Autoría y participación imprudente. Estudios de derecho penal. Editorial comares. Granada. 2002 pág. 538.

partícipes; por ejemplo, en Colombia, el profesor Suárez, partidario del dominio objetivo y positivo del hecho, sostiene lo siguiente:

No es suficiente la infracción de un deber jurídico-público o jurídico-privado para que el especialmente obligado sea autor de infracción de deber, sino que se exige que domine la creación, el no control o el aumento del riesgo objetiva y subjetivamente imputable; en otras palabras, que la infracción del deber especial se integre al dominio del hecho.³²

En el tema de la comisión por omisión, una de las teorías que combina las posiciones de garante con el dominio del hecho, es la del dominio sobre la evitabilidad del resultado, desarrollada por el profesor Schünemann³³, quién considera que el derecho penal puede establecer los criterios necesarios para configurar la responsabilidad por comisión por omisión, sin necesidad de depender de normas extrapenales como lo plantea Roxin, y con criterios más concretos, que el criterio de la competencia o los roles que plantea Jakobs³⁴. Schünemann expone, que para que un individuo sea responsable penalmente por una comisión por omisión, debió haber asumido la protección de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de riesgo, y a su vez, debió tener el dominio sobre la evitabilidad del resultado típico. En otras palabras, una persona será autor de una conducta por comisión por omisión, si dentro de su ámbito de dominio, pudo prever la producción un resultado lesivo, y aun así, dejó que el curso causal continuara, produciéndose en últimas el resultado típico, como ocurre en el caso del dueño de un perro quién, viendo que el animal va a atacar a otra persona, no hace nada, pudiendo hacer algo para evitarlo³⁵.

Desde esta postura, queda claro que la concepción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al acoger la tesis de los delitos de infracción al deber en la sentencia citada, optó por una posición que no contiene los criterios materiales que limitan la configuración de la comisión por omisión, contenidos en el artículo 25 del Código Penal, pues como se dijo, la mera infracción al deber es un indicio de la tipicidad, pero se requiere de más elementos para configurar la responsabilidad penal en un peculado por comisión por omisión, de conformidad con la legislación penal vigente.

En efecto, la teoría de los delitos de infracción al deber no sería aplicable en Colombia, porque para los delitos especiales por acción, como el delito de peculado, no se requiere de la mera infracción de un deber jurídico especial,

32 Suarez Sánchez, Alberto. Autoría. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.

33 Schunemann, Bernd. Ob. Cit. Págs. 195-231.

34 Jakobs, Gunther. Imputación objetiva en el derecho penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998, pp. 73-101.

35 Ob. Cit. Págs. 213-214.

sino que a su vez, como lo exige el artículo 29 del C.P., que realice la conducta “por sí mismo”, esto es, en el delito de peculado, que se apropie del bien (verbo rector), entendido esto, que el autor tenga el pleno dominio del hecho principal y prohibido; o que en su defecto, la conducta la realice junto con otros, mediando acuerdo común, y actuando con división de trabajo, de tal forma que sin su aporte, no se pueda ejecutar la conducta o la conducta se transforme en otra, por tanto, debe tener el dominio funcional del hecho, que se tendrá de acuerdo con “la importancia del aporte.” Por tanto, en Colombia, se acoge para los delitos de acción una concepción dual, donde se mezclan las valoraciones normativas y las ónticas, afines con las concepciones del dominio del hecho y del dominio funcional del hecho.

Y en los delitos especiales, realizados por comisión por omisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del C.P., también se adopta una concepción dual. En principio, en la comisión por omisión, se requiere que se configure sobre el agente una posición de garante, ya sea para la protección efectiva de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de riesgo, de acuerdo con la Constitución o la ley. Y si bien se exige expresamente el incumplimiento del deber jurídico de realizar una actuación, también se exige que esa acción pudiese evitar, o mejor dicho, hubiese impedido con certeza el resultado perteneciente a una descripción típica; y para completar, la norma además ordena que el agente tenga la posibilidad de evitarlo, por tanto, no solo se requiere que se infrinja un deber, sino que se requiere la dominabilidad sobre la evitación del hecho, en términos de Schünemann³⁶; o como lo explica de otra forma, el profesor Velásquez:

Lo definitivo, pues, es que se tenga la posición de garante en la actuación de salvamento ordenada en el caso concreto (capacidad de acción) y que ella, con seguridad de manera concluyente y definitiva, habría impedido la realización del resultado (compromiso de poner en marcha la capacidad de acción).³⁷

Con ello, el profesor Velásquez también comparte que, incluso en la comisión por omisión, por la existencia de un resultado, no solo se tiene que infringir un deber jurídico, sino que además se requiere que la acción desobedecida sea la que impida el resultado, y por ello concluye con certeza que: “(...) esa acción debe también ser determinada, esto es, aquella que con certeza, con seguridad, de manera definitiva y sin la necesidad de realizar posteriores acciones intermedias, evite la realización del resultado típico”³⁸.

36 Ob. Cit. Págs. 195-231.

37 Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal parte general*. Quinta edición. Ediciones jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2013. Pág. 427.

38 Ibid. Págs. 427-428.

Como lo que ocurre es que en la comisión por omisión no existe causalidad, por existir ausencia de acción, a lo que se acude es a un concepto de causalidad hipotética, para poder equiparar los efectos de una acción a los de una omisión, como lo explica el profesor Velásquez:

(...) Se afirma que la omisión es causa del resultado, si puesta mentalmente en su lugar, la acción esperada, que no es realizada por el omitente, el resultado desaparece con certeza, con seguridad; hay, pues, causalidad hipotética si la acción no realizada hubiera evitado la producción del resultado de manera cierta e indiscutible.³⁹

De esta forma, se debe concluir que para configurar la autoría en el derecho penal colombiano, en los delitos realizados por comisión por omisión, no basta solo con la infracción de deberes especiales, sino que se requiere de un dominio sobre la evitabilidad del resultado, donde la conducta omitida por el agente hubiera evitado con certeza el mismo.

3. PROPUESTA SOBRE UN PECULADO POR COMISIÓN POR OMISIÓN FRENTE A LA LEY PENAL

Para comenzar con este análisis, partimos de la base legal del peculado (Art. 397 C.P.)⁴⁰, y de la base de la omisión que es el artículo 25 del Código Penal⁴¹.

39 Ob. Cit. Pág. 430.

40 Artículo 397. Peculado por apropiación. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

41 Artículo 25. Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

De conformidad con el artículo 25 del Código Penal, las conductas punibles pueden realizarse tanto por acción como por omisión, y en esta frase no se limita la modalidad de omisión a determinado grupo de conductas punibles, por lo cual, es susceptible que el peculado pueda ser realizado por comisión por omisión.

Continúa la norma citada diciendo: "Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo lleve a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal." Lo anterior sugiere un deber jurídico de impedir el resultado, esto es lo que se denomina una posición de garante, donde se establece un deber jurídico de protección, una relación jurídica especial entre el agente y el bien jurídico, que lo obliga a actuar para que no se presente un resultado descrito en una norma penal. En este orden de ideas, si pasamos lo antes dicho al delito de peculado, encontramos que entre el funcionario público y el bien del Estado que se encuentra a su cargo, debe existir una relación jurídica que genera un deber de protección, que lo convertiría en un garante de ese bien, en el entendido que deberá actuar para evitar que otro se apropie de dicho bien en perjuicio de la administración pública. Incluso, ese deber se encuentra descrito en el tipo penal del peculado, cuando se menciona que el bien del Estado sobre el cual recae la conducta de apropiación, debe estar bajo "administración, tenencia o custodia" del servidor público.

En la misma línea de pensamiento prosigue el artículo 25, que menciona: "A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley". Aquí se refuerza el deber funcional establecido en la Constitución o en la ley, del sujeto que omite su deber de protección y custodia del bien del Estado en el delito de peculado. Obsérvese cómo, el deber de administrar y de custodiar, que tiene el servidor público sobre los bienes que son objeto del delito de peculado, implican no solo que el mismo servidor se apropie, sino como lo dice el texto legal, que la apropiación sea de provecho de un tercero, y ello establece una obligación del funcionario no solo en relación a sus actuaciones, sino de las posibles actuaciones de terceros.

La acción de apropiar implica disponer de un bien como si fuera suyo, o realizar actos de señor y dueño sobre un bien que se encuentra bajo un encargo de

3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.
- Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

administración con limitaciones⁴²; pero también, se entiende como el acto de incorporar al patrimonio propio o de un tercero, el bien, extrayéndolo del patrimonio del sujeto pasivo⁴³. Cuando el funcionario se excede de las limitaciones que se encuentran en su mandato de administración o encargo fiduciario, es cuando se configura el acto de apropiación, y se hace la claridad, porque los funcionarios tienen la capacidad para transferir la propiedad de los recursos públicos a otras personas lícitamente, y ello no configura el delito de peculado, pero si lo transfieren de forma ilegal o lo incorporan a su patrimonio, por fuera de sus competencias, ahí sí nos encontramos ante un delito de peculado.

Pero para efectos de la modalidad de comisión por omisión, administrar, también implica custodiar, y en este sentido, si un funcionario público no realiza los actos necesarios, teniendo la posibilidad de hacerlo, para evitar que el bien se pierda o que terceros se lo apropien, también sería responsable, por fallar a su deber de administrar correcta y lícitamente los bienes. En otras palabras, y de conformidad con la regulación penal sobre la omisión (Art. 25 C.P.), comete inicialmente un delito de peculado culposo, el administrador de un banco estatal que permite que los dineros de ese banco se trasladen físicamente de un lugar a otro, en carros particulares desprovistos de la seguridad requerida, situación que es aprovechada por unos maleantes que los hurtan sin complicaciones.

Los casos de peculados dolosos por comisión por omisión sin acuerdo previo son un poco difíciles de encontrar, pero en definitiva, se pueden presentar casos de autoría accesoria donde existe un autor accesorio que aporta al hecho de un tercero, sin acuerdo previo, con una omisión, como puede ocurrir en el caso de un empleado público inconforme con la institución para la cual trabaja, y que en o con ocasión de sus funciones, se da cuenta que un grupo de empleados de la misma institución van a apropiarse de varios bienes clandestinamente, y sencillamente no hace nada, con el solo propósito de que la institución pública se perjudique.

Pero los delitos por comisión por omisión que más se presentan en el campo de la administración pública, son en los que media un acuerdo previo, ya sea para omitir intencionalmente los deberes de protección o custodia que tengan

42 “Por ‘apropiar’ se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma administración.” Arboleda Vallejo, Mario; Ruiz Salazar, José Armando. *Manual de derecho penal partes general y especial*. décima edición. Editorial Leyer. 2013, pp. 1221-1222.

43 “Por apropiarse se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición “uti dominus”, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que el bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es toro que la misma administración.” Molina Arrubla, Carlos Mario. Op. Cit. Pág. 114.

los funcionarios sobre los bienes, o permitiéndole a terceros que se apropien de ellos. Igualmente, podrían presentarse casos donde se acuerde previamente con un funcionario, para que omita intencionalmente sus deberes de control y vigilancia sobre los bienes o recursos del Estado.

La discusión, sobre este grupo de casos donde existe acuerdo común, es si el funcionario sería un coautor o un cómplice del delito, y ello, debido a que, por regla general, la conducta de guardar silencio para que otro ejecute la conducta es un acto de complicidad; sin embargo, cuando es el funcionario quién determina a otro a realizar la conducta de apropiación mientras él se mantiene inactivo y en silencio, es una conducta en la que concurre, tanto la determinación, como la complicidad, y en virtud del principio de subsunción, deberá aplicarse la conducta más grave, que en ese caso, es la determinación. Ahora bien, puede existir coautoría, si el omitente con su acción omitida realiza un aporte tal, que le permita tener el dominio funcional sobre el hecho, es decir, que de no ser por dicha omisión, la conducta no se hubiese podido llevar a cabo, pero considero que debe reconocérsele una rebaja respecto de los demás coautores que sí realizaron una acción. Sin embargo, omisiones dolosas que buscan que otro se apropie, pueden develar cierto grado de dependencia de la conducta omitida frente a las acciones, como por ejemplo, quien omite activar la alarma de seguridad de un banco, para que terceros ingresen y se hurtan el dinero, o de quién omite ponerle llave a un escritorio en el cual se guarda una suma importante de dinero, para que otro funcionario se apodere de ella, son actos de gran importancia para la realización de la conducta punible, y por lo tanto, se podría afirmar que dominan funcionalmente el hecho, ya que si no hubiesen omitido dichas conductas, los otros no hubieran podido acceder a los dineros. También es claro, que a pesar de que los funcionarios públicos que omiten activar la alarma o ponerle llave al escritorio, si las personas que posteriormente tienen la función de ingresar y extraer los dineros no realizan la conducta, nunca se produciría el resultado. Por lo anterior, se pone en duda la independencia de la comisión por omisión respecto a la acción para producir el resultado, y por ello, también la posibilidad de dominar el sí el cómo del hecho, quedando abierta la posibilidad de imputar la complicidad. Respecto de esta posición se deben plantear varias objeciones, que apoyarían nuestra posición de punir al directo como un cómplice y no como un autor:

Primero, la posición de garante es una teoría que explica muy bien los supuestos jurídicos para que se pueda imputar responsabilidad penal por comisión por omisión, pero por ello, no puede convertir casos de complicidad por cooperación a la conducta delictiva de otro, en casos de autoría, pues se estaría privando de una rebaja significativa a un participante de la conducta punible.

Segundo, la complicidad es un dispositivo amplificador del tipo, en que se pune por colaborar con la comisión de un delito perpetrado por otra persona. De ahí que una de las características de la complicidad sea su accesoriad, es decir, es una figura dependiente de la autoría. La condición objetiva para que se configure la complicidad es la realización de un aporte, que puede ser mediante una acción, como conseguir el arma al homicida, o mediante una omisión, como no informarle del hecho que se va a ejecutar a las autoridades o a la víctima. Por ello no parece plausible que si el aporte del cómplice se trata de una omisión, por tener posición de garante, ya el cómplice no sería tal, sino un autor por comisión por omisión.

Tercero, la importancia del aporte, como lo vimos, es uno de los elementos según la ley, que diferencian a un coautor de un cómplice, y en un hecho delictivo, no es lo mismo guardar silencio, que ejecutar la conducta punible, porque la persona puede haber acordado guardar silencio y no hacer nada en contra de los coautores, pero si el hecho es aplazado o cancelado, nada ocurre, por ello, es que definitivamente en el caso planteado, existe un alto grado de accesoriad de la conducta del que omite.

Cuarto, en el caso planteado, existe un acuerdo previo y una división de trabajo, pero quien decide el sí y el cómo de la conducta punible no es el director del departamento, sino los empleados, por tanto, el director carece del dominio funcional sobre el hecho, y por ello sería un cómplice.

Quinto, se habla de una equiparación entre la conducta omisiva y la conducta activa, de tal manera que se compruebe que si la conducta del omitente se hubiera realizado, el resultado no se hubiera producido. Se habla aquí de una causalidad hipotética, que cambia totalmente los hechos ocurridos, incluyendo una conducta imaginaria, para analizar mentalmente si el resultado de todas maneras se hubiera dado. Esta solución parece ser muy subjetiva, porque si se cambia los factores de una operación, el resultado al menos en la mente va a variar, por lo que posiblemente, se pudiera concluir causalmente que en todos los casos, si el omitente hubiera actuado, el resultado hubiera sido distinto. Y de acuerdo con este argumento, la condena al omitente sería segura.

Sexto, hay quienes consideran que un criterio diferenciador entre autores y cómplices en una omisión, es demostrar que si con la conducta omitida se evitaría el resultado, el omitente respondería como autor. Pero si la conducta omitida no hubiera evitado el resultado, sino que lo hubiera estorbado, el omitente respondería como cómplice⁴⁴. Con ello, se busca encontrar un límite para admitir

⁴⁴ Portilla Contreras, Guillermo. "Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos". En estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Editorial: Edisofer. Madrid. 2008. Págs. 1519-1542.

la complicidad omisiva, sin embargo, el defensor alegará que la conducta de su defendido solo hubiera podido estorbar la ocurrencia del resultado, y la fiscalía argumentaría que si el omitente hubiera realizado la conducta omitida el resultado no se hubiera presentado. Lo cierto es que este debate nos trasporta a la teoría de la equivalencia de las condiciones, donde cualquier factor que contribuya a la producción del resultado es causa del mismo, teniendo con ello mucha ventaja la fiscalía.

Séptimo, según Gimbernat⁴⁵, lo importante de un delito de comisión por omisión no es la causalidad —pues también considera a la causalidad en la omisión como una causalidad hipotética, según se ha explicado anteriormente—, sino la creación del riesgo jurídicamente desaprobado que implica de por sí, la falta de actuación por parte del omitente. Es decir, que el omitente aumenta el riesgo del bien jurídico protegido con su no actuar; en el planteamiento de Gimbernat, el bien jurídico es en sí una fuente de riesgo, que el garante debe controlar dentro de los límites del riesgo permitido. Visto desde esta perspectiva, dicho planteamiento tiene un acercamiento a la teoría de los delitos de infracción al deber de Roxin⁴⁶, donde lo importante es determinar que el sujeto tiene una posición especial en la sociedad que le impone unos deberes específicos para evitar que se afecten determinados bienes jurídicos, por tanto, habrá responsabilidad si el autor incumple esos deberes. Esta discusión, nos devuelve al problema inicialmente planteado, y es por qué un individuo, a pesar de infringir un deber de actuar en determinada forma, una persona que actúa como cómplice, se convierte en autor por tener posición de garante.

Octavo, teorías como la del dominio sobre la evitación del resultado de Schünemann⁴⁷, y de la competencia de Jakobs⁴⁸, tampoco permiten dar una respuesta clara a los problemas aquí planteados. Pues la teoría del dominio sobre la evitación del resultado cae nuevamente en la discusión de si la conducta del autor hubiera evitado o estorbado el resultado. Y la teoría de la competencia, también cae en confusión, cuando se busca a través de los roles sociales qué persona sería la competente para evitar la comisión de un resultado típico, es decir, que en vez de acudir a la infracción de deberes jurídicos como lo hace Roxin, Jakobs acude a la infracción de roles sociales, lo cual es mucho más abierto e indeterminado.

Noveno, en la legislación alemana (parágrafo 13 del Código Penal alemán), se ha reconocido una rebaja al autor por comisión por omisión, entendiendo que

45 Gimbernat Ordeig, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. Segunda edición. Editorial Bdf. Maestros de derecho Penal No. 4. Buenos Aires, 2013, pp. 318-329.

46 Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. Ob. Cit. Pág. 385-393.

47 Schünemann, Bernd. Ob. Cit. Págs. 202-203, 206.

48 Jakobs, Gunther. *Imputación objetiva en el derecho penal*. Ob. Cit. Págs. 73-101.

no puede tener igual responsabilidad que un autor que realiza la conducta a través de una acción, por lo menos no en todas las veces.

Décimo, la omisión es una inversión de la carga de la prueba, porque en una acción la fiscalía debe demostrar que el hecho sí ocurrió, pero cuando a un procesado le imputan una omisión, es al procesado a quién le corresponde probar por qué no actuó, o que sí actuó pero no pudo evitar ese resultado.

En mi concepto, casos como el de la mujer que no alimenta a su bebé recién nacido; la esposa que no alimenta a su esposo cuadripléjico; del policía que no detiene al sujeto que está a punto de violar a una niña; del general que conociendo que un grupo armado va a realizar una masacre a un pueblo, y no moviliza a la tropa para hacerle frente al enemigo, dejando a la población a merced del mismo, son verdaderamente complicados, pues en todos nos gustaría que las personas que tienen posición de garante actuaran, para evitar esos resultados tan graves.

Igualmente, en tales casos se denota un problema causal que es necesario analizar. En el caso de la madre que no alimenta a su bebé, y de la esposa que no alimenta a su esposo cuadripléjico, la total dependencia del bien jurídico de la protección del garante, hace que la única posibilidad para que no se dé el resultado es que el garante actúe. En ambos casos, los garantes deben organizar un escenario especial, pues además de no alimentar a las personas que tienen a cargo, deben lograr que nadie acuda a socorrerlos para que mueran por inanición. En estos casos, la absoluta dependencia del bien jurídico respecto del garante, y el dominio total que se tiene sobre la evitabilidad del resultado, permiten concluir la equivalencia entre estas conductas y un homicidio comisivo doloso.

En los casos del general y del policía se presenta una situación diferente, pues su acto colabora con la ejecución de un hecho doloso de un tercero, que está resuelto a realizar el hecho. También se puede decir que si el policía o el general hubiesen actuado en cada caso, hubiesen podido haber evitado o cambiado el resultado, pues el policía pudo haber ahuyentado al violador haciéndolo desistir de acceder a la niña, o el general, pudo con sus hombres haber rechazado el ataque enemigo y salvado a la población civil. Sin embargo, en estos casos, hay un alto grado de azar porque también, el violador pudo haber sacado un arma y disparado en contra del policía, e igualmente, pudo haber accedido a la menor. Incluso, la tropa del general pudo haber sido vencida por los enemigos en batalla, y éstos igual, pudieron haber perpetrado la masacre en el pueblo. Ante este grado de azar, no puede existir equivalencia entre la acción y la omisión, por tanto, considero que debe reconocerse una rebaja en la pena.

Como se dijo anteriormente, en legislaciones como la alemana se concede la opción de una rebaja de pena para el garante omitente. Considero que una de

las razones que justifican esta rebaja punitiva, es que al garante se le agrava su condición, porque no responde por omisión de socorro, como cualquier persona en esos casos, sino directamente por el acceso carnal y por los homicidios en personas protegidas. Es claro también en ambos casos, que los garantes tienen un deber de actuar especial, y la dependencia del bien jurídico frente al garante es alta, es decir, tanto la niña que iba a ser accedida carnalmente, como la población civil que iba a ser masacrada, podían defenderse o huir, pero los garantes en cada caso, les podían ofrecer una mayor protección.

Otra razón para justificar una rebaja en la condena de un garante omitente, es que en los dos casos planteados se presenta una autoría accesoria, porque al no existir acuerdo común con los autores directos, no puede configurarse una coautoría o una participación. Y así como en el ejemplo clásico de autoría accesoria donde A quiere matar a C dándole un veneno, pero B se adelanta y mata a C con un puñal, por lo que A responde por tentativa de homicidio y C responde por el homicidio; tampoco es posible que la pena sea la misma para quien actúa para dañar el bien jurídico y para quien no realiza una determinada acción salvadora.

Ahora bien, si se presenta un acuerdo común entre las personas que ejecutan el hecho y las personas que omiten acciones, se debe analizar si entre los que omiten, ese deber omitido es de tal importancia para el plan criminal que se pueda concluir que existe dominio funcional del hecho, de lo contrario serían cómplices. Por regla general, quien acuerda guardar silencio para que otro ejecute una conducta punible no es coautor, sino cómplice.

En síntesis, no en todos los casos el garante que omite actuar podrá ser catalogado de autor, porque pueden presentarse casos en los que su aporte omitiendo alguna acción, no es de tal importancia que se pueda concluir que tenga el dominio funcional sobre el hecho. Cuando el garante funja como autor accesorio o como coautor se podrá conceder una rebaja, si luego de haber hecho un proceso de causalidad hipotética, se puede establecer que su conducta no es equiparable a una conducta activa, ya sea porque su conducta no podía certamente evitar el resultado, y es posible en cambio, que lo hubiese evitado o simplemente lo hubiese alterado. No es posible reconocer la rebaja en casos donde la víctima se encuentre totalmente desprotegida y dependa totalmente del garante, como el caso del bebé recién nacido, la persona inconsciente o el cuadripléjico, porque las circunstancias de estos casos permiten equiparar la conducta activa con la omisiva.

En el caso del peculado, el bien jurídico protegido es el patrimonio público, y solo en algunos casos, bienes particulares que se encuentren en custodia del servidor público. La conducta de dejar de custodiar dichos bienes para que

otro se apropie, considero que es una conducta absolutamente dependiente del agente que realiza la acción, por esta razón, sigue latente tanto la posibilidad de rebaja, en caso de autoría accesoria, como de la complicidad cuando exista acuerdo en común.

Pasando a otro tema, en relación con el verbo apropiarse, la comisión por omisión podría tener una objeción importante desde el punto de vista del principio de legalidad, toda vez que el delito de peculado describe una acción del servidor público tendiente a disponer como suyos los recursos del Estado que se encuentren bajo su administración, y no se describe la conducta de omitir deberes de control, vigilancia o custodia sobre esos bienes de forma intencional.

La segunda objeción se puede presentar, en razón a que siempre se ha exigido una relación funcional entre el servidor público y el bien objeto de custodia, y por regla general, siempre se ha acudido a la figura jurídica del ordenador del gasto, que sería el servidor público que tendría la disponibilidad física o jurídica sobre el bien. Por lo tanto, hasta el momento, para imputar el delito de peculado se había exigido que el autor, además de ser servidor público, debía tener asignada la función de ordenador del gasto, y esto reducía el espectro punitivo del peculado a aquellas personas que tuvieran algún papel dentro de los trámites requeridos, para la disposición de un bien estatal.

La problemática con admitir un peculado por comisión por omisión en los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Penal, es que se abre aún más el campo de punibilidad, pues se le imputaría la conducta a todo funcionario que tuviera un deber de custodia, vigilancia y control sobre la utilización de esos recursos públicos, sin que se hayan realizado actos de disposición sobre ellos, y con ello, en parte se suprime los límites fijados como la acción de apropiarse y la función de disponer jurídica o físicamente del bien.

La omisión de los deberes de custodiar, vigilar y controlar los actos de disposición o actos de apropiación de terceros, nos lleva a punir actos posteriores a la acción nuclear del tipo penal que es la apropiación, lo que parecería incluir dentro de la descripción típica, actos que podrían ser catalogados de favorecimiento o de complicidad.

Frente a estas objeciones, tendríamos que plantear algunos argumentos que nos permitirían superarlas:

En primer lugar, la comisión por omisión puede aplicarse al delito de peculado en virtud del primer inciso del artículo 25 del Código Penal, que fundamenta los deberes de garantes creados por la Constitución y la ley, independientemente de

las posiciones de garante desarrolladas en el segundo inciso, así como lo explica la Corte Suprema de Justicia:

(...) *El artículo 25 del Código Penal está conformado por dos grandes partes: la primera, que comprime la posición de garante al deber impuesto por la constitución y la ley o, más exactamente, por el derecho, en relación con todo bien jurídico; y la segunda, que extiende la posición de garante a los fenómenos conocidos como el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, casos estos solamente admisibles frente a los bienes jurídicos vida e integridad persona, libertad individual y libertad y formación sexuales.*⁴⁹

En la doctrina existen tres líneas dogmáticas sobre las posiciones de garante, una material, otra formal y otra del ámbito de dominio⁵⁰. En Colombia, según la redacción del artículo 25 del Código Penal, se acoge una postura mixta⁵¹, en la que se combinan diferentes posiciones de garantía, de orígenes dogmáticos diversos.

En la primera parte del artículo 25 del Código Penal, se describe las posiciones materiales como la de la protección de un bien jurídico y la vigilancia de una fuente de riesgo, pero ambas se encuentran restringidas a deberes previamente establecidos por la Constitución y la ley. Y es en estos casos donde se puede desarrollar una tesis sobre la viabilidad de un peculado por comisión por omisión. Por una parte, se podría plantear, como lo hace el profesor Gimbernat, que en los casos en los que se delega la función de disposición jurídica del bien, el funcionario subordinado es considerado una fuente de riesgo, porque en cualquier momento puede no cumplir con las funciones que le han sido asignadas⁵², y por tal razón, se hace necesario el control y vigilancia del superior, para verificar el cabal cumplimiento de la legalidad de la disponibilidad de los recursos. Igualmente, también se podría argumentar que el funcionario, en caso de disponibilidad material, tiene la protección en concreto del bien jurídico,

49 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Rad. 25536. 27 de julio de 2006. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

50 “El tema ha sido objeto de amplia controversia, pues va desde las posturas tradicionales, cuya preocupación se ha centrado en el establecimiento de las fuentes jurídicas de la posición de garante, por lo que la deducen de la ley, el contrato, la conducta anterior (injerencia), la asunción de hecho y las relaciones de lealtad (por eso se le conoce como teoría formal de la posición de garante), pasando por criterios extraídos de la relación del agente con el bien jurídico que intentan desarrollar el contenido y la función de dicha posición de garante (de ahí el nombre de teoría de las funciones o material), o por concepciones para las cuales el sujeto debe realizar una conducta que lo ponga en contacto directo con el bien jurídico (la llamada teoría del ámbito de dominio);...” Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Quinta edición. Ediciones Andrés Morales. Bogotá. 2013. Pág. 423.

51 De acuerdo con el profesor Velásquez, el artículo 25 del Código Penal contiene una posición mixta que combina las posiciones de garante desarrolladas por las teorías formal, material, y del ámbito de dominio. Ver Ibídem, página 423.

52 GIMBERNAT ORDEIG. Enrique. Ob. Cit. Págs.318-329.

porque se podría establecer que los bienes del Estado que le han sido asignados a un funcionario en razón o con ocasión de sus funciones, se encuentran en absoluta dependencia, “pues de él depende que el patrimonio público y su gestión o administración de una forma imparcial y objetiva se mantengan indemnes”⁵³.

En relación con las posiciones de garantía contenidas en los numerales 1,2,3 y 4 del artículo 25 del C.P., que desarrollan las posiciones de garantía de la teoría formal, como lo son, el ámbito de dominio, la comunidad estrecha, la actividad plural arriesgada y la injerencia, como bien lo establece el parágrafo del mismo artículo 25, y como también lo dijo la Corte Suprema de Justicia, se encuentran restringidas a los delitos que afecten los bienes jurídicos de la libertad, la libertad y formación sexual, la vida y la integridad personal, y por esta razón, no serían aplicables al delito de peculado.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo presente tanto el artículo 25 como el 397 del Código Penal, se puede plantear que los funcionarios públicos por mandato legal o constitucional, tienen en su mayoría, el encargo de la protección de los bienes del Estado, máxime si ellos se encuentran bajo su administración, tenencia o custodia. En el mismo orden de ideas, podemos encontrar a funcionarios públicos que dentro de sus funciones constitucionales o legales, tienen a su cargo la vigilancia sobre ciertas fuentes de peligro para los bienes de la Nación, piénsese por ejemplo en la Contraloría General de la Nación. En consecuencia, podemos plantear que las posiciones de garantía creadas por la teoría material, se cumplen en los funcionarios públicos que tienen asignadas las competencias de protección de los bienes del Estado, de acuerdo con la Constitución o la ley. Sin embargo, en estos casos hay que hacer una claridad, pues si ello se plantea así, llegaríamos a absurdos donde el Contralor de la República tendría que responder por comisión por omisión de un delito de peculado realizado por un alcalde en un alejado municipio del país. Para evitar ensanchar el marco de punibilidad del delito de peculado a ámbitos infinitos, a través de la comisión por omisión, es necesario comprender, como lo afirma el profesor Velásquez, que:

(...) No toda posición de garante en abstracto puede fundar la realización de un tipo omisivo impropio (comisión por omisión), sino solo aquella que en el caso particular, específico, sea la que obligue al sujeto a realizar la acción de salvamento ordenada; además esa acción debe también ser determinada, esto es, aquella que con certeza, con seguridad, de manera definitiva y sin la necesidad de realizar posteriores acciones intermedias, evite la realización del resultado típico.⁵⁴

53 ROCA AGAPITO, Luis. Ob. Cit. Pág. 255.

54 Velásquez Velásquez, Fernando. Ob. Cit. Págs. 427-428.

De esta manera, queda restringida la comisión por omisión a aquellos funcionarios que directamente se les haya asignado la función de administración, tenencia o custodia, o que tengan a su cargo la función de disposición jurídica o material del bien, sólo ellos, pueden entonces permitir que otro se apropie, pues tienen en el caso en concreto, la posición de garantía específica y no general, de la protección del bien jurídico o de la vigilancia de una fuente de riesgo. Por otro lado, los organismos de control como la Contraloría, la Fiscalía y la Procuraduría, en principio solo actúan cuando el acto de apropiación se realizó, y en virtud de ello, su silencio sería un favorecimiento o un encubrimiento. Incluso si existiera un acuerdo previo para no hacer nada, o un pago para omitir sus funciones, lo que habría es una omisión de denuncia y un cohecho propio, pero ni la Contraloría, ni la Fiscalía, ni la Procuraduría, tendrían competencia inmediata para ordenarle a un funcionario que no ejecute un acto, lo máximo que pueden es advertir, que si se realiza un determinado hecho, se podrá abrir un proceso administrativo o judicial. En su función de inspección y vigilancia, la Contraloría podría emitir conceptos o comunicaciones dirigidas a los funcionarios para evitar la comisión de actos que pueden configurar detrimento patrimonial para el Estado, e iniciar los procesos que le corresponden de conformidad con la Constitución y la ley; y la Fiscalía podría solicitar la suspensión de los actos que puedan configurar actos delictivos ante los jueces de control de garantías. Sin embargo, debe quedar claro que la posición de garantía en concreto sobre la protección del bien jurídico o la vigilancia de la fuente de riesgo, le corresponde al funcionario público que tenga a su cargo la administración, custodia o tenencia de los bienes objeto del delito de peculado, o que tengan a su cargo la disponibilidad material o jurídica de los mismos. Imputar un peculado por comisión por omisión a los entes de control, sería ensanchar demasiado los marcos punitivos del delito de peculado a situaciones que se encuentran muy alejadas de la descripción típica del delito.

En segundo lugar, como se dijo anteriormente, el concepto de apropiación se ha entendido como un actuar como señor y dueño de algo sobre lo cual solo tiene un mandato de administración, y ello hasta el momento se ha entendido como una conducta de acción. Sin embargo, permitir que otro se apropie, se apodere o desvíe los recursos públicos del fin legalmente establecido, también puede entenderse como un acto de apropiación, pues indirectamente se está permitiendo que otro disponga del recurso para fines particulares, pudiendo y teniendo la competencia para evitarlo. En esta línea lógica, un funcionario público que tenga a su cargo la administración, tenencia o custodia de unos recursos públicos, o que tiene a su cargo la disponibilidad material o jurídica de los mismos, y que permita que otro disponga ilegalmente de los recursos públicos o que se apropie de los mismos, se encuentra asintiendo, validando o fomentando una acción delictiva enmarcada en el delito de peculado.

En todo caso, para la configuración concreta de un delito de peculado en comisión por omisión, de acuerdo con los artículos 25, 397, 400 del Código Penal, se requiere de una combinación muy especial de varios requisitos. En el caso del peculado doloso, se requiere la relación funcional entre el autor y el bien, y además, que exista una conducta de apropiación. En el caso del peculado culposo, se requiere también una relación funcional, que exista infracción al deber objetivo de cuidado, y que se presente como resultado de la conducta, el extravío, la pérdida o el daño del bien.

De esta forma, si se entiende que apropiarse es actuar como señor y dueño de un bien, del cual solo es un mero tenedor, y que apropiarse también implica la acción de incorporar al patrimonio propio o de un tercero el bien, no podría configurarse un peculado por comisión por omisión a favor de sí mismo, pues para ello debe realizar una acción de apropiación. En cambio, si es más lógico un peculado por comisión por omisión a favor de otro, cuando es un tercero el que actúa para apropiarse, y el omitente-garante, simplemente no hace nada para detenerlo. Por esta vía, comete un peculado doloso por acción quién realiza una actuación mediante la cual el mismo funcionario es quien se apropia de bienes del Estado, y comete un peculado por comisión por omisión cuando es un tercero quien se apropia del bien, y el funcionario sencillamente no hace nada.

Por otro lado, para realizar una acción de apropiación, el autor de un delito de peculado debe tener una relación funcional sobre el bien, es decir, que por razón o con ocasión a sus funciones, el agente debe tener a su cargo la administración, tenencia o custodia del bien objeto del delito; por tanto, solo puede existir el delito de peculado por comisión por omisión, en los casos en que el funcionario incumpla su deber de custodia, cuidado o administración de los bienes que tiene a su cargo, permitiéndole a otro que se los apropie.

Por último, el funcionario debe tener sobre el bien la disponibilidad material o jurídica de forma previa a la apropiación, esto quiere decir que se pueden presentar dos formas de configuración de un peculado por comisión por omisión. La primera, es cuando tiene la disponibilidad material del bien, en este caso, solo puede cometer el delito de peculado por apropiación, omitiendo sus deberes de custodia sobre el bien, que puede hacerlo ya sea abandonándolo o descuidándolo, y permitiendo con esta conducta, que puede ser dolosa o culposa, que terceros se lo apropien, como en el ejemplo de quien deja sin seguro un cuarto donde se encuentran dineros del Estado para que otro se los apropie.

La segunda, se presenta en los casos en que el funcionario solo tiene la disponibilidad jurídica, es decir, que a través de un acto administrativo puede ordenar la entrega o pago de algún recurso público. En estos casos, solo podría configurarse

el delito de peculado por comisión por omisión, cuando el responsable delega dicha función en un subalterno, y por falta de control y vigilancia, permite que éste disponga ilícitamente del bien, configurándose una conducta culposa; o una conducta dolosa, cuando el agente conoce previamente que el funcionario en el cual delegó la función, se va a apropiar del bien, y no lo evita.

En el caso de los peculados por comisión por omisión culposos, la acción omitida debe infringir el deber objetivo de cuidado, y debe ser la causa del resultado: pérdida, extravío o daño. Pero así como en el peculado por comisión por omisión dolosa, solo se podría admitir la comisión por omisión culposa, cuando no sea el mismo agente el que realice la conducta, sino que el resultado —daño, pérdida o extravío— debe producirse por la conducta de un tercero o de acción de las fuerzas de la naturaleza.

Cuando no existe acuerdo previo entre el omitente y las demás personas que realizan las acciones que desprenden el patrimonio del Estado, se presenta una autoría accesoria, tanto en los casos dolosos como en los culposos. En estos casos, como se mencionó, así el artículo 25 establezca que el omitente tendrá la misma pena establecida para el mismo delito, se sostiene que debe existir una rebaja, porque existe un alto grado de dependencia de la conducta del omitente, frente a la conducta del autor que realiza la acción. Y si existe acuerdo previo, la conducta del omitente, a pesar de ser garante, también debería recibir una rebaja de pena, e incluso, podría tratarse como un cómplice, porque igual, si la persona se queda inactiva durante todo un día y la otra persona no se decide a actuar, no se produce el resultado, que en este caso debe ser la apropiación. En igual sentido, se aclara que si existe acuerdo previo, y la idea criminal surge del omitente, éste también tendrá la calidad de determinador, y por tanto, de conformidad con el principio de subsunción, se aplicará la condición más gravosa, que en este caso sería la de determinador.

Para concluir, un funcionario público que actúe en un delito de peculado, será coautor de ese delito cuando su aporte activo sea de tal importancia, que le permita tener el dominio funcional sobre el hecho. Un funcionario público puede cometer un delito de peculado por comisión por omisión, cuando omite su deber de custodia o vigilancia de los bienes que tenga a su cargo para que otro se los apropie, pero por el grado de dependencia que tiene su omisión de las conductas activas de los demás, en nuestra opinión, se le debe reconocer una rebaja frente a la pena de quien realiza la conducta activa, y solo podría considerarse un coautor, cuando de su aporte —que es una omisión— se pueda inferir que tiene el dominio funcional el hecho, a través del dominio sobre la evitación del resultado. Se podría decir también, que el omitente puede fungir como cómplice, o incluso por analogía en bonam parte, se puede solicitar que se le reconozca la pena del cómplice, pues las colaboraciones a los hechos ajenos

que consisten en omisiones, por regla general, son consideradas conductas de cómplices, donde también media un acuerdo previo.

Volviendo a los casos planteados al inicio de este aparte sobre el peculado por comisión por omisión, vamos a analizar cada uno según lo prometido.

El primer caso, trata de un funcionario que dentro de sus funciones tiene el deber de control y supervisión sobre la legalidad de un acto, como lo sería un asesor jurídico, un contador, un tesorero. Si estos funcionarios omiten su deber de control, y en vez de rechazar un acto que va a ocasionar una pérdida patrimonial al Estado, lo aprueban, su conducta es activa y no se configura una comisión por omisión, pues al aprobar se realiza una acción y no una omisión, que obviamente crea un riesgo jurídicamente desaprobado y le genera responsabilidad desde el punto de vista penal, ya sea dolosa o culposa, según el conocimiento que tenga sobre el acto ilícito. Ahora bien, si en cambio no emiten un acto de aprobación, sino que guardan silencio y permiten que el acto genere efectos jurídicos, a sabiendas de que se va a presentar una pérdida patrimonial para el Estado por un acto de corrupción, entonces sí se puede configurar un peculado por comisión por omisión en favor de terceros, ya que omite su función de revisar previamente los actos administrativos, y dar su aprobación o rechazo de acuerdo con la ley. Al no realizar su deber, crea un riesgo jurídicamente desaprobado que favorece el acto de apropiación por parte de terceros.

El segundo caso, trata de la delegación que hace un funcionario sobre su subalterno, y este último, realiza actos de corrupción aprovechándose de las funciones delegadas, para apropiarse de los recursos públicos. En este caso, si el delegante omite realizar las funciones de control y vigilancia que le competen como superior, inicialmente se puede configurar un peculado culposo por comisión por omisión. Si el delegante tiene conocimiento de los actos de corrupción que realiza su subalterno y omite realizar los actos para impedir la apropiación, teniendo la posibilidad de hacerlo, se le puede imputar un peculado por comisión por omisión, como cómplice o como coautor, pero reconociéndole una rebaja, según la tesis que se ha adoptado en este trabajo⁵⁵. Si la idea del acto de corrupción surge del delegante y es el delegado quién la ejecuta, el delegante sería un determinador, y el delegado sería un autor.

El tercer caso, trata de actos administrativos realizados por un cuerpo colectivo, que tiene a su cargo la administración de recursos públicos. En este evento, cuando todos toman una decisión aprobando un acto de corrupción, todos son responsables por haber realizado una acción consistente en el acto de aprobación, y pueden ser imputados en calidad de determinadores o coautores del acto

55 También al respecto: Abello Gual, Jorge Arturo. *Derecho Penal Empresarial*. Leyer. 2015. Pág. 49-54.

ilícito, según tengan o no el dominio funcional sobre el hecho. Pero en el caso en que alguno de sus miembros no participa en la decisión, pero conociendo los efectos adversos que implica el acto de corrupción aprobado, no hace nada para que el acto no nazca a la vida jurídica, su inacción, o el incumplimiento de su deber encomendado, podría implicar un peculado por comisión por omisión, muy seguramente en calidad de cómplice.

En el último caso de los órganos de control como la Procuraduría, la Contraloría y los órganos judiciales como la Fiscalía, se había descartado la posibilidad de la configuración de un peculado por comisión por omisión, porque se dejó en claro que si bien es cierto tienen un deber legal y constitucional, la posición de garante y la persona que debe cumplir con el deber estricto y directo de proteger el bien era el funcionario que tenía a su cargo la administración, tenencia o custodia sobre los recursos públicos, o quién tuviera, la disponibilidad material o jurídica sobre el bien. Como la Procuraduría, la Contraloría y la Fiscalía tienen a su cargo un deber general de protección sobre el bien, su misión realmente consiste en denunciar los hechos e iniciar procesos en contra de los ejecutores, por tanto, es más viable imputarles otro tipo de delitos, como omisión de denuncia, cohecho o encubrimiento, según el caso, para no ampliar a límites insospechados el delito de peculado y vulnerar así el principio de legalidad.

CONCLUSIONES

De conformidad con todo lo expuesto en este trabajo, podemos encontrar que la posibilidad de plantear un delito de peculado, en la modalidad de comisión por omisión, puede ser viable partiendo de la legislación penal colombiana, teniendo presentes todos los elementos contemplados en el artículo 25 de la parte general del Código Penal colombiano, para la configuración de la comisión por omisión u omisión impropia. Pero además se hace necesario decir que no basta con la configuración de la comisión por omisión, pues no deben dejarse a un lado los elementos estructurales del delito de peculado en sus diferentes modalidades, contemplados en la parte especial del Código Penal.

En definitiva, la posición de garantía que se configura por la relación funcional entre el empleado público y los bienes del Estado que le fueron encargados con ocasión o por razón de sus funciones, es el punto de partida para la configuración de un peculado por comisión por omisión, pero como se analizó en el presente trabajo, es la omisión del deber de custodia de los bienes que se le han puesto a su cargo, el núcleo central de la imputación de un peculado en esta modalidad.

Igualmente, como también quedó expuesto, la posición de garante solo se puede predicar de los funcionarios que tienen deberes directos frente a los bienes que

deben custodiar, ya sea por ser el ordenador del gasto o por tener la disponibilidad jurídica o física del bien, pero no podría imputársele a funcionarios que solo tienen deberes generales de vigilancia y control, pues ello supondría un ensanchamiento masivo de la figura contemplada en el artículo 25 del C.P., llegando de esta forma a punir casos de responsabilidad objetiva, y de conductas no contempladas en el delito de peculado.

También se pudo realizar un estudio de casos, en los que se aplicaron los elementos planteados en este estudio, donde se evidencia desde el punto de vista político criminal, la necesidad de aplicar la omisión impropia en varios casos de apropiación de recursos del Estado, así como las consideraciones dogmáticas que deben ser tenidas en cuenta para abordar cada caso en particular.

Por último, se deja sentada la opinión en este trabajo, de que si bien es viable aplicar la figura de la comisión por omisión en el delito de peculado, es necesario tener presente una rebaja a las personas que incurran en esta modalidad, pues su conducta no puede ser asimilada completamente a una conducta activa.

BIBLIOGRAFÍA

Abello Gual, Jorge Arturo. *Derecho Penal Empresarial*, 1^a. Ed., Bogotá, Leyer, 2015.

Arboleda Vallejo, Mario; Ruiz Salazar, José Armando. *Manual de derecho penal partes general y especial*, 10^a Ed., Bogotá, Leyer, 2013.

Cancino Moreno, Antonio. *El delito de peculado en el nuevo Código Penal*, 1^a Ed., Temis, Bogotá, 1983.

Díaz, Miguel y García, Conledo, *La autoría en el derecho penal*, 1^a Ed., PPU, Barcelona, 1991.

Fernández Bautista, Silvia. *El administrador de hecho y de derecho*, 1^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Parte General, Teoría del Delito y de la Penal*, Vol. 2, 1^a Ed, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.

Ferre Olive, Juan Carlos et al. *Derecho Penal colombiano parte general*, 1^a Ed., Grupo Editorial Ibáñez, Reim, 2011.

Ferreira Delgado, Francisco José. *Derecho Penal Especial. Tomo II*, Temis, Bogotá, 2006.

Gimbernat Ordeig. Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*, 2^a Ed., Editorial Bdf, Maestros de derecho Penal No. 4, Buenos Aires, 2013.

Gómez Méndez, Alfonso, et al. *Delitos contra la administración pública*, 3^a Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

Jakobs, Gunther. *Imputación objetiva en el derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal parte general*, 5^a Ed., Comares, Granada, 2002.

Lombana Villalba, Jaime. “Peculado”, en *Manual de derecho penal parte especial*, Temis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2011. p. 237-262.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal parte general*, 8^a Ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2010.

Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración pública*, Leyer, Bogotá, 2005.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal parte especial*, 18^a Ed., Editorial Tirant lo Blanch, 2010.

Portilla Contreras, Guillermo. "Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos". En *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Editorial Edisofer, 2008.

Roca Agapito, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999.

Roso Cañadillas, Raquel. *Autoría y participación imprudente*, Editorial Comares, Granada, 2002.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal*, 7^a Ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

Schunemann, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.

Suarez Sánchez, Alberto. *Autoría*, 3^a Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

Uribe García, Saúl. *Delitos contra la administración pública*, Ediciones Unaula, Medellín, 2012.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal parte general*, 5^a Ed., Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2013.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-372/2002*, MP Jaime Córdoval Triviño. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-372-02.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP Mauro Solarte Portilla, Radicación 18911, fecha 13 de octubre de 2004. Disponible en: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2004/CSJ-SPENAL-18911-2004/CSJ-SPENAL-18911-2004_ORIGINAL.doc

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP Fernando Arboleda Ripoll, Radicación 17392, fecha 24 de septiembre de 2002. Disponible en: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2002/CSJ-SPENAL-17392-2002/CSJ-SPENAL-17392-2002_ORIGINAL.doc

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP Carlos Eduardo Mejía Escobar, Radicación 12191, fecha 25 de Abril de 2002. Disponible en: [http://190.24.134.94/sentencias/Penal/1999/Dr.Carlos%20Eduardo%20Mej%C3%A1a%20Escobar/13588%20\(03-11-99\).doc](http://190.24.134.94/sentencias/Penal/1999/Dr.Carlos%20Eduardo%20Mej%C3%A1a%20Escobar/13588%20(03-11-99).doc)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Radicación 25536, fecha 27 de Julio de 2006. Disponible en: <http://www.notinet.com.co/pedidos/25536.doc>