

El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales a la luz la teoría del deber y la administración pública

Fiorenka Jara Pacheco*

Luis Alberto Ramírez Tipacti**

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad analizar la interrelación del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales con la teoría del deber y la administración pública como bien jurídico protegido del tipo penal. Para ello se presentará el desarrollo doctrinal de la teoría del deber, prosiguiendo con el desarrollo del deber especial en la omisión equiparable a la comisión y la clasificación de los delitos de omisión. Finalmente, se analiza la administración pública como bien jurídico protegido del tipo penal, así como la tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal objeto de análisis.

Palabras claves: Teoría del deber, delitos de omisión, administración pública, funcionario público, actos funcionales

* Abogada por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica. Maestranda en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente se desempeña como abogado adscrito al Centro de Emergencia Mujer de la Comisaría de Bellavista – Abancay del Programa Nacional AURORA. Correo electrónico: fiorenkajp@gmail.com

** Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica. Maestrando en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente se desempeña como abogado adscrito a la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Ica. Correo electrónico: luisramireztipacti@gmail.com

Abstract

The objective of this article is to analyze the interrelation to the crime of omission, refusal or delay of functional acts with the theory of duty and the public administration as a protected legal asset. For this reason, the doctrinal development to the theory of duty will be presented as well as the development of the especial duty in the omission comparable with committing a crime and the classification of the omission crime. Finally, the public administration will be analyzed such a protected legal right, as well as the objective and subjective definition of the penal type.

Key words: Theory of duty, omission crime, public administration, civil servant, functional acts

Introducción

La constante dinámica de la dogmática jurídica ha dado lugar a la creación de un derecho penal moderno que concibe diversas posturas respecto a las formas de comisión de un delito. De tal manera, el derecho penal debe encontrarse en una posición abierta para la cautela de bienes jurídicos protegidos frente al surgimiento de nuevas formas o tendencias de comisión de un crimen, más aun cuando las circunstancias que ponen en riesgo los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal se tornan cada vez más continuas y extensas (Paricoto, 2018).

En este contexto, el Estado social de derecho constituye un garante para la vigencia y protección de aquellos derechos que son social y jurídicamente relevantes. Establece y desarrolla políticas criminales que combaten aquellas situaciones que conllevan una lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Esto da lugar al desarrollo de teorías, entre las cuales se hallan aquellas sobre las formas de comisión de un delito, como es el caso de los delitos de omisión.

El Código Penal peruano ha desarrollado esta forma de comisión del delito, tanto en su parte general como en su parte especial. El Estado ha creado una base jurídica que desarrolla y contempla aquellos delitos que implican la ausencia de acción como una forma de garantizar la protección de los derechos que pueden verse gravemente afectados frente a la comisión de un delito por una ausencia de acción. Se establecen, además, límites al *ius puniendi* que tiene el Estado. Es decir, mediante la prescripción de la naturaleza y las formas de la comisión de delitos por omisión, se establecen los límites del Estado para sancionar penalmente una conducta que contravenga los bienes jurídicos protegidos.

Si bien la conducta humana es la base del sistema jurídico penal, esta no solo se manifiesta con la acción de las personas, sino también con una falta de actuación. La doctrina lo ha definido como “silencio conativo”, que implica que el agente, a pesar de conocer el riesgo y la puesta en peligro de un bien jurídico protegido, decide no desplegar ningún tipo de acción. Más aun cuando está en deber legal de actuar para mitigar o evitar la lesión del bien.

Así, esta forma de comisión del delito va más allá de la ausencia de una acción: la acción no desplegada constituye un deber del sujeto activo (Muñoz, 1999). Los delitos de omisión hallan su relevancia en la transgresión de una norma cuyo carácter es imperativo, frente a la cual el agente tiene el deber de desplegar una acción. Además, la ausencia de acción del agente debe estar acompañada de su consentimiento y voluntad por omitir su deber. Ya que la persona omite una acción sabiendo que esta constituye un deber, en este caso, la omisión se sitúa dentro del concepto de acción, en la medida que la no actuación constituye una conducta tipificada y establecida en el Código Penal (Villa, 2008).

Cuando un empleado público viola el cumplimiento de sus deberes administrativos y ello afecta el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, el Código Penal prevé una sanción penal para este tipo de hechos. Por ello, la acción u omisión se hace más reprochable cuando el hecho es cometido por autoridades o funcionarios que tienen un rol de dirección de las instituciones públicas, a quienes el Estado les otorga la confianza de dirigir sus instituciones otorgándoles competencias y funciones determinadas. El ordenamiento jurídico tipifica estas acciones u omisiones para cautelar el correcto funcionamiento de la administración pública.

De esta manera, la pena se torna en un instrumento que manifiesta el rechazo de la sociedad y el Estado con relación a determinadas conductas. Esto se va a manifestar de forma bidireccional: por un lado, exige que el Estado actúe mediante la activación de su jurisdicción, y por otro, constituye una forma de comunicación entre la comunidad política estatal con la víctima del delito, como una forma de desagravio público.

En consecuencia, el proceso penal seguido contra funcionarios o servidores públicos que omiten el cumplimiento de sus deberes funcionales implica un reproche de la sociedad jurídicamente organizada frente a la lesión o puesta en peligro del buen y correcto funcionamiento de la administración pública, cuyos agravios darán lugar al reproche y sanción penal por parte del Estado (Accatino, 2019).

El presente artículo tiene por finalidad analizar la interrelación del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales con la teoría de la infracción del deber y la administración pública como bien jurídico protegido. Para ello se hará un breve desarrollo de la teoría de la infracción del deber y las diversas posturas doctrinales surgidas en torno a esta. Asimismo, se dará conocer la clasificación de los delitos de omisión y la ubicación que tiene el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales en dicha calificación. Finalmente, se hará un desarrollo de la administración pública como bien jurídico protegido y un análisis de la tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales.

1. Problema de investigación

¿Qué interrelación existe entre la teoría del deber y la administración pública con el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales?

2. Estrategia metodológica

Para la realización del presente artículo se utilizaron métodos cualitativos, así como la recopilación de fuentes primarias y secundarias relacionadas al tema de investigación con el análisis documental de las mismas.

3. Resultados, hallazgos y nuevos conocimientos

3.1. Teoría de la infracción del deber

Para Roxin (2016), el dominio del hecho no resulta suficiente para determinar la autoría en todos los delitos, ya que existen dos tipos de delitos: los delitos comunes o de dominio y los delitos especiales o de infracción del deber. Si bien en un primer momento Roxin consideró dentro de la categoría de delitos especiales aquellos de comisión culposa, de omisión, de propia mano y de infracción al deber (Reaño, 2009), esta posición ha ido cambiando con el tiempo.

Los delitos comunes se basan en un criterio de dominio del hecho, por lo que la ausencia de acción es determinante para la inexistencia del delito. No obstante, en el caso de los delitos de infracción del deber no se aplica el mismo criterio, ya que el sustento de esta categoría de delitos está basado en la lesión de un deber específico extrapenal con independencia de la acción. De tal manera, Roxin plantea que dichos fundamentos sobre la autoría son independientes entre sí. En el caso de la teoría del dominio del hecho, este se adapta a las particularidades de un hecho

concreto, mientras que en el caso de la teoría de la infracción del deber solo se aplica la infracción del deber jurídico extrapenal para establecer la responsabilidad del agente (Gómez, 2006).

De esta manera, Roxin ha propuesto la categoría jurídica de los delitos de infracción del deber, donde indica que el elemento esencial para determinar la autoría radica en la infracción del deber extrapenal, el mismo que resulta necesario para la materialización del tipo (2016). Es decir, la infracción del deber extrapenal determina la autoría y constituye la figura principal del suceso, por lo que el dolo con el que se realiza la acción no resulta determinante para que se configure la accesoriedad (Bacigalupo, 2007).

Según Jakobs, el Sistema de la Teoría del Delito puede distinguirse en dos clases: los delitos de “responsabilidad por competencia por organización” y los “delitos de competencia institucional” (como se citó en Gómez, 2006, p.171). En el primer caso se tiene que la norma que prescribe el deber regula el vínculo entre la persona responsable y el deber objeto de protección, mientras que en el segundo caso, el deber se limita a asegurar penalmente una relación que ya existe entre ambos (autor y objeto de protección), y se prescinde del deber (Gómez 2006). Por esto, a criterio de Jakobs, la teoría del dominio del hecho debe limitarse a sustentar la autoría en el caso de los delitos comunes en los cuales existe una competencia organizacional.

Con relación a los delitos de infracción del deber, Jakobs considera la existencia de delitos en los cuales determinadas personas deben responder por la vigencia de un determinado bien, sobre el cual el agente posee un especial deber de cuidado. En estos casos, la relación entre el agente y el bien va a ser siempre directa. Por eso, la afectación del bien —ya sea por acción u omisión— traerá como consecuencia una sanción penal para el agente, en la medida que este se halla en una posición de garante al encontrarse institucionalmente asegurado.

Por otro lado, para Sánchez-Vera, el delito puede implicar la lesión a dos clases de instituciones: negativas y positivas. En el primer caso, existe la prohibición para el ciudadano de no lesionar determinados bienes jurídicos protegidos o no afectar la vida privada de los otros miembros de la sociedad. En el segundo caso, en cambio, la responsabilidad surge como consecuencia de lesionar deberes de comportamiento solidario con relación a un determinado bien jurídico protegido, respecto al cual existe un deber institucional de no dañar por tener la condición de garante sobre el mismo.

Podemos identificar dos motivos diferentes de imputación. El primero está referido a la imputación por una responsabilidad directa y material del autor respecto al bien o derecho lesionado. En el segundo caso, nos hallamos frente a la imputación donde la responsabilidad del autor está determinada por su condición de garante respecto al bien jurídico protegido, como una garantía de las instituciones para la conservación y vigencia del mismo.

3.2. El deber especial en la omisión equiparable a la comisión

Jakobs (1998) considera que existen dos tipos de omisiones en la comisión de delitos. A los primeros los denomina “delitos de omisión por organización”; la relación del sujeto con el objeto es puramente negativa. Mientras que a los segundos los denomina “delitos de responsabilidad por institución”; por el contrario, existe una relación positiva entre el sujeto y el objeto material, quien está obligado a la conservación del bien jurídico (Gómez, 2006).

De esta manera, en los delitos de omisión semejantes a los delitos por comisión, existe un deber de actuar. De acuerdo a Jakobs (1998), tienen un fundamento de responsabilidad idéntico al de los delitos por comisión, en la medida que existen deberes que se tornan en responsabilidades por organización.

En este sentido, existe una garantía solidaria del agente respecto al bien, pues tiene el deber de sacrificarse por la colectividad, ya que estos deberes son derivados de instituciones colectivas. En los delitos de infracción del deber, la omisión vulnera los deberes institucionales contraponiéndose a un hacer (Jakobs, 1998). Por eso, puede afirmarse que los bienes jurídicos, en los cuales el agente tiene la posición de garante de su protección y conservación, obedecen a deberes institucionales u organizacionales para que estos no sean vulnerados por una acción u omisión (Jakobs, 1997).

Así, el autor de un delito por omisión solo puede considerarse titular de un deber de responder (en calidad de garante) cuando no ha evitado el resultado que termina por lesionar el deber. La posición de garante, por tanto, exige un extremo cuidado por parte del agente, cuyos deberes deben encontrarse expresamente prescritos por la ley a efectos de determinar los límites y alcances del poder punitivo del Estado respecto a la vulneración o afectación de los mismos.

En el caso de los delitos de infracción del deber, la autoría radica en el incumplimiento del deber por parte de un agente portador del mismo a nivel institucional. Por ello, la configuración del tipo penal especial radica en el incumplimiento del deber especial específico con independencia

de la acción u omisión del autor. Por ello, los delitos de comisión por omisión del deber han sido denominados por como delitos de infracción positivados, en los cuales el agente que tiene una relación de garante del deber en el fuero extrapenal puede ser considerado autor de un delito en la medida que incumpla con su deber (Sánchez-Vera, 2002).

3.3. Clasificación de los delitos de omisión

La doctrina ha desarrollado los delitos de omisión, por lo que sus formas de comisión varían según el tipo de acción y sus formas comitivas, así como otros elementos del tipo objetivo que pueden darse, desde la ausencia de una acción voluntaria por parte del agente hasta la realización de acciones que pueden calificarse como propias puras o propias impuras de delitos de comisión por omisión:

3.3.1. Omisión propia pura

Es aquella en la cual el agente rehúsa u omite dar cumplimiento a una norma de carácter imperativo. Por ejemplo, en el Código Penal peruano esta premisa se ve reflejada en el desarrollo del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales. Por ello resulta importante tener presentes los siguientes aspectos que constituyen la estructura del delito:

1. **La acción esperada:** Es la expectativa que tiene la sociedad respecto a la conducta que debe realizar el agente; se halla prescrita en el ordenamiento jurídico y constituye un deber legal por parte del mismo. Así, al verificarse que el sujeto no cumple con su deber legal —es decir, no despliega la acción que la norma le exige frente a determinados hechos o circunstancias—, su omisión se configura en una conducta típica. Esto guarda relación con el principio de confianza, donde cada agente cumple con un rol en la división del trabajo, y cuyas funciones y atribuciones están legalmente establecidas. Por estos motivos se encuentran en un deber legal de actuar en el marco de las mismas.
2. **Capacidad de actuación:** Es la plena capacidad física y psicológica que debe ostentar el agente a quien se le exige el deber de actuar y dar cumplimiento a lo establecido por la norma. Influye de manera directa en la capacidad del agente para responder penalmente por su acción u omisión, ya que en caso contrario concurriría en una causal de justificación o inimputabilidad. Así, se constituiría en un elemento necesario e indispensable para la configuración del tipo penal.
3. **Ausencia de realizar el comportamiento adecuado:** Es la falta de actuación del agente frente a un determinado hecho o circunstancia sobre el cual la norma le exige el

despliegue de una actuación en el marco de sus funciones o atribuciones establecidas en el ordenamiento jurídico. Para la configuración de este elemento, es necesario la ausencia de acción en sentido estricto, ya que de desplegarse esfuerzos o acciones para el cumplimiento del deber, aunque estos sean imperfectos, estaríamos frente a un hecho atípico.

4. **Relación de causalidad:** Es la relación que tiene el agente con el deber exigido por la norma. De esta manera, la comisión del delito por omisión se da en la medida que el agente no despliega la acción que le exige el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, pone en peligro la conservación y vigencia del bien protegido sobre el cual tiene la condición de garante.

3.3.2. Omisión impropia

Es una forma mixta de la acción, en la medida que el hecho típico constituye una omisión y una acción a la vez que produce un resultado. La conducta típica está vinculada a la violación de una norma de prohibición. Por ello es necesario que se identifiquen dos elementos dentro de la comisión, y hacer el contraste entre el resultado producido a través de los hechos por comisión u omisión.

Esta teoría tiene una connotación naturalista o causalista, donde la responsabilidad se da por una aceptación tácita del agente sobre los resultados de la acción u omisión, y se genera una responsabilidad extracontractual. El agente, frente a determinados hechos, tiene el deber legal de actuar a efectos de evitar que se vulneren derechos o bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico. Para su configuración deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

5. **Situación típica:** Es el hecho o circunstancia prescrito por la norma, frente al cual el agente tiene el deber de evitar el menoscabo o la vulneración del bien jurídico protegido. A efectos de atribuirse una responsabilidad sobre el de los delitos de omisión impropia, la relación de causalidad entre el resultado, es necesario que el deber se encuentre previamente establecido en la norma.
6. **Poseer capacidad física y psíquica para ejercer la acción mandada:** Para que el deber de actuar y evitar el resultado sea atribuible al agente, es necesario que este ese encuentre en pleno uso de sus facultades físicas, psíquicas y psicológicas a efectos de que se configure la acción típica. Estas condiciones son necesarias para determinar si al momento del hecho el sujeto se hallaba en plena capacidad de cumplir con la acción exigida por la norma y, a pesar de ello, omitió su deber legal.
7. **Posición de garantía:** Es la condición que tiene el agente para garantizar la vigencia y

conservación del bien jurídico protegido frente a un hecho o circunstancia que constituye una amenaza para el mismo.

8. **Relación de causalidad:** En el caso deber de actuar del agente y el resultado tiene un vínculo hipotético. Resulta necesario que se equipare la omisión al nivel de la acción.

3.4. La administración pública como bien jurídico protegido

A efectos del presente artículo es importante tener en consideración que la administración pública es considerada como “el conjunto de instituciones estatales”, donde una de sus funciones principales es desarrollar el ejercicio de esta en el marco de la legalidad y búsqueda del bien común (Paredes, 2017, p. 66).

Ahora bien, la base de la legitimidad del Estado se va a centrar en el funcionamiento efectivo e imparcial de la administración pública (Everest-Phillips, 2018). En ese sentido, todos los Estados exitosos son aquellos que reconocen en el servicio público un elemento clave de la ventaja competitiva nacional, pues posibilita un cambio radical en la imagen de los funcionarios ante la sociedad como defensores del bien común, a diferencia de la imagen pública que presentan actualmente: un funcionario público aburrido y sin inspiración.

Consecuentemente, es indispensable que la gestión pública cuente con un aparato civil efectivo que deberá funcionar eficientemente. Por tanto, es necesario que las instituciones concentren y orienten la voluntad de los funcionarios a contribuir a la creación del bienestar social, y proporcionar así servicios públicos de calidad que satisfagan los intereses de la comunidad, según los principios de democracia, cooperación, responsabilidad, rendición de cuentas, estrategia, pensamiento, productividad y rentabilidad (Druskienė y Šarkiūnaitė, 2018).

Ahora bien, la motivación de las actividades de los funcionarios públicos solo será eficiente y efectiva en la medida de que esta sea personalizada, compleja y responda a los objetivos que estos deben trazarse —claro está, de acuerdo con los objetivos y posibilidades de su organización—. Este sistema se va a encontrar estrechamente relacionado con el desempeño y las oportunidades de promoción del servicio civil. En este contexto, la evaluación del desempeño es primordial y se caracteriza por la frecuencia, formalidad, estructura y orientación hacia la competencia profesional y su capacitación. Por otro lado, las oportunidades de promoción se vinculan con las posibilidades de desarrollo profesional, y deben llevarse a cabo de manera ordenada y en arreglo con los objetivos de cada institución.

Luego de la aplicación de una encuesta representativa de la población de Lituania en 2016, se halló que la confianza pública en las organizaciones del servicio civil y de los funcionarios públicos era moderada. También pudieron evidenciar que el nivel de confianza estaba determinado por factores individuales (como la responsabilidad de los funcionarios o el respeto hacia los usuarios de los servicios públicos) e institucionales (autorregulación institucional, integridad, principios de objetividad e imparcialidad). En ese sentido, las mejoras que incidían en el desarrollo de tales factores conducían a un aumento de la confianza pública (Novelskaite y Pucetaite, 2018).

En base a esta encuesta se señala que una tendencia importante en el nivel de confianza de la ciudadanía hacia las instituciones estará determinada exclusivamente por componentes individuales. Consecuentemente es importante que las instituciones tengan en cuenta que deben mejorar el desarrollo de sus actividades partiendo de los intereses de los ciudadanos y procurando que todos los funcionarios tomen decisiones responsables, traten a los usuarios con respeto y que, evidentemente, estén calificados para realizar su trabajo con profesionalismo. Es necesario que el reclutamiento de tales servidores sea de manera transparente y se base en habilidades en lugar de afiliaciones políticas o parentesco (Ramírez, 2021).

Por otro lado, con relación a los elementos institucionales se indica que es necesario diferenciar aquellos principios éticos que inciden en la confianza de la población. Por lo que Ramírez (2021), tomando como base lo investigado por Novelskaite y Pucetaite (2018), señala que las instituciones deben desarrollarse en función de valores como la responsabilidad, respeto, transparencia, integridad objetividad e integridad. Lo que debe conllevar a redefinir la calificación de los funcionarios públicos, dentro de un sistema sentado sobre las bases de principios éticos que genere la confianza de la ciudadanía.

Según la experiencia europea, una de las motivaciones de la despolitización de la administración pública se debe a las reformas del sector público, que han dotado de autonomía a los gerentes públicos (Van De Walle, 2019). No obstante, como consecuencia de su investigación, Van De Walle pudo evidenciar que los políticos intentan influir en el nombramiento de funcionarios de alto nivel, hecho que es percibido por los altos directivos públicos de la administración central europea y que afecta el nivel de autonomía dentro de las instituciones donde se desempeñan.

Respecto a la administración pública en el Perú, Cuadros (2018) da a conocer que los funcionarios y servidores públicos del Estado se encuentran sujetos al cumplimiento de funciones cuyo

objetivo es promover una gestión eficiente en la administración pública. Consecuentemente los funcionarios que en el ejercicio de funciones desempeñen una labor deficiente incurrirían en responsabilidad administrativa y funcional; por otro lado, también son posibles de incurrir en responsabilidad penal conforme a lo establecido en la Ley N° 27785, siempre y cuando realicen actos u omisiones tipificadas como delitos en el marco de sus funciones.

Así, el rol de funcionario público va a encontrarse intrínsecamente relacionado a aceptar y asumir niveles de responsabilidad (Chaba, 2020). Se debe tomar en consideración que los funcionarios públicos dirigen los diversos asuntos de relevancia para un país y sus ciudadanos en todos los ámbitos estatales. Por tanto, tales responsabilidades deben ser desempeñadas de forma indispensable, con profesionalismo y rectitud, dentro del marco de la legalidad. De no ser así, estos deben ser conducidos ante los órganos que administran justicia y hacerse responsables por sus acciones u omisiones cometidas al margen de la ley en agravio de la administración pública.

Los delitos contra la administración pública son aquellos ilícitos penales cometidos por funcionarios públicos en agravio de la administración pública y que se encuentran plenamente tipificados. Estos ilícitos penales significan que el funcionario público deja de cumplir con las funciones que les son encomendadas en perjuicio de terceros, o realizan actos propios o al margen de sus funciones para favorecer a terceros adquiriendo una ventaja económica a cambio de ello. Consecuentemente se resalta la importancia de que las sanciones de inhabilitación contra este tipo de funcionarios sean más contundentes, para evitar que reincidan en la comisión de hechos delictivos en agravio la administración pública del Estado (Córdova, 2018).

Desde un punto de vista organicista, la administración pública está conformada por un conjunto de organismos estatales sujetos a niveles, jerarquías, entidades y cargos que tienen competencias delimitadas por ley. Existe una división material de funciones estatales fundamentales, donde cada órgano debidamente jerarquizado tiene sus competencias específicas. Por lo tanto, se puede afirmar que la administración pública es el conjunto de actividades previstas que por ley son desarrolladas por los agentes públicos (servidores y funcionarios) para que el Estado logre sus fines por intermedio de sus entidades públicas.

En tal sentido, la administración pública debe entenderse como un sistema dinámico y vivo que participa en la vida social de las personas. Por ello deben establecerse múltiples relaciones de trabajo interinstitucional entre las entidades estatales, así como también particulares y los

propios ciudadanos, y tener como finalidad el beneficio y la realización de la vida comunitaria organizada por el Estado (Benavente y Calderón, 2012), que debe encontrarse sujeta a una jerarquía y características esenciales como:

- La organización y funciones
- Las normas y procedimientos
- La toma de decisiones
- La orientación y determinación de la política social

En la administración pública existe un bien jurídico general: “el correcto funcionamiento de la administración pública”. Este se encuentra materializado mediante el regular desenvolvimiento de la actividad estatal y se basa primordialmente en los siguientes principios: eficiencia, probidad y dignidad. Estos principios pueden dividirse en seis deberes institucionales, los cuales deben ser observados por los funcionarios y servidores públicos para no incurrir en ilícitos penales contra la administración pública:

- El correcto ejercicio de las funciones asignadas.
- Observancia de los deberes de cada cargo en relación a las normas generales y el Manual de Organización y Funciones (MOF) de cada institución.
- Normalidad en el ejercicio de la función pública.
- Protección del prestigio y la dignidad de la institución.
- Probidad y honradez de los agentes.
- Protección de patrimonio público (Manzini, 1961, p. 3).

Según esto, frente a los delitos contra la administración pública existen determinados bienes jurídicos que el Estado busca proteger mediante una sanción punitiva, como el correcto funcionamiento o desenvolvimiento de la administración pública, así como también los bienes jurídicos específicos según las características de cada tipo penal. Sin embargo, en el tipo penal que nos convoca (la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales), el bien jurídico protegido específico será “el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a los funcionarios públicos en el marco de los cargos que desempeñan”.

3.5. La función pública

La función pública es una institución del derecho público, cuya actividad se encuentra circunscrita al ordenamiento jurídico constitucional y legal, pues con dicha institución los funcionarios públicos se van a ver materializados y representados, y asumirán las funciones que tiene el Estado

para promover la vida comunitaria y sus fines de creación. Consecuentemente se crearán normas que regulen el ejercicio de dichas funciones.

Para Rojas (1999) la función pública tiene determinadas características que las distinguen tales como:

- La actividad es al servicio de la nación.
- La función pública recae en personas denominadas ‘funcionarios públicos’.
- Tiene contenido diverso con actividades en órdenes distintos.
- La compete la totalidad de asuntos estatales.
- Se da forma permanente y continua.
- Tiene obligaciones, derechos y deberes por medio de sus instituciones.

3.6. Funcionario público

Se podría señalar que el funcionario público es el agente estatal más importante en la estructura del gobierno, pues desempeña distintos roles en una determinada institución (Pezo, 2018, p. 65). En conjunto, son vitales para el correcto desarrollo del país. Vamos a ver en el funcionario público a aquella persona natural con poder decisión que trabaja para el Estado, y que va a determinar o ejecutar la voluntad estatal mediante el desarrollo de diversas actividades orientadas al bien común (Salinas, 2014, p. 10).

De acuerdo con la Ley N° 28175, existe una clasificación de funcionarios públicos entre los cuales encontramos a aquellos que son elegidos por votación popular directa y universal o aquellos que surgen con ocasión de la confianza política originaria. Asimismo, están los de nombramiento y renovación regulada, como los de libre nombramiento y remoción.

3.7. Desarrollo del tipo penal

Descripción Legal-Código Penal

Artículo 377. Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales: El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa (Código Penal. Decreto legislativo N°635, 2021).

Tipicidad objetiva

De la lectura del tipo penal se tiene que la figura delictiva reconoce que el incumplimiento de deberes tiene que ver con los tres verbos rectores que reconoce el contenido del tipo penal: omitir, rehusar y retardar. Esto significa que se perfecciona hasta por tres hipótesis o supuestos ilícitos perfectamente diferenciados.

La Corte Suprema, por ejecutoria del 14 de enero del 2000 ha señalado en forma sencilla y didáctica:

El funcionario público que, ilegalmente, omita, rehúse o retarde algún acto de su cargo [...]; omitir significa no hacer lo que se debe y pueda hacer en un determinado tiempo o momento, rehusar cuando rehúsa llevar a cabo un acto de su cargo para el que se le ha requerido ilegítimamente, mientras que retardar es diferir la ejecución de un acto propio de la función (Expediente N°5201-99).

En ese sentido, se debe realizar cualquiera de las tres modalidades o supuestos delictivos que prescribe el tipo penal:

Omitir algún acto de su cargo

Para el caso que nos ocupa, la configuración de tipo penal se dará cuando el agente, en todos los casos funcionario público, realiza las siguientes acciones: omitir, prescindir, descuidar, desatender o incumplir algún acto que este dentro de sus funciones y sobre el cual tenga la obligación de realizar y cumplir. Todo ello porque estas acciones son inherentes al cargo, empleo u oficio que desempeña al interior de la administración pública (Salinas, 2014).

Es importante considerar que la acción de omitir a la cual hace referencia el tipo penal va a ser aquella en la que se deja de hacer el acto que el funcionario se encuentra obligado de realizar, o en su defecto, realizarlo de manera dolosa. Ahora bien, para este supuesto, la ley penal no va a exigir que previamente a la omisión exista algún requerimiento o interpelación, pues la obligación de realizarlo ya se encontraba dentro del marco de sus deberes.

Esta omisión se refiere a los actos que se encuentren contenidos dentro de las funciones que cada funcionario va a desempeñar, mas no dentro de los actos que personalmente deben ser cumplidos por el funcionario: estos constituyen únicamente simples infracciones administrativas que si

son detectadas serán objeto de sanción administrativa luego del debido proceso disciplinario (Salinas, 2014).

Rehusar algún acto de su cargo

Este verbo rector hace que el supuesto delictivo se configure en el momento en que el actor o sujeto activo, en todos los casos funcionario público, a pesar de que exista un requerimiento efectuado rehúse, rehúya, esquive, decline, desestime o niegue el cumplimiento de un acto funcional que está en la obligación de hacer, al estar dentro de sus atribuciones. Esto en concordancia con el cargo que desempeña al interior de la administración pública (Salinas, 2014).

Este supuesto se configura cuando previamente alguien —sea otro funcionario, superior jerárquico o alguna autoridad competente e incluso un particular que cumpla con las formalidades establecidas por ley— requiera al sujeto activo la realización de un acto u acción debidos y que este (el funcionario) rechace, niegue o no acepte realizarlo. Dicha negativa puede consistir en actos que signifiquen negativa (negarse a recibir el requerimiento escrito, romper el requerimiento, no dar respuesta de forma expresa al requerimiento, etc.).

Podemos señalar que si no existe un requerimiento previo el delito no se configura. Así se ha pronunciado la ejecutoria suprema del 6 de diciembre del 2002 al argumentar que:

No se dan los elementos típicos que acrediten la existencia del delito de incumplimiento de deberes funcionales, toda vez que de autos se aprecia que no existe documento alguno que nos indique que el procedimiento hubiere sido requerido por autoridad competente de la entrega de los libros contables y que se haya negado a realizar un acto propio de su cargo (Expediente N°3071-2001).

Retardar algún acto de su cargo

Para el entender este supuesto típico, vamos a analizarlo desde el momento de su configuración, es decir, cuando el agente, funcionario público en todos los casos, retarde, demore, retrase, difiera, aplase, dilate o posponga el cumplimiento de un acto funcional y respecto al cual tiene el deber de hacer en tiempo oportuno, en concordancia con el cargo o función que desempeñe dentro de la administración pública. (Salinas, 2014).

Podemos entender que el acto funcional debido ha sido retardado cuando el agente pospone, aplaza o retrasa ilegalmente el cumplimiento del mismo. O como afirma Abanto (2014), retardar es un no hacer el acto en la oportunidad fijada por ley.

De esta manera, se entiende que retardar implica que se difiera la realización de un acto que corresponde al desarrollo de la función pública, siendo que al realizarse este deviene en inoportuno por el tiempo transcurrido.

Estos comportamientos ilícitos, en cualquiera de sus tres verbos rectores, ya sea el de retardar, rehusar y/u omitir el cumplimiento de un acto funcional, deben ser contrarios a lo establecido en las normas, consecuentemente no deben estar cubiertos o atenuados por algún reglamento o causa de justificación y mucho menos por una ley. Rojas (1999) argumenta que con el término “ilegalmente” ha enfatizado que el comportamiento del agente es grave, pues está orientando dolosamente su conducta a la inobservancia de lo ordenado por la ley. De esta manera, el comportamiento de los funcionarios puede ser diferenciados entre aquellos por dolo o por culpa del funcionario público.

El sujeto activo

El artículo 377 de nuestra norma penal sustantiva exige que al autor del delito tenga la condición de funcionario público, lo que limita el ejercicio de la acción penal a la condición especial del agente, quien debe ser exclusivamente funcionario público. Por ello quedan excluidas todas aquellas personas que no ostenten tal condición. Consecuentemente es necesario determinar si el tipo penal objeto de análisis corresponde a un delito funcional, ya que este implica una infracción al deber del agente, que se encuentra obligado a cumplir en su condición de funcionario público.

Dicha infracción al deber implica que el agente infrinja un deber extrapenal que nace del deber que tiene con la administración pública en su condición de funcionario público. De no ostentar tal condición, el deber funcional no existiría. Así las cosas, resulta necesario que el agente tenga una vinculación expresa con el deber que exige la norma, que lo vincule funcionalmente y le exija el cumplimiento y observancia de las normas y procedimientos que regulan la administración pública. Se puede afirmar que el deber funcional nace de la norma, ya que no se puede exigir el cumplimiento de un acto funcional que no esté prescrito como tal

en las normas que regulan los límites y alcances de la función que ejerce el agente dentro de la administración pública.

Por ello, no solo es necesario que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino que la inobservancia del deber funcional debe infringir un deber extrapenal que le ha sido otorgado en su condición de funcionario público. Nos hallamos frente a un delito especial de infracción del deber. Así, el deber infringido tiene naturaleza positiva, ya que, en el caso de los delitos funcionariales, existe un deber de protección, fomento y salvaguarda del bien jurídico protegido: la administración pública.

Sujeto pasivo

El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales tiene como bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la administración pública. Es decir, eleva a la categoría de bien jurídico protegido al derecho que ostenta la comunidad en general de gozar de instituciones públicas sólidas, correctamente organizadas y que atiendan sus necesidades en el marco de sus funciones y competencias según su naturaleza. Por ello, el principal agraviado del delito es el Estado, representado para fines procesales por el procurador público de la respectiva entidad.

No obstante, debe tenerse en cuenta que tipo penal está referido a la omisión, rehusamiento o demora de un acto funcional que en determinados casos puede afectar el acceso de los administrados a determinados derechos que deben ser reconocidos o debidamente atendidos por el funcionario público en el marco de sus funciones. Es posible que dicho sujeto pueda integrarse a la relación jurídico-procesal en calidad de agraviado, siempre que la omisión, rehusamiento o demora haya tenido un impacto directo en el acceso del administrado a determinados derechos.

En ese sentido, los derechos del agraviado obligan al Estado a actuar en salvaguarda de sus intereses. En el caso de los delitos contra la administración pública se produce un menoscabo a los derechos fundamentales de la ciudadanía y de los administrados en particular. La víctima es incluida como sujeto en el ejercicio de *ius puniendi*, cuyos derechos son atendidos y considerados en la dinámica de la justicia penal. En consecuencia, se le reconoce derechos esenciales que deben salvaguardarse en el ámbito del derecho penal (Ortiz y Pinglo, 2016, p. 89).

Así, se considera que se debe incluir a todos los afectados directa o indirectamente por la omisión delictiva, con independencia del titular principal del bien jurídico protegido. El proceso penal debe impartir justicia en la sociedad de manera que sus miembros perciban que el Estado se hace cargo de cualquier daño que se les haya ocasionado a sus integrantes. Este hecho adquiere mayor relevancia al tratarse de delitos contra la administración pública, por tratarse de sus propios funcionarios a quienes el Estado ha confiado deberes propios de sus cargos. Así, la omisión, rehusamiento o demora de dichos deberes funcionales no solo afectan al Estado, sino que puede afectar a una persona o grupo determinado de individuos (Salinas, 2014).

Los delitos contra la administración pública han evolucionado desde su concepción primigenia. No solo abarcan la afectación directa del propio Estado reflejado en sus distintas instituciones públicas, sino que también tiene en cuenta a personas naturales que puedan haber sido afectadas. Estas requieren una tutela jurisdiccional efectiva y gozan de un derecho legítimo de concurrir a la administración pública para la exigencia de derechos en el marco de las normas preestablecidas.

Tipicidad subjetiva

De la simple lectura del tipo penal, se concluye que se trata de supuestos delictivos de comisión dolosa; no cabe la comisión por culpa. El agente con conocimiento de que su conducta es ilegal voluntariamente actúa y omite, rehúsa o retarda un acto funcional que le corresponde realizar.

De la estructura de la fórmula legislativa, se advierte que los supuestos delictivos que engloba el delito en análisis solo serán pasibles en su comisión de dolo directo (Salinas, 2014).

La circunstancia de que el tipo penal no exija alguna finalidad especial que pretenda conseguir el agente con su actuar no puede servir para sostener que las modalidades requieren dolo eventual, como lo argumenta Rojas Vargas. No debemos confundir la figura del dolo como conocimiento de voluntad de realizar la acción u omisión dañosa con lo que en doctrina se conoce como “elementos subjetivos adicionales al dolo”. Estos últimos son más que la finalidad u objetivo último que guía al sujeto activo para realizar su acción dolosa. No en todos los delitos se exige la ocurrencia de algún elemento subjetivo adicional al dolo. Pero sí es necesaria la ocurrencia del dolo directo.

4. Discusión

Para Roxin, los delitos de omisión se encuentran dentro de la clasificación de los delitos especiales que incluyen una infracción del deber por parte del sujeto activo. En esta clase de delitos resulta jurídicamente relevante el deber del agente que emana de una norma extrapenal, cuya infracción configura un supuesto típico pasible de sanción penal. Por ello, la infracción al deber extrapenal constituye un elemento relevante para la configuración de la autoría.

A consideración de Jakobs, los delitos de infracción del deber vinculan directamente a un agente especial a quien se le ha otorgado la condición de garante del bien jurídico protegido. Es decir, dicho bien se encuentra asegurado institucionalmente en la medida que se le otorga al agente el deber especial de cuidado sobre el bien jurídico protegido. Un menoscabo a este último vulneraría la relación entre el objeto de protección y el autor. Por tanto, los delitos de omisión de responsabilidad por institución implican una vulneración al deber de actuar del agente para la conservación del bien jurídico frente al cual se halla obligado.

Desde el punto de vista de Sánchez-Vera, los comportamientos que constituyen una lesión del deber respecto a un bien jurídico protegido se hallan dentro de los delitos que lesionan instituciones positivas. Estas protegen el bien jurídico otorgando al agente la posición de garante del bien, por lo que la imputación será una consecuencia de lo que determinen las instituciones para garantizar la conservación y no vulneración del bien. Por ello, la lesión de un deber institucional específico dará lugar a los delitos de infracción positivados. Ya que la infracción de un deber que emana de una norma extrapenal, ameritará una sanción penal siempre que la conservación del bien sea jurídicamente relevante para la sociedad y el Estado.

Por otro lado, los delitos de omisión pueden ser clasificados en delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia. En los primeros existe una norma que tiene el carácter imperativo y que el agente omite o se rehúsa cumplir. Mientras que, en los segundos, la omisión implicará una violación de una norma de prohibición; es decir, en determinadas circunstancias la ley exigirá un comportamiento del agente para evitar el menoscabo de un bien jurídico protegido, y el hecho de no actuar y permitir que ocurra la vulneración del bien traerá como consecuencia un supuesto típico de imputación atribuible al agente. El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, por tanto, se ubicará en la clasificación de delitos de omisión propia.

La administración pública como bien jurídico protegido constituye una garantía jurídica que otorga Estado hacia la ciudadanía. Es decir, busca garantizar que el Estado, a través de sus instituciones, cumpla con los roles y fines para los cuales ha sido creado. En el caso concreto del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, además de garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública, se busca que los funcionarios públicos que dirigen y administran las instituciones del Estado cumplan a cabalidad las funciones que se les ha encomendado para que el Estado, desde sus competencias y atribuciones, cumpla con los deberes y finalidades que tiene en relación con los habitantes de una determinada jurisdicción.

No obstante, para la configuración del delito será necesario que concurra alguna de las modalidades típicas descritas en el artículo 377 del Código Penal. Es decir, será indispensable que el agente omita, rehúse o retarde de manera ilegal el cumplimiento de un deber funcional que le otorga el Estado en su calidad de garante de la administración pública. Es necesario tener en cuenta que el término “ilegal” hace referencia a la contravención del agente a una norma extrapenal de la cual emana un deber funcional e institucional que se le atribuye en su condición de funcionario público.

El sujeto activo será solo el funcionario público a quien el Estado le haya encomendado la función pública para representarlo y lograr el cumplimiento de sus fines en el marco de sus atribuciones y competencias. El sujeto pasivo del delito, en cambio, será siempre en primera instancia el Estado, en la medida que es el titular del bien jurídico protegido. No obstante, si como consecuencia de la configuración de cualquiera de las conductas típicas se vulnerase el derecho de terceros, también estarán habilitados para ser considerados parte agraviada del delito.

Finalmente, este delito será siempre doloso, pues el funcionario público siempre deberá ser consciente de las funciones que cumple dentro de la administración pública. En ese sentido, su incumplimiento acarreará la sanción penal que prescribe el delito.

Conclusiones

Los delitos de infracción del deber implican una contravención al deber emanado de una norma extrapenal que vincula directamente al agente, dada la relevancia jurídica del bien que se protege a través del deber.

En los delitos de infracción del deber, el agente tendrá una condición especial de garante y conservador del bien jurídico protegido, lo que obligará al agente a direccionar sus acciones para lograr su efectiva protección institucional.

Los delitos de infracción positivados implican la infracción de una norma extrapenal frente a la cual el agente tiene un deber especial de cumplimiento para la conservación y protección de determinados bienes de relevancia jurídica.

El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales se encuentra dentro de la clasificación de los delitos de omisión propia.

El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales tiene como bien jurídico protegido general al correcto funcionamiento de la administración pública, y como bien jurídico específico al cabal cumplimiento de las funciones otorgadas a los funcionarios públicos, en el marco de sus funciones y atribuciones.

Para la configuración del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales es necesaria la concurrencia los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Referencias

- Abanto, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Grijley.
- Accatino, D. (2019). ¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición. *Política Criminal*, 14(27), 47-64. <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A2.pdf>
- Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*. Marcial Pons.
- Benavente, H, y Calderón, L. (2012). *Delitos de Corrupción de funcionarios*. Gaceta Jurídica.
- Chaba, D. (2020). Public officials' liability: a case study on Poland. *International Review of Administrative Sciences*, 86(1), 169-182. <https://doi.org/10.1177/0020852318758366>
- Cordova, E. (2018). *La ejecución de la pena de inhabilitación en la Administración Pública* [tesis de maestría, Universidad Nacional Federico Villareal]. Repositorio Institucional - UNFV. <http://repositorio.unfv.edu.pe/handle/UNFV/2313>

- Código Penal. Decreto Legislativo N°635. Normas legales actualizadas. (2021). Editora Perú. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0070/codigo-penal-2021.pdf>
- Cuadros, J. (2018). *La deficiente elaboración de los informes administrativos a cargo del Órgano de Control Institucional (OCI) del Ministerio Público y su incidencia en la determinación de la responsabilidad penal de los funcionarios y servidores públicos*. [Trabajo de investigación de maestría, Universidad Privada San Juan Bautista]. Repositorio Institucional. <http://repositorio.upsjb.edu.pe/handle/upsjb/1894>
- Druskienė, A., & Šarkiūnaitė, I. (2018). Motivational incentives of civil servants in Lithuanian municipalities. *Public Policy and Administration*, 17(3), 344-370. <https://doi.org/10.5755/j01.ppa.17.3.21952>
- Expediente N° 5201-99, Ejecutoria Suprema del 14 de enero de 2000. Editora normas legales.
- Expediente N° 3071-2001, Ejecutoria Suprema del 06 de diciembre de 2002. Sentencia citada por ROJAS VARGAS, Fidel, Código Penal, tercera edición II tomo, IDEMSA.
- Everest-Phillips, M. (2018). *Passionate Bureaucrat, the: Lessons for the 21st century from 4,500 Years of Public Service Reform*. World Scientific Publishing Company Pte Limited.
- Gomez, V. (2006). *Los delitos especiales*. B de F.
- Jakobs, G. (1998). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación* (J.L. Serrano, Trad) (2a ed.). Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación* (J. L. Serrano, Trad.). Marcial Pons.
- Manzini, V. (1961). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. VIII). EDIAR.
- Muñoz, F. (1999). *Derecho Penal: Parte Especial*. Tirant lo blanch libros.
- Novelskaite, A., & Pucetaite, R. (2018). Visuomenės pasitikėjimas valstybės tarnybos įstaigomis ir tarnautojais Lietuvoje: reprezentatyvios šalies gyventojų apklausos rezultatai [Confianza pública en las organizaciones de la función pública y los funcionarios públicos en Lituania: resultados de una encuesta representativa]. *Public Policy and Administration*, 17(1), 126-140. <https://doi.org/10.5755/j01.ppa.17.1.20613>
- Ortiz, P., y Pinglo, L. (2016). *Necesidad de regular la admisión de prueba ilícita en el proceso penal para delitos contra la administración pública* [Tesis de título profesional, Universidad señor de Sipán]. Repositorio Institucional - USS. <https://hdl.handle.net/20.500.12802/5012>
- Paredes, B. (2017). *Delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos en los gobiernos Locales* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. Repositorio Institucional - UNPRG. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/7364>

- Paricoto, M. (2018). *Factores para la determinación de la actuación administrativa en el delito de omisión, rehusamiento o retardo de actos funcionales, en los procesos penales de la provincia de Huaraz, 2007-2010* [Tesis de maestría, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo]. Repositorio institucional – UNASAM. <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2903>
- Pezo, O. (2018). *Implicancias de la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena en los condenados por los delitos contra la administración pública, en el departamento de Tacna, del año 2015 al año 2017* [Tesis de maestría, Universidad Privada de Tacna]. Repositorio Institucional - UPT. <http://repositorio.upt.edu.pe/handle/20.500.12969/398>
- Ramírez, L. (2021). Autonomía de la impunidad: una revisión sistemática de las procuradurías públicas y su relación con la impunidad de delitos cometidos por funcionarios públicos. *Saber Servir: Revista De La Escuela Nacional De Administración Pública*, (5), 93-116. <https://doi.org/10.54774/ss.2021.05.06>
- Reaño, J. (2009). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Jurista.
- Rojas, F. (1999). *Delitos contra la Administración Pública*. GRIJLEY.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y Dominio del Hecho* (9a ed.). Marcial Pons.
- Salinas, R. (2014). *Delitos Contra la Administración Pública* (3a ed.). GRIJLEY.
- Sánchez-Vera, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons.
- Van De Walle, S. (2019). Explaining variation in perceived managerial autonomy and direct politicization in European public sectors. *International Review of Administrative Sciences*, 85(4), 627-644. <https://doi.org/10.1177/0020852317748357>
- Villa, J. (2008). *Derecho Penal: parte general*. GRIJLEY.