

## Caso Comunicore: Castañeda Lossio y delito de colusión

Por *Julio A. Rodríguez Vásquez*  
*Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP*

El 22 de julio de 2013 la Sexta Sala Penal para procesos con reos libres de Lima emitió resolución en el expediente 34432-2010-17, extremo concerniente a la excepción de naturaleza de acción deducida por el ex alcalde de Lima Luis Castañeda Lossio en el proceso que se le siguió por la supuesta comisión del delito de colusión. En tal sentido, la Sexta Sala Penal con Reos Libre confirmó el auto del 28 de diciembre de 2012 que declara fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el ex alcalde.



Para entender el caso, es necesario recordar que los hechos materia de investigación tienen su origen en la tercerización del servicio de limpieza pública de Lima hecha por su Municipio en el año 1996. Esta tercerización inició un proceso de licitación pública que dio por ganador al consorcio Vega Upaca S.A (Relima).

Poco tiempo luego del comienzo de la ejecución del contrato, surgió un desacuerdo respecto al pago del impuesto general a las ventas (IGV). Este desacuerdo fue solucionado por el laudo arbitral del 1 de julio de 1998 que dispuso que el IGV fuera pagado en forma equivalente tanto por Relima como por la Municipalidad de Lima. Luego de varios años, y después de una serie de negociaciones entre el gerente

administrativo y financiero de Relima y el gerente financiero de la Municipalidad de Lima, se llegó al acuerdo sobre el monto del dinero adeudado por la Municipalidad de Lima (S/. 35'941.93 nuevos soles). Ahora bien, a partir de aquí se originaron los hechos de relevancia penal. En esta medida, la imputación fiscal y el auto de apertura de instrucción revelan dos momentos de la presunta colusión.

En primer lugar, la supuesta concertación en el monto de pago de la deuda de la Municipalidad de Lima con Relima por S/. 35'941.93 nuevos soles, pese a que tan sólo un día después Comunicore compró la deuda a Relima por S/. 14'635,000.00 nuevos soles.

Además, en enero de 2006, la Mu-

nicipalidad de Lima pagó la deuda a Comunicore en una sola armada sin tener en cuenta la disponibilidad presupuestaria, aumentando el costo de la deuda en S/. 4'794,258.59 nuevos soles (cabe señalar que esta empresa compartía el domicilio legal con Solidaridad Nacional, partido político de Castañeda Lossio, además de una serie de irregularidades que giran en torno a su formación).

En segundo lugar, se imputa igualmente la concertación al momento de renovar el contrato de Concesión (y ampliándolo por 10 años), sin tener en cuenta la serie de irregularidades en el cumplimiento de la prestación por parte del concesionario y los informes desfavorables emitidos por el sistema de control.

Ahora bien, la resolución en comentario tiene como fundamentos centrales dos afirmaciones: *i*) existe una atipicidad relativa por ausencia de elementos objetivos del tipo, en tanto que el delito de colusión no se puede cometer de manera omisiva; *ii*) la delegación de funciones hecha por el ex Alcalde implica la liberalización de la responsabilidad penal de éste. En el presente comentario jurisprudencial se analizará estas afirmaciones hechas por la Sexta Sala Penal con Reos Libres. En adelante los extractos más relevantes de la resolución.

### **Comisión por omisión en el delito de colusión e Imputación objetiva del alto funcionario público delegante**

*“(...) El a-quo estimó la excepción deducida en mérito a los siguientes considerandos: (...) (b) no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante omisión, pues ante la delegación de facultades al gerente de finanzas, la exigencia de conocer y poner en ejecución los elementos “concertar”, “ilegalidad” y “fraude”, sólo describe una concertación positiva (...).”*

*“También se tiene la existencia de delegación de facultades que dispuso el procesado Castañeda Lossio a determinados funcionarios de la Municipalidad de Lima para realizar actos específicos, se encuentra acreditada con las Resoluciones de Alcaldía (...).”*

*“(...) aun cuando la tesis fiscal primigenia haya sostenido su conocimiento de los hechos, empero el Informe*

*de Contraloría en sus conclusiones no hace mención, que el antes citado haya concertado de una forma u otra con los entonces intervinientes ante la entidad edil, puesto que según la lectura integral de la formalización de denuncia, los hechos secuenciales respecto a esta situación no estuvieron a cargo y/o vigilancia directa del excepcionante (...).”*

*“(...) es notorio que en la tramitación y consumación de los acuerdos con la empresa RELIMA y/o COMUNICORE, no tuvo participación el excepcionante, evidenciándose que el presupuesto objetivo del tipo sobre su intervención concertando con los entonces intervinientes, no se encuentra subsumido dentro de la tesis fiscal primigenia, encontrándonos ante un supuesto de atipicidad relativa por supuesto de atipicidad relativa por la ausencia de estos elementos objetivos (...).”*

*“(...) el argumento que, el procesado Castañeda Lossio ha tenido conocimiento de la deuda a RELIMA y la renovación del contrato de concesión del servicio de limpieza pública, ello per se, no implica una subsumición completa en la norma penal materia de análisis, de asumirse tal postura, significaría aceptar que la ausencia de actos como tales deban ser reprimibles en un delito estrictamente comisivo”.*

*“En lo atinente a la existencia de delegación de funciones que se cuestiona*

*por parte del excepcionante, como responsable solidario con el delegado, por haber incumplido su posición de garante; tal afirmación es incompatible a la función del derecho penal, que al resultar la imputación de orden personalísima, es inconcebible indicar algún tipo de participación y/o responsabilidad solidaria; menos se puede asumir que el imputado en alusión tenga la posición de garante, toda vez que este presupuesto señala cuando el omitente haya tenido el deber jurídico de impedir la realización del delito o haya creado un peligro inminente que fuera propio para producirlo y al resultar este delito uno de infracción de deber resulta ser inexistente del antes citado con los hechos, no apreciándose una vinculación institucional de su función, como alcalde, para afirmar que haya asumido competencia concreta del dominio del riesgo, con los encargados de la empresa RELIMA y/o COMUNICORE”.*

### **COMENTARIO JURISPRUDENCIAL**

#### **Comisión por omisión en el delito de colusión**

Uno de los principales argumentos que utiliza la Sexta Sala Penal Reos Libres para sostener la supuesta atipicidad relativa del presente caso radica en la siguiente afirmación: el delito de colusión es de naturaleza “estrictamente comisiva”; por ello, el señor Castañeda solo podrá responder penalmente como autor si ejecuta materialmente los elementos del tipo penal, incluyendo el acuerdo colusorio. Ahora bien, esta

afirmación no solo permite peligrosas lagunas de impunidad, sino que también desconoce la vasta teoría jurídico-penal sobre la esencia y naturaleza de los delitos omisivos.

A continuación expondremos brevemente una interpretación más adecuada de la comisión por omisión y su relación con el tipo de colusión, ello con miras a proteger de forma más eficiente el “correcto y normal funcionamiento de la administración pública” frente a actos ilícitos cometidos en un contexto de corte empresarial.

En primer lugar, es necesario definir la figura jurídica de la comisión por omisión. La distinción entre omisiones y comisiones, tradicio-

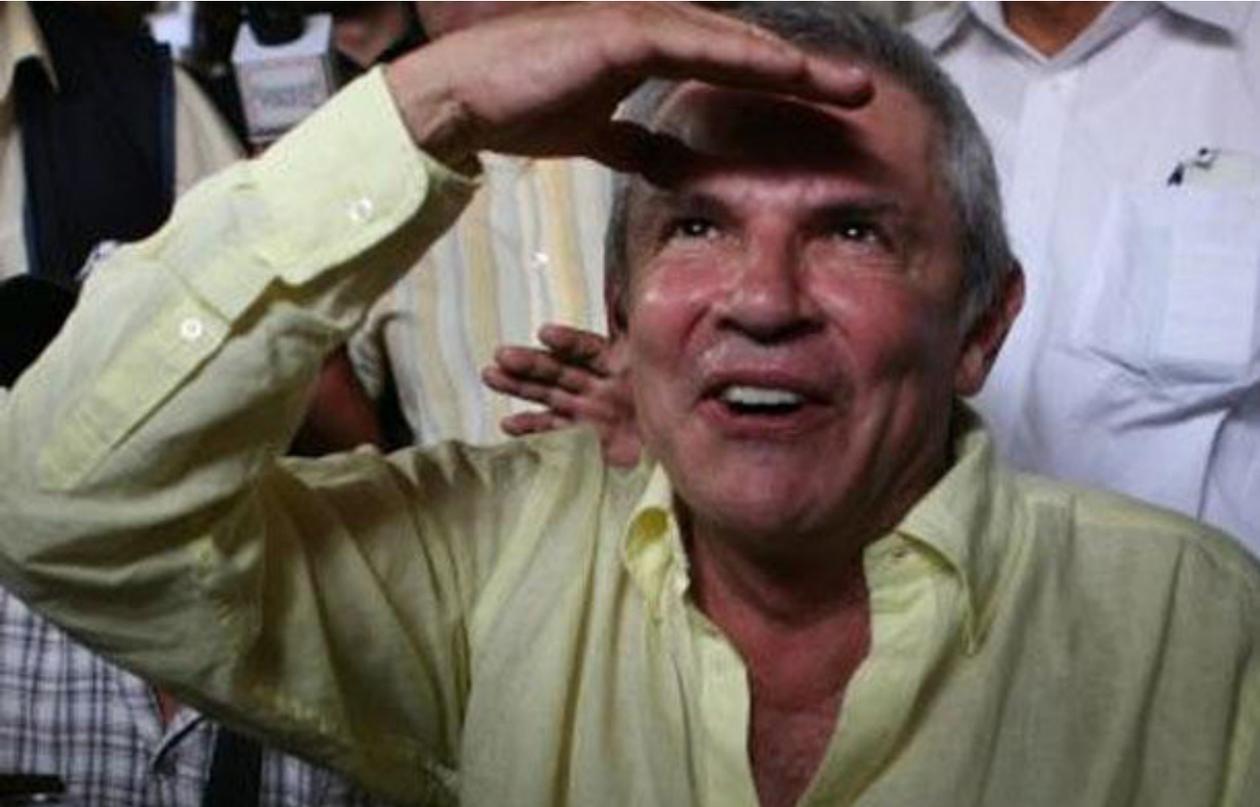
nalmente, se puede hacer desde dos niveles sistemáticos distintos. Desde el plano ontológico, las omisiones implican un dejar de hacer (ausencia de generación de un proceso de causación activa del resultado), mientras que la comisión se representa como un hacer (creación activa del riesgo<sup>1</sup>).

Por otro lado, esta vez desde el plano normativo, comisiones y omisiones se distinguen en la medida de que las primeras expresan injerencias en la esfera jurídica de terceros (autonomía), mientras que las segundas expresan ausencia de una intervención de salvaguarda de bienes jurídicos<sup>2</sup>.

Frente a esta situación, la comisión por omisión presenta una con-

dición particular, en tanto que si bien comparte con la omisión su base ontológica, su base normativa implica la injerencia en una esfera jurídica ajena<sup>3</sup>. La consecuencia de esta característica es que la comisión por omisión se subsume directamente en un tipo penal que describe, desde un uso natural del lenguaje, la lesión de un bien jurídico mediante un quehacer activo (por ejemplo, el tipo penal de colusión). En otras palabras, la comisión por omisión regula aquellos casos donde un dejar de hacer es equiparado, valorativamente, a una generación activa del resultado.

Ahora bien, es necesario preguntarse el por qué de esta equiparación. De acuerdo a Mir Puig, las



<sup>1</sup> Cf. SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Comisión y Omisión: Criterios de Distinción*. En: *Estudios sobre delitos de omisión*. Lima: Grijley, 2004. p. 16.

<sup>2</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>3</sup> Cf. SCHUNEMANN, Bernd. *El denominado delito de omisión impropia*. En: *Discursos universitarios*. Arequipa: Pangea, 2009. P. 21

peculiaridades del tipo de comisión por omisión son la producción de un resultado (lesión de bienes jurídicos), la posibilidad de evitarlo y la posición de garante<sup>4</sup>. De estas características, la posición de garante es la más importante al momento de fundamentar la naturaleza de la comisión por omisión.

En nuestra opinión, la posición de garante, y con ello el fundamento de la comisión por omisión, radica en la asunción de la custodia del bien jurídico, esto es, en una relación de dominio sobre la situación de vulnerabilidad del bien jurídico protegido por el tipo penal<sup>5</sup>. Dicho de otro modo, el sujeto adquiere voluntariamente un compromiso de actuar como barrera de contención ante riesgos concretos que amenazan determinado bien jurídico; de esta forma, el sujeto tendrá el dominio del proceso lesivo al bien jurídico<sup>6</sup>.

Ahora bien, la teoría del domino sobre el fundamento del resultado ha permitido dar solución a las posiciones de garante que tienen tanto los empresarios como los funcionarios públicos<sup>7</sup>. En el caso de los delitos de corrupción (dentro de los cuales se encuentra la colusión), su configuración como delitos especiales determina que solo algunos sujetos (funcionarios públicos) puedan tener la influencia o dominio necesario para lesionar el bien jurídico<sup>8</sup>.

De esta manera, el sujeto que es incorporado al aparato público, y que luego ejerce determinada función pública, posee el dominio sobre una esfera del bien jurídico “correcto y normal funcionamiento de la administración pública”, en tanto que de él depende que los servicios públicos a su cargo sean ejecutados correctamente. En este sentido, es oportuno citar al profesor Bernd Schünemann, quien señala lo siguiente:

*“(…) al menos en una gran parte de los delitos especiales se trata de los denominados delitos especiales de garantía. En ellos, la posición de autor consiste en una posición de garante penal (...) esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone (...)”*<sup>9</sup>

Esta idea ha sido acogida por nuestra Jurisprudencia, de forma que el Pleno Jurisdiccional Superior Penal del 11 de diciembre de 2004 acuerda lo siguiente:

*“Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la impor-*

*tancia del aporte de éstos en la realización del delito especial de que se trate. (...) Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado”*<sup>10</sup>.

En resumidas cuentas, el dominio sobre el fundamento de resultado, frente a los delitos de corrupción, destaca dos momentos: 1) el funcionario público asume libremente la custodia de la “correcto y normal funcionamiento de la administración pública” a través de su incorporación en la función pública (en el caso de los alcaldes, a través de la elección popular); 2) el funcionario público ejerce una función que le permite dominar efectivamente la vulnerabilidad de una determinada esfera del bien jurídico.

Es preciso agregar a lo antes señalado que la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado cobra un valor inusitado en los casos en donde, lejos de estar frente a un funcionario público que lesiona la correcta administración pública a través de un comportamiento individual, nos encontramos ante delitos cometidos en un contexto semejante a la criminalidad empresarial, caracterizada por la división funcional del trabajo en el plano horizontal y la jerarquía en el plano vertical<sup>11</sup>. Esta división genera una

<sup>4</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 8va edición. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 318

<sup>5</sup> Cf. SCHUNEMANN, Bernd. “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia*. Bogotá: 2004, N° 75, VOL 25. p.21.

<sup>6</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Ob. Cit.* p. 16.

<sup>7</sup> Cf. SCHUNEMANN, Bernd. “El denominado delito de omisión impropia”. *Ob. Cit.* p. 36.

<sup>8</sup> Cf. GRACIA MARTIN, Luis. “La comisión por omisión en el derecho penal español”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Lima: IDEMSA, 2004. p. 142.

<sup>9</sup> SCHUNEMANN, Bernd. “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría”. *Ob. Cit.* pp. 23-24.

<sup>10</sup> Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de 11 de diciembre de 2004. Tema 5, Acuerdo Primero.

<sup>11</sup> Cf. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”. En: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón y Eduardo DEMETRIO CRESPO (Directores). *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*. Madrid: Colex, 2008. pp. 61-62

organización de la responsabilidad que obliga a la teoría jurídico penal a tomar en cuenta la descentralización de dichas estructuras para así evitar que esta organización se convierta en una “organizada irresponsabilidad”<sup>12</sup>.

En este punto es necesario hacer una aclaración dogmática importante. Líneas arriba hemos dicho que un funcionario público tiene una posición de garante frente al “correcto y normal funcionamiento de la administración pública”. Ahora bien, la comisión de un delito dentro de una estructura pública de corte empresarial exige tener en cuenta que no todos los funcionarios públicos tienen el mismo dominio sobre el bien jurídico. En esta línea, el derecho penal económico nos brinda herramientas dogmáticas importantes para enfrentar los problemas surgidos a partir de los crímenes cometidos en un contexto empresarial. En relación a la responsabilidad por comisión por omisión del empresario, se ha dicho que ella tiene como base una posición de garante basada en el control de las fuentes de riesgo. ¿Es equiparable esta fundamentación para los funcionarios superiores jerárquicos en una estructura pública? Consideramos que la posición de garante del funcionario superior es más intensa que la del empresario, toda vez que su posición de garante se basa en el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico<sup>13</sup>. La razón de esto radica en que los servicios públicos (necesarios para permitir el acceso a los derechos fundamen-

tales) dependen de cómo realizan su función los servidores públicos responsables, especialmente los superiores a cargo. En otras palabras, el *correcto y normal funcionamiento de la administración pública* se encuentra en una posición de dependencia y vulnerabilidad frente a la función del servidor público superior. Es en esta medida que el dominio del funcionario público superior no se basa simplemente en el control sobre las fuentes de riesgo, sino que se fundamenta en la situación del vulnerabilidad o desamparo del bien jurídico<sup>14</sup>, base que fundamenta una posición de garante más intensa. Una vez hecha esta aclaración, podemos partir de la premisa que el dominio sobre el fundamento del resultado permite atribuir responsabilidad penal por comisión por omisión a aquellos órganos superiores jerárquicos en la organización empresarial (privada o pública) que no eviten que el resultado lesivo a los bienes jurídicos se haga actual<sup>15</sup>, siempre que en él concorra una posición de garante, un resultado y la posibilidad de evitar el mismo.

Abordaremos este punto con mayor detenimiento a continuación; por ahora sólo resta por decir que no existió ningún inconveniente dogmático en imputarle al señor Castañeda Lossio el delito de colusión mediante comisión por omisión, ello en tanto que los delitos contra la administración pública son delitos especiales que traen aparejados un dominio sobre el proceso lesivo al “correcto y normal funciona-

to de la administración pública”. Formulado con otras palabras, Castañeda Lossio, como cualquier otro alcalde municipal, fue un funcionario público que, al acceder a la función pública a través de un proceso de elección, eligió voluntariamente asumir la custodia del “correcto y normal funcionamiento de la administración pública”, de forma que tuvo una posición de garante que le permitió dominar el curso lesivo de determinada esfera del bien jurídico. Este dominio sobre el fundamento del resultado permitió que la fiscalía pueda imputarle a Castañeda Lossio la responsabilidad del delito de colusión desleal por comisión por omisión.

#### **Imputación objetiva del alto funcionario público delegante**

Hemos visto que la presente imputación se enmarca dentro de una lógica de división jerárquica y funcional del trabajo. Ello exige que el hecho sea imputado primero a la institución empresarial lícita (en presente caso, la municipalidad de Lima), toda vez que los cursos causales y los riesgos para el bien jurídico han partido de la propia organización empresarial<sup>16</sup>. Lo afirmado aquí no significa que todos los miembros respondan individualmente, sino que la relevancia de la conducta debe ser interpretada en el contexto de la organización empresarial<sup>17</sup>.

Formulada así las cosas, es oportuno recordar que el funcionario público superior ostenta una posición

<sup>12</sup> Cf. SCHUNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”. En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid: 1988, Tomo 41, Fasc/Mes 2, p. 533.

<sup>13</sup> Cf. MONTOYA VIVANCO, Yvan. *La responsabilidad penal del funcionarios superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados*. En: PARIONA ARANA, Raúl (Director). *Veinte años de vigencia del Código penal peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*. Lima: Grijley, 2012.

<sup>14</sup> Cf. MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Ibidem*. En sentido similar: LASCURÁIN SANCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2002. p. 136

<sup>15</sup> Cf. MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant le Blanch, 2007. pp. 498-499.

<sup>16</sup> Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007. pp. 181-184.

<sup>17</sup> Cf. *Ídem*. p. 185.



de garante frente a la vulnerabilidad del bien jurídico. Esta posición de garante se manifiesta en dos sentidos: dominio sobre los elementos y procedimientos peligrosos propios de la entidad organizada (dominio material); y en el poder de mando sobre sus subordinados (dominio personal)<sup>18</sup>. El presente caso nos exige abordar el dominio personal sobre los subordinados, en tanto que como ya dijimos estamos frente a un supuesto de delegación de funciones. En este escenario, la posición de garante originaria va generando en cascada o en cadena la delegación de funciones<sup>19</sup>. Esta delegación de funciones no sólo es perfectamente legítima, sino que además tiene una importancia práctica para el funcionamiento eficiente de la institución<sup>20</sup>. De esta forma, es usual que la empresa divida competencias en diversos departamentos<sup>21</sup>. En el presente caso,

ello se evidencia en la existencia de las gerencias y subgerencias municipales, todos ellas a cargo del alcalde (Art.26º y 27º de la Ley Orgánica de Municipalidades)

Sin embargo, afirmar que la delegación de competencias produce siempre una traslación del deber de garantía, significa permitir la liberación de responsabilidad penal de los altos funcionarios, hecho que genera consecuencias fatales para el efecto preventivo del Derecho penal<sup>22</sup>. Ello en tanto que sólo los miembros subordinados llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal<sup>23</sup>, lo que supone excluir a los altos funcionarios. En esta medida, Schünemann señala lo siguiente:

*“Un hecho punible cometido en el marco de una empresa, o sea, de un grupo de perso-*

*nas organizado por medio de la división del trabajo, producto, en comparación con un delito cometido en la esfera de la vida privada, problemas específicos de imputación jurídico penal, sobre todo por la escisión, típica en la empresa, de responsabilidad y acción: esto es: la verdadera lesión del bien jurídico es llevada a cabo a menudo por una persona física que no es, en este aspecto, verdaderamente responsable o, al menos, no tiene la exclusiva responsabilidad”<sup>24</sup>.*

Asumido el hecho que la delegación de funciones genera problemas en la imputación objetiva, conviene ahora señalar los alcances de la posición de garante del alto funcionario público frente a la dele-

<sup>18</sup> Cf. SCHUNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”. Ob. Cit. p. 537.

<sup>19</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>20</sup> Cf. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Ob. Cit. p. 508.

<sup>21</sup> Cf. SCHUNEMANN, Bernd. “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: 2002. Vol. LV. p. 31.*

<sup>22</sup> Cf. SCHUNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”. Ob. Cit. p.533.

<sup>23</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Idem*. p. 531.

gación de funciones. De este modo, nuestra argumentación debe partir de la siguiente premisa: si bien es cierto que la delegación modifica o transforma el contenido del deber de garantía primario, (el cual pertenece, como vimos, el alto funcionario público delegante) no queda completamente liberado, dado que su deber originario no desaparece<sup>25</sup>.

Si se comparte lo antes afirmado, podemos decir que el órgano directivo delegante continúa teniendo una competencia residual que radica en el deber de vigilancia y supervisión sobre el delegado<sup>26</sup>. Este deber se basa no sólo en el poder legal de mando del superior jerárquico, sino también en el mayor fondo de información que éste tiene<sup>27</sup>. En palabras de Eduardo Demetrio, la delegación produce un efecto de mutación, en tanto que convierte la obligación original del delegante en un deber de control sobre su subordinado<sup>28</sup>.

Como vemos, lo importante es que la delegación no implique el abandono de la situación de vulnerabilidad del bien jurídico, de forma que el que delega mermando las condiciones de seguridad existentes puede responder de los daños que se derivan del empeoramiento de la situación previa a la delegación<sup>29</sup>. De esta manera, el superior jerárquico mantiene un dominio personal sobre el resultado lesivo al bien jurídico.

En el presente caso, vemos que Castañeda Lossio tenía el deber de garante originario, en tanto que él, al ser la autoridad administración más alta dentro de la Municipalidad de Lima, fue titular del pliego presupuestal (Art. 158° de la LOM y Art. 7° de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto). Además de ello, conviene recordar que una de las funciones de todo alcalde es autorizar los egresos de conformidad con la ley (Art. 20° numeral 5 de la LOM). Ahora bien, Castañeda Lossio realizó diversas delegaciones que se encuentran dentro de sus atribuciones (Art. 20 numeral 20 LOM). La primera delegación de funciones se hizo al Gerente Municipal, quién es un funcionario de confianza del alcalde quién se encarga de la administración de la Municipalidad (Art.27 LOM).

Además de ello, el ex alcalde delegó a la gerencia de finanzas las funciones específicas “de saneamiento de deudas bancarias y de proveedores, saneamiento o reducción de pasivos, deudas o cualquier obligación o contingencia de la entidad edil” mediante las Resoluciones de Alcaldía 2546 y 2872 de 17 de octubre y 29 de diciembre de 2005. A pesar de ello, y conforme a lo antes expuesto, Castañeda mantuvo consigo el deber de vigilancia consistente en evitar comportamientos riesgosos de sus subordinados. Este deber esta reconocido en el artículo 68° de la Ley 27444 y el artículo 20 numeral 1 de la LOM). De esta manera, la

delegación de funciones hecha por Castañeda Lossio no es un impedimento para que se le pueda imputar objetivamente el delito de colusión por comisión por omisión.

Finalmente, conviene recordar uno de los argumentos de la Sexta Sala Penal Reos Libres: la responsabilidad por posición de garante es incompatible a la función del Derecho penal, en tanto que implica una responsabilidad solidaria contraria al carácter personalísimo de la imputación penal. En nuestra opinión, esta afirmación revela una falacia dentro de la estructura argumentativa de la resolución, en la medida que asume que imputar objetivamente delito por dominio personal es contrario a la función del Derecho penal, lo cual es totalmente falso. Sin embargo, lo que sí es cierto es que la parte subjetiva del hecho implica un límite estructural a la responsabilidad del delegante<sup>30</sup>. De esta manera, para responsabilizar a Castañeda Lossio del delito de colusión, hubiese sido necesario no sólo probar la parte objetiva del delito, sino también probar la parte subjetiva (dolo).

En conclusión, creemos que la excepción deducida por Castañeda Lossio debió declararse infundada, toda vez que la conducta que se le imputa es típica y antijurídica. Así, la responsabilidad o irresponsabilidad del ex Alcalde debió determinarse a partir un juicio que permita probar la supuesta responsabilidad del ex Alcalde.

<sup>25</sup> Cf. MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Ob. Cit. p. 509. Así también: PEÑARANDA RAMOS, Enrique. “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa”. En: *Liberamicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*. Madrid: Colex, 2006, p. 421.

<sup>26</sup> Cf. SCHUNEMANN, Bernd. Citado por: MARTÍNEZ-BUJAN, Carlos. Ob. Cit. p. 509.

<sup>27</sup> Cf. SCHUNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”. Ob. Cit. p.539.

<sup>28</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Ob. Cit. p. 73.

<sup>29</sup> Cf. FELJOO SANCHEZ, Bernardo. Ob. Cit. p. 190.

<sup>30</sup> Cf. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Ob. Cit. p. 80.