

**FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES  
DEPARTAMENTO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES**



---

**“CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA  
DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS  
PÚBLICOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN”**

---

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**PRESENTADO POR:**

**-Bach. JOSÉ MIGUEL CONTRERAS AURORA**

**- Bach. EVER GEINER MARIÑOS PEREDA**

**ASESORA:**

**DRA. ELIZABETH YOLANDA FLORES DE LA CRUZ**

**NUEVO CHIMBOTE- PERÚ**

**2021**

## HOJA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR

La presente tesis titulada “Criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el delito de colusión”, ha sido elaborada según el Reglamento para obtener el título profesional de Abogado, en la modalidad de Tesis, por tal motivo firmo el presente trabajo.



---

ASESORA

DRA. FLORES DE LA CRUZ ELIZABETH YOLANDA

## HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO

Terminada la sustentación de la tesis "Criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el delito de colusión", se considera aprobada a los bachilleres: José Miguel Contreras Aurora y Ever Geiner Mariños Pereda



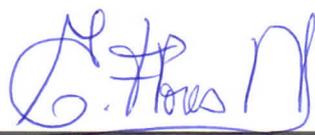
---

Ms. Milagritos Elizabeth Gutiérrez Cruz  
PRESIDENTA DEL JURADO



---

Ms. Rosa Luz Castro Cárdenas  
SECRETARIA



---

Dra. Elizabeth Yolanda Flores De La Cruz  
INTEGRANTE



## ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Aula Virtual mediante plataforma de Video conferencia Zoom

<https://unsedupe.zoom.us/j/83578545851?pwd=WFA5NnVmWk1keUtNcEJCejNwd1J5QT09>, siendo las ocho horas con 45 minutos del día treinta de octubre del año dos mil veintiuno, se reunió el Jurado Evaluador presidido por la Ms. Milagritos Elizabeth Gutiérrez Cruz, teniendo como integrantes a la Ms. Rosa Luz Castro Cárdenas y Dra. Elizabeth Yolanda Flores De la Cruz para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADO, del bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **JOSE MIGUEL CONTRERAS AURORA**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado: **“CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN”**.

Terminada la sustentación, el bachiller respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADO; según el Art. 39° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las diez horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 30 de octubre de 2021



Presidente del Jurado

Ms. Milagritos E. Gutiérrez Cruz



Secretario

Ms. Rosa Luz Castro de Cárdenas



Integrante

Dra. Elizabeth Flores De la Cruz





## ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Aula Virtual mediante plataforma de Video conferencia Zoom

<https://unsedupe.zoom.us/j/83578545851?pwd=WFA5NnVmWk1keUtNcEJCejNwdlJ5QT09>, siendo las ocho horas con 45 minutos del día treinta de octubre del año dos mil veintiuno, se reunió el Jurado Evaluador presidido por la Ms. Milagritos Elizabeth Gutiérrez Cruz, teniendo como integrantes a la Ms. Rosa Luz Castro Cárdenas y Dra. Elizabeth Yolanda Flores De la Cruz para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADO, del bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **EVER GEINER MARIÑOS PEREDA**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado: **“CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN”**.

Terminada la sustentación, el bachiller respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADO; según el Art. 39° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las diez horas del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 30 de octubre de 2021

Presidente del Jurado

Ms. Milagritos E. Gutiérrez Cruz

Secretario

Ms. Rosa Luz Castro de Cárdenas



Integrante

Dra. Elizabeth Flores De la



Cruz

## **DEDICATORIA**

A mi esposa Patricia Lagos y a mis hijos Gianluca y Giordano Mariños porque son el motor que impulsa mi lucha por conseguir mi autorrealización profesional y laboral.  
(Geiner Mariños)

A mis padres y hermanos, porque me motivan y apoyan en cada proyecto que me trazo. A ellos les agradecemos desde el fondo de mi alma. (José Miguel Contreras).

De manera especial, agradecemos a nuestras madres Casilda Pereda y Santos Aurora por su incondicional apoyo que en vida nos daban, en cada proyecto que emprendíamos; por sus sabios consejos y el amor infinito que nos prodigaban. Las adoramos.

(Geiner Mariños y José Contreras)

**Los autores.**

## AGRADECIMIENTO

**Paulo Coelho decía:** “Un maestro no es aquel que enseña algo, sino es aquel que inspira al alumno a dar lo mejor de sí para descubrir un conocimiento que ya tiene en su alma”. Con esta frase queremos agradecer a nuestra asesora de tesis la Dra. Elizabeth Yolanda Flores de la Cruz, por su constante cooperación, orientación y consejos que nos sirvieron sobremanera para dar luz a nuestro proyecto de tesis.

Un agradecimiento especial para nuestra alma mater Universidad Nacional del Santa y para todas aquellas personas amigos, compañeros y docentes que de manera directa e indirecta nos brindaron su apoyo incondicional, sus opiniones y críticas, las mismas que nos sirvieron como referente para conseguir exitosamente la culminación de nuestra tesis. A todos Uds. Nuestra mayor gratitud.

**Los autores.**

## PRESENTACIÓN

**Señores miembros del jurado:**

En cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en el Reglamento General para obtener el Grado Académico de Bachiller y el Título Profesional en la Universidad Nacional del Santa y las disposiciones normativas contenidas en el Currículo de la Escuela Académica de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Facultad de Educación y Humanidades, presentamos a vuestra disposición la tesis titulada: **“Criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el delito de colusión”**, con el fin de optar el título profesional de Abogado.

Nuestra investigación surge a raíz que muchos procesados por el delito de colusión, están invocando el principio de confianza para ser exonerados de responsabilidad penal, lo que pone en riesgo que algunas autoridades sean indebidamente absueltas pues en el ámbito de la administración pública y con mayor precisión en las contrataciones del Estado, las relaciones de cooperación de los funcionarios públicos no siempre debe estar fundamentadas en la confianza, máxime si actualmente la colusión es un delito cada vez más especializado y clandestino que se comete omisivamente trasgrediendo no solo deberes normativos sino también extra normativos, por ello la misma Corte Suprema ha emitido alguna jurisprudencia donde trata de establecer ciertos límites a la aplicación del principio de confianza, sin embargo como es un tema dogmático de reciente incorporación, los criterios desarrollados por nuestro máximo tribunal son insuficientes para la lucha eficaz contra la colusión endémica que afecta a nuestra nación.

Nuestro estudio está fundamentado en el análisis de la dogmática penal relacionada a la moderna teoría de la imputación objetiva y como respaldo práctico tenemos, a la casuística nacional e internacional; todo ello junto a las encuestas aplicadas a los especialistas en delitos de

corrupción de funcionarios ( Fiscales, Jueces y docentes universitarios) nos ha permitido fundamentar nuestros resultados y proponer nuevos criterios del principio de confianza que se debe utilizar al momento de delimitar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.

**Los autores.**

## ÍNDICE GENERAL

### Contenido

DEDICATORIA .....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
PRESENTACIÓN .....	v
ÍNDICE GENERAL.....	vii
INDICE DE GRÁFICOS .....	xiv
INDICE DE ANEXOS.....	xv
RESUMEN.....	xvi
ABSTRACT.....	xviii
I. INTRODUCCIÓN.....	20
1.1. PLAN DE INVESTIGACIÓN .....	20
1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA .....	20
1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....	26
1.1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA .....	27
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	34
1.3. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	34
1.3.1. OBJETIVO GENERAL.....	34
1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS .....	34
1.4. FORMULACIÓN DE HIPOTESIS.....	35

1.5. VARIABLES.....	36
1.5.1. Variable independiente .....	36
1.5.2. Variable dependiente .....	36
1.6. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACIÓN .....	36
1.6.1. Teórica- científica.....	36
1.6.2. Practica.....	36
1.6.3. Justificación Social .....	37
1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO .....	38
1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN Y EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	39
1.9. BEREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFIA EMPLEADA.....	40
II. MARCO TEORICO, CAUSUISTICA Y LEGISLACIÓN .....	40
CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE CONFIANZA .....	42
1.1. UBICACIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA TEORÍA DEL DELITO.....	42
<b>1.1.1. Las doctrinas naturalistas de la teoría del delito: el casualismo y el finalismo</b> 42	
<b>1.1.2. Teoría de la imputación objetiva como superación de las posturas naturalísticas .....</b>	<b>49</b>
<b>1.1.3. Bases doctrinarias de la teoría de la imputación objetiva .....</b>	<b>50</b>
<b>1.1.4. Principios de la imputación objetiva del comportamiento .....</b>	<b>55</b>

1.2. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL DERECHO PENAL .....	59
1.1.1. Definición penal del principio de confianza .....	59
1.1.2. El nacimiento del principio de confianza como institución jurídica .....	60
1.1.3. Aproximación al contenido dogmático del principio de confianza.....	63
1.1.4. Ubicación sistemática del principio de confianza en la teoría de la imputación objetiva .....	64
1.1.5. Fundamentos del principio de confianza .....	69
1.1.6. Principales posturas doctrinarias sobre el principio de confianza .....	74
1.1.7. La aplicación del principio de confianza en la división del trabajo.....	80
1.1.8. Aplicación del principio de confianza en actividades de cooperación con división de trabajo. ....	88
1.1.9. Límites en la aplicación del principio de confianza .....	94
1.1.10. Presupuestos de aplicación del principio de confianza .....	103
1.3. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN ORGANIZACIONES COMPLEJAS. ....	108
1.3.1. Recurso de Nulidad N° 449 – 2009 Lima sobre el Caso Magaly Medina vs Paolo Guerrero .....	108
1.3.2. Recurso de Nulidad N.º. 2695-2017-Lima sobre defraudación tributaria	110
1.3.3. Recurso de Nulidad N° Recurso de Nulidad N.º 1416 - 2018, Lima sobre defraudación tributaria.....	112

<b>1.3.4. Casación N° 263-2017 - Ancash sobre manipulación imprudente de explosivos en la municipalidad de Acochaca.....</b>	<b>113</b>
<b>CAPITULO II: ESTADO DE LA CUESTION DEL DELITO DE COLUSIÓN .....</b>	<b>116</b>
<b>2.1. COLUSIÓN.....</b>	<b>116</b>
<b>2.1.1. La colusión como delito de infracción de deber .....</b>	<b>117</b>
<b>2.1.2. La concertación clandestina entre el funcionario y el extraneus como núcleo central del delito de colusión.....</b>	<b>124</b>
<b>2.1.3. La colusión en el marco de la contratación pública .....</b>	<b>132</b>
<b>2.1.4. La Colusión como defraudación a los intereses del Estado.....</b>	<b>142</b>
<b>2.1.5. La comisión del delito de colusión por falta de supervisión o control del superior jerárquico.....</b>	<b>145</b>
<b>2.1.6. La comisión del delito de colusión por omisión impropia .....</b>	<b>146</b>
<b>CAPITULO III: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL DELITO DE COLUSION .....</b>	<b>150</b>
<b>3.1. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA. 150</b>	
<b>3.1.1. Diferencia entre funcionario público y servidor público.....</b>	<b>150</b>
<b>3.1.2. Distribución de roles en la administración publica.....</b>	<b>153</b>
<b>3.1.3. Posición de garante del funcionario público .....</b>	<b>154</b>
<b>3.1.4. Responsabilidad penal del funcionario publico.....</b>	<b>155</b>

<b>3.2. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA PARA DELIMITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR EL DELITO DE COLUSIÓN.....</b>	156
<b>3.3. JURISPRUDENCIA SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN DELITOS DE COLUSIÓN .....</b>	158
<b>3.3.1. Nacional.....</b>	158
<b>III. MATERIALES Y MÉTODOS .....</b>	169
<b>3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN .....</b>	169
3.1.1. SEGÚN APLICABILIDAD O PROPOSITO.....	169
3.1.2. SEGÚN NATURALEZA O PROFUNDIDAD:.....	169
3.1.3. SEGÚN SU OBJETO .....	170
<b>3.2. METODOS DE INVESTIGACIÓN .....</b>	170
3.2.1. METODOS GENERALES .....	170
3.2.2. MÉTODOS PROPIOS DE LA INVESTIGACIÓN JURIDICA.....	172
<b>3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN .....</b>	174
<b>3.4. POBLACIÓN MUESTRAL .....</b>	174
3.4.1. Población.....	174
3.4.2. Muestra .....	175
<b>3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....</b>	177
3.5.1. TÉCNICAS .....	177

3.5.2. INSTRUMENTOS.....	179
<b>3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS .....</b>	<b>181</b>
3.6.1. CUALITATIVAS .....	181
3.6.2. CUANTITATIVAS .....	183
<b>3.7. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCION DE DATOS.....</b>	<b>184</b>
3.7.1. Técnica del fotocopiado.....	184
3.7.2. Formulario de encuesta.....	184
3.7.3. Técnica de Fichaje .....	185
3.7.4. Revisión Bibliográfica .....	185
3.7.5. Programación de encuestas.....	185
<b>IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....</b>	<b>186</b>
RESULTADO N° 01 .....	186
DISCUSION DE RESULTADOS N° 01 .....	186
RESULTADO N° 02.....	192
<b>DISCUSION DE RESULTADOS N° 02.....</b>	<b>192</b>
<b>RESULTADO N° 03.....</b>	<b>196</b>
<b>Los criterios del principio de confianza aplicados por la Corte Suprema en los delitos de colusión son contradictorios e insuficientes porque no valoran el comportamiento omisivo y la trasgresión de deberes extra normativos. ....</b>	<b>196</b>
<b>DISCUSION DE RESULTADOS N° 03.....</b>	<b>196</b>

RESULTADO N° 04.....	205
<b>DISCUSION DE RESULTADOS N° 04.....</b>	<b>205</b>
RESULTADO N° 05.....	208
<b>DISCUSION DE RESULTADOS N° 05.....</b>	<b>208</b>
RESULTADO N° 06.....	213
<b>DISCUSION DE RESULTADOS N° 06.....</b>	<b>213</b>
RESULTADO N° 07.....	216
<b>DISCUSIÓN DE RESULTADOS N° 07.....</b>	<b>216</b>
RESULTADO N° 08.....	235
<b>V. CONCLUSIONES .....</b>	<b>238</b>
<b>VI. RECOMENDACIONES .....</b>	<b>242</b>
<b>VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y VIRTUALES .....</b>	<b>245</b>
7.1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	245
7.2. TESIS.....	247
7.3. LINKOGRAFÍA.....	248
<b>VIII. RESULTADOS DE LA ENCUESTA SOBRE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA</b>	
251	
<b>IX. ANEXO .....</b>	<b>256</b>

## INDICE DE GRÁFICOS

**GRÁFICO 01:** PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO INSTRUMENTO JURÍDICO PARA DELIMITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL

**GRÁFICO 02:** CONOCIMIENTOS TÉCNICOS ESPECIALES COMO PARTE DEL ROL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

**GRÁFICO 03:** CULPABILIDAD POR NO DETERNER ACTOS COLUSORIOS PESE A CONOCER INDICIOS DE LA COMISION DEL DELITO

**GRÁFICO 04:** ABUSO DE POSICIÓN DE PODER PARA COMETER DELITO DE COLUSION PESE A NO TRASGREDIR MOF Y ROF

**GRÁFICO 05:** CULPABILIDAD POR SELECCIONAR PERSONAL SIN CUALIFICACIÓN PROFESIONAL Y MORAL

**GRÁFICO 06:** AMPLIACIÓN DE CRITERIOS SOBRE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA PARA DELIMITAR LA RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN.

## **INDICE DE ANEXOS**

**ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA**

**ANEXO 2: MATRIZ DE RESULTADOS**

**ANEXO 3: ENCUESTA EN LINEA APLICADA A LOS ESPECIALISTA EN DELITOS  
DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS**

## RESUMEN

Es frecuente que los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión recurran al principio de confianza como mecanismo de defensa, vía excepción de improcedencia de acción, para tratar de liberarse de responsabilidad penal bajo el argumento que el delito lo cometieron otros funcionarios en los cuales se confió que desplegarían su conducta conforme a derecho, sin embargo en las tareas de cooperación no siempre corresponde la confianza, sobre todo cuando hay división del trabajo vertical o existe una posición de garante de uno de los intervinientes; en estos casos más bien corresponde desconfiar pues no asumir una posición de vigilancia y control sobre la conducta incorrecta de los demás debe acarrear una consecuencia sinalagmática por esta negligencia.

Para delinear cuándo procede la aplicación del principio de confianza y cuándo más bien debe exigírsele al funcionario desconfiar del actuar correcto de los terceros con los que comparte la tarea de la administración y en especial la contratación pública, hemos procedido a recoger los criterios y límites que la dogmática de la imputación objetiva desarrollado por Roxin, Jakobs y su seguidores, han instituido a este principio de imputación de la conducta; asimismo hemos podido determinar que la Corte Suprema ha emitido cierta jurisprudencia donde plantea ciertos límites en la aplicación del principio de confianza de modo que su aplicación en los procesos penales de corrupción de funcionarios no se realice de manera indiscriminada dado que puede poner en peligro la correcta administración de la justicia.

En consecuencia de lo dicho, nuestra investigación nos ha permitido obtener los siguientes resultados: i) ampliar los criterios del principio de confianza es una necesidad ante el crecimiento grave de los delitos de colusión máxime si ahora estos delitos son cada vez más especializados, clandestinos y se cometen por organizaciones criminales; ii) el principio de confianza es un criterio de imputación objetiva importante que ayuda a delimitar la responsabilidad penal en función al riesgo creado; iii) el delito de colusión es un delito de infracción de deberes especiales, sin

embargo no es suficiente con ello, se necesita para su consumación la lesión de bienes jurídicos estatales; iv) los criterios del principio de confianza aplicados por la Corte Suprema en los delitos de colusión son contradictorios e insuficientes porque no valoran el comportamiento omisivo y la trasgresión de deberes extra normativos; v) la jurisprudencia comparada utiliza algunos criterios del principio de confianza que pueden ser aplicados en el derecho peruano; vi) ciertos criterios doctrinarios del principio de confianza aún no están siendo utilizados por los operadores judiciales en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión; y por último, con una encuesta aplicada a los especialistas se ha podido recoger que, comparten nuestro parecer que los criterios del principio de confianza aplicados por la Corte Suprema son insuficiente pese a ser un instrumento dogmático importante en la delimitación de la responsabilidad penal en los delitos de colusión.

Para el logro de nuestros objetivos hemos desplegado una metodología básica dogmática - descriptiva; con empleo de métodos propios de la investigación como el inductivo, el deductivo analítico, sintético; y como métodos de investigación jurídica, el método hermenéutico jurídico, método exegético y jurídico descriptivo.

Finalmente, como resultado de nuestra investigación desarrollamos una propuesta de cuatro nuevos criterios del principio de confianza que puedan ayudar a los operadores jurídicos para delimitar mejor la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.

**Palabras claves:** Delito de colusión, principio de confianza, criterio de aplicación del principio de confianza, imputación objetiva.

**Los autores.**

## **ABSTRACT**

It is common for public officials prosecuted for the crime of collusion to resort to the principle of trust as a defense mechanism, via an exception of inadmissibility of action, to try to free themselves from criminal responsibility under the argument that the crime was committed by other officials in whom He trusted that they would display their conduct in accordance with the law, however in cooperation tasks trust does not always correspond, especially when there is a vertical division of labor or there is a position of guarantor of one of the intervening parties; In these cases, it is rather to distrust, since not assuming a position of vigilance and control over the incorrect behavior of others should lead to a synalagmatic consequence for this negligence.

To delineate when the application of the principle of trust is appropriate and when, rather, the official should be required to distrust the correct action of third parties with whom he shares the task of the administration and especially public procurement, we have proceeded to collect the criteria and limits that the dogmatics of objective imputation developed by Roxin, Jakobs and their followers, have instituted this principle of imputation of conduct; We have also been able to determine that the Supreme Court has issued certain jurisprudence where it sets certain limits in the application of the principle of trust so that its application in criminal proceedings of corruption of officials is not carried out indiscriminately since it may endanger the correct administration of justice.

As a result of the above, our research has allowed us to obtain the following results: i) the principle of trust is an important objective imputation criterion that helps to define criminal responsibility based on the risk created; ii) the crime of collusion is a crime of violation of special duties, however it is not enough with this, the injury of state legal assets is needed for its consummation; iii) the criteria of the principle of trust applied by the Supreme Court in the crimes of collusion are

contradictory and insufficient; iv) comparative jurisprudence uses some criteria of the principle of trust that can be applied in Peruvian law; v) certain doctrinal criteria of the principle of trust are not yet being used by judicial operators in the delimitation of the criminal responsibility of public officials prosecuted for the crime of collusion; And finally, with a survey applied to the specialists, it has been possible to collect that, they share our opinion that the criteria of the principle of trust applied by the Supreme Court are insufficient despite being an important dogmatic instrument in the delimitation of criminal responsibility in the collusion offenses.

To achieve our objectives we have deployed a basic dogmatic - descriptive methodology; with the use of research methods such as inductive, analytical and synthetic deductive; and as legal research methods, the legal hermeneutical method, exegetical and descriptive legal method.

Finally, as a result of our research, we developed a proposal for four new criteria of the principle of trust that can help legal operators to define the criminal responsibility of public officials prosecuted for the crime of collusion.

Keywords: Crime of collusion, principle of trust, criterion for applying the principle of trust, objective imputation.

**The authors**

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. PLAN DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA**

El país sufre actualmente una grave crisis de corrupción de funcionario públicos puesto que en los últimos años el flagelo de la corrupción ha afectado a casi todas las esferas y niveles de la estructura del Estado, basta conectarnos a las redes sociales para enterarnos que alcaldes, gobernadores regionales, ministros, magistrados e incluso muchos ex presidentes de la república están investigados o sentenciados por presuntos delitos de corrupción.

Este problema de la corrupción no es reciente, sus orígenes datan de la época colonial en la que se vendían títulos nobiliarios para favorecer el patronazgo político y la explotación española; no fue diferente al llegar la vida republicana pues heredamos las malas prácticas propias del sistema colonial, caracterizadas por el patrimonialismo (Pinto, 2014).

En el siglo XX mientras nuestros países vecinos consolidaban sus proyectos nacionales nosotros muy ajenos a las exigencias del panorama mundial seguíamos enfrascados en la corrupción y el clientelismo político, que nos llevó a constantes déficits económicos, ejemplo de ello es el gobierno populista de Alan García, quien dejaría al país sumido en una grave crisis económica. (Pinto; 2014); y por supuesto no podemos dejar de mencionar al binomio nefasto Fujimori-Montesinos, quienes con pretexto de moralizar al país dieron el autogolpe del 92 con el cual coparon todas las esferas del poder para apoderarse de los fondos públicos en provecho propio y partidario.

Vemos pues que la corrupción en el país es un mal endémico que afecta no solo los recursos y la administración pública sino el bienestar colectivo de Perú, que ahora en el siglo XXI en vez de reducirse sigue aumentado con cifras cada vez más dramáticas que nos ponen dentro de los 38 países más corruptos del mundo. (Transparencia Internacional, 2020)

Queda claro entonces que tenemos una tarea gigantesca en la lucha contra la corrupción pues muy aparte de ser un fenómeno complejo y multifacético es cada vez más especializado y clandestino, lo que ha generado que nuestros legisladores en su intento por frenarla tipifiquen con penas muy gravosas las conductas atentatorias de las administración pública; incluso se ha creado fiscalías especializadas en la persecución de delitos de corrupción; y no podemos dejar de mencionar las constantes modificaciones que se realizan a la Ley de Contrataciones del Estado en pro de hacerla más rígida a las prácticas corruptas; pese a todo ello, las estadísticas no son alentadoras pues según el Boletín del Ministerio Público del 2019, los delitos contra la administración pública aumentaron de 11 402 a 13 938 entre marzo del 2018 y marzo del 2019, siendo uno de los más recurrentes el delito de colusión dado que según la Defensoría del Pueblo, en el año 2018 a nivel nacional se registraron 5838 casos de colusión, siendo Lima y Ancash las dos regiones más afectadas con 750 y 661 casos respectivamente; en este mismo sentido el Sistema Nacional Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios, recoge que entre el 2016 y el 2018 la colusión (14.9%), detrás del peculado (36.3%) y el cohecho (17.5%), es el delito de corrupción más grave que afecta al país.

Según esto, es evidente que no basta para la lucha contra la corrupción, la aplicación de las reglas jurídicas ordinarias como la Ley de Contrataciones del Estado, el

Código Penal o Procesal Penal, es necesario acudir a otros instrumentos jurídicos como la dogmática penal, para poder entablar la batalla en un terreno menos normativo que es precisamente donde la corrupción sigue campante infestando al aparato estatal; sin embargo para ello nuestros operadores de justicia deben tener los lineamientos claros pues si la aplicación de la dogmática penal es ambigua en vez de contribuir a la lucha contra la corrupción la están favoreciendo, como en el caso Ocorima- casación 23-2016-Ica, en donde la Suprema Corte de Justicia invocando turbiamente la dogmática penal de la imputación objetiva, absuelve al ex Presidente Regional de Ayacucho Richard Ocorima, pese a la existencia de elementos de convicción que evidenciaban su participación en actos de colusión y negociación incompatible, pues de las investigaciones realizadas por la fiscalía se sabe que el OSCE había ordenado la no realización del proceso de contratación acelerado para mejorar la red vial de Ayacucho, pues la menciona obra no estaba en situación de emergencia, también se sabe que el propio Ministerio de Economía y Finanzas puso en conocimiento de Richard Ocorima que dicho proceso tenía 23 observaciones y le instó a detenerlo, no obstante Ocorima haciendo caso omiso de las recomendaciones ejecutó el contrato y pagó al contratista contravenido las normas de contratación pública.

Pese a todo lo dicho, la Suprema Corte de Justicia en el fundamento 4.53 de la casación 23-2016-Ica invoca el principio de confianza y con criterios dogmáticos por demás genéricos declara que bajo este principio, el ex Presidente Regional de Ayacucho Richard Ocorima no tiene responsabilidad penal en el proceso de contratación pues según el ROF y el MOF institucional, solo “contaba con el deber específico de supervisar los informes técnicos y jurídicos que sustentaban la situación de emergencia”; esto es, según la Corte Suprema, no importan para nada los indicios de conductas irregulares observadas

por organismo oficiales como el OSCE y el MEF, ni tampoco importa los indicios extra normativos como la posición de poder que esta máxima autoridad regional ejercía sobre los técnicos que emitieron un informe a conveniencia aduciendo un supuesto estado de emergencia, pues a decir de la Corte Suprema, la máxima autoridad de una institución pública “solo ha de responder por las consecuencias que deriven de los propios actos delineados en el MOF y el ROF” (Fundamento 4.53).

Llegado a este punto cabe preguntarnos si el principio de confianza solo consiste en valorar los roles funcionales consignados en las normas jurídicas penales y extrapenales como la Ley de Contrataciones del Estado, el ROF y el MOF institucional o acaso también sirve para ponderar objetivamente el incumplimiento de roles establecidos por las reglas técnicas y sociales (*regulae artis*), ya que las máximas de la experiencia demuestran que es más frecuente que las autoridades, sin trasgredir su rol normado jurídicamente, aprovechen de su posición de poder para inducir a sus subalternos a generar condiciones administrativas propicias para actos de corrupción; respecto a esto la Corte Suprema no se ha pronunciado en ninguna de sus resoluciones, tampoco ha dicho si debe aplicarse el principio de confianza cuando la máxima autoridad de una institución pública pese a tener conocimientos técnicos para advertir los actos ilícitos se muestra negligente y no despliega sus conocimientos especiales para detener el curso causal lesivo; o por otro lado si contrata personal a sabiendas de su insuficiente capacitación profesional para instrumentalizarlos en provecho personal; o más grave aún, si la autoridad no hace nada por detener o denunciar actos colusorios pese a la existencia de indicios objetivos y racionales de su comisión.

Acaso en estos presupuestos no debe la autoridad máxima de una institución pública asumir una responsabilidad penal, o más bien con la excusa de estar cumpliendo su rol

establecido en las normas administrativas debe hacerse de la vista gorda y dejar que se trasgreda los bienes jurídicos del Estado, siendo él, el principal garante de la correcta administración de los recursos públicos.

Esta falta de delimitación del principio de confianza ha generado que muchos funcionarios públicos procesados por delitos de colusión estén invocando la aplicación de dicho principio como el caso Cesar Alvarez cuya defensa técnica argumenta que su defendido no ha incurrido en actos de corrupción pues su conducta se ajustó a sus deberes funcionales establecidos por el ROF y MOF; y lógicamente si nos regimos solo a los criterios genéricos e insuficientes planteados por la Corte Suprema se abrirán puertas falsas que los titulares de pliego como alcaldes, gobernadores regionales, directores de proyectos, presidentes de la república, etc. aprovecharán para ser indebidamente absueltos.

Entonces se hace necesario ampliar los criterios del principio de confianza a aquellos ámbitos más comunes y clandestinos donde se realizan los actos omisivos o comisivos contra la administración pública que por consecuencia lógica son extra normativos, pues es poco común que las máximas autoridades de una institución trasgredan abiertamente los reglamentos, el ROF, el MOF o el marco normativo penal; les es más estratégico y conveniente influenciar con su poder de manera clandestina u omisivamente para instrumentalizar el rol de sus subalternos con el fin de sacar provecho de prácticas ilícitas en la administración pública.

Precisamente nuestra investigación tiene como propósito determinar los fundamentos que hacen necesario plantear nuevos criterios de aplicación del principio de confianza con el fin de mejorar la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por delitos de colusión ya sea para absolverlos o

condenarlos, más aun cuando el desarrollo doctrinario en esta materia es escaso y por ende la jurisprudencia al no contar con una fuente que la enriquezca, también es muy limitada; ejemplo de ello tenemos el Expediente N° 3641-2011, por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la que se empleó ambiguamente este principio para excluir de imputación al encausado Alberto Pandolfi Arbulú bajo el criterio que la conducta del encausado no resulta reprochable penalmente en base al principio de confianza; o el caso COFOPRI Expediente N°40-2010/ Sala N° 30-2010 donde se descarta la aplicación del principio de confianza y se condena por el delito de colusión a Hidalgo Díaz bajo el criterio que el encausado tenía un deber de garante de los bienes públicos que como Jefe de la Oficina Zonal de COFOPRI no vigiló debidamente; y por supuesto no podemos dejar de mencionar a la desafortunada Casación 23-2016-Ica- caso Ocorima ya citada y comentada ampliamente líneas arriba mediante la cual se libera de responsabilidad penal por el delito de colusión y negociación incompatible al ex presidente regional de Ayacucho bajo el criterio que la autoridad que cumpla sus deberes funcionales establecidos normativamente, confía en que los demás funcionarios cumplirán también su deber y por tanto no puede ser responsable por el injusto penal de otros.

Lo cierto y seguro es que estas sentencias si bien plantean ciertos criterios de aplicación del principio de confianza, estos son insuficientes pues básicamente delimitan la responsabilidad penal en aquellos ámbitos comisivos y normativos del rol de los funcionarios, esto es, se enmarcan en establecer que siempre que el funcionario público cumpla con sus roles funcionales establecidos en las normas administrativas estarán amparados por el principio de confianza, lo que nos parece ajustado a la moderna teoría de la imputación objetiva, sin embargo aún falta por establecerse linderos y criterios claros

para la aplicación de este principio a aquellas conductas omisivas o al ámbito no normativo donde frecuentemente se moviliza la colusión.

Todo esto nos ha orillado a plantear la necesidad de ampliar los criterios del principio de confianza para delimitar mejor la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el delito de colusión, de manera que los funcionarios que cumplan con los criterios propuestos no puedan ser exonerados de responsabilidad penal, aun su conducta aparente estar dentro del marco normativo, pues es de verse que la corrupción actualmente es más especializada y campea más en el ámbito clandestino omisivo que en el propiamente normativo, esto hace necesario que los instrumentos jurídicos deban ajustarse a esta clandestinidad, con el fin reducir la tasa de colusión, sentenciando a los funcionarios públicos no solo por incumplir los instrumentos de gestión pública o la norma de contrataciones del Estado, sino también por violar el principio de confianza.

### **1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN**

El objeto de la investigación está constituido por la doctrina, plenos casatorios, jurisprudencia, la norma positiva y opiniones de expertos, que nos permitirán delimitar y proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el delito de colusión.

### 1.1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

#### 1.3.1.1. A Nivel Internacional

- a. Para Maraver (2007) en su tesis doctoral “*El principio de confianza en el derecho penal*”, presentado en la Universidad de Autónoma de Madrid – España.

Asevera en su conclusión VII que los presupuestos normativos para aplicar el principio de confianza son cuatro: i. Existencia del ámbito de responsabilidad ajeno o de tercero, ii. Que el agente tenga una relación negativa de controlar ese riesgo, iii. Que la relación negativa con el tercero no tenga deber de cuidado con el mismo, y, vi. Que el contexto concreto de comportamiento incorrecto de tercero” (pp.456- 458).

Vemos pues que a la hora de aplicar el principio de confianza en determinada parcela del comportamiento humano es necesario tener criterios o presupuestos claros, sin embargo los presupuestos aquí planteados son por demás genéricos, fundamentalmente aplicados a procesos penales de responsabilidad médica pero difícilmente reproducibles en los delitos contra la administración pública lo que nos genera la necesidad de crear nuevos criterios o adecuar los ya existentes al delito de colusión.

- b. Por otro lado Sánchez (2019) en su tesis “*Análisis de la aplicación del principio de confianza en el caso ADN*” investigación presentada en la Universidad de Chile para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas dice que “la

aplicación del principio de confianza es deseable y necesaria para la correcta y eficiente división del trabajo” (p.94).

El argumento central de su tesis radica en ponderar la gran importancia que tiene el principio de confianza en el desarrollo de las organizaciones complejas, puesto que una súper vigilancia, por parte de quienes son garantes de la institución, como es el caso de los directivos, no sólo haría de la división del trabajo algo obsoleto, sino también atentaría contra la libertad de los trabajadores. (Sánchez, 2019).

Efectivamente en el mundo moderno las organizaciones son muy complejas y por ello están sectorizadas por áreas especializadas donde cada profesional es responsable de las funciones que le toca desempeñar y si incurren en infracciones administrativas o penales, no puede asumir la responsabilidad de ellas el titular o directivo de la institución; es pues gracias al principio de confianza que las instituciones públicas y privadas logran desarrollarse; no obstante es necesario delimitar el alcance de este principio dado que muchas veces el titular del pliego tiene un deber de garante sobre sus subalternos y en estos casos si debe asumir la responsabilidad de aquellos.

- c. Por su parte Vallejo (2012), en su tesis doctoral *“Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica”*, presentada en la Universidad de León – España sostiene que el principio de confianza adquiere una especial limitación en la división vertical de trabajo, pues el superior jerárquico tiene frente a sus subalternos los deberes secundarios de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, control o supervisión.

Esto quiere decir que para Vallejo no siempre el superior jerárquico se libera de responsabilidad por las infracciones que cometan sus subordinados, es necesario tener en cuenta ciertos criterios previos como selección, instrucción, coordinación, la vigilancia y supervisión de subordinado.

Vemos pues que en esta tesis si se menciona ciertos criterios del principio de confianza para delimitar la responsabilidad del superior jerárquico, no obstante se presentan dos inconvenientes para nuestra investigación; primero, la tesis versa sobre imprudencia médica un campo muy diferente a la administración pública; y segundo, no desarrolla la explicación de estos criterios lo que nos hubiera permitido tener más luces de las limitaciones del principio de confianza; sin embargo las conclusiones de esta investigación servirán como insumo para que en nuestro trabajo desarrollemos nuevos criterios específicos del principio de confianza aplicado a delitos de colusión de funcionarios.

- d.** Finalmente Peláez (2015) en su trabajo de investigación “*Configuración del principio de confianza, como criterio negativo de la tipicidad*”, llega a la conclusión que existen cuatro excepciones para aplicar el principio de confianza, el primero es cuando uno de los intervinientes tiene el deber de compensar los errores de otros, el segundo cuando no exista equivalencia obligacional; el tercero cuando uno de los intervinientes tenga posición de garante respecto a otros sobre los que tiene deberes especiales; y finalmente cuando el superior jerárquico divide el trabajo con personas sin suficiente cualificación.

Esta tesis plantea criterios más cercanos a lo perseguido por la presente investigación seguramente nos permitirá acoger como nuestro algunos de los criterios argumentados y adecuarlos al delito de colusión pues como ya se viene comentando de manera reiterada la dogmática penal ha desarrollado poco respecto a criterios específicos del principio de confianza en los delitos de colusión de funcionarios y estamos seguros que nuestra investigación modestamente aportará algunos criterios complementarios a los propuestos por la Corte Suprema y que será de utilidad para que los operadores de justicia como fiscales, jueces o defensa técnica puedan delimitar correctamente la responsabilidad penal de los procesados por delitos de colusión.

#### **1.3.1.2. A Nivel Nacional**

En el ámbito nacional es pobre la realización de tesis que aborden directamente nuestras variables de estudio no obstante podemos citar algunos estudios científicos que las abordan de manera indirecta.

- a. Pinedo (2012) en su tesis “*La imputación objetiva en el marco de un sistema penal funcional-normativista*” presentada en la Universidad Nacional de Piura para obtener su título profesional de abogado, sostiene que la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs ha tenido gran aceptación pues la jurisprudencia nacional ha demostrado la eficacia de los postulados jakobsianos en distintas resoluciones judiciales. Si bien el modo en que los mismos se aplican puede en muchos casos ser objeto de debate y cuestionamiento, sin embargo, esto supone un gran avance para la consolidación de un verdadero sistema penal peruano

Efectivamente en los distintos niveles de los órganos jurisdiccionales e incluso en el propio Ministerio Público se están aplicando en su fundamentos condenatorios o absolutorios la aplicación de los principios de la imputación objetiva entre ellos el principio de confianza, no obstante aun como bien lo dice Pinedo hay muchas divergencias en su aplicación, creemos que esto se debe a que la dogmática penal debe ser adecuada a los campos específicos de la conducta humana y para ello se necesita delimitar estos principios de la imputación objetiva, más aun cuando esta doctrina no es de origen nacional.

- b. Para García Caveró (2003) en su trabajo de investigación "*Derecho Penal Económico*" sostiene que es importante la aplicación del principio de confianza en el ámbito de las organizaciones, ya que, para que estas funcionen es útil y necesario la confianza del superior frente a la licitud de conductas humanas de terceros.

En la administración pública la aplicación de este principio es de vital importancia pues de lo contrario el funcionario de mayor jerarquía no podría cumplir a cabalidad con sus funciones dado que estaría distraído en vigilar y controlar la conducta de sus subordinados, los que se supone tienen la especialidad técnica para poder asumir el cumplimiento cabal de sus propias atribuciones funcionales.

- c. Finalmente el trabajo más cercano a nuestra variable de estudio lo debemos a Moreno Nieves (2018) en cuyo ensayo titulado "*El principio de confianza: defensa frente a imputaciones contra máximas autoridades de instituciones públicas*", concluye que la máxima autoridad de una institución pública no

responde, en términos generales, por la actuación irregular de sus subordinados, así como su deber de supervisión se manifiesta con la verificación de la existencia de informes y no la revisión de su contenido.

En este mismo sentido Nieves concluye que someter al funcionario público a una excesiva responsabilidad penal pondría en peligro el normal funcionamiento de la administración pública, es necesario aplicar el principio de confianza.

Para este reconocido abogado litigante, al igual que para nosotros, es imprescindible delimitar el ámbito de aplicación del principio de confianza en los delitos de corrupción de funcionarios; sin embargo, muy a nuestro pesar este autor tampoco desarrolla esta delimitación lo que con mayor razón justifica la necesidad de nuestra investigación.

- d. Respecto a nuestra segunda variable de estudio (colusión) tenemos la tesis de López Aragón (2018) *“Criterios dogmáticos para determinar el título de imputación del Extraneus como cómplice en el delito de colusión en el Distrito Judicial de Junin, 2013 – 2017”*, presentada en la Universidad Nacional Hermilio Valdizan para obtener su grado de maestría en la cual concluye que la teoría de la unidad del título de imputación es el criterio dogmático que mejor delimita la responsabilidad del extraneus, porque permite que se le juzgue por su conducta participativa dentro del delito de colusión y no, como lo propone la teoría de la ruptura del título, por un delito subyacente o común.

Si bien esta tesis aborda la colusión como variable de estudio sin embargo no propone ningún criterio de aplicación del principio de confianza sino más

bien está orientada al análisis de la unidad del título de imputación esto es que los extraneus no pueden cometer delitos de colusión, pero gracias a este criterio dogmático deben asumir su responsabilidad penal a título de cómplice, esta tesis nos servirá sobre manera para tener una mejor comprensión del delito de colusión.

#### **1.3.1.3. A nivel Regional**

- a. Sobre el principio de confianza, nuestra principal variable de estudio, no se han encontrado estudios a nivel regional, no obstante sobre la colusión nuestra variable dependiente, tenemos la tesis de Chávez Flores (2018) *“La imputación y prueba en el delito de colusión con respecto a la impunidad en las entidades públicas del Perú”*, presentada en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo - Huaraz en la que concluye que el tipo penal de colusión regulado en el artículo 384 del Código Penal ha sido redactado con una inadecuada técnica legislativa, lo que está causando la impunidad de los autores de este delito, es necesario entonces contribuir a identificar las principales causas que permitan sancionar de manera eficaz a los perseguidos por este delito.

Esta tesis si bien no se direcciona en el sentido de nuestro estudio tiene una gran coincidencia que es resaltar la necesidad de contribuir con soluciones dogmáticas en la lucha contra la corrupción de funcionarios y de manera particular en el delito de colusión.

#### **1.3.1.4. A nivel Local**

A nivel del distrito y la provincia no se ha encontrado ninguna investigación relacionada con nuestras variables de estudio y es ahí donde radica la importancia de realizar la presente investigación que se constituye en el primer antecedente

dogmático sobre el estudio del principio de confianza como criterio delimitador de la responsabilidad penal en los delitos de colusión.

## **1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los fundamentos que hacen necesario proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión?

## **1.3. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1. OBJETIVO GENERAL**

- Determinar los fundamentos que hacen necesario proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza para mejorar la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.

### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Analizar el fundamento del principio de confianza como criterio de imputación objetiva en la delimitación de la responsabilidad penal.
- Conocer el tratamiento que la doctrina y jurisprudencia nacional están dando a la colusión como delito de infracción de deber.
- Identificar los criterios del principio de confianza que está aplicando la Corte Suprema en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.
- Indagar si la jurisprudencia comparada se fundamenta en nuevos criterios para la aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad

penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión que puedan ser aplicados en el derecho peruano.

- Indagar si la doctrina nacional y comparada se fundamenta en nuevos criterios para la aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.
- Recoger la postura de los especialistas encuestados respecto a la necesidad de aplicar nuevos criterios del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.
- Proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.

#### **1.4. FORMULACIÓN DE HIPOTESIS**

La necesidad de proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza se fundamenta en que los criterios aplicados por la Corte Suprema son contradictorios e insuficientes por que no están abordando al injusto penal de colusión como un delito cada vez más especializado y clandestino, además no están valorando el comportamiento colusorio omisivo, la trasgresión de deberes extra normativos y la necesidad de evidenciar objetivamente la lesión de bienes jurídicos, tampoco están considerando criterios importantes que la doctrina penal normativista y el derecho comparado aportan en esta materia.

## **1.5. VARIABLES**

### **1.5.1. Variable independiente**

Criterios de aplicación del principio de confianza.

### **1.5.2. Variable dependiente**

Delimitación de la responsabilidad de los funcionarios público penal en el delito de colusión.

## **1.6. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.6.1. Teórica- científica**

Nuestro trabajo de tesis tiene gran relevancia teórica *porque* no hay ninguna tesis a nivel nacional que aborde el principio de confianza en relación a los delitos de corrupción de funcionarios. Además, la materialización de nuestra investigación contribuirá a la dogmática penal nacional *para que* se comprenda mejor los criterios, límites y fundamentos del principio de confianza.

### **1.6.2. Practica**

A nivel práctico, el presente trabajo de investigación ayudará *para que*: i); el funcionario público pueda tener claro hasta donde llega su responsabilidad de supervisión a sus subalternos, de modo que si se viera sometido a un proceso penal por el delito de colusión, podría invocar el principio de confianza con la predictibilidad suficiente que va a demostrar la atipicidad de su conducta; ii); los magistrados puedan unificar criterios a la hora de aplicar este principio en los procesos penales por delitos contra la administración pública ya sea para una eventual resolución de condena o absolución del investigado; iii) se agilice la administración pública puesto que con criterios claros del principio de confianza

los titulares del pliego de las entidades públicas podrán dedicarse a cumplir sus deberes funcionales y solo preocuparse por la conducta de sus subalternos hasta el límite que los criterios propuestos lo determinen; por último *para que* la administración de justicia sea más célere, pues el principio de confianza es un criterio de imputación objetiva de la conducta, esto quiere decir que si un funcionario público presenta elementos de convicción que demuestran que su conducta se encuadró dentro de los límites del principio de confianza no tiene por qué asumir responsabilidad penal, con ello quedaría absuelto en el mismo despacho fiscal, por ser su conducta atípica, sin la necesidad de movilizar innecesariamente el aparato judicial lo que implicaría un gran ahorro al aparato Estatal.

### **1.6.3. Justificación Social**

La pertinencia social del trabajo en mención es *porque* uno de los problemas más álgidos del país es la corrupción de funcionarios y gracias a nuestra investigación se aclararán los criterios de aplicación del principio de confianza, *para que* nuestros magistrados puedan tener otro instrumento jurídico para hacer frente a la corrupción de manera más efectiva, condenando al que tenga responsabilidad aun quiera invocar indebidamente el principio de confianza y absolviendo a los que actuaron bajo este principio, todo esto mejorará la percepción que tiene la sociedad de los órganos jurisdiccionales y sobre todo se reducirá la corrupción cada vez más endémica.

## **1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO**

La presente tesis está comprendida en tres capítulos. En el primero desarrollaremos los aspectos generales de la moderna teoría de la imputación objetiva, sus diferencias con otras corrientes de la dogmática penal, sus conceptos y fundamentos; y finalmente terminaremos con el abordaje detallado del principio de confianza como institución jurídica que ayuda a delimitar responsabilidades en actividades de cooperación con división del trabajo, sus criterios, fundamentos, límites de aplicación, y por su puesto un análisis de la jurisprudencia nacional sobre la aplicación en de este principio en organizaciones complejas.

En el segundo capítulo realizaremos una aproximación teórica al delito de colusión como un injusto de infracción de deber, señalando sus elementos típicos, sus formas, los deberes infringidos, las etapas y formas de la contratación pública donde puede comentarse; finalmente dilucidaremos si es posible la comisión del delito de colusión por omisión impropia.

Por último, el tercer capítulo, sobre el cual se fundamenta y justifica el presente trabajo de investigación (tesis), desarrollaremos la aplicación del principio de confianza en los delitos de colusión, para ello abordaremos la diferencia entre funcionario y servidor público, los roles, división de trabajo y jerarquía en la administración pública; y finalmente realizaremos un análisis de la jurisprudencia nacional sobre la aplicación del principio de confianza en delitos de colusión con el fin de recoger los criterios y límites que la Corte Suprema está ponderando para delimitar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos implicados en delitos de colusión.

A partir de lo dicho, estaremos con la solvencia teórica para responder la siguiente pregunta *¿Cuáles son los fundamentos que hacen necesario proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión?*, pregunta que será analizada y desarrollada a profundidad por los tesisistas para absolver la problemática de nuestra investigación.

#### **1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN Y EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

La presente investigación según su metodología es cualitativa, de naturaleza descriptiva, y por su aplicabilidad es básica. Se fundamenta en un diseño **DESCRIPTIVO – PROPOSITIVO**; siendo que, en su dimensión descriptiva se realizará el estudio dogmático y jurisprudencial de la moderna teoría de la imputación objetiva y de manera particular los límites y criterios del principio de confianza en su relación con el delito de colusión; y en su dimensión propositiva, se presentará una propuesta de nuevos criterios en la aplicación del principio de confianza para mejorar la delimitación de responsabilidad penal de los funcionarios públicos investigados por el delito de colusión.

En relación a la metodología general de estudio, se hizo uso del método inductivo, deductivo y analítico-sintético. Dentro de la metodología jurídica, hemos empleado el método hermenéutico jurídico, el dogmático jurídico, método exegético y jurídico descriptivo. Además, para el desarrollo de la presente tesis hemos revisado y analizado jurisprudencia, doctrina nacional y comparada sobre la moderna teoría de la imputación objetiva y de manera particular sobre el principio de confianza como institución dogmática

que ayuda a delimitar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el delito de corrupción de funcionarios.

#### **1.9. BEREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFIA EMPLEADA**

La información teórica empleada en este trabajo se ha extraído de fuentes físicas y virtuales (libros, revistas, artículos y tesis), ubicados en diversas bibliotecas virtuales como Ebesco, Library, E-Libro; y de bibliotecas físicas de las universidades locales y regionales como: la Universidad Nacional del Santa, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Antenor Orrego, Universidad César Vallejo, la Universidad Privada San Pedro, la Universidad Los Ángeles de Chimbote. Además, se ha obtenido información de especialistas sobre el tema de corrupción de funcionarios a los que se les aplicó una encuesta en línea para conocer su posición respecto al principio de confianza y su aplicación en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos investigados por el delito de colusión.

## **II. MARCO TEORICO, CAUSUISTICA Y LEGISLACIÓN**

# CAPÍTULO I

## **CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE CONFIANZA**

### **1.1. UBICACIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA TEORÍA DEL DELITO**

Antes de arribar a la comprensión del instituto dogmático del principio de confianza y su ubicación en la moderna teoría de la imputación objetiva es necesario tener claro el panorama de las diferentes corrientes que en su momento han fundamentado la teoría del delito, pues siendo el principio de confianza un instituto importante en la teoría del delito y con mayor precisión un criterio de análisis de la tipicidad de las conductas, sería poco coherente ingresar de frente a la comprensión del principio de confianza, sin antes realizar su ubicación sistemática, seccionaríamos con ello su base dogmática y por tanto su comprensión sería segmentada.

Veamos brevemente las posturas del causalismo y el finalismo como antecedentes dogmáticos del funcionalismo que es la escuela donde se inserta el contenido dogmático del principio de confianza.

#### **1.1.1. Las doctrinas naturalistas de la teoría del delito: el casualismo y el finalismo**

La dogmática penal se ha sustentado en diferentes esquemas teóricos sobre el orden que deben tener los elementos de la teoría de delito. Si bien ahora está tomando cada vez mayor relevancia el sistema funcionalista o normativista no obstante aun es de gran relevancia la influencia del sistema causalista y finalista que brevemente pasaremos describir.

##### **a. Teoría causalista**

Este sistema surge a mediados del siglo XIX y tiene su esplendor en toda la primera parte del siglo XX, entre sus principales exponentes tenemos a Fran Von Lizst quien junto a otros teóricos defendía la idea que existía delito siempre que

haya una relación causal entre la conducta humana y el resultado. Sin embargo, esta teoría es demasiado naturalista dado que para determinar la relevancia penal de una conducta recurre a un elemento fenoménico como es la causalidad meramente fáctica, basada en las leyes de las ciencias naturales.

Si bien esta teoría corresponde al tiempo que el positivismo epistemológico alcanzó su esplendor con el postulado que solo es científico aquello que se puede verificar empíricamente, sin embargo, al trasladar este análisis empírico al mundo jurídico donde se evalúan conductas humanas complejas, generó diversas problemáticas en su aplicación penal, como por ejemplo la cadena infinita de causas o también llamado *regresus ad infinitum*.

Para el casualismo es responsable de un delito todo aquel que con su conducta generan modificaciones lesivas en el mundo externo, si tomáramos por cierto esta premisa llegaríamos a la ilógica conclusión que sería responsable de un asesinato no solo aquel que disparó el arma de fuego sino también el que elaboró el arma, el que vendió el arma o las municiones e incluso podrían serlo los padres del asesino pues todos ellos realizaron conductas que contribuyeron a la comisión de asesinato.

Otro punto negativo de esta teoría es su limitada capacidad en la solución de los delitos de omisión dado que en estos delitos no hay causa pero si resultado, puesto que el que omite realizar una conducta no ha contribuido física o fácticamente en la producción del resultado lesivo, siendo esto así para el causalismo, al no existir nexos causales entre conducta y resultado la persona omisiva no merece reproche penal; esta limitante como se puede apreciar no

permite la existencia de un derecho penal serio y sobre todo genera impunidad para el autor omisivo.

Debido a estas inconsistencias, los teóricos causalistas buscaron dar solución al problema de la cadena infinita de causas y la omisión postulando algunas teorías que mencionaremos a continuación.

### **a.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones**

Esta teoría que es atribuida a Von Buri y a Von Lizst, en esencia postula que no puede haber una causa única de un resultado si no que todas las condiciones de un resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal. Por ejemplo, si un funcionario público se apropiara de una computadora de la institución donde labora, aplicando la teoría causalista de la equivalencia de las condiciones diríamos que son responsables del delito de peculado no solo el funcionario, sino también el taxista que ayudo a trasportar la computadora, el propio Estado por haber adquirido la computadora e incluso el fabricante de la computadora.

Como se puede apreciar esta teoría no resolvía el problema de la cadena infinita de causas en incluso podemos decir que generaba mayores confusiones pues si todas las causas tiene igual equivalencia cualquiera podría ser causa del resultado, esta confusión orilló a los teóricos casualistas a crear la fórmula de la *conditio sine qua non*; esta fórmula se basa en la idea que si suprimimos mentalmente una conducta y el resultado desaparece entonces esa conducta es causa del resultado. Por ejemplo si suprimimos mentalmente la conducta del taxista que trasportó la computadora a la casa

del funcionario igual el resultado se habría cometido pues seguramente otra persona o el mismo funcionario la habría transportado, en cambio si suprimimos mentalmente la conducta del funcionario de apropiarse del bien público el resultado no habría tenido lugar, por tanto esa conducta es la que merece reproche penal por ser causa del resultado lesivo.

Si bien en su momento esta fórmula fue de gran utilidad, no obstante, por su limitado alcance y sobre todo por su ineficacia para resolver algunos casos como la desviación del curso causal y la causalidad alternativa, motivó que fuera abandonada en los primeros años del siglo XX. (Alcocer, 2015).

#### **a.2. Teorías causalistas individualizadoras.**

Debido a las limitaciones que traía la *conditio sine qua non* surgieron otras formas de fundamentar las teorías de la causalidad.

##### **– Teoría de la causa adecuada**

Su principal exponente fue Von Kries; según esta teoría solo puede merecer el rango de causa de un resultado aquella conducta que aumente con seriedad la posibilidad de realización del resultado, y cuando no sea absolutamente improbable que dicha conducta traiga consigo tal resultado. (Alcocer, 2015). Es lógico que esta solución sea por demás arbitraria pues queda a discreción del juzgador determinar cuál de las conductas aumenta con “*seriedad*” la posibilidad de realización del resultado.

– **Teoría de la condición más eficaz**

Su principal representante fue Birkmayer, el que afirmaba que la causa es aquella que ha contribuido más que las otras causas a la generación del resultado. (Ojeda y Guerrero, 2002). Es evidente apreciar que esta teoría no ofrece ninguna solución nueva, pues nos deja el misterio de determinar cuál de todas las causas es la más eficaz, por lo que esta teoría no tuvo mayor aplicación en el casualismo.

– **Teoría de la última condición**

Para esta teoría es causa de un resultado la que en la cadena causal se presentó última; dicho de otro modo, adquiere la categoría de causa a aquella que en términos fenoménicos está más próxima a la realización del resultado.

Sin embargo, esta teoría no resuelve el problema de los cursos causales hipotéticos o de la autoría mediata pues excluye la conducta del autor mediato como causa del resultado; como es sabido el autor mediato o también conocido como el hombre de atrás nunca se presenta como último en la cadena causal de las conductas delictivas, por tanto si aplicáramos esta teoría siempre los autores mediatos quedarían sin responsabilidad penal.

### **a.3. Teoría de la relevancia típica**

Esta teoría afirma que la verificación de la relación de causalidad no basta para fundamentar la responsabilidad penal, sino que se requiere la relevancia jurídico-penal, esto es que la conducta realice el tipo penal descrito en la norma. Con esta teoría nos acercamos a lo prescrito por la moderna teoría de la imputación objetiva pues no basta con determinar el nexo de causalidad entre acción y resultado debe verificarse también que la acción y el resultado estén dentro de la protección de la norma penal, esto es que para que una conducta sea delictiva debe estar prescrita en la norma penal.

### **b. Teoría finalista**

Este sistema surge a mediados del siglo XX con los postulados de Welzel (2002) quien creía que: “Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento”. (p.42).

Para el finalismo no basta la determinación causal entre conducta y resultado sino que además debe verificarse la finalidad de la conducta ejecutada por el agente, debe evaluarse si la conducta la dirigió con conocimiento e intención; en este sentido el finalismo es una superación del casualismo naturalista puesto que si de la valoración de los hechos se determina que la conducta no tenía una finalidad entonces simplemente constituiría un comportamiento atípico de sujeto, aun exista un resultado lesivo de algún bien jurídico.

Si bien el finalismo resolvió muchos problemas de la dogmática causalista, sin embargo al incluir un elemento subjetivo como la voluntad creó un obstáculo que no pudo justificar: la acción imprudente, porque es evidente que cuando se ejecuta una acción imprudente no existe esa finalidad *ex ante* del sujeto activo mucho más si la acción la ejecuta con desconocimiento del resultado final, por ejemplo si un conductor maneja a una velocidad no permitida y producto de ello genera un accidente de tránsito con consecuencia de muerte de una persona, no podemos aseverar que la finalidad del conductor era dar muerte a la persona, entonces al no figurarse una finalidad era difícil imputarle responsabilidad penal.

En su intento por dar una solución a este problema Jescheck, sin salirse de su posición finalista, planteó la teoría de la concepción social de la acción, que en esencia postula que es acción penal toda conducta humana socialmente relevante; por tanto, son importantes para el derecho penal tanto las conductas dolosas como las imprudentes, pues sin importar si hubo o no finalidad basta que la acción haya trasgredido las expectativas sociales para que amerite una sanción punitiva.

Pese a los esfuerzos realizados por el finalismo aún quedaba en el terreno de la subjetividad pues si la finalidad es la que determina la responsabilidad del sujeto entonces llegamos a la misma problemática que enfrentaba el casualismo de identificar cuál es la persona que debe asumir la responsabilidad puesto que por ejemplo en el caso de un conductor que dolosa o culposamente atropelle a una persona si somos estrictos con la teoría finalista también sería responsable el fabricante del automóvil pues tenía conciencia que el fabricar un automóvil

implica un posibilidad de que genere accidentes con consecuencias lesivas, sin embargo pese a este conocimiento no detuvo su voluntad de producir el automóvil, por ello siguiente en estricto sensu al finalismo también este fabricante debe asumir la responsabilidad; es lógico que esta conclusión es absurda para el derecho penal.

Entonces, ni el causalismo ni el finalismo, pudieron dar respuestas convincentes y congruentes, pues en ambos la imputación se extiende a un círculo indefinido de personas. (Medina, 2015)

### **1.1.2. Teoría de la imputación objetiva como superación de las posturas naturalísticas**

La teoría de la imputación objetiva que es materia de estudio de este trabajo se postula como una superación de la teorías naturalista del causalismo y el finalismo por cuanto en la imputación objetiva para determinar si una conducta merece reproche penal no basta comprobar la existencia del nexo de causalidad entre el comportamiento y el resultado si no que debe comprobarse que la conducta ha creado un riesgo no permitido y si ese riesgo se ha materializado en un resultado protegido por la norma penal, esto es, no basta la situación fenoménica del nexo causal si no la comprobación de la imputación normativa a la conducta.

Para la moderna teoría de la imputación objetiva una conducta merece reproche penal si genera un riesgo penalmente prohibido y además que dicho riesgo se realice en un resultado lesivo de algún bien jurídico protegido por la norma penal. Sin embargo, para determinar esto el análisis de tipicidad debe pasar por varios niveles; el primer nivel es la comprobación de la causalidad natural de la conducta, luego debe verificarse “si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado

y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro. Estos dos criterios son la base para la determinación de la imputación objetiva”. (Villavicencio, 2016, p. 257).

Diremos pues que la imputación objetiva es una superación de la teoría causalista por cuanto para determinar la existencia o no de un delito no basta la producción de un resultado en el mundo fenoménico sino que debe valorarse si esa conducta estaba prohibida por el derecho penal pues de no estar prohibida por más que la conducta ejecutada haya producido un evento lesivo, no implicará un reproche penal para el dueño de dicha conducta.

En resumen, para determinar si la conducta desplegada por el sujeto es típica debe pasarse por dos fases; la primera es determinar el presupuesto básico de la causalidad natural entre la conducta y el resultado, esto es, comprobar si hay un nexo causal natural entre el comportamiento del agente y el resultado lesivo, pero esto no es suficiente, para achacarle el resultado al sujeto, debe pasarse a una segunda fase de análisis normativo donde se debe determinar si la conducta desarrollada crea un peligro jurídicamente prohibido ( imputación de la conducta); y si el resultado lesivo es la realización del peligro creado por esa conducta ( imputación de resultado). Solo superado favorablemente estos niveles de análisis podemos recién concluir que una conducta es típica, ya luego proseguiremos a determinar si hay antijuricidad y culpabilidad.

### **1.1.3. Bases doctrinarias de la teoría de la imputación objetiva**

Los fundamentos originales de la teoría de la imputación objetiva o también conocido como sistema funcionalista son atribuidos a Karl Larenz y Richard Honig, no obstante el mayor desarrollo teórico lo debemos a Claus Roxin con su postura

moderada, y a Günther Jakobs con el funcionalismo radical. Si bien ambos autores pertenecen a la Escuela Funcionalista del Derecho Penal; sin embargo, su punto de vista discrepa en el criterio utilizado a efectos de atribuir una conducta a una determinada persona.

Así Jakobs parte de tomar solamente la acción como criterio inicial de imputación, mientras que Claus Roxin, parte de imputar un resultando; entonces es obvio que para Roxin el criterio de Causalidad sea un dato metafísico, en cambio para Jakobs es un elemento necesario para dar inicio a la imputación, otra diferencia es que para Roxin el concepto de bien jurídico es lo que protege el Derecho Penal, mientras que para Jakob el derecho penal protege la vigencia de la norma. (Panta, 2005)

No es intención de este trabajo realizar una comparación amplia sobre las posturas dogmáticas de Roxin y Jakobs, sin embargo si corresponde presentar las opiniones de ambos doctrinarios sobre la imputación objetiva y así poder comprender de qué modo se inserta el principio de confianza como criterio delimitador de la responsabilidad penal.

#### **a. Funcionalismo moderado de Claus Roxin**

Roxin normativiza la teoría de imputación objetiva a través del criterio de la creación de un riesgo penalmente desaprobado así como del ámbito de protección de la norma, atribuyendo a la imputación objetiva de una dimensión completamente diferente que van más allá del mero dominio del curso causal que conduce al resultado.

Es Roxin entonces el que fortaleció los criterios normativos en el análisis del injusto penal dado que, para el maestro alemán, la imputación objetiva no debe apartarse de la teoría del incremento del riesgo. (Kuri, 2013). Con esta postura Roxin supera el problema de los delitos imprudentes y omisivos que los finalistas y causalista no pudieron dar respuesta, pues si una persona crea un riesgo desaprobado por la norma no importan si ese riesgo lo creó con dolo, con imprudencia o incluso omisivamente, pues de comprobarse la realización del riesgo en un resultado lesivo, el propietario de la conducta riesgosa debe asumir responsabilidad penal.

Para dar sentido a su postura de imputación normativa de la conducta, Roxin desarrolla criterios que deben observarse a la hora de imputar ciertos resultados típicos a la conducta de una persona. (Roxin, 1997)

**a.1. Disminución de riesgo**, esto es quien orienta su conducta a reducir un riesgo no puede imputársele responsabilidad de los efectos dañinos sobre el afectado.

**a.2. Creación de un riesgo penalmente relevante**, si una persona crea con su conducta un riesgo que va más allá de lo jurídicamente permitido y producto de este riesgo se generan daños a bienes jurídicos, el sujeto que activó esta conducta debe asumir responsabilidad por su conducta riesgosa; salvo que haya una desviación del curso causal entre la conducta y el resultado, esto es que exista una ruptura de causalidad y las lesiones del bien jurídico se hayan producido por otra conducta que puede ser de un tercero o producto de azar. Por ejemplo si un sujeto “A” atropella a un sujeto “B”, esta víctima de accidente al ser trasladado al hospital muere en el camino, pero no por las lesiones del atropello si no por

un incendio fortuito de la ambulancia; el sujeto “A”, no puede asumir la responsabilidad de la muerte de “B”.

**a.3. Rebasamiento del Riesgo Permitido**, todas las conductas humanas implican una cuota de riesgo pero el derecho penal y en general la sociedad las tolera porque son necesarias para el desarrollo de la sociedad, entonces cuando el legislador ha tipificado ciertas conductas como delitos lo ha hecho en base al riesgo extralimitado que estas acciones implican, de modo que cuando una persona crea un riesgo que traspasa las fronteras de lo tolerado ya estamos en el terreno de la imputación de responsabilidad penal que se terminará de configurar siempre que el riesgo no tolerado se materialice en un resultado lesivo, pero si esto no sucede sería un riesgo sin afectación y por tanto la conducta riesgosa no merecería reproche penal ya que el sentido del tipo es proteger bienes jurídicos mas no sancionar conductas riesgosas en abstracto.

**a.4. Ámbito de protección de la norma**, este criterio sirva para determinar el alcance de la responsabilidad penal consignada en el tipo, puesto que el riesgo creado debe estar normativamente relacionado con el resultado, de modo que si este riesgo genera otro resultado no cubiertos por la norma, el propietario de la conducta riesgosa no puede asumir imputación por los resultado que la norma no alcanza a cubrir.

Por ejemplo, si una madre se entera que su hijo ha sido asesinado y por la impresión tiene un paro cardiaco y muere, esta muerte no puede imputarse al asesino del hijo, pues no está en el ámbito de protección de la norma.

## **b. Funcionalismo radical de Jakobs**

Para Jakobs el fin primordial de penar una conducta es la prevención general positiva, esto es, que la sanción punitiva tiene por fin garantizar la vigencia de la norma (Franco Llor, 2011). En este sentido este autor lleva al extremo el funcionalismo y dice que no interesa mucho la sanción individual impuesta a un sujeto por haber trasgredido algún bien jurídico si no lo que se debe privilegia en la sociedad es garantizar la vigencia e integridad del derecho. Para justificar ello recurre a la dialéctica de Hegel argumentado que cuando una persona cumple con su rol establecido está afirmando la vigencia de la norma (afirmación), en cambio sí se aparta de su rol no solo trasgrede bienes jurídicos como decía Roxin, sino que está negando la vigencia de la norma (negación), entonces el derecho penal al imponer sanciones por el incumplimiento del rol lo que está realizando es regresar o recuperar la vigencia de la norma (negación de la negación).

En la postura de Jakobs el punto central de su análisis es la teoría del rol establecido social y normativamente, siendo que será delito aquella conducta que trasgrede su rol normado y crea con ello riesgos no permitidos y producto de ello se generan resultados dañosos sobre la vigencia de la norma.

Si lo relevante en la teoría de Jakobs es el rol o posición en que el ordenamiento jurídico coloca al sujeto, pasará a un segundo plano, si la defraudación que el sujeto hizo de su rol, se ha producido por acción u omisión, pues en esta teoría quedarían equiparadas, siendo que es tan imputable si el daño producido por el sujeto lo realizó mediante un comportamiento activo, o si se ha

producido porque el sujeto no ha atajado un peligro originado en su esfera de organización. (Kuri, 2013).

Al respecto Jakobs (2000) nos dice que: “La teoría de la imputación objetiva cumple un papel fundamental que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuando una conducta tiene carácter objetivamente delictivo”. (p. 23).

#### **1.1.4. Principios de la imputación objetiva del comportamiento**

Jakobs propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales se realiza el análisis de tipicidad de la conducta; para mayor comprensión las desarrollaremos a continuación.

##### **a. Riesgo permitido**

Toda actividad humana implica un riesgo y muchas veces este riesgo se traduce en consecuencias lesivas de los bienes jurídicos, sin embargo, no se puede automáticamente atribuir este daño al ejecutor de la conducta, puesto que según la teoría de la imputación objetiva no asume responsabilidad penal el sujeto cuya conducta genere un riesgo que la sociedad tolera como un estado normal de actuación.

Para Medina (2016) el riesgo permitido es una institución de la moderna teoría de la imputación objetiva que permite liberar de responsabilidad a agente que actuó dentro del riesgo que la sociedad tolera.

Efectivamente, este instituto de la dogmática de la imputación objetiva, permite diferenciar entre las conductas riesgosas que se subsumen en el tipo penal y las

que quedan fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo.

Esto implica que la sociedad misma tolera y permite la realización de ciertos riesgos pues de lo contrario no podríamos realizar ninguna actividad humana lo que implicaría el estancamiento del desarrollo social. En relación a este criterio materia de tipicidad objetiva de la conducta, Zambrano (2000) señala que un resultado generado por el autor solo debe ser imputado objetivamente cuando la conducta del autor ha creado un peligro no cubierto por el riesgo permitido, y ese peligro se haya realizado en el resultado concreto.

#### **b. Prohibición de regreso**

La prohibición de regreso es otra institución de la imputación objetiva y se basa en la idea de que no se puede responsabilizar a quien con su conducta realiza un aporte que en sí mismo es estereotipado y socialmente inocuo, aun cuando un tercero aprovechándose de esta conducta le confiera un curso causal dañoso.

En efecto, el Derecho penal no puede sancionar punitivamente acciones socialmente inofensivas o cotidianas que, por ende, carecen de sentido delictivo, aun si posteriormente otra persona encadene a tales actos fines ilícitos o los utilice para realizar conductas no permitidas (Medina, 2016)

Queda claro entonces que la prohibición de regreso es otro criterio que debe tenerse en cuenta a la hora de realizar el análisis de tipicidad objetiva puesto que si un sujeto realiza una conducta conforme a su rol establecido normativa y socialmente y es un tercero que aprovechando de esta conducta le da un giro

delictivo, el reproche penal no puede regresar a quien se comportó de manera adecuada.

**c. Imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima**

Este instituto dogmático trata de relieves la idea que el Estado no puede proteger a sus ciudadanos como si fueran niños y más bien nos otorga cierta responsabilidad en la autoprotección de nuestros bienes jurídicos, esto quiere decir que si una persona concurre con un tercero en la puesta en riesgo de su propio bien jurídico no se puede atribuir responsabilidad penal a este tercero puesto que fue la propia víctima la que se sometió al riesgo lesivo.

En este sentido Pinedo (2012) manifiesta que pueden haber casos en los que la configuración de una interrelación social implique no sólo al autor, sino también a la víctima; siendo que la responsabilidad así como se delimita para el autor también debe delimitarse para la víctima puesto que en muchas ocasiones la víctima lo es por su propia voluntad o en el peor de los casos por el azar de destino; siendo esto así el derecho penal por ningún motivo puede sancionar al autor de un riesgo cuando es la propia víctima la que a sabiendas se ha sometido al dicho riesgo.

**d. Principio de confianza**

Respecto a este principio Rochefort (2005) expresa que: “quien se comporta adecuadamente no tiene que contar con que su conducta produzca un resultado prohibido debido al comportamiento inadecuado de otro. (p. 379). En otros términos, quien se comporta conforme a su rol establecido confiando en que los demás cumplirán también su rol, no puede recibir reproche penal si estos terceros lesionaron bienes jurídicos por realizar conductas contrarias a su rol.

Este instituto dogmático llevado a las organizaciones donde se aplica la división de trabajo permite el desarrollo y crecimiento de la organización siempre que cada trabajador cumpla con sus funciones confiando en que los demás también serán responsables de cumplir sus roles, pues una permanente vigilancia de las conductas de los otros haría imposible el desarrollo de la organización, sin embargo el principio de confianza no es absoluto pues cuando hay una posición de garante respecto de los subordinados o cuando el que recibe un encargo no tiene las cualificaciones suficientes para realizarlo, el principio de confianza ya no sirve para liberarse de la supervisión del comportamiento de los terceros; claro está la supervisión debe estar delimitada normativamente para evitar interferir en el ámbito de responsabilidad de cada cual, puesto que inmiscuirse en el ámbito de responsabilidad del subordinado haría que el superior asuma también una responsabilidad administrativa o penal por el incumplimiento de alguna acción funcional, por el contrario no supervisar las actividades funcionariales de los subordinados implicaría también una responsabilidad para el directivo.

Entonces el límite entre la responsabilidad por la conducta de los demás y la confianza es muy tenue, fundamentalmente en las instituciones que se organizan en una compleja red de división del trabajo, en estos casos es necesario delimitar claramente los roles de las personas que participan junto a otras en el desarrollo de actividades comunes. Al respecto Cabrera (2011) nos dice que el principio de confianza es regulativo y tienen suma importancia al momento de delimitar ámbitos de auto-responsabilidad en las organizaciones donde exista división del trabajo.

## **1.2. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL DERECHO PENAL**

### **1.1.1. Definición penal del principio de confianza**

El principio de confianza es una institución dogmática del derecho penal que en esencia ayuda en el análisis de tipicidad de la conducta, para delimitar la imputación penal que puede hacerse a una persona cuando ha realizado actividades conjuntas con otras personas y producto de esa actuación conjunta han creado un riesgo penalmente relevante que se ha traducido en la lesión de bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

Es decir, que el principio de confianza surge como una institución dogmática destinada, a determinar la responsabilidad de una persona cuando la producción del resultado lesivo se encuentra condicionada por la intervención de terceras personas. (Contreras, 2018)

El principio de confianza parte del presupuesto que los demás individuos son personas responsables y por tanto puede confiar en que desplegarán su conducta conforme a las reglas del derecho, lo cual se posibilita gracias a que nuestra sociedad está configurada en un reparto de roles social y normativamente establecidos.

Ahora bien, este principio de confianza puede aplicarse a actividades de contacto social menos complejas como el tráfico viario pero también puede aplicarse para determinar la responsabilidad en organizaciones complejas como la administración pública en donde el reparto de tareas se realiza en base a la división vertical y horizontal del trabajo.

### 1.1.2. El nacimiento del principio de confianza como institución jurídica

El principio de confianza como institución jurídica surge en Alemania en las primeras décadas del siglo XX con motivo de limitar la responsabilidad penal de los delitos imprudentes en accidentes de tránsito, pues debido al incremento del tráfico vehicular en las principales ciudades alemanas surgieron también gran número de casos de accidentes de tránsito con consecuencias lesivas, lo que llevó a los tribunales alemanes a introducir este criterio delimitador de la responsabilidad conforme al cual el conductor de un vehículo tiene la posibilidad de confiar que la conducta de los demás participantes del tráfico viario será la correcta. Con ello, se buscaba restringir el excesivo alcance del criterio de previsibilidad, exonerando a los choferes de la responsabilidad de adaptar su conducta a los probables actos incorrectos de los demás participantes del tráfico vehicular. (Maraver, 2007).

Uno de las primeras sentencias al respecto se dio en Alemania el 16 de septiembre de 1935 a razón del caso de un conductor que al ver que algunos niños jugaban en la pista disminuyó la velocidad de su vehículo y les hizo señas para que abandonaran la pista, sin embargo, uno de ellos regresó e intempestivamente se metió a la pista, el conductor giró su vehículo para evitar atropellarlo y se estrelló contra una roca producto de lo cual murió su copiloto. Aplicando la teoría causalista, seguramente un tribunal lo hubiera condenado puesto que fenoméricamente la conducta del conductor era la causa de la muerte del copiloto.

El *Reichsgericht*, sin embargo, absuelve al conductor, explicando que, si bien se debe contar siempre con las conductas irracionales y descuidadas de los terceros, sobre todo cuando son niños, ello no puede suponer una exigencia que vaya más allá de lo que *cabe esperar conforme a la*

*experiencia normal de la vida*, y en este caso nada hacía pensar que los niños pudieran volver a intentar cruzar la calle. (Maraver, 2007, p.15)

Con esto, los actores del tráfico viario como conductores y peatones, pueden comportarse con la confianza que, si cumplen con las normas de tránsito, los demás también se comportarán de manera correcta, siempre que no haya indicios concretos para creer lo contrario.

En este sentido si un conductor en una intersección está con luz verde, su deber de cuidado se agota en cumplir con las normas de tránsito que le ordenan seguir conduciendo pues confía en que los conductores o peatones que están en la calle transversal cumplirán su deber de no cruzar, pues para ellos la luz roja le indica detenerse, sin embargo esa confianza no es ilimitada pues si se trata de un contexto que hace prever que los terceros no adecuarán su conducta, entonces se debe más bien desconfiar. Por ejemplo, si se ve que hay un peatón que está borracho, entonces si bien el conductor tiene preferencia de paso en la pista pues está con luz verde, pero al ver esta situación concreta debe más bien desconfiar y reducir la velocidad, no es posible acá ampararse en el principio de confianza.

En general gracias al principio de confianza el parque vehicular se desarrolla dentro de un orden y equilibrio lo contrario implicaría un caos en el uso vehicular pues si nadie confiara en que los demás se comportarán según las reglas de tránsito existirían diariamente mayores congestiones vehiculares, accidentes, lesiones, muertes y todo aquello conduciría al atraso del parque automotor y la sociedad misma, pues el vehículo se vería como un peligro y no como un instrumento de desarrollo.

En el Perú, el principio de confianza como instituto dogmático inicia su aplicación también en un caso de tránsito donde un conductor de vehículo de carga se le intervino conduciendo con una tarjeta de propiedad falsa; al respecto el razonamiento de la Corte Superior de Lima fue que el encausado se ha limitado a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad<sup>1</sup>, por consecuencia no se le pudo imputar objetivamente el delito de falsedad documental.

Como vemos el principio de confianza surge básicamente para delimitar la responsabilidad penal en delitos imprudentes surgidos a raíz del tráfico vehicular, sin embargo, para el doctor Villavicencio, F. (2016) el principio de confianza no solo debe aplicarse al análisis de delitos imprudentes si no también es fácilmente aplicable a delitos dolosos.

Consideramos que la postura de Villavicencio es correcta pues, por ejemplo, en una organización donde se delega una función a quien a sabiendas se sabe que no está preparado para cumplirla o cuando teniendo una posición de garante no se supervisa la actividad del delegado, podríamos decir que en este caso dolosamente se ha infringido un deber y en estos casos el principio de confianza servirá para imputar responsabilidad no para liberarla.

---

<sup>1</sup> Exp. 142-06, Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, Corte Superior de Justicia de Lima, dos de abril de dos mil siete (séptimo considerando).

### **1.1.3. Aproximación al contenido dogmático del principio de confianza.**

El mundo social contemporáneo no está estructurado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones causales, sino de modo socio-normativo, sobre la base de roles, donde el significado de cada comportamiento se rige por su contexto, de allí que lo correcto es delimitar penalmente los comportamientos como socialmente adecuados o inadecuados, de modo que un comportamiento riesgoso, pero socialmente adecuado excluye el tipo penal.

Entonces si una persona en un contexto se comporta según su rol concreto, a pesar que la experiencia nos informa que los demás pueden cometer errores, podemos confiar en general que adecuarán su conducta a rol concreto. Dicho en palabras de Panta (2005), las obligaciones precautorias de cada persona, se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán las suyas: la precaución propia presupone la precaución de los demás.

Por estas razones, es que aparece el principio de confianza, como una institución jurídica que ayuda a valorar las conductas desplegadas por los sujetos en una sociedad organizada en base a roles como criterio para su normal y eficiente funcionamiento. En resumen, podemos aseverar que si una persona en sus relaciones sociales anónimas despliega su conducta sin tener en cuenta que los demás pueden actuar en forma descuidada no infringe su deber de cuidado y por tanto su conducta no es típica a pesar que el obrar descuidado de los otros generen lesiones a la norma penal.

El principio de confianza dogmáticamente se inserta dentro del sistema Jakobsiano como un instituto conformante de la Teoría de Imputación Objetiva, que,

si bien fue en sus inicios propuesto por Roxin, no obstante, es un principio en formación. A dicho principio se apela para dilucidar las responsabilidades que surgen de las actividades realizadas en equipo de personas, conforme el principio de distribución de funciones; por ejemplo, el medico confía en que su anestesista cumplirá a cabalidad sus funciones para el cual ha sido entrenado; o más relacionado a nuestro estudio, un Gobernador regional confía en que su gerente realiza todas las funciones encomendadas acorde a las leyes y reglamentos de la institución.

Como dijimos en el párrafo anterior el principio de confianza aún está en proceso de formación y sistematización pese a su vital importancia para resolver los conflictos en una sociedad donde el reparto de funciones es una de sus principales manifestaciones.

#### **1.1.4. Ubicación sistemática del principio de confianza en la teoría de la imputación objetiva**

Sistemáticamente el principio de confianza se ubica como un instituto limitador de la imputación objetiva de la conducta en base a criterios normativos. Esto quiere decir que si nos ubicáramos dentro de los tres elementos de la teoría del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) el principio de confianza estaría ubicado dentro del análisis de tipicidad de la conducta, con mayor precisión en el análisis del tipo objetivo del comportamiento.

Ahora bien, el principio de confianza fue planteado como un instituto liberador de la responsabilidad, junto al riesgo permitido, prohibición de regreso e imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Sin embargo, para algunos

doctrinarios el principio de confianza no es un instituto autónomo si no que es un sub criterio del principio del riesgo permitido. Por ejemplo, Garrido citado Alcocer (2016) asevera que “la noción de riesgo permitido presupone el principio de confianza, que precisamente consiste en que los demás respeten, a su vez, la norma de cuidado” (p.31).

Nuestra posición al respecto es que el principio de confianza no es autónomo está dentro del riesgo permitido sin embargo este último se aplica en el análisis de la conducta individual del sujeto de modo que la atribución de responsabilidad puede ir al autor de la conducta riesgosa, a la víctima o al infortunio; en cambio el principio de confianza se configurara cuando son varios los que comparte un riesgo o hay reparto de tareas, de modo que la responsabilidad puede ser imputado al sujeto a un tercero. No obstante, lo dicho es bueno mencionar que todos los principios de imputación objetiva planteados por Jakobs están concatenados pero deben diferenciarse pues cada uno tiene diferente análisis en la evaluación objetiva de la conducta.

El principio de confianza ha sido entendido por la doctrina de diversas maneras que brevemente mencionaremos a continuación:

**a. El principio de confianza como complemento para la determinación de deber objetivo de cuidado**

En deber objetivo de cuidado, se definen normalmente como deber de actuar u omitir que tiene un sujeto, en virtud de una fuente objetiva que le exige determinado comportamiento, aplicable igualmente para todos los ciudadanos, sin

embargo, este criterio de determinación de la responsabilidad penal se basaba en la tesis de la actuación del hombre ideal o hombre medio lo que significaba una determinación estadística o causalista de la responsabilidad. Por otro lado, el principio de confianza es la valoración de la conducta desplegada dentro del rol asignado socialmente confiando en que los demás también actuaran dentro de su rol, aquí en el principio de confianza la responsabilidad penal no se atribuye sobre un comportamiento de un hombre medio sino más bien se responsabiliza según la situación concreta del desarrollo de la acción del sujeto.

Por otro lado el deber objetivo de cuidado normalmente era un elemento para determinar la responsabilidad penal en los delitos culposos, sin embargo, respecto al principio de confianza hay debate si solo se debe tomar en cuenta en los delitos culposos o también en los dolosos, nuestra posición es que en el ámbito de la administración pública también se sancionan las conductas que infrinjan deberes funcionales y a saber estas conductas de infracción de deber los funcionarios no la realizan de modo culposo, por el contrario hay un dolo evidente, sea como sea, esa discusión la resolveremos más adelante, pues a la luz de la imputación objetiva el dolo y la culpa adquieren matices similares y difíciles de distinguir, por ahora vale mencionar que el principio de confianza en sus inicios fue entendido como un complemento para limitar el alcance de la previsibilidad del deber objetivo de cuidado.

En los inicios del tráfico vehicular las imposiciones de responsabilidad sobre los conductores era bastante pesada pues se les exigía que al hora de conducir debería tener en cuenta todas las posibles conductas de terceros para evitarse una

responsabilidad penal con lo que si había un accidente simplemente la personas implicadas debería recibir un reproche penal sin un previo análisis de la previsibilidad o deber objetivo de cuidado que en el caso concreto había puesto cada cual, pero poco a poco con el principio de confianza se determinó que solo sería responsables si inobservaban el deber objetivo de prever las conductas incorrectas de los tercero en cada caso concreto.

Con esto el principio de confianza constituiría un complemento para delimitar el deber objetivo de cuidado.

Para Maraver (2007).

La doctrina, en cambio, no dudaba en presentarlo como un criterio complementario destinado a limitar el alcance de la previsibilidad y determinar así el deber objetivo de cuidado. Más concretamente, a medida que la concepción personal del injusto iba ganando aceptación, el principio de confianza pasaba a definirse como un criterio independiente para la determinación del deber objetivo de cuidado dentro del tipo de injusto del delito imprudente.

#### **b. El principio de confianza como criterio de imputación objetiva**

Como ya se dijo líneas arriba el principio de confianza es un criterio limitador de la responsabilidad en la imputación objetiva de resultado.

El funcionalismo, al hacer uso del principio de confianza con criterios normativos complementa la causalidad y previsibilidad del deber objetivo de cuidado atribuyendo una cualidad normativa en su aplicación para determinar la relevancia típica que hay entre conducta y resultado, esto es el principio de confianza ya no es más un simple complemento del deber objetivo de cuidado sino

una regla que debe utilizarse en la evaluación de tipicidad para determinar si la conducta desplegada por el sujeto permite determinar y hay una relación de riesgo típico entre conducta y resultado.

### **b.1. El principio de confianza puede aplicarse tanto en delitos imprudentes como dolosos.**

Dado que para la moderna teoría de la imputación objetiva una conducta es típica cuando crea un riesgo penalmente relevante y este riesgo se realiza en el resultado, queda claro que no interesa si el riesgo se creó con dolo o imprudencia pues el ámbito subjetivo de la actuación de sujeto queda en según plano.

Siendo esto así, el principio de confianza para esta teoría se puede aplicar en delito imprudentes como en delitos dolosos. Así Villavicencio (2016) cree que este principio no solo se limita al deber de cuidado propio de los delitos imprudentes, sino también es factible aplicarlo en los delitos dolosos.

### **b.2. El principio de confianza como criterio de valoración de la conducta desde una perspectiva ex ante**

Para la imputación objetiva el resultado se imputa objetivamente a la conducta cuando *ex ante* se crea un riesgo jurídicamente desaprobado y *ex post* si ese riesgo se realiza en el resultado lesivo. (Maraver, 2007). Esta visión de la moderna teoría de la imputación objetiva es ilustrativa pues nos permite ver que hay criterios que permiten imputar *ex ante* el resultado a una conducta riesgosa pero también hay criterios *ex post* para determinar la relación del riesgo con el resultado.

En este esquema el principio de confianza es un criterio *ex ante* de la imputación objetiva pues antes de evaluar si una conducta merece reproche penal

debe evaluarse primero si esa conducta generó un riesgo penalmente prohibido o en una expresión más concreta si esa conducta trasgredió la confianza que las expectativas de la sociales pusieron en ella.

#### **1.1.5. Fundamentos del principio de confianza**

Si bien como se ha logrado determinar la aplicación del principio de confianza es muy importante para el desarrollo de la sociedad, pues sin él sería imposible la interacción social, no obstante, hasta hoy la doctrina no ha llegado a un consenso sobre cuál es la razón que fundamenta el principio de confianza. Para tener mayores luces respecto a ello describiremos las principales propuestas de fundamentación.

##### **a. Teoría de la premiación**

Según esta teoría el principio de confianza es la premiación que se hace a quien se comportó de manera reglamentaria, puesto que ante la presencia de un riesgo compartido no asumirá responsabilidad si su comportamiento se ajusta a las expectativas sociales y normativas. Así Maraver (2007) asevera que, la posibilidad de confiar vendría a ser un *premio* por la conducta correcta o reglamentaria desarrollada por la persona.

Nuestra posición es que la persecución de un premio no fundamenta al principio de confianza porque hay situaciones donde más bien debemos desconfiar de actuar incorrecto del tercero y en ese sentido confiar se convertiría más bien en un castigo puesto que tendríamos que asumir la responsabilidad por los resultados lesivos que por confiar dejamos que ocurrieran. Por ejemplo, un Juez que, bajo el principio de confianza, no lee los proyectos de sentencia que

elabora su secretario y lo firma, entonces si se generaran resultados contrarios a derecho no podemos decir que el Juez debe ser premiado más por el contrario es fácilmente sostenible que debe soportar toda la responsabilidad.

#### **b. Teoría de la previsibilidad**

Para esta teoría la posibilidad de confiar está en relación inversa a la previsibilidad, esto es si según las normas de la experiencia es imprevisible el actuar incorrecto del tercero entonces cabe el principio de confianza, pero si por el contrario hay, aunque sea, un mínimo de previsibilidad de la conducta incorrecta del tercero entonces será inaceptable cobijarse bajo el manto del principio de confianza. Por tanto, a mayor previsibilidad de un actuar incorrecto menor confianza y a menor previsibilidad de un actuar incorrecto mayor confianza.

Tampoco comulgamos con esta teoría puesto que parte de una condición cognitiva de la previsibilidad, en tanto que, para prever si una conducta se va a desenvolver de manera correcta o incorrecta debo apelar a las reglas de la experiencia, criterio que evidentemente no posibilita una imputación objetiva de la conducta, además que hay muchos comportamientos incorrectos que son fácilmente previsibles, ante los cuales, por diferentes motivos, no se excluye o no se debe excluir la posibilidad de confiar. (Maraver, 2007)

Por ejemplo cuando se trata de una institución pública se puede prever en base al contexto social de corrupción que vive el país, que los miembros del comité de selección puede incurrir en delito colusorios, sin embargo el titular de

la institución le queda intacta su posibilidad confía en el actuar correcto de los miembros del comité de selección.

Es lógico entonces que no es posible fundamentar la confianza en criterios cognitivos o estadísticos como las reglas de la experiencia puesto que hay conductas que pueden preverse como incorrectas y pese ello se mantiene vigente la confianza, por otro lado hay conductas que se prevén como correctas y sin embargo por la posición de garante que ostenta el sujeto está obligado a desconfiar; lo cierto y real entonces es que el principio de confianza debe fundamentarse en el deber de prever mas no en la previsibilidad o sea para determinar si aplica el principio de confianza debe realizarse un análisis caso concreto con independencia de las normas de la experiencia y determinar si el sujeto actuó dentro del riesgo permitido o en el marco de desenvolvimiento de su rol.

**c. Teoría de la ponderación de intereses**

Para esta teoría el principio de confianza se fundamenta en que su aplicación trae mayores beneficios a la sociedad que los costos que implicaría su no aplicación. Entre los beneficios podemos mencionar que permite que las interacciones sociales anónimas se desarrollen en el marco de una libertad de acción puesto que cada miembro de la sociedad le queda intacta la libertad de manejarse como mejor convenga dentro de la esfera de su rol y solo debe preocuparse por controlar los riesgos que integran su rol sin preocuparse de invadir la esfera de libertad de otro sujeto, o dicho en palabras más entendibles si me manejo dentro del riesgo permitido no debo preocuparme por el riesgo que

puedan generar otras personas salvo que tenga sobre ellas una posición de garantía.

Otro beneficio que acarrea la aplicación del principio de confianza es que mantiene la vigencia de las normas pues al confiar en la conducta del tercero lo que se está haciendo en realidad es confiando en la vigencia de la norma y en caso que el tercero trasgreda la norma la sanción que reciba implicará el retorno a la vigencia de la norma. Por tanto, la confianza no es una confianza cognitiva basada en criterios estadísticos o máximas de la experiencia, sino que es una confianza normativa basa en las expectativas que los terceros cumplirán las normas.

Así también, el principio de confianza nos permite realizar una distribución del riesgo, puesto que, gracias a este principio se puede determinar en el caso en concreto quien o quienes deben asumir los riesgos creados en cooperación, de no existir el principio de confianza regresaríamos al causalismo y sería responsables todos aquellos que aportaron causalmente en la realización del riesgo y eso no es necesariamente así.

Finalmente, el último beneficio que permite es la división del trabajo, puesto que gracias a la confianza las organizaciones pueden desarrollar el reparto de tareas de modo que cada responsable de un área confía en que los demás también se harán responsables de sus áreas respectivas. En ese sentido si por ejemplo el Gobernador regional no confiara en la actuación correcta de los demás funcionarios que trabajan en el Gobierno Regional estaría en una constante vigilancia lo que generaría una restricción a la libertad de acción que todo

trabajador tiene y peor aún la consecuencia más grave sería la inacción en el que se verían sumidos los trabajadores pues no podrían realizar ninguna actividad sin la supervisión del gobernador regional.

**d. Teoría del deber de autorresponsabilidad**

Esta teoría parte del precepto que cada persona es responsable y libre en el ejercicio de su actuación, por tanto, si la persona se muestra responsable en la gestión de sus riesgos entonces le está permitido confiar en que los terceros también actuarán responsablemente. Así para Maraver (2007) el principio de autorresponsabilidad, es propio de todo ordenamiento jurídico que reconozca a sus ciudadanos como seres libres y responsables, este principio establece que, en general, los sujetos sólo son responsables de su propia conducta y no necesitan adaptar su comportamiento a las posibles conductas incorrectas de otros sujetos igualmente libres y responsables.

Entonces, el principio de confianza se engarza en la posibilidad de limitar la responsabilidad del sujeto en base a la capacidad de libertad y autorresponsabilidad que tenga el tercero, puesto que si concurrimos con otras personas en actividades conjuntas solo confiaremos si tenemos al frente a personas libres y responsables, en cambio si el tercero no tiene capacidad de autorresponsabilidad no está permitido la confianza.

Como se puede apreciar el principio de autorresponsabilidad se fundamenta en la libertad de los individuos puesto que reconoce que las personas por regla general son responsables en el cumplimiento de las normas y en esa medida no es necesario que el derecho esté permanentemente corrigiendo las conductas

entendiendo que se trata de personas libres y responsables. Por el contrario, si el derecho entendiera que las personas son esencialmente irresponsables y peligrosas, imaginemos la cantidad de normas, sanciones y poder de coacción que tendría que tener el Estado, para hacer posible la vida en sociedad. (Sánchez, 2019).

#### **1.1.6. Principales posturas doctrinarias sobre el principio de confianza**

##### **a. El principio de confianza en la postura de Claus Roxin**

Nuestra primera observación es resaltar que el eminente maestro alemán Claus Roxin no abordó el principio de confianza como institución autónoma sino como parte del instituto de riesgo permitido, refiriendo que el principio de confianza “se edifica básicamente para negar el incremento de un peligro inadmisibles al producirse un resultado como consecuencia de un actuar conforme a derecho, con la convicción de que los demás también se conducían respetando el ordenamiento jurídico establecido”. (Roxin citado por Peláez, 2016, p.20)

Efectivamente compartimos con Roxin la postura que si alguien produce con su conducta un resultado como consecuencia de un actuar conforme a la normas jurídicas no puede recibir reproche penal aun otros hayan actuado indebidamente, pues el deber de cuidado de una persona se agota cuando observa las reglas de su conducta confiando en que los demás también observaran una conducta conforme a derecho.

El maestro alemán aplica el principio de confianza para analizar tres ámbitos importantes de organización social, a saber:

### **a.1. En la circulación**

El tráfico rodado es un ámbito donde normalmente se generan peligros no permitidos, es aquí donde el principio de confianza sirve para la negación de un incremento de los peligros inadmisibles, pues en general el principio de confianza afirma que quien se comporta debidamente en la circulación vehicular, puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario (Roxin, 2007).

Por tanto, quien, por ejemplo, está conduciendo y la luz verde del semáforo le autoriza cruzar una intersección no está obligado a reducir la velocidad, condicionado a posibles infracciones de los otros conductores, si no que más bien debe confiar en que los demás respetaran su preferencia de paso. De no ser así y producirse un accidente este conductor no actuó imprudentemente y por tanto su conducta no es típica.

Sin embargo, dicho principio no aplicará cuando la confianza en el comportamiento de otros sea manifiestamente injustificada como por ejemplo si se trate de niños o menores de edad que imprudentemente cruzan la pista o, peatones adultos frágiles por ser de edad avanzada o manifiestamente desorientados, o presentarse una situación de tráfico en especial peligrosa o complicada, en estos casos el conductor está obligado a desconfiar y reducir la velocidad o asumir una posición de reserva de su conducta.

### **a.2. En la cooperación con división del trabajo**

En este apartado Roxin duda de la ampliación del principio de confianza a otros ámbitos, sin embargo, asevera que se puede fácilmente extender a los casos donde hay cooperación con división de trabajo, sobre todo al campo de actuación médica.

Por ejemplo, dice que los médicos especialistas que intervienen en una operación quirúrgica pueden confiar en la colaboración correcta de los demás colegas especialistas. (Roxin, 1997).

Sin embargo, con el principio de confianza no debe aplicarse cuando los intervinientes de una operación quirúrgica poseen especiales deberes de vigilancia o control respecto de los otros como por ejemplo del médico practicante.

### **a.3. Respetto de delitos dolosos de otros**

En este acápite Roxin asevera que el principio de confianza exonera al que realizó una conducta conforme a derecho de los delitos dolosos que otros puedan cometer pues vender cuchillos, veneno, automóviles, armas de fuego, etc, no debe implicar que su comprador los utilizara para la comisión de delitos dolosos, si ello fuera así el tráfico comercial y en general el intercambio social sería impracticable pues el vendedor cuya mercancía fue utilizada en un delito también debería asumir una responsabilidad, esto último sería irracional.

En este sentido el principio de confianza se trata también de un caso de riesgo permitido: los peligros inevitables se asumen o soportan en

atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza ofrece también en este terreno (Roxin, 1997).

Como ya venimos sosteniendo, nuestra postura es que el principio de confianza no es un principio autónomo del riesgo permitido; pues si bien todos los criterios de imputación objetiva se entrelazan a la hora de realizar el análisis de tipicidad no obstante como ya se explicó líneas arriba el riesgo permitido busca determinar la responsabilidad del ejecutor de la conducta o de la víctima y el principio de confianza también busca determinar la responsabilidad del ejecutor de la conducta o de un tercero con el que comparte la ejecución del riesgo.

La diferencia con la prohibición de regreso, es que en el principio de confianza el agente es garante en la evitación de un curso dañino de la acción, pero dicho curso dejaría de ser lesivo si todos los intervinientes se comportasen correctamente.

#### **b. El principio de confianza en la postura de Jakobs**

Respecto al principio de confianza Gunter Jakobs manifiesta que: “Cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, no podría haber reparto del trabajo. Existe un principio de confianza” (Jakobs, 1997, p. 29).

Esto quiere decir que en las actividades sociales donde se comparten tareas o existe una cooperación formal o informal en la realización de una actividad no corresponde que cada uno de los intervinientes esté en permanente vigilancia o

control de las actividades de los demás, hacerlo haría imposible el reparto de tareas en una sociedad básicamente organizada en función de un entramado de cooperación permanente entre las personas.

Para Jakobs (1997) el principio de confianza puede manifestarse en dos modalidades:

Primera, cuando una persona que actúa como tercero genera una situación que es estereotipada, pero siempre y cuando el autor que actúa a continuación cumple con sus deberes funcionales. Segunda, la confianza irá dirigida a que una situación dada con anterioridad, haya sido realizada correctamente por parte de un tercero, de modo que el que haga uso de ella, si cumple con su rol no generará daño alguno.

Para ilustrar lo dicho por Jakobs, y relacionándolo a nuestro tema de estudio podemos por ejemplo aseverar que se aplicará el principio de confianza cuando un alcalde confía en que sus técnicos hayan realizado sus informes conforme a derecho.

Desde este punto de vista tenemos entonces que el principio de confianza es una institución dogmática que tiene por objetivo hacer posible la división de trabajo. Sin el principio de confianza las divisiones laborales tan esenciales para el desarrollo de la sociedad contemporánea serían imposibles puesto que llegaríamos al absurdo que cada persona estaría controlando absolutamente a todos los que participan en una actividad conjunta, abandonando sus propias responsabilidades.

Aun parezca contradictorio el principio de confianza nos otorga la libertad de acción en nuestras actividades pese al peligro de que una tercera persona realice con su conducta un desenlace negativo, pues de este peligro ha de responder el tercero; esto gracias a que el principio de confianza permite la división de actividades y por ende el reparto de responsabilidades según el rol asignado.

Ahora bien, siguiendo al maestro Gunter Jakob debemos tener presente que el principio de confianza no es absoluto, tiene ciertos límites que es menester mencionar:

1. El principio de confianza no puede invocarse si el tercero interviniente no tiene capacidad para asumir su responsabilidad o está dispensada de su responsabilidad, por ejemplo, en el tráfico vehicular queda destruido el principio de confianza si el tercero interviniente es un niño o incapaz.
2. El principio de confianza no puede invocarse si dentro de las atribuciones de uno de los participantes es precisamente compensar los posibles fallos que pueda cometer el tercer interviniente; por ejemplo, en una autopista el conductor de un vehículo automotor debe tener sumo cuidado al desplazamiento de los ciclistas, no puede actuar como si estos no se balancearan, aunque sea un poco más de lo normal.
3. El principio de confianza no podrá invocarse cuando el sujeto concurra con la conducta defraudadora de las expectativas del tercero. Al respecto el maestro Jakobs (1997) asevera que:

Si el primariamente competente no dispone ya de la posibilidad de mantener el curso en un estado inocuo o comienza de un modo

manifiesto a dejar pasar tal posibilidad sin aprovecharla, se tiene que revitalizar la competencia, hasta entonces latente, del otro sujeto. (p. 220).

Por ejemplo, cuando un funcionario público ordena realizar una gestión a uno de sus subalternos sabiendo que asistió a la institución en estado de ebriedad, en este caso el funcionario delegante no puede argumentar el principio de confianza si el delegado realiza conductas que infringen deberes funcionales.

### **1.1.7. La aplicación del principio de confianza en la división del trabajo**

En el mundo contemporáneo, debido a la modernización de los sistemas productivos, la especialización laboral es cada vez más técnica y con mayores ramificaciones por ello es casi inconcebible pensar en el funcionamiento de una organización sin una división del trabajo.

En este marco, el principio de confianza, se cristaliza en la posibilidad que tienen las personas de confiar que las conductas de otros se realizarán conforme a sus capacidades y conforme a derecho, para la realización de las actividades en conjunto. (Sánchez, 2019).

#### **a. División horizontal del trabajo**

El beneficio de la división horizontal del trabajo es que permite que cada especialista desarrolle sus deberes acorde a su cargo sin preocuparse en controlar si los demás trabajadores también especialistas ajustan su comportamiento a sus roles establecidos dentro de la organización.

El principio de confianza, posibilita que cada uno sólo se pueda ocupar con garantías suficientes de su propio ámbito laboral con lo que se genera una mayor efectividad, seguridad y calidad del trabajo realizado. (Sandoval, 2019).

En esta forma de división del trabajo es donde el principio de confianza alcanza su efectividad plena puesto que al tratarse de trabajadores especialistas que estas en el mismo nivel de jerarquía supone que cada trabajador estará preocupado por cumplir sus tareas según lo normado en la confianza que los demás también realizaran sus actividades conforme a derecho. Sin la aplicación del principio de confianza devendríamos en una vigilancia de la conductas de los demás trabajadores lo que haría obsoleta la división del trabajo con la consecuencia del abandono de la tarea propia en desmedro de del desarrollo de la organización.

#### **a.1. Presupuesto de la vigencia del principio de confianza en la división horizontal del trabajo**

Un requisito esencial para que el principio de confianza pueda aplicarse en la división horizontal del trabajo es que haya un claro y bien delimitado ámbito de responsabilidad de cada participante de la organización.

Es razonable aplicar el principio de confianza cuando es objetivamente verificable que el colega que va a realizar la actividad es a quien corresponde hacerla. En cambio, sí hay dudas respecto del sujeto que debe desarrollar la tarea, el principio de confianza pierde su vigencia y serán responsables por su ejecución todos los involucrados. (Sandoval, 2019).

En función de lo planteado debe tenerse en cuenta que la delimitación de las labores se puede hacer en base a los instrumentos

internos de la organización, en caso de organismo públicos en base al ROF y MOF, también puede acudir a la normativa extrapenal como las leyes especiales del sector. Otro modo de delimitar las funciones y responsabilidades en las organizaciones es en base a los usos y costumbres, así como las máximas de la experiencia.

#### **a.2. Delimitación del principio de confianza en la división horizontal del trabajo en las organizaciones**

- **Circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero o que no está en condiciones de cumplir correctamente con su labor**

Si de las circunstancias concretas se evidencia que un compañero con el que se comparte un trabajo en cooperación es cognoscible que su actividad comienza a infringir el deber de cuidado, entonces ya no está permitida la confianza. Por ejemplo si los miembros del comité de selección observan conductas parciales de uno de ellos con un determinado proveedor, entonces los demás miembros del comité de selección ya no les está permitido ampararse en el principio de confianza.

Esta limitación se extiende también a aquellas situaciones donde es cognoscible que un compañero de trabajo no está en condiciones de cumplir correctamente su labor. (Sandoval, 2019).

- **Situaciones en que el deber de cuidado propio se define en atención al posible error de otro**

En ciertas circunstancias el cuidado de la actividad propia implica que debo estar a la expectativa del posible error del tercero. De esta forma, para la configuración del deber de cuidado propio se debe considerar la posible conducta defectuosa del tercero. Se trata de casos en que los deberes de ambas personas quedan superpuestos, en tanto persiguen evitar la creación del mismo riesgo. Y en consecuencia, para ninguno de los sujetos rige el principio de confianza. (Sandoval, 2019).

**b. División vertical del trabajo.**

La división vertical del trabajo se diferencia de la horizontal en que existe una estructura jerárquica donde el trabajador subordinado sigue las instrucciones y pautas fijadas por el superior o jefe.

Para Sánchez (2016) el superior jerárquico puede confiar en general que sus instrucciones serán cumplidas y por su parte el subordinado en que las instrucciones recibidas son correctas, sin embargo, el principio de confianza no tendrá la misma eficacia en sentido “descendente” que en sentido “ascendente”.

**b.1. División vertical del trabajo en sentido ascendente**

En la división del trabajo en sentido ascendente la confianza tiene total vigencia, igual como sucede en la división horizontal puesto que se trata de un contexto en el que el subordinado recibe órdenes o encargos de una persona que posee, se presume, mayor especialización.

De ese modo, el subordinado puede, en general, confiar en que las órdenes e instrucciones emanadas de su “superior jerárquico”, serán las correctas. (Sandoval, 2019).

En esta línea de pensamiento, Medina (2016) opina que la fuerza del principio de confianza es mucho más evidente para el que recibe órdenes; esto es, a quien recibe las órdenes de un superior jerárquico altamente capacitado, le está permitido confiar más en la conducta de este superior.

## **b.2. División vertical del trabajo en sentido descendente**

En la división del trabajo en sentido descendente es donde se presenta las mayores dificultades para delimitar la aplicación del principio de confianza, puesto que en esta forma de organización del trabajo el superior jerárquico debe tener en cuenta ciertas características del subordinado que realizará la tarea y por otro lado tiene ciertos deberes especiales de protección del riesgo que el tercero genere.

### **– Vigencia del principio de confianza en la división vertical del trabajo en sentido descendente.**

Para Sandoval (2019) En la división vertical ascendente del trabajo el principio de confianza es muy útil y fácil de aplicar, pero su cuando se trata división horizontal del trabajo o la división vertical descendente, la aplicación del principio de confianza es más limitada.

Esta situación se presenta básicamente porque en la división vertical en orden descendente consiste en que la confianza está dirigida a un

subordinado que en general tiene menor especialización o preparación que el delegante.

Sin embargo, eso no significa que el superior jerárquico deba tratar a los subordinados como personas incapaces o irresponsables, por el contrario, la responsabilidad del superior queda limitada siempre que la delegación consista en actividades propias del personal de colaboración o una actividad que le sea legítimamente delegable, además, que se cumpla con deberes de elección, instrucción y supe vigilancia.

– **La delegación de actividades en personal de colaboración**

Cuando se delegan actividades en la división vertical del trabajo también se están delegando riesgos, entonces para evitar que estos riesgos se materialicen en resultado lesivos de bienes jurídicos y más bien se mantenga dentro de lo tolerable, el delegante debe cumplir con los deberes especiales de elección, instrucción y supervisión de la persona y de la conducta del delgado. Estos presupuestos son esenciales para mantener la vigencia del principio de confianza, esto es si el superior jerárquico delega una actividad en un subordinado que tiene las cualidades necesarias para realizar la tarea, además le da instrucciones claras de cómo debe ser la tarea y lo supervisa en su ejecución entonces fácilmente puede protegerse bajo el principio de confianza para exonerarse de la responsabilidad por algún fallo surgido en el accionar de delgado.

Para Sandoval (2019) la delegación de actividades acarrea riesgos para los bienes jurídicos. Estos riesgos pueden originarse por una insuficiente preparación del personal de colaboración, por mala comprensión de la actividad delegada, o por la falta de supervisión en la ejecución de la tarea.

Siguiendo la misma idea Medina (2016) confirma que cuando la división del trabajo es descendente, se amplía el deber del superior de vigilar que la conducta del subordinado sea la correcta.

– **Los deberes especiales de elección, instrucción y vigilancia**

**El deber de elección**

El superior jerárquico a la hora de delegar una actividad o encargo tiene como primer deber el de la elección que comprende dos obligaciones, primero la de elegir adecuadamente la actividad que va a delegar atendiendo a las características propias de la tarea como grado de dificultad, tiempo de realización y procedimientos de ejecución; segunda obligación de elección está referida a la persona o subordinado que asumirá la realización de la tarea.

Para Maraver (2007) la persona que selecciona al subordinado que va a realizar parte o toda la actividad tiene el deber de procurar que ese subordinado cuente con la capacidad técnica y personal necesaria para realizar la tarea que les va a ser asignada. Si el sujeto que selecciona no cumple con este deber, no podrá apelar al principio

de confianza y por tanto será responsable de los resultados lesivos ocasionados por los subordinados.

### **El deber de instrucción**

Para que el subordinado cumpla correctamente con la tarea asignada es indispensable que el superior jerárquico instruya debidamente sobre las cualidades, condiciones y modo que debe tener la tarea asignada. Con ello se reducen los riesgos que puedan derivarse de una comprensión defectuosa de la tarea.

. Para Contreras (2019) Si no es posible dar por escrito las instrucciones de la labor encomendada, deben utilizarse métodos que disminuyan al mínimo las posibilidades de error. Cuando la actividad que se pretende asignar es poco común o tiene una peligrosidad relevante, el delegante debe informar detalladamente al subordinado sobre la forma de ejecución de la tarea, con el fin de garantizar su correcta realización.

La posibilidad de aplicar el principio de confianza está en función a que la instrucción se realice conforme a los estándares exigidos y el tercero haya recibido y comprendido correctamente las instrucciones. (Maraver, 2007).

### **El deber de vigilancia, control y supervisión.**

Mientras que los deberes especiales de elección e instrucción son previas a la realización de la tarea encomendada, el deber de vigilancia es una obligación que el delegante debe realizarla en

paralelo a la ejecución de la actividad de modo que si observara algún fallo en la realización de la actividad podría intervenir y evitar mayores efectos dañosos sobre bienes jurídicos. No obstante, lo dicho, este deber de vigilancia debe ser ponderado pues una vigilancia extrema entorpecería el desarrollo de la propia actividad y dejaría sin contenido a la división del trabajo.

El alcance de los deberes de vigilancia, control y supervisión pueden ser distintos en función de que se exija, simplemente, examinar de manera constante las condiciones necesarias para que los terceros puedan cumplir con sus tareas o por otro lado se requiera, además, comprobar la correcta ejecución de esas tareas. (Maraver, 2007).

La doctrina mayoritaria reconoce que estos deberes de selección, instrucción y vigilancia, no excluyen la aplicación del principio de confianza, sino que más bien limitan la posibilidad de confiar. El sujeto sólo puede invocar el principio de confianza en la medida que haya cumplido con esos deberes.

### **1.1.8. Aplicación del principio de confianza en actividades de cooperación con división de trabajo.**

#### **a. Aplicación del principio de confianza en el ámbito médico**

El desarrollo científico y técnico ha generado mayor especialización de los profesionales de la medicina y con ello un reparto de tareas o división del trabajo

en su actividad profesional, pues es común que al atender a los pacientes la actividad médica se realice en cooperación simultánea o sucesiva de varios profesionales, lo que convierte a esta actividad de equipo en una red complicada de producción de riesgos conjuntos que deben delimitarse objetivamente.

Así para Maraver (2007) en la actividad médica, al igual como ocurre en el tráfico vehicular, es frecuente que se vean involucradas varias personas en la producción de un resultado lesivo, lo que obliga a determinar en qué medida la responsabilidad de cada uno de los intervinientes puede depender de lo que hagan las demás.

Por esta razón, desde que se empezó la aplicación del principio de confianza en la jurisprudencia alemana para solucionar los casos del tráfico vehicular, varios autores postularon que también el principio de confianza podía fácilmente aplicarse al ámbito médico para poder delimitar la responsabilidad penal de los médicos ante las conductas incorrectas de los que de manera simultánea o sucesiva participan en la misma actividad.

Si bien actualmente, puede aseverarse que la mayoría de los doctrinarios acepta la aplicación del principio de confianza en la actividad médica, no obstante, a la hora de aplicar el principio de confianza al ámbito médico debe tenerse en cuenta las particularidades que lo diferencian del ámbito del tráfico vehicular.

Así Maraver (2007) postula varias diferencias entre la actividad médica y el tráfico vehicular. *Primera*, la base normativa de la confianza no es la misma en ambos sectores por ello debe realizarse un análisis particular para determinar

cuáles son los deberes concretos en cada caso. *Segunda*, los intervinientes en la actividad médica persiguen con su actividad una meta común respecto del paciente, lo que les genera un especial deber de actuación cuando hay claros indicios sobre la posible conducta incorrecta de los demás intervinientes. *Tercera*, la confianza es más amplia en el actuar médico puesto que la mayoría de colaboradores tienen una alta especialización en cambio en el tráfico vehicular la confianza se ve limitada. *Cuarta*, en el ámbito médico siempre en la división vertical del trabajo hay entre el médico y los colaboradores ciertos deberes especiales de selección, instrucción, coordinación, vigilancia, deberes que limitan que frente a la conducta incorrecta de los colaboradores el médico pueda alegar el principio de confianza.

Debemos tomar en cuenta también que en el equipo médico hay especialistas que en su actividad son independientes de los otros como por ejemplo el cirujano respecto del anesestiólogo; en cambio hay otros que se encuentran en relación de subordinación o dependencia, caso por ejemplo de la enfermera respecto del médico. Diremos que en el primer caso hay una división horizontal del trabajo donde la confianza entre los participantes es más amplia, pues se trata de especialistas, en cambio en el segundo caso hay una división vertical del trabajo donde la confianza queda más restringida ya que el superior jerárquico tiene deberes especiales de instrucción, vigilancia y control sobre los subordinados.

En este sentido Sánchez (2019) asevera que en la división horizontal del trabajo la actuación de las personas es jerárquicamente independiente y por

tanto no hay deberes de instrucción entre ellas, en cambio en las divisiones verticales del trabajo para que proceda el principio de confianza es necesarias la correcta preparación e instrucción por parte del superior jerárquico a sus colaboradores.

Entonces si se pretendiera aplicar el principio de confianza al actuar medico debemos tomar en cuenta todas estas particularidades, puesto que no podemos extrapolar sin previo análisis un principio que nació en el tráfico vehicular a la delimitación de la responsabilidad medica un campo mucho más complejo y especializado.

#### **b. Aplicación del principio de confianza en el ámbito empresarial**

Actualmente nuestro Código Penal reconoce los delitos económicos cometidos por sujetos individuales a través de la estructura empresarial y otros delitos cometidos dentro de la misma empresa. Si bien no es objetivo de este trabajo realizar un análisis de dichos delitos, sin embargo, es necesario resaltar que estos injustos penales se realizan muchas veces con la colaboración conjunta de varias personas, lo que obliga al derecho penal a delimitar objetivamente la responsabilidad penal de cada participante en el injusto penal.

Actualmente se observa que cuando se presenta la delincuencia empresarial son los dirigentes de la empresa los que ostentan la responsabilidad preferente de los injustos penales, por no haber sido cuidadoso a la hora de organizarla internamente para controlar su peligrosidad. (Sánchez, 2019).

Para delimitar la responsabilidad penal el directivo o superior jerárquico de una empresa en base al principio de confianza debemos tener en cuenta dos

situaciones importantes que según se resuelvan acarrearán para el directivo dos consecuencias penales totalmente diferentes. La primera situación es aquella donde el directivo de la empresa delega en sus subordinados funciones en las que ostenta posición de garante. La segunda es cuando el directivo delega funciones en las que por la estructura funcional hay una especialización del delegado respecto de la actividad delegada.

Para resolver esta cuestión debemos invocar lo ya dicho respecto a la división horizontal y vertical del trabajo pues si el directivo delegó una función en un especialista estaremos ante una división horizontal donde el principio de confianza tiene un margen amplio de aplicación, en cambio si la delegación de una actividad se ha realizado a un subordinado estaremos ante una aplicación vertical del trabajo y aquí el principio de confianza es más débil y estará en perfecta proporción a la capacidad que ostente el delegado para cumplir la actividad asignada.

En buena cuenta, para responder a la pregunta de cuándo es legítimo confiar en alguien, sin correr el riesgo de una responsabilidad penal, debe comprobarse si el pretendido acreedor de la confianza cumple con su deber de cuidado, teniendo presente que en el desenvolvimiento de su actividad intervienen otras personas también sujetas a unos estándares de debido cuidado. (Sánchez, 2019)

La confianza entre los trabajadores que interactúan en una empresa es fundamental para el desarrollo de la organización, esta confianza se despliega a través de la delegación o encargo de funciones, lo que permite que las empresas estén organizadas por áreas y oficinas, creando con ello una suerte de organicidad

en el cumplimiento de las metas empresariales. Es lógico entender que, si en cualquier actividad empresarial en la que hay división de trabajo, cada trabajador tuviera que vigilar o controlar todas y cada una de las tareas realizadas por el otro, el mismo desarrollo de la empresa se vería truncado.

Entonces, es imposible en el mundo moderno, pensar en la existencia de una empresa sin la aplicación del principio de confianza, pues es más bien la confianza la que permite el reparto de tareas, la delegación y encargo de funciones las que proveen de estructura funcional a las empresas.

Ahora bien, que haya confianza en las actividades empresariales no implica que no haya riesgos de defraudación. Dicho de modo más claro confiar en alguien no deja de ser una apuesta y por tanto no queda exenta la existencia de riesgos; lo determinante es saber cuándo el directivo debe confiar en el comportamiento correcto de los subordinados.

Así para Sánchez (2019) la aplicación del principio de confianza en el ámbito empresarial no solo debe basarse en las normas del ordenamiento jurídico sino también en base a las reglas técnicas, las normas técnicas y a los conocimientos especiales refiriéndose a aquellos conocimientos de los que dispone un sujeto por encima de los requeridos para la función que desempeña.

Por nuestra parte consideramos que en una sociedad como la peruana donde es frecuente la trasgresión de la confianza depositada, los controles que debe tomarse en cuenta para la aplicación de este principio a la hora de determinar la responsabilidad penal de un sujeto, deben ser más amplios por ello concordamos con el autor al imponer a los sujetos no solo el cumplimiento de su rol normado

en las reglas jurídicas penales o administrativas sino también en las extrajurídicas como las reglas técnicas y los conocimientos especiales.

### **1.1.9. Límites en la aplicación del principio de confianza**

Siendo el principio de confianza un criterio dogmático, que los operadores de justicia deben aplicar a la hora de determinar la responsabilidad penal de una persona, este debe tener ciertos límites pues si bien la confianza permite por regla general el desarrollo social en cooperación, es también cierto que no siempre se debe confiar de actuar correcto de los demás.

Por el contrario, en ocasiones debe prevalecer la desconfianza por ello los operadores de justicia y en general todas las personas debemos saber cuándo a una persona no les está permitido confiar del actuar correcto de los demás interviene pues en defecto que una persona haga caso omiso a los límites de la confianza no podrá liberarse de una responsabilidad penal por su inobservancia.

A continuación, desarrollaremos algunos supuestos en los que el principio de confianza se debilita en razón a las circunstancias de actuación de la persona, del tercero o del propio contexto.

#### **a. No puede invocar el principio de confianza quien confía en personas inimputables o sectorialmente inimputables.**

Siendo el principio de confianza es un instituto de la dogmática que sirve para delimitar responsabilidades es lógico entender que quien designa, delega o simplemente confía una actividad en una persona inimputable asumirá la responsabilidad de las consecuencias de las acciones del incapaz.

Para efecto de nuestra legislación se estipula en el artículo 20 de Código Penal que son inimputables los que sufran de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o alteraciones perceptivas que no le permitan tener conciencia de la realidad o comprender el carácter delictuoso de sus actos.

Siendo esto así podemos aseverar que el derecho peruano ha recogido la teoría mixta de la inimputabilidad en el sentido que para declarar la inimputabilidad de una persona se recurre a la evaluación biológica- normativa o psicológica normativa, esta postura también fue defendida por Claus Roxin.

Dicho esto, podemos afirmar que el principio de confianza, solo tendrá validez en la interacción con personas imputables con capacidad jurídica de hacerse responsables por las consecuencias de sus actos y más bien no podrá ser invocado cuando existen inequívocos elementos de convicción que permitan inferir que el tercero es evidentemente una persona inimputable. Homologando esto podemos decir que si se le confiere una orden o mandato a un individuo que sufre retardo mental, enfermedad mental, deterioro mental o simplemente es un niño, en aplicación del principio de confianza, no podemos esperar de aquel un comportamiento ajusta a derecho. Por ejemplo, si vamos a una botica y encontramos que el que atiende es un niño o persona con síndrome de Down no podemos bajo el principio de confianza decir que la persona antes indicada deba asumir la responsabilidad frente a una negligencia en el expendio de algún medicamento incorrecto.

En lo referente a las personas sectorialmente inimputable está referido a aquellas personas que pueden gozar normalmente de la integridad de sus

facultades psíquicas pero por alguna razón de afectación biológica parcial o psicológica temporal están imposibilitados para realizar una acción específica, aunque quede intacta su capacidad para realizar con solvencia otras actividades, es el caso de un mudo, sordomudo, ciego sordo, ciego mudo, si por ejemplo se le encomienda dar un comunicado urgente; también podemos mencionar en este grupo a las personas que se encuentran bajo los efectos del alcohol o drogas o personas con deficiencias psicomotrices, por ejemplo no cabría cobijarse bajo el principio de confianza si a una de estas personas se le encomienda conducir un vehículo de transporte público.

**b. No puede invocar el principio de confianza quien confía en una persona con insuficiente cualificación profesional para asumir el encargo.**

Como es lógica esta delimitación del principio de confianza está pensada para las empresas u organizaciones donde es necesaria la cualificación profesional que debe tener cada participante en la gestión de su respectiva área, es por ello que los jefes o directivos deben ejercer su facultad de selección de manera responsable contratando a los que cumplan con los requisitos técnicos y profesionales para desempeñar de manera correcta el cargo respectivo, pues de lo contrario no sería valedero ampararse en el principio de confianza cuando el vicio inició desde la contratación del personal.

En este mismo sentido opina Panta (2006) al manifestar que no es posible resguardarse bajo el principio de confianza argumentando una no imputabilidad por el error de una persona, a sabiendas que esta persona no tenía la suficiente cualificación profesional para desarrollar tal actividad.

En las organizaciones públicas y privadas existe división horizontal y vertical del trabajo, este límite bajo análisis está enmarcado básicamente en la división vertical donde es frecuente que los titulares del pliego o directivos participen en la selección del personal de menor jerarquía en base a criterios técnicos bien delimitados según el puesto que se desea cubrir. En el sector privado cuyo objetivo siempre es la eficiencia normalmente no hay problemas en la selección del personal idóneo, en cambio en la administración pública se encuentran vicios en la contratación del personal pues en este sector más prima el partidismo o afinidad, lo que pone en grave peligro el desenvolvimiento correcto de la administración pública.

Consideramos entonces que si por ejemplo un alcalde o presidente regional contrata a su personal de confianza como los gerentes, subgerentes, directores de programas, etc., sin los criterios técnicos que amerita el cargo es lógico que ya está asumiendo una responsabilidad, pues su conducta incrementa el riesgo de que estos profesionales no desempeñen su función acorde a su rol y siendo esto así, el titular o superior jerárquico no puede invocar principio de confianza para liberarse de responsabilidad.

**c. No puede invocar el principio de confianza quien no se comportó con debido cuidado**

Según este postulado no puede invocar principio de confianza quien se comporta de manera descuidada, esto quiere decir que quien trasgrede su rol no puede escudarse en la confianza que los terceros debieron actuaran correctamente, por ejemplo si el comité de selección de una institución pública

por descuido no revisó los requisitos mínimos que se exigen a los postores de una obra pública, no puede escudarse en la premisa que confió que el titular del pliego observaría la falta de dichos requisitos a la hora de firmar la buena pro.

Si el comportamiento de una persona, dice Sánchez (2019) es contrataría a su deber y ello acarrea una infracción del deber de cuidado que los parámetros jurídicos le establecen, entonces no es posible la invocación del principio de confianza para liberarse de responsabilidad.

Claro está que cuando una persona actúa contraria a su rol está incrementando un riesgo permitido o está creando un riesgo prohibido, por ello si esta conducta riesgosa se materializa en un resultado lesivo es obvio que la responsabilidad debe asumirla el autor de dicha conducta, esto siempre que no forme parte de la esfera del rol del tercero observar o supervisar la conducta riesgosa de la persona.

Por esta razón muchos autores opinan que el principio de confianza es un límite del deber de cuidado, esto quiere decir, en términos positivos que quien actué dentro del debido cuidado o dicho en palabras de Jakobs, dentro de su rol, puede ampararse en el principio de confianza, si son terceros los que desencadenaron los eventos lesivos.

Sin embargo pese a todo lo dicho, no se debe incurrir en la idea mecánica y causalista que se puede imputar a una persona cualquier consecuencia que genere su actuar descuidado; para determinar una responsabilidad si bien la causalidad entre conducta y resultado es un primer peldaño de análisis, pero no suficiente, debe además evaluarse si la conducta es objetivamente imputable en base a

parámetros normativos, porque puede suceder que una persona efectivamente obre de manera descuidada pero su conducta imprudente se complementa o concurre con otra conducta también imprudente desplegada por una tercera persona, entonces por más que la primera persona hubiera actuado conforme a su rol le era imposible evitar el resultado lesivo, en este caso su actuar descuidado no merece reproche penal.

Para ilustrar lo dicho citamos al maestro Roxin (1997) cuando asevera que “Si alguien conduce a velocidad excesiva, y un transeúnte se le echa encima del coche con tan mala fortuna que no se habría podido evitar el resultado lesivo ni siquiera respetando la velocidad prescrita, la imprudencia no tiene lugar por falta de realización del peligro” (p. 1001). Lógicamente así el chofer se hubiera comportado conforme a derecho igual le era imposible evitar el resultado lesivo, por ello el derecho penal con mucha sabiduría no debería ejercer ningún poder punitivo sobre el conductor pues su actuar descuidado si bien tiene relación de causalidad con el resultado, no es normativamente imputable.

**d. No puede invocar el principio de confianza quien advierte un comportamiento antijurídico de un tercero y no detiene el curso causal lesivo.**

Este límite básicamente calza en aquellas actividades de distribución de tareas ya sea en la división horizontal o vertical del trabajo, pues es en este ámbito donde fácilmente se puede advertir cuando un colaborador tiene un comportamiento incorrecto contrario a su rol funcional, muy difícil sería aplicarlo en circunstancia menos organizadas pues el advertir un comportamiento

contrario a derecho no es un despliegue de la intuición o previsibilidad general por el contrario para determinarlo se debe realizar un análisis del caso en concreto y lo más importante en base a la distribución normativa del rol.

En este sentido por ejemplo si un alcalde, presidente regional, director de algún programa, etc., advierte que un funcionario que está bajo su dependencia está realizando actos contrarios a derecho y pese a ello no detiene el curso causal lesivo, es natural que no pueda cobijarse bajo el principio de confianza para salir librado de su responsabilidad administrativa o penal.

Para Sánchez (2019) un mero parámetro estadístico sobre la frecuencia con que los otros suelen comportarse de manera incorrecta no es suficiente para desvirtuar la aplicación del principio de confianza, debe realizarse un análisis de la situación concreta.

Esto quiere decir que no importa a si la conducta incorrecta es frecuente o es la primera vez que se presenta pues el principio de confianza sólo se puede desvirtuar por acciones determinadas y concretas de una persona que deben ser valoradas normativamente en función a la distribución de roles y no es posible a la luz de la imputación objetiva dejar de aplicar el principio de confianza en base a patrones estadísticos del comportamiento antijurídico de las otras personas.

**e. No puede invocar el principio de confianza quien tiene deberes especiales de cuidado respecto a conductas antijurídicas de terceros**

Este criterio está relacionado a la posición de garante que tiene una persona respecto a la conducta de un tercero, esta posición de garante impone a la persona a cumplir con ciertos deberes especiales de vigilancia y control respecto de la

conducta del tercero, no hacerlo implicaría asumir una responsabilidad por las conductas imprudentes en que se pueda incurrir. Dicho de otro modo, más simple no puede ampararse bajo el principio de confianza quien pese a su posición de garante no vigiló o controló la conducta infractora del tercero.

En este sentido el principio de confianza ofrece un criterio independiente y complementario respecto al criterio del riesgo permitido, pues este último reconoce que cuando un sujeto ostenta posición de garante debe cuidar de los riesgos que emanen de su propia conducta, sin embargo, el principio de confianza obliga que el garante también cuide y controle las manifestaciones de riesgo de los terceros. (Sánchez, 2019).

Homologando esta idea podemos decir por ejemplo que un superior jerárquico de una institución pública está obligado a controlar que su conducta se mantenga dentro de su rol funcional pero también debido a la posición que ostenta está obligado a controlar y vigilar la conducta de los demás funcionarios con los que comparte actividades de la administración pública, claro está en la medida que las normas administrativas y *lex artis* le permitan, pues tampoco es bueno una súper vigilancia o súper control lo que más bien resultaría invasivo y poco productivo en el desarrollo de la administración de la organización.

En el mismo sentido Arroyo citado por Sánchez (2019), resalta que no en todos los casos el superior jerárquico le corresponde instruir al subordinado, puesto que quedan excluidos los casos donde los trabajadores subordinados son especialistas y expertos en el trabajo arriesgado.

Esto quiere decir que es bueno que el que ostenta una posición de garante tenga una dosis de desconfianza que lo impulse a vigilar y controlar la conducta de los subordinados sin embargo no debe ser invasivo y menos en aquellas áreas especializadas donde los profesionales si han sido debidamente seleccionados, son probos en la realización de sus actividades funcionariales y más bien ahí también son ellos los responsables de los riesgos que pueda emanar de su conducta.

La desconfianza excesiva conduciría a un contrasentido del propio ordenamiento jurídico y en general de la sociedad, pues en una sociedad donde primara la desconfianza no sería posible el reparto de tareas y menos el desarrollo de las actividades en cooperación pues estaríamos constantemente vigilando con sospecha la conducta de los terceros lo que haría imposible concentrarse en la realización de las actividades propias, generando con ello, el retraso del desarrollo social.

Felizmente existe el principio de confianza de modo que cada uno mientras actúe dentro de su competencia no estará preocupado ni sospechando que los demás actuaran de manera herrada, al contrario se confía que ellos también realizarán su competencia; sin embargo los que ostentan posición de garante su deber de confianza está debilitado por los deberes especiales que lo vinculan con la actividad de los terceros, pero como ya se dijo, este límite no debe sobrepasar la desconfianza delimitada normativamente por las reglas sociales o del derecho.

### **1.1.10. Presupuestos de aplicación del principio de confianza**

Debido a que el principio de confianza es un instituto dogmático en formación no hay muchos doctrinarios que hayan desarrollado sus presupuestos de aplicación, por ello citaremos en este acápite a la voz más autorizada en este tema que es el doctor Maraver (2007) en cuya tesis doctoral presentada en la Universidad Autónoma de Madrid postula cuatro presupuestos de aplicación del principio de confianza que pasaremos a desarrollar a continuación.

#### **a. La existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno**

El primer presupuesto para aplicar el principio de confianza es que quien va a depositar su confianza en un tercero debe verificar que sea una persona con capacidad de asumir un deber de cuidado respecto de la actividad confiada, pues si se tratara de personas que no tienen esta capacidad o su capacidad esta reducida es inevitable que se desencadene el curso lesivo y por tanto no puede aplicarse el principio de confianza.

Entonces, lo decisivo, es que para aplicar el principio de confianza debe reconocerse la existencia de un ámbito de responsabilidad de un tercero y por tanto lo que suceda se le pueda imputar a este tercero. (Maraver, 2007).

Si este presupuesto se cumple entonces quiere decir que está comprobada la relación negativa que tiene el sujeto respecto del deber de cuidado del tercero; dicho de manera más sencilla si un sujeto comprueba que el tercero al que va a confiar una actividad tiene las capacidades suficientes para hacerse responsable de la actividad designada y sus posibles consecuencias, significa entonces que puede desligarse del ámbito de competencia y responsabilidad del tercero.

Si bien se ha esbozado que según este presupuesto no es posible confiar en personas irresponsables debemos hacer dos precisiones: primero, si nos referimos a los menores de edad, retardados mentales o enfermos mentales estos de plano son inimputables y por tanto no sería posible la confianza a menos que este acompañado de una persona adulta y normal, en cuyo caso la confianza va direccionada a esa persona. Segundo, si por irresponsables nos referimos a discapacitados o ancianos debemos advertir que si aún conservan una parcela de idoneidad que le permite hacerse cargo de manera responsable de la actividad encomendada, es posible la confianza en caso contrario no sería posible confiar y menos desligarse las consecuencias que ello acarree.

Homologando lo dicho podemos señalar, por ejemplo, que, si se confía el cuidado de un niño a un anciano que sufre de alzheimer, lógicamente el depositante de la confianza tendrá que responder por todo el curso lesivo que pueda generarse de este encargo, pues no cumplió con el presupuesto de observar el ámbito de responsabilidad ajeno.

**b. La relación negativa con el riesgo: la inexistencia de medidas de doble aseguramiento**

Cuando hablamos de relación negativa con el riesgo debe entenderse que el sujeto no está obligado a controlar el riesgo que la conducta del tercero pueda desplegar, en estos casos es fácilmente aplicable el principio de confianza. En cambio, cuando hay una relación positiva con el riesgo quiere decir que el sujeto

tiene una posición de garante respecto al control del riesgo del tercero en estos casos no es posible la confianza.

El presupuesto de relación negativa con el riesgo está referido a que si en una distribución de actividades sean estas organizadas o no debe verificarse si la conducta del sujeto estaba en una relación negativa con respecto al riesgo que puedan generar los que concurren en dicha actividad, de ser así entonces es posible la aplicación del principio de confianza ya que la responsabilidad de los riesgos y resultados lo asumirán los terceros.

Para Maraver (2007) es necesario que el sujeto tenga una relación negativa con el riesgo, porque de lo contrario su relación con el riesgo no podrá verse alterada por la conducta del tercero.

Por ejemplo, un alcalde no tiene competencia en controlar las actividades que realizara los regidores municipales entonces hay una relación negativa del alcalde respecto a la conducta riesgosa de los regidores municipales y si estos incurrieran en vicios durante su gestión no podría asumir la responsabilidad de ello el alcalde.

Todo lo contrario sucede si la relación con el riesgo es positiva pues aquí más bien hay una posición de garante del sujeto respecto a la conducta del tercero por ello debe tomar todas la medidas necesarias para asegurar que la conducta del tercero no desencadene en riesgos lesivos, ello sin importar las medidas de cuidado que pueda tener el tercero, puesto que si desbordáramos en consecuencias desafortunadas, el garante no puede escudarse en el principio de

confianza para liberarse responsabilidad, por el contrario su negligencia en el control del riesgo le hace merecedor de responsabilidad.

A esto los doctrinarios llaman el *doble aseguramiento* por la razón que pese a que el tercero tenga un deber de controlar o asegurar su propio riesgo, es el garante el que debe de evitar que ese riesgo se materialice en el resultado lesivo. En ese sentido la relación con el riesgo que tiene el garante no cambia por la intervención del tercero, dicho de otro modo, si el garante no controla a segura el riesgo del que tiene garantía las consecuencias igual las asume, así el tercero haya actuado con dolo o imprudencia en la generación del riesgo no permitido.

**c. La relación negativa con el tercero: la inexistencia de deberes de cuidado frente a la actuación de los terceros**

Este presupuesto si bien guarda un parecido con el anterior no obstante hay una diferencia esencial que el anterior presupuesto estaba referido a la relación negativa que debe tener la persona con el riesgo esto es que puede confiar quien dentro de la estructura de su rol no le compete controlar el riesgo de otros, en cambio acá se refiere a la relación negativa que debe tener con el tercero, esto es si el sujeto no tiene posición de garante respecto del tercero entonces le es viable confiar.

Así Maraver (2007) asevera que, para invocar el principio de confianza, el sujeto activo debe tener necesariamente una relación negativa con el tercero; esto es, no debe tener un deber de cuidado frente al comportamiento del tercero.

Si bien en la mayoría de las relaciones de convivencia social hay una relación negativa respecto a la conducta del tercero no obstante hay ciertos

ámbitos de la actuación humana que por excepción se configura una relación positiva con el tercero; estas situaciones básicamente se presentan en las organizaciones donde hay una distribución vertical del trabajo de modo que los superiores jerárquicos tienen deberes especiales de selección, coordinación, vigilancia y control sobre la conducta de los subordinados.

Entonces en estos ámbitos de distribución de tareas no puede establecerse una relación negativa del garante respecto a la conducta de los terceros por ello no es posible acá invocar el principio de confianza.

Para la aplicación del principio de confianza se necesita que el sujeto tenga una relación negativa con el tercero y no cuente con excepcionales deberes de cuidado frente a la actuación del tercero, ya sean deberes de selección, instrucción, coordinación, control o supervisión. (Maraver, 2007).

En definitiva, se deduce que los aspectos de la conducta del tercero que queden abarcados por los deberes de selección, instrucción, coordinación, control o supervisión no pueden ser objeto de confianza. Por ejemplo, un funcionario público tiene una posición de garante respecto a la conducta de su secretaria, en esa medida si no revisa los escritos o documentos elaborados por ella y los firma, ha trasgredido su deber de supervisión y control, por tanto, no puede cobijarse bajo el principio de confianza si esta conducta genera resultados lesivos.

**d. La inexistencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero**

Este presupuesto es aplicable en aquellas circunstancias donde debido a la posición de garante que tenga una persona advierte que no hay evidencias que el

tercero sobre el que tiene posición de garantía vaya a incurrir en comportamientos incorrectos.

Se desprende de ello que este presupuesto introduce una limitación al alcance del deber de cuidado que debe tener el que tiene posición de garante respecto al tercero puesto que si por el contrario es evidente que el tercero va a incurrir en una conducta incorrecta ya no es posible el principio de confianza sino más bien la intervención del garante en el control del riesgo. Así Maraver (2007) asevera que debido a la posición de garante que ostenta el sujeto, es necesario que no se evidencien circunstancias especiales del comportamiento incorrecto del tercero.

Por ejemplo, si un presidente regional advierte que sus técnicos están emitiendo informes contrarios a derecho o sustentados en estudios falsos entonces por la posición de garante que tiene esta autoridad no puede resguardarse en el principio de confianza para librarse de las consecuencias administrativas o penales que estas conductas riesgosas puedan generar.

### **1.3. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN ORGANIZACIONES COMPLEJAS.**

#### **1.3.1. Recurso de Nulidad N° 449 – 2009 Lima sobre el Caso Magaly Medina vs Paolo Guerrero**

Este es un caso emblemático, no solo por tratarse de un caso mediático que involucraba a nuestra estrella del fútbol nacional, sino que también por que a nivel jurídico nuestra Corte Suprema realizó un análisis más detallado de la imputación objetiva y con mayor precisión del principio de confianza.

Es así que la defensa de la señora Magaly Medina presenta su recurso de nulidad ante la Corte Suprema argumentado entre otras cosas, que la procesada debe ser absuelta por falta del elemento típico en la acusación puesto que la señora Magaly al comunicar la noticia de que Paolo Guerrero había violado las normas de concentración deportiva, confiaba, en base a la división del trabajo, que su equipo periodístico le había proveído de una noticia con contenido verdadero, por ello no es posible objetivamente imputarle responsabilidad pues su conducta es atípica al estar cobijada bajo el principio de confianza.

Referente al caso en mención la Corte Suprema manifiesta que:

No es admisible asumir la aplicación del **principio de confianza** en forma absoluta, pues en el marco de las públicas actividades desplegadas por la encausada Magaly Medina se requiere un proceder cauteloso y rígido respecto a sus controles; es cierto que bajo criterios de distribución del trabajo, se tiene la necesidad de actuar confiados en que cada eslabón ejecutará correctamente su rol; sin embargo, en una organización de carácter vertical exige un mayor nivel de control del superior al subordinado, tanto más cuando se asumen altos riesgos de afectación a bienes jurídicos de terceros.

Concordamos con la posición de la Corte Suprema pues si bien el principio de confianza permite la división del trabajo de modo que se realice el reparto de tareas y con ello el desarrollo de las organizaciones, sin embargo esta confianza tiene límites siendo uno de ellos el deber de asegurar el riesgo de los subordinados, este instituto es también llamado el doble aseguramiento puesto que el subordinado tiene la obligación de actuar dentro del riesgo permitido o sea asegurar su propio riesgo

pero cuando hay una jerarquía de mando le corresponde también al superior asegurar el riesgo del subordinado.

La Corte Suprema concluye que en base a la amplia experiencia que tenía Magaly Medina en el campo periodístico y sobre todo en base a su posición de garante por tener calidad de directora del programa, le era exigible:

i) mostrar diligencia en la verificación de la información, y ii) proporcionar los medios necesarios a quien está en una relación de subordinación; lo que no realizó, pues en el presente, la cámara fotográfica del agente que lleva la noticia no tenía un fechador debidamente controlado; y; iii) el riesgo de afectación al honor del jugador nacional José Paolo Guerrero Gonzáles exigía principalmente que dicho aspecto sea corroborado, en todos los niveles, tanto más por la propia Directora y conductora.

Como se puede apreciar bajo estas condiciones no es posible que alguien que ostente posición de garante pueda ampararse bajo el principio de confianza si no ha desplegado todos los deberes especiales de instrucción, vigilancia y control que tiene sobre los subordinados.

### **1.3.2. Recurso de Nulidad N.º 2695-2017-Lima sobre defraudación tributaria**

En el presente caso se imputa a doña Mery Denesey Sánchez Vásquez (jefe de tesorería), doña Luz Angélica Espinoza Torres (encargada de caja) y don Hugo Marcelino Chauca (técnico contable), todos ellos trabajadores del área de tesorería de la empresa de transportes Perú Bus SA, haber prestado asistencia para la realización del pago de facturas de compra de los proveedores por operaciones inexistentes, con el fin de defraudar tributariamente a la SUNAT.

Respecto a esto la Suprema Corte asevera que en la empresa había una delimitación de funciones en tanto que correspondía a los encargados del área de almacén fiscalizar el ingreso de los bienes y servicios, al área de tesorería el registro y pago de facturas y otra persona era la encargada de las declaraciones ante la SUNAT. Siendo que los imputados solo estaban a cargo del área de tesorería no les correspondía verificar si las facturas que cancelaban correspondían a operaciones reales o ficticias, ya que esa responsabilidad la tenían los encargados del área de almacén.

Por ello la Corte Suprema en su fundamento 2.8 asevera que:

En el caso existió una delimitación de funciones para el ingreso de bienes, el registro y pago de las facturas, y la declaración ante la SUNAT, por lo que se aplicaron los criterios de imputación objetiva, considerándose en la recurrida que los imputados actuaron al amparo del principio de confianza, por el cual no puede considerarse objetivamente autor del delito a quien obró confiando en que otros se mantendrían dentro de los límites del riesgo permitido.

Luego para complementar la Corte asevera que las personas nos interrelacionamos siempre sobre la base de un mínimo de confianza. Pues esta resulta necesaria para el desarrollo social y en ese sentido el derecho penal debe erigir al principio de confianza como un eje normativo en el sistema de imputación.

El núcleo conceptual de este principio estriba en que a pesar de la constatación de los errores de los demás, se autoriza a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de aquellos. Vale decir, a las personas que emprenden una actividad riesgosa, pero —desde luego— lícita les está permitido confiar en que quienes participan junto con él van a ajustar su actuación al ordenamiento jurídico.

### **1.3.3. Recurso de Nulidad N.º 1416 - 2018, Lima sobre defraudación tributaria**

En este caso más bien el principio de confianza fue invocado para declarar que no procedía su aplicación pues la Sala Superior había declarado que Medina Díaz en su calidad gerente de la empresa Ingenieros S. A. bajo el principio de confianza quedaba excluido de toda imputación porque desconocía que su contador Maldonado Padilla había registrado en la contabilidad facturas adulteradas por servicios no reales que, finalmente, fueron declarados ante la SUNAT y generaron que dicha empresa se beneficie con crédito fiscal indebido.

Para la Corte Suprema la aplicación del principio de confianza no fue aplicada de manera correcta; así en su fundamento undécimo manifiesta que:

Debe recordarse que para una adecuada aplicación del principio de confianza ha de establecerse sin lugar a dudas que el sujeto imputado cumplió con todas las obligaciones y deberes inherentes a su rol. Además, dado el alto cargo (máxima autoridad) que ostentaba el acusado, este debió establecer mecanismos adecuados de control y supervisión que evitaran los hechos que finalmente sucedieron

Efectivamente por la posición de máxima autoridad que tenía el imputado como gerente de la empresa su capacidad de confianza estaba supeditado a deberes especiales de vigilancia y control de los riesgos que podían generarse de la conducta de sus subordinados más aun cuando corre de autos que el contador había asumido también el cargo de administrador pero con un nombramiento de palabra o sea de manera informal; debe tenerse presente que si bien el principio de confianza se fundamenta en el principio de la autorresponsabilidad, es también cierto que este

principio no es ilimitado y arbitrario sino que cuando una persona asume una posición de garante del riesgo de terceras personas debe observar ciertos mecanismos de aseguramiento como vigilancia y control de la conducta del tercero.

Por ello la Corte Suprema finalmente manifiesta que:

La sentencia recurrida se motivó aparentemente para justificar indebidamente la conducta del acusado Medina Díaz dentro de los alcances de la figura del principio de confianza, sin que se hayan justificado aspectos relevantes a su conducta como gerente general de la empresa aludida y sin que se haya cumplido con todos los requisitos para eximirlo de responsabilidad.

#### **1.3.4. Casación N° 263-2017 - Ancash sobre manipulación imprudente de explosivos en la municipalidad de Acochaca.**

El presente caso está referido a que el menor de edad Emerson Garagate Valladares había recibido una lesión grave con amputación de sus dedos de la mano por la explosión de un pirotécnico que había cogido de las instalaciones de la Municipalidad de Acochaca cuyo alcalde era el condenado Vega Vega, que a decir de la Sala Superior no había prestado el debido cuidado en el resguardo del material explosivo lo que ha hecho incrementar el riesgo permitido que finalmente se realizó en resultado lesivo.

Efectivamente en el caso de análisis hay un riesgo no permitido creado por los encargados de la custodia del material explosivo que efectivamente se materializó en el resultado de lesiones graves de la víctima, sin embargo en una municipalidad hay una distribución de tareas entre los diferentes funcionarios y servidores públicos, entonces para delimitar la responsabilidad penal debe valorarse a quien correspondía el rol de custodia de los explosivos pues si bien el alcalde es el titular del pliego eso

no implica que deba asumir toda responsabilidad de los eventos lesivos que se generen en su dependencia.

En este sentido la Corte Suprema asevera que:

En el caso de trabajo en equipo se ha de tener en cuenta la correcta relación entre los principios de confianza y desconfianza en el comportamiento de otros funcionarios o servidores que, en atención a la complejidad organizacional de la municipalidad, serían los encargados de la custodia de los productos pirotécnicos y de la seguridad en el acceso al local municipal.

Vemos que también en esta casación la Corte suprema aplica el principio de confianza para delimitar la responsabilidad penal de los implicados cuando hay tareas compartidas como en el presente caso donde los responsables debe ser el encargado de la custodia de los pirotécnicos y el encargado de controlar el acceso a la municipalidad y no como el alcalde que fue condena por la Sala por aplicación incorrecta de la imputación objetiva.

Si no se comprende bien este instituto dogmático de la imputación objetiva puede acarrear errores nefastos como en este caso o tal vez su mala aplicación pueda también generar impunidad, por ello debe entenderse que si bien el principio de confianza se aplica para liberar de responsabilidad a quien actuó de manera correcta sin embargo no siempre el actuar correcto del agente lo libera de responsabilidad pues hay casos en que más bien debe primar el principio de desconfianza como cuando se trata de controlar el riesgo de las terceras persona si es que se tiene sobre ellas una posición de garante, pero este no es el caso del alcalde pues si bien tiene una posición de preeminencia en la estructura jerárquica de una municipalidad pero eso no implica que deba controlar a detalle todas las actividades de los subordinados

# CAPÍTULO II

## **CAPITULO II: ESTADO DE LA CUESTION DEL DELITO DE COLUSIÓN**

### **2.1. COLUSIÓN**

Para tener una cabal comprensión del delito de colusión es menester recurrir a lo prescrito en el Código Penal en su artículo 184:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a seiscientos treinta días multa.

De este artículo se puede entender que el delito de colusión es un injusto penal de infracción de deber cometido solo por los funcionarios y servidores públicos señalados en el artículo 425 del Código sustantivo, los mismos que aprovechándose de su cargo realizan junto a terceros un acuerdo colusorio clandestino para defraudar la confianza en ellos depositados (colusión simple) o también el patrimonio del Estado (colusión agravada). Al respecto Aycho (2013) nos dice que el delito de

colusión es un convenio realizado entre dos o más personas en forma clandestina, con el propósito de defraudar o perjudicar al Estado. Sin embargo, para este autor es necesario, para que se configure este delito, la existencia de un elemento de fraude, pues de no presentarse no podemos hablar del delito de colusión.

Por nuestra parte consideramos que para la configuración del delito de colusión deben concurrir cuatro presupuestos esenciales, a saber, una infracción de deber del funcionario o servidor público, un acuerdo colusorio clandestino entre el funcionario y un extraneus, la infracción debe realizarse en el marco de las contrataciones públicas y el fraude o defraudación a los intereses del Estado, haya afectación patrimonial o no. Para mayor claridad ahondaremos en cada uno de estos presupuestos.

### **2.1.1. La colusión como delito de infracción de deber**

La colusión es un delito de infracción de deber especialísimo pues se castiga al funcionario público no solo por el perjuicio a los intereses del Estado, sino por infringir su deber de proteger la correcta administración pública. En este sentido Salinas Siccha (2018) con toda razón asevera que la colusión es un delito especialísimo de infracción de deber, por cuanto el sujeto activo aparte de tener la condición de funcionario público debe infringir la confianza que la administración pública ha depositado en él.

#### **a. La infracción del deber de lealtad y probidad del funcionario**

Castillo (2008), opina que un sector calificado de la doctrina entiende que cuando se hace alusión al bien jurídico protegido en el delito de colusión debe hablarse de la trasgresión de los deberes de lealtad y

probidad del funcionario público en el desempeño en su función estatal. Esta postura también ha sido acogida por nuestra Corte Suprema en diferentes sentencias, por ejemplo, en el Recurso de Nulidad N° 265-2013 asevera que:

Los delitos cometidos por los funcionarios públicos tienen como característica intrínseca que se forman a partir de la infracción de un deber especial. La infracción del mismo lo convierte en autor por la posición que domina en relación con el deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la administración pública.

Consideramos que cuando se asevera que en el delito de colusión el funcionario público infringe deberes especiales esto se refiere a la trasgresión de la confianza que el Estado ha depositado en él, en ese sentido los deberes especiales estarían constituidos por todos roles que tiene el funcionario en las negociaciones públicas, consignados en las normas penales y las infra normas. Por ello, aceptamos la postura de la Corte Suprema con la atinencia que los deberes de lealtad y probidad deben estar referidos al cumplimiento cabal de estos roles funcionales pues de no ser así, la lealtad y la probidad quedaría sin contenido normativo y solo serían conductas morales y como sabemos el derecho penal no sanciona la inmoralidad de las conductas.

Con mucha razón entonces el Doctor Fidel Rojas (2007) asevera que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es múltiple siendo algunos de ellos la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la

función pública, y el aseguramiento de los deberes de lealtad institucional y probidad funcional. Vemos pues que efectivamente la doctrina y la jurisprudencia cogen la postura que el delito de colusión busca proteger los deberes especiales, la lealtad y probidad del funcionario público, criterios que deben valorarse para delimitar su responsabilidad penal. Sin embargo, para Rojas (2007) con esta obligación de probidad no se resalta exclusivamente valoraciones de carácter moral, sino que más bien se resalta el deber constitucional del servicio a la nación al que están obligados todos los funcionarios y servidores públicos.

**b. Infracción del deber de idoneidad y celo profesional**

Si bien estos deberes especiales no se encuentran redactados directamente en el tipo penal de colusión sin embargo la Corte Suprema en distintas ocasiones ha reiterado que “el bien jurídico protegido específico o particular es la regularidad, prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresos en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales de parte de los funcionarios o servidores públicos”.

Sin embargo, para Castillo (2017) los deberes ético - morales si bien son pautas del comportamiento objetivo que deben ser alentado y promovidos dentro de la administración pública, no por ello deben ser comprendidas dentro de los alcances del bien jurídico, puesto que la noción de bien jurídico se aleja de consideraciones ético-morales.

Por nuestra parte consideramos que las expectativas que el Estado y la sociedad ponen en los funcionarios públicos es mayor que la que recae sobre cualquier ciudadano cuando se trata de resguardar el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, por ello la idoneidad y celo profesional no están referidas a conductas puramente éticas o máximas morales, si no que adquieren un contenido normativo toda vez que esta idoneidad está inserta en las normas administrativas que debe valorarse a la hora de contratar o seleccionar al personal pero también debe tomarse en cuenta a la hora de sancionar al funcionario tanto en ámbito administrativo como en el penal. Ahora, para la moderna teoría de la imputación objetiva la valoración típica de la conducta está en función del riesgo creado cuyos límites debe valorarse en base a las normas penales, sin embargo las normas administrativas sirven como indicios para determinar el límite del riesgo creado, claro está entonces que estas normas extrapenales no determinan el contenido del tipo, pero si ayudan a su configuración, por ello no comulgamos con Castillo en aseverar que la idoneidad y celo profesional son normas ético morales que no deben tomarse en cuenta en la valoración típica de la conducta en el delito de colusión.

Así para Medina (2016) las normas extrapenales tienen una función indicativa que permite precisar los límites entre lo permitido y prohibido, sin embargo, la infracción de estas normas solo podrán ser un criterio indiciario que permita determinar los límites de lo penalmente prohibido

dado que por el principio de legalidad, es claro que sólo mediante una ley penal pueden ser creados los tipos y sanciones penales respectivas.

**c. Infracción de deberes de transparencia, imparcialidad y trato justo a los postores en la contratación estatal**

Dado que la colusión se produce en el marco de las contrataciones públicas, es indispensable también valorar deberes especiales que emanan de La Ley de Contrataciones Públicas, puesto que si bien una norma administrativa, como ya se dijo líneas arriba, no tipifica conductas penalmente relevantes, no obstante permiten tener indicios de la conducta del sujeto público y con ello poder determinar si estuvo o no inmerso en actos colusorios, mucho más si precisamente este delito es de difícil probanza siendo necesario acudir a los indicios como elementos de convicción de la existencia de este injusto penal.

Para Salinas (2018), por ejemplo, la colusión como delito de infracción de deber tiene como bien jurídico genérico al normal y recto funcionamiento de la administración pública y como bienes jurídicos específicos a los principios de transparencia, imparcialidad y trato justo a los postores.

Estos principios que están regulados en la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 y su reglamento buscan evitar que el funcionario público se coluda con un postor o proveedor, pues cuando lo hace afecta los intereses del Estado al evitar que la administración pública obtenga los

mejores bienes y mejores servicios, y también afecta los intereses de los demás postores.

La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1267-2014 destaca que “el objeto de tutela jurídico penal en este supuesto de injusto funcional, son los principios de objetividad e imparcialidad en el marco de la contratación pública – administrativa”. En este mismo sentido el Tribunal Constitucional<sup>2</sup> resalta que las contrataciones estatales deben realizarse mediante un procedimiento peculiar que asegure que el Estado obtenga la mejor oferta económica y técnica y respetando los principios de transparencia, imparcialidad, libre competencia y trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

Queda sentado entonces, que estos deberes especiales que debe observar el funcionario público a la hora de realizar o participar en la contratación pública es importante para realizar el análisis de tipicidad de la conducta, lógicamente este análisis debe estar complementado con los otros presupuestos de tipicidad del delito de colusión.

#### **d. Infracción de deberes institucionales**

En la versión de la teoría de la imputación objetiva hay instituciones negativas e instituciones positivas, las negativas están referidas a la evitación del daño al que estamos obligados todos los ciudadanos en el ejercicio de nuestra libre organización; por otro lado la instituciones positivas son relaciones duraderas y jurídicamente reconocidas que tiene

---

<sup>2</sup> Exp. N° 00017-2011-PI/TC

obligaciones de realizar conductas destinadas a la prestación de ayuda y brindar protección en favor del interés social, por ejemplo “la familia y las relaciones estatales”(Castillo, 2017,p. 56).

En este sentido los funcionarios públicos están organizados en instituciones positivas, esto es, están imperativamente obligados a realizar conductas en pro del interés social, no cumplirlo implica que están infringiendo sus roles especiales que el Estado ha depositado en ellos y por ende merecen una sanción.

Para Castillo (2017) los que asumen que con el delito de colusión se están protegiendo determinados deberes institucionales, defienden la tesis que el derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma. De modo que con la comisión del delito de colusión no solo se trasgreden bienes jurídicos si no que lo más relevante es la negación de la vigencia de la norma, por ello la sanción penal no repone la integridad de los bienes jurídicos, lo que recupera es la vigencia de la norma penal.

Para la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 3910-2013 resalta que el delito de colusión “el funcionario o servidor público tiene deberes especiales, positivos, que no posee todo ciudadano; son deberes de cuidado y fomento del ejercicio de la función administrativa de acuerdo con los principios constitucionales”. Pero este delito al ser de infracción de deber solo pueden realizarlo quienes reúnan una cualidad especial exigida por el tipo, esto es, deben ser funcionarios públicos vinculados al proceso de contrataciones con el Estado.

### **2.1.2. La concertación clandestina entre el funcionario y el extraneus como núcleo central del delito de colusión.**

Este presupuesto se refiere al acuerdo clandestino y defraudatorio que deben realizar el funcionario público y un particular (extraneus) con motivo de la negociación, celebración o ejecución de un contrato público; la razón básica del porqué la concertación defraudadora es clandestina es básicamente porque los sujetos intervinientes, como es lógico, no quieren que se descubra la estratagema ilegal con la que buscan obtener provecho particular defraudando al Estado.

Ahora bien, este acuerdo debe realizarse entre el funcionario público y alguien ajeno al proceso de contratación que para tal efecto se le conoce como el externo o extraneus, si bien normalmente es un sujeto externo a la administración pública, sin embargo, así como está redactado el tipo penal bien podría configurar como extraneus también un funcionario público pero que no tenga la atribución de participar a nombre del Estado en ese contrato público en concreto. Bueno sea como sea lo que corresponde desarrollar en este apartado es la concertación como núcleo central del delito de colusión.

Así para García (2008), la tipicidad del delito de colusión requiere que el funcionario público responsable se concierte con los particulares en la negociación, celebración o ejecución de un contrato en el marco de un proceso de contratación pública con la finalidad de defraudar los intereses del Estado.

En este mismo sentido para la Corte Suprema<sup>3</sup> “La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la Ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses y deberes públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa”. Esta posición la vuelve a reiterar en el R.N. N° 1296-2007, precisando que “la configuración del delito de colusión desleal requiere de la concertación del funcionario o servidor público con el interesado, es decir, de un acuerdo subrepticio entre dichas personas, en los contratos, suministros o licitaciones”.

Entonces el acuerdo colusorio siempre es subrepticio pues su finalidad es la defraudación de los intereses de las entidades públicas y siendo así es poco probable que estas negociaciones se realicen de manera abierta y pública, característica esta que hace del delito de colusión de difícil probanza, por ello, el agente del ministerio público para probar este acuerdo clandestino casi siempre recurre la prueba indiciaria, lo que lo pone en desventaja frente las estrategias cada vez más sofisticas que tienen las organizaciones criminales para operar clandestinamente dentro del aparato estatal.

Finalmente debe dejarse bien sentado que el acuerdo colusorio clandestino es el núcleo central para que se configure el delito de colusión puesto que la infracción de deberes funcionales o la defraudación de los intereses del Estado, si bien son elementos típicos a tener en cuenta, no es suficiente para señalar indubitadamente la existencia del delito de colusión

---

<sup>3</sup> R.N. N° 1296-2007-Lima, 2° Sala Penal Transitoria

pues la infracción de deber o la afectación de los interés de la administración pública puede darse en otros delitos, por ejemplo, la infracción y apropiación o uso indebido de los bienes públicos protegidos por el delito de peculado, la afectación de los intereses del Estado para favorecer terceros protegido por el delito de negociación incompatibles, y así varios delitos comprendidos entre el artículo 382 y 401 la mayoría de ellos versan sobre injustos de infracción de deber y defraudación de los intereses del Estado

**a. La colusión como delito de encuentro. Los actos unilaterales son atípicos.**

El delito de colusión es un delito de encuentro o convergencia pues para su realización se necesita del acuerdo de por lo menos dos voluntades, las del funcionario público y los particulares; de no presentarse este presupuesto esencial no es posible la configuración de la colusión ilegal. Por ejemplo, si el funcionario público debido a su disconformidad con el puesto o sueldo que recibe busca de manera unilateral que en una contratación pública el Estado se perjudique, sin que de esto se entere el particular entonces no podemos hablar aquí del delito de colusión, o por otro lado los particulares se confabulan para que en una licitación público uno de los postores presente mejores condiciones de calidad y precios y los otros sobrevaloren sus propuestas con el fin de hacer ganador al primero, si bien hay un acuerdo que a la postre perjudica al Estado pero si este acuerdo no lo realizan en convergencia con el funcionario público entonces tampoco se configura el delito de colusión.

Castillo (2017) también sigue esta línea de pensamiento al aseverar que la concertación entre el funcionario y el particular es un requisito esencial del tipo penal de colusión, de manera que cuando la concertación es solo entre funcionario sin la participación de los interesados o a la inversa los interesados conciertan, pero sin intervención del funcionario entonces no se configura el delito de colusión ilegal.

## **b. Formas de concertación**

Las formas de concertaciones colusorias son muy variadas a continuación abordaremos las más relevantes.

### **b.1. Concertación directa**

Esta concertación se da cuando el funcionario público realiza el acuerdo colusorio directamente con los particulares interesados. A decir de Castillo (2017). Aquí los funcionarios acuerdan con los terceros las condiciones del contrato, el direccionamiento del mismo o determinada condición en la ejecución del contrato” (p.252).

### **b.2. Concertación interpuesta**

En esta forma de concertación el funcionario público se sirve de terceras personas como medios para facilitar la concertación colusoria. En este sentido Castillo (2017) asevera que en esta forma de concertación entre el servidor público y el extraneus no es directa o inmediata, si no que el acuerdo colusorio se establece mediante terceros, los que se comportan como intermediarios del acto colusorio.

### **b.3. Concertación idónea**

La concertación debe ser idónea para generar un peligro a los intereses del Estado. Así la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2712-2014 asevera que “los conciertos colusorios deben tener idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos”. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en los delitos de peligro la creación de un riesgo no es suficiente para imputar objetivamente el delito al funcionario que creo dicho peligro, puesto que se necesita comprobar que dicho riesgo se haya materializado en un resultado lesivo.

### **b.4. Concertación inidónea**

De lo anterior se deriva que si la concertación no es idónea para crear un riesgo relevante en la afectación de los bienes jurídicos protegidos o trasgresión de la vigencia del tipo penal entonces no es posible la configuración del delito de colusión.

Así para Castillo (2017) como ejemplos de una concertación inidónea se pueden mencionar: cuando el funcionario público es incompetente en la contratación pública en concreto; cuando el acuerdo se produce antes del inicio de contratación pública o cuando se realiza cuando se ha extinguido el contrato público, cuando se realiza fuera del ámbito de contratación pública.

### **b.5. Concertación clandestina**

Normalmente las concertaciones colusorias son clandestinas básicamente porque los negociadores realizan sus acuerdos al margen de la legalidad, por ello busca ocultar en lo posible sus aviesas intenciones atentatorias del patrimonio o intereses estatales.

Sin embargo, para Castillo (2017) la clandestinidad es solo una forma de concertación, pues no hay inconveniente que la concertación pueda cometerse abiertamente e incluso puede haber testigos. No deja de tener razón el autor, pero como dijimos anteriormente es común que el delito de colusión sea clandestino, así lo reconoce también la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 1296-2007 cuando asegura que “La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco *subrepticio* y no permitido por la Ley”.

### **b.6. Concertación onerosa**

Esta forma de colusión se produce cuando el interesado ofrece un pago o beneficio a cambio de una ventaja en algún contrato público o también puede suceder que el funcionario público solicite un beneficio patrimonial o no a cambio de orientar el proceso a favor del extraneus. En este último caso si el funcionario “solicita una ventaja habrá un concurso de delitos entre colusión ilegal y el delito de corrupción de funcionarios, ya sea en la modalidad de cohecho pasivo o cohecho pasivo impropio”. (Castillo, 2017, p. 262).

### **b.7. Concertación gratuita**

En este caso si bien no hay una contraprestación actual, pero puede haber una promesa de beneficio futuro o también puede ser el caso que el funcionario público concierte con el interesado en beneficiarlo en algún contrato por agradecimiento o como un favor.

Debe tenerse siempre presente que el presupuesto para la configuración del delito de colusión es la concertación entre el funcionario y el interesado para defraudar los intereses del Estado haya o no un pago real de por medio, esto último es accesorio, pero no determinante en la comisión del delito, pues el móvil o causa no forma parte de la tipicidad objetiva de la conducta en el delito de colusión.

### **b.8. Concertación por actos concluyentes**

Esta modalidad se produce frecuentemente cuando el funcionario público para beneficiar al interesado fracciona el proceso de contratación con el fin de evitar el procedimiento de selección que corresponda y hacerlo más accesible a prácticas colusorias. Por ejemplo, se fracciona las compras de bienes y servicios similares en dos o más procedimientos de modo que cada uno de ellos no sobrepase las 8UIT con lo que se exoneraría de la aplicación de la ley de Contrataciones del Estado que se aplica solo a procesos de selección superiores a esta cifra.

### **c. Formas de concertación fuera del ámbito de protección de la norma penal**

La concertación colusoria siempre debe ser dolosa esto es, el funcionario público debe figurarse cognitivamente que su conducta está trasgrediendo los roles especiales que la administración pública a depositado en él. De lo dicho se desprende entonces que hay ciertas formas de colusión que no están dentro de la protección del tipo penal.

#### **c.1. Concertación culposa**

Si algún funcionario público por desconocimiento o imprudencia incurre en errores que dan la apariencia de concertación no puede merecer un reproche penal, pues la legislación peruana no contempla el delito la colusión culposa, de modo que si se presentara esta situación, el funcionario tal vez merezca un proceso administrativo sancionador pero de ninguna manera recibirá un reproche penal, pues si bien su conducta imprudente creó un riesgo que incluso se podría haber materializado en la afectación de los intereses del Estado, pero como este resultado no está dentro del ámbito de la protección del tipo penal de colusión, no merecerá reproche punitivo del Estado. (Castillo, 2017)

#### **c.2. Concertaciones licitas o ventajosas**

Si un funcionario público observa escrupulosamente todos los procedimientos estipulados por la ley de contrataciones del Estado y producto de ello se genera beneficios o ventajas superiores

para el Estado, entonces una posible concertación en este contexto no sería típica en la medida que no hay ningún desvalor en la acción o en el resultado. Sin embargo, debe tenerse presente que siendo el delito de colusión un delito de infracción de deber, si la concertación se da en violación de los principio o normas de la Ley de Contrataciones del Estado, por más que haya ventajas para el Estado ya existe un incumplimiento de deberes funcionales por tanto este funcionario si podría merecer una sanción penal, siempre que además haya una lesión de bienes jurídicos estatales.

### **c.3. Concertación frustrada**

Cuando habiendo una concertación esta se ve frustrada por un caso fortuito o por un cálculo fallido de la ganancia del interesado no es posible la configuración del delito de colusión. Así Castillo (2017) manifiesta al respecto que “no cabe duda que estamos ante la presencia de un inequívoco desvalor de la acción que determinará según el caso la configuración de una responsabilidad penal en grado de tentativa”. (p. 290).

### **2.1.3. La colusión en el marco de la contratación pública**

La colusión como delito especial solarmente lo pueden cometer los funcionarios y servidores públicos que tengan una relación con el proceso de contratación pública en sus distintas etapas, pues si bien dentro de la redacción del tipo penal de colusión se exige que sea funcionario público, pero debe entenderse que este funcionario público debe estar cualificado

para participar en el proceso de contratación, pues si es cualquier otro funcionario público pero no el que tenía la facultad especial, solo será considerado cómplice a nivel de un extraneus.

Así para Salinas (2018) para ser autor del delito de colusión, el funcionario o servidor público debe tener la atribución o, mejor, la competencia para participar en cualquier etapa de las contrataciones estatales. Si en cambio el funcionario o servidor público no tiene tal atribución, su conducta no podrá subsumirse en el delito de colusión.

En contra de lo que algunos abogados defensores creen, el delito de colusión puede presentarse en cualquiera de las etapas de la contratación pública, a saber, en la etapa de los actos preparatorios, certificación presupuestal, aprobación del expediente, nombramiento de los miembros del comité de selección, la firma del contrato e incluso en la ejecución o liquidación del contrato. Así la Corte Suprema en el R.N. N° 341-2015 asevera que “el núcleo del comportamiento típico del delito de colusión es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones del bienes, obras o servicios para el Estado”. Está claro entonces que para nuestra Suprema Corte el marco donde se debe desarrollar el acuerdo colusorio siempre es el ámbito de las contrataciones públicas, pues si no se cumple este presupuesto es lógico entender que no existirá colusión así se demuestre una concertación entre un funcionario y un particular.

En esta misma línea de ideas el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0017-2011-PI/TC, en cuyo fundamento 18 prescribe que “(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública”, esto es concordante con lo manifestado por el doctor Fidel Rojas (2007) para quien uno de los elementos normativos que configuran el tipo penal de colusión están asentadas en las normas de contrataciones y adquisiciones.

Si bien es frecuente que, en la etapa inicial de la contratación pública, se realiza el pacto colusorio entre el sujeto público y el extraneus; puede fácilmente presentarse también en otras etapas del proceso de contratación, de tal forma que cuando se sella al acuerdo o convenio definitivo ya se ha detallado las prestaciones y contraprestaciones que cada cual va a tener. El contrato finalmente es consecuencia del arreglo y las coordinaciones amañadas que se acordó previamente en donde se ha definido el modo, el cómo y cuándo de la defraudación a los intereses del Estado.

Dado que el delito de colusión se configura en cualquier etapa de la contratación pública, pueden surgir distintas modalidades colusorias como por ejemplo crear necesidades ficticias para la entidad, simular precios para favorecer al contratista, dar la buena pro a quien ofreció productos de calidad inferior a la exigida o entregó bienes usados como si fueran nuevos, no imponer las penalidades de descuento por el incumplimiento de los plazos contractuales, dar la conformidad de obra cuando está en realidad aún

no está concluida, entre otras modalidades que afecten los intereses de la administración pública.

Es así que para Salinas (2018) la colusión se da cuando el funcionario o servidor público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular pacta la imposición de cláusulas o condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se debieron alcanzar con una negociación imparcial y diligente.

**a. Modalidades contractuales donde se puede cometer la colusión.**

Según la Ley Nro. 30225 Nueva Ley de Contrataciones del Estado, cuya última modificatoria fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de marzo de 2019 prescribe en su artículo 21 que una entidad pública puede contratar bajo los siguientes métodos: licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica y contratación directa.

Siendo el delito de colusión un injusto penal que necesariamente debe realizarse en el marco de las contrataciones públicas es lamentable pero los malos funcionarios aprovechan todos estos métodos de contratación para realizar concertaciones defraudatorias a los intereses estatales.

### **a.1. La licitación pública y el concurso público**

Las licitaciones públicas se usan para la contratación de bienes y obras públicas; en cambio el concurso público se utiliza cuando la administración pública quiere contratar servicios. Para la Corte Superior en la Ejecutoria Superior recaída en el Expediente N° 043-2001 resalta que “la licitación pública es la manera natural utilizada por el Estado para escoger a cualquier contratista y consiste en un procedimiento que utiliza el Estado para seleccionar al que resulte más conveniente para la realización de una obra”.

### **a.2. Adjudicación simplificada**

Esta modalidad de contratación pública se usa para la contratación de bienes y servicios, siempre que no se refieran a los servicios a ser prestados por consultores individuales, también puede utilizarse para la ejecución de obras, cuyo valor referencial, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

### **a.3. Selección de consultores individuales**

Esta modalidad contractual se usa para la contratación de los servicios de consultoría en los que no es necesario equipos de personal ni apoyo profesional adicional, siempre que la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales para atender la necesidad. El valor

estimado debe encontrarse dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

#### **a.4. Comparación de precios**

Esta forma de contratación pública puede usarse para la contratación de bienes y servicios, pero de disponibilidad inmediata, siempre que sean distintos a los de consultoría y que sean de fácil obtención o que tengan un estándar establecido en el mercado.

#### **a.5. Subasta inversa electrónica**

Se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.

La ficha técnica debe ser utilizada, incluso en aquellas contrataciones que no se encuentran bajo su ámbito o que se sujeten a otro régimen legal de contratación.

#### **a.6. Contratación directa**

Es una modalidad excepcional de contratación, que se puede dar cuando se contrate con otra entidad, ante situaciones de emergencia o desabastecimiento, cuando se trate de contratos secretos realizados por las PNP o FFAA, cuando sea el único proveedor de dichos bienes, para servicios personalísimos o publicidad, para bienes o servicios con fines de investigación entre otros.

Sin duda alguna, las modalidades antes descritas son el marco propicio para el surgimiento de prácticas colusorias. Es así

que el sujeto publico junto al extraneus, en su beneficio, realizan convenios, ajustes, liquidaciones o suministros en desventaja del patrimonio público.

Según la expresión “cualquier operación a cargo del Estado” significa que el tipo penal de colusión deja abierta la posibilidad que pueda también la colusión presentarse en otras las modalidades de contratación pública semejante a las anteriores en la cual el Estado u organismo estatal sea parte. Pero estas operaciones deberán encuadrarse necesariamente en los procesos de selección y contratación pública para las adquisiciones de bienes, obras o servicios del Estado.

Sin embargo, no debe entenderse que el delito de colusión puede aplicarse a cualquier tipo de operación económica donde el Estado es parte, hacerlo implicaría salirse del ámbito de protección del tipo penal 384°.

**b. Etapas de la contratación pública en la que puede cometerse el delito de colusión ilegal**



Fuente: Slideshare (2015), PowerPoint/25; recuperado el 20/10/2020; disponible en: <https://es.slideshare.net/arnol200406/ley-de-contrataciones-del-estado-50105292>

El delito de colusión en su forma básica puede cometerse en cualquier etapa de proceso de contratación pública.

Desde el punto de vista del proceso de contratación estatal puede realizarse concertaciones ilegales en la etapa de convocatoria, evaluación de propuestas, otorgamiento de la buena pro e incluso en la etapa de ejecución del contrato. (Castillo, 2017).

**b.1. Fase de actos preparatorios**

En esta fase la institución pública establece sus necesidades públicas, realiza el estudio de posibilidades de mercado respecto a la

satisfacción de dichas necesidades, luego establece que tipo de proceso de selección debe convocar, aprueba el expediente de contratación, designa a los miembros del comité de selección y aprueba las bases del concurso.

Para Castillo (2017) en esta etapa el proceso de contratación se prepara y acondiciona de tal modo que favorezca al tercero interesado. La concertación debe ser acreditada por el fiscal más allá de la duda razonable.

## **b.2. Fase de selección**

Esta fase se inicia con la convocatoria y termina con la firma del contrato, sin embargo, también están incluidas en esta etapa el registro de participantes, formulación y absolución de las consultas realizadas por los participantes, integración de las bases, evaluación de las propuestas por el comité de selección, y finalmente el otorgamiento de la buena pro al ganador del proceso.

En esta etapa es más frecuente la comisión del delito de colusión y puede cometerse bajo distintas modalidades donde el comité de selección puede favorecer al extraneus por ejemplo realizando una doble valoración de los certificados de experiencia tanto para la propuesta económica como para la propuesta técnica, asignando puntajes indebidos, pasando por alto la carta fianza que debe presentar el postor, o simplemente cuando se inobserva el insuficiente capital de la empresa para ejecutar la obra.

La Corte suprema ha destacado que efectivamente es en la etapa de selección en la que se cometen con mayor frecuencia el delito de colusión, así en Recurso de Nulidad N° 3473-2011 asevera que “el delito de colusión se manifiesta precisamente en el ámbito de los procedimientos de selección de contratantes que proveen de bienes o servicios al Estado”.

### **b.3. Fase de ejecución contractual**

Esta fase va desde la celebración del contrato hasta la declaración de conformidad y pago de las prestaciones pactadas en caso de contrato de bienes o servicios y la liquidación cuando se trata de obras.

El injusto penal de colusión puede cometerse en cualquier tramo de la ejecución contractual (Castillo, 2017), por ejemplo, en el otorgamiento de un adelanto de obra sin que el mismo se encuentre autorizado o también cuando al encontrarse autorizado se da más allá del límite; también puede darse la colusión cuando se deja de cobrar una penalidad por el incumplimiento de alguna cláusula contractual o no se ejecuta la carta fianza o resuelve el contrato por el incumplimiento. En el tramo de declaración de conformidad puede darse si el funcionario encargado recibe un bien, servicio u obra diferente o de inferior calidad a la pactada o también cuando se le otorga de manera injustificada un plazo mayor al legalmente previsto para la entrega del bien, servicio u obra.

Pese a todo lo dicho la Corte Suprema tiene una posición contraria sobre la comisión del delito de colusión en la de ejecución del contrato pues en el Recurso de Nulidad N° 3709-2010 asevera que:

El pago se efectuó después del proceso de adjudicación, es decir en la ejecución de la obra, cuando ya había concedido la buena pro para la realización de la obra, por lo que, la única etapa donde podría haberse producido el delito de colusión, donde los encausados y los contratistas se habrían podido coludir para defraudar al Estado, ya ha precluido.

Para Casillo (2017) esa posición de la Corte suprema es contraria al texto de la ley y a la finalidad de protección del bien jurídico.

#### **2.1.4. La Colusión como defraudación a los intereses del Estado**

Si bien, según nuestras consideraciones, los dos criterios de tipicidad centrales del delito de colusión son la concertación colusoria y que esta debe realizarse en el ámbito de contrataciones públicas, no obstante, es también importante echar un vistazo a la defraudación que este delito debe traer a los intereses del Estado.

Para ello debemos remarcar que la defraudación de los intereses del Estado en delito de colusión simple no es la misma defraudación que debe presentarse en el delito de colusión agravada, para mejor comprensión las desarrollaremos de manera separada.

**a) La defraudación en la colusión simple.**

Para Salinas (2018) En la colusión simple el delito se perfecciona con la simple concertación, pacto o acuerdo, sin necesidad de que el Estado sufra un efectivo perjuicio patrimonial. Basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado. En este sentido el delito de colusión simple es un injusto penal de peligro pues para que se configure basta la concertación con fines potenciales de afectación de los intereses públicos, en este caso no es necesario comprobar la existencia de un daño patrimonial.

En este delito defraudar significa que el sujeto publico asume roles incompatibles y contrarios a las expectativas sociales y a la confianza que en él ha depositado el Estado, de modo que lo que se castiga es la conducta contraria al rol del funcionario, no importan si de dicho riesgo obtuvo o no patrimonio público, basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado.

En este sentido, la modalidad simple del delito de colusión constituye un injusto de peligro potencial, dado que exige una aptitud lesiva de la conducta con fines de defraudar; es necesario entonces que el juez compruebe en el caso concreto este elemento de peligrosidad típica. (Castillo, 2017).

**b) La defraudación en la colusión agravada.**

El delito de colusión agravada se configura cuando exista una defraudación patrimonial al Estado. Sin embargo, esta afectación no solo

se refiere al desembolso de dinero o pérdida de bienes del Estado, sino también hace referencia al no ingreso de patrimonio proyectado, como en los casos del otorgamiento ilícito de una buena pro o la firma indebida de un contrato público.

El perjuicio agravado de colusión ilegal hace referencia al fraude exclusivamente patrimonial, el que debe entenderse como detrimento o daño económico sufrido por el Estado, como consecuencia del pacto colusorio ilícito. (Castillo, 2017).

En el tipo penal de colusión simple su verbo rector es “defraudar” y el verbo rector del delito de colusión agravada es “defraudare”, aun cuando pareciera lo mismo son totalmente diferentes. En la colusión simple “defraudar” significa como ya se dijo violar los deberes especiales y la confianza de la administración pública, acá es irrelevante si hubo o no un perjuicio patrimonial al Estado, pues el delito se configura con la simple concertación; en cambio el término “defraudare” viene a constituir el verbo rector de la colusión agravada lo que significa que debe existir obligatoriamente una afectación patrimonial al Estado. La colusión agravada se perfecciona solo cuando el agente por medio de concertación con los particulares defrauda el patrimonio público, este injusto penal, se configura cuando hay defraudación al patrimonio del Estado, la concertación no es suficiente para sostener una acusación por colusión agravada.

### **2.1.5. La comisión del delito de colusión por falta de supervisión o control del superior jerárquico**

Este tema es el núcleo central de discusión en este trabajo puesto que se debe determinar si la falta de control o supervisión de un superior jerárquico lo hace responsable de las concertaciones colusorias en que puedan incurrir sus subordinados, esto es, si producto de su desinterés se afecte los intereses del Estado. Al respecto Castillo (2017) argumenta que la delegación de actividades no implica que el funcionario jerárquico debe abandonar la situación de vulnerabilidad del bien jurídico, hacerlo significaría que puede responder por los daños que se generen por el empeoramiento de la situación.

Esto básicamente sucede porque el funcionario jerárquico como alcaldes y gobernadores tiene siempre deber de vigilancia y control del comportamiento de sus subordinados de modo que esta posición de dominio los hace responsables sobre el resultado lesivo al bien jurídico. La Corte Suprema ha asumido también esta posición en el Recurso de Nulidad N° 278-205 cuando resuelve que:

Por su condición de administrador general de la entidad agraviada se encontraba en la obligación de supervisar las acciones correspondientes al sistema de abastecimiento, evidenciándose con su inacción no solo su voluntad de infringir sus deberes inherentes al cargo, sino además el concierto de voluntades, permitir la suscripción de contratos con anterioridad al proceso de adjudicación.

Salinas Siccha (2018) tiene posición parecida cuando asevera que inclusive el titular del pliego de la entidad pública puede ser autor del delito de colusión, pues, según la Ley de Contrataciones, el superior jerárquico tiene el deber de

supervisar todas las etapas de la contratación pública. Siendo la supervisión una función indelegable.

Por nuestra parte consideramos que para imputar responsabilidad penal al titular del pliego por falta de control o supervisión a los subordinados debe evaluarse el caso concreto pues si bien la supervisión es inherente al titular del pliego no necesariamente debe realizarse siempre, por ejemplo si el titular del pliego observa indicios que los subordinados en un proceso de contratación están parcializándose, actuando sin transparencia o discriminado a los postores entonces su deber de control y vigilancia debe activarse, de no hacerlo debe asumir la consecuencia penal de los perjuicios sobre los bienes jurídicos creados producto de su decidía, pero en cambio si los especialistas de las áreas encargados del proceso de contratación no demuestran objetivamente indicios de concertaciones entonces bajo el principio de confianza y la división vertical del trabajo el titular no puede responder por riesgos que no pudo controlar.

#### **2.1.6. La comisión del delito de colusión por omisión impropia**

La doctrina mayoritaria acepta que el delito de colusión debe entenderse en su sentido positivo, esto es, que solo se puede cometerse este injusto penal por conductas comisivas dado que el verbo rector de este delito es concertar, no puede entenderse como una persona pueda concretar si no es por una conducta positiva de realizar la acción típica.

Así para la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1105 – 2011 expresamente asevera que la concertación “debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria

mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo”.

Por nuestra parte consideramos que el razonamiento de la Corte Suprema deja desprotegida al bien jurídico que en el caso de colusión es la correcta administración pública o los bienes jurídicos particulares que son los deberes especiales que vinculan al funcionario con la administración pública, por cuanto hay omisiones que los funcionarios realizan con fines colusorios como por ejemplo cuando los miembros del comité de selección omiten revisar si el postor con el que están coludido cumple con los requisitos exigidos por la bases del concurso o cuando el funcionario omite revisar si las características del bien o servicio cumple con lo contratado o simplemente cuando la máxima autoridad de la entidad no cumple con su deberes especiales de control y vigilancia con la finalidad de hacerse de la vista gorda frente a evidente actos colusorios.

Al respecto tenemos el respaldo de la Corte Superior de Justicia de Lima<sup>4</sup> que manifiesta que la colusión:

Al ser un delito de infracción de deber no solo se configura como un delito de comisión, si no de omisión impropia que, entre otras de sus manifestaciones, tiene el deber de garante y el principio de confianza. En relación al “deber de garante” los funcionarios públicos (intrañeos) que actúan en razón de su cargo y en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales tienen el deber de control, vigilancia y preservación de los intereses del Estado en la contratación pública con los particulares.

---

<sup>4</sup> Ex pediente 00185-2011-10-1826-JR-PE-02

Atendiendo a lo dicho, cuando un funcionario público omite sus deberes de vigilancia y control es lógico que está incrementando el riesgo penalmente permitido y si producto de esta desidia se producen actos defraudatarios de los intereses del Estado es lógico que el funcionario negligente deba asumir la responsabilidad por estos efectos lesivos. No sería jurídicamente correcto que aquel que tiene posición de garante sobre los bienes públicos y sobre los riesgos de terceros solo asuma una sanción administrativa cuando su omisión incrementó un riesgo que se materializó en un resultado lesivo de bienes jurídicos. Así se manifiesta Mir citado por Larrauri cuando asevera que en los delitos de omisión impropia para que sea posible la imputación objetiva del resultado es suficiente que el sujeto activo hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante.

Por su parte Reátegui (2017) complementa nuestra posición aseverando que, si bien el comportamiento omisivo no es punible en el delito de colusión, cabe señalar que los funcionarios encargados de los procesos de contratación pública que dolosamente permiten que otros funcionarios realicen las actividades colusorias, están realizando actos concluyentes de carácter positivo, equiparables a la forma comisiva.

# **CAPÍTULO**

## **III**

## **CAPITULO III: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL DELITO DE COLUSION**

### **3.1. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA**

#### **3.1.1. Diferencia entre funcionario público y servidor público**

Nuestro Código Penal realiza un listado de los servidores y funcionario público en el artículo 425, sin embargo no los diferencia, lo que para la pretensión de nuestra investigación es un obstáculo toda vez el presente estudio solo tiene como variable determinar la responsabilidad penal de los funcionario público en los delitos de colusión y no es pretensión delimitar la responsabilidad de los servidores públicos; por este motivo recurriremos a la otras normas administrativas y a la doctrina para delinear claramente la diferencia entre funcionarios y servidores públicos.

##### **a. Posición del derecho administrativo sobre funcionario y servidor publico**

El Decreto Supremo N° 005-90-PCM diferencia los conceptos de servidor y funcionario público del modo siguiente:

**Artículo 3°.-** Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares.

**Artículo 4°.-** Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por la ley.

Vemos que según estas definiciones no están incluidos como servidores públicos de facto o sea aquellos que realizan funciones públicas pero que no ha recibido un nombramiento para ello, por otro lado, solo serían funcionarios públicos los que tiene una superioridad jerárquica en la administración pública y quedan excluidos del concepto funcionario público los ciudadanos que tiene posiciones medias o bajas dentro de la administración pública.

Posición similar asume la Ley N° 30057, “Ley del Servicio Civil”, en cuyo Artículo 3.- asevera que el Funcionario público.

“Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.”

Es evidente que para el derecho administrativo solo pueden ser funcionarios públicos los ciudadanos que asumen una posición representativa y de alta jerarquía en el gobierno de una entidad pública, además debe dirigir y tomar decisiones de gobierno en la función pública, quedan excluidos los trabajadores públicos de mandos medios o bajo y aquello que ejecutan órdenes y no toman decisiones de gobierno.

#### **b. Posición del derecho penal sobre funcionario y servidor público**

Como ya se mencionó líneas arriba la definición penal de lo que se entiende por funcionario o servidor público está consagrada en el artículo 425 del Código Penal, sin embargo, no hay una diferencia clara entre funcionario y servidor público. Para Chanjan (2020) de lo señalado en los 7 numerales

del artículo 425 del Código Penal pueden resaltarse algunos elementos importantes que permiten comprender que se entiende por funcionario público: i) son funcionarios públicos tanto los comprendidos en la carrera administrativa, como los que desempeñan cargos políticos o de confianza, ii) no importa el régimen laboral o contractual que tenga el funcionario, iii) también son funcionario los adscritos a empresas estatales o sociedades de economía mixta, iv) el concepto de funcionario incluye a los funcionarios designados, electos o proclamados para desempeñar a futuro funciones públicas.

Es evidente que para el derecho penal el concepto de funcionario público es menos restrictivo que para el derecho administrativo y esto va en sintonía con las normas internacionales que reconocer que funcionario público es todo ciudadano que tiene algún vínculo con el aparato estatal, por ejemplo la Convención Interamericana contra la Corrupción asevera que : “funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.”

A modo de conclusión podemos aseverar que para efecto de nuestra investigación hemos acogido la posición penal sobre los que debe entenderse por funcionario público puesto que por un lado para ser funcionario público debe tenerse algún vínculo con el aparato estatal y por otro lado debe existir

una posición de garante respecto a los bienes públicos, es independiente si el funcionario público puede tomar o no decisiones de gobierno en la gestión pública, igual todo aquel que se relacione con la gestión pública le cabe la posibilidad de aplicar el principio de confianza dado que este principio se aplica cuando algún funcionario advierte que los demás funcionarios con los que coopera en una tarea, se comportan conforme a derecho, pero si gracias a su posición de garante, a sus conocimientos técnicos o simplemente por indicios reveladores observa que alguno de ellos no se comporta conforme a derecho en la gestión de la actividad compartida debe ponerlo en evidencia en las instancias administrativas y penales correspondientes, no es posible cobijarse en el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal.

### **3.1.2. Distribución de roles en la administración pública**

Los roles dentro de la administración pública están delimitados por las normas penales y extrapenales entre estas últimas podemos mencionar a los planes y programas institucionales que a decir de Castillo (2017) “permiten la delimitación de una serie de competencias y atribuciones al interior de la organización y de esa manera plantea la posibilidad de determinar la responsabilidad penal” (p. 323); también tenemos a las leyes orgánicas, la Ley de Municipalidades, Ley de Gobiernos Regionales, Ley de la Carrera Administrativa, Ley de Contrataciones del Estado u otras normas de menor jerarquía que pueden posibilitar la distribución de los roles funcionales como por ejemplo un oficio donde se delega funciones, sin embargo los instrumentos de

gestión de mayor relevancia en la delimitación de los roles dentro de una institución pública son el ROF y el MOF institucional.

Entonces si un funcionario público ajusta su conducta a los roles a funciones impuestas por estas normas es seguro que estará en general protegido por el principio de confianza. Así para la corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 768-2013, tratándose de una entidad pública existen cargos definidos y manuales de organización y funciones (...) se presume *iuris tantum* que cada funcionario actúa en el marco de sus competencias y de acuerdo al principio de buena fe y legalidad de los actos administrativos, lo que determina a su vez el principio de confianza que los demás funcionarios actúen dentro de los límites del riesgo permitido.

### **3.1.3. Posición de garante del funcionario público**

Todos los funcionarios públicos tienen la obligación de garantizar la correcta administración pública ya sea protegiendo un bien jurídico específico o controlando peligros que puedan afectar el normal desenvolvimiento de la administración pública. Sin embargo, dice Castillo (2017) los funcionarios o servidores públicos que se comportan dentro de un cargo público específico o en una comisión especial asumen la obligación jurídica intensificada de proteger los intereses y bienes jurídicos del Estado al contratar con los particulares.

También es necesario recordar que cuando el funcionario público asume una posición de garante respecto la persona o riesgo que puedan generar los subordinados es imperioso que ponga en marcha sus deberes especiales de elección, instrucción, vigilancia y control, pues con ello evita que estos riesgos se

realicen en resultados lesivos de los bienes jurídicos estatales que está llamado a proteger. Por ello con toda razón Salinas (2018) asevera que, inclusive el titular de la institución pública puede fácilmente ser autor del delito de colusión, ya que, según la Ley de Contrataciones del Estado, tiene la obligación de supervisar todas las etapas de la contratación pública. Por ello consideramos que el deber de supervisión es indelegable.

Para ilustrar lo dicho por el autor, la Corte Suprema respecto al respecto de los funcionarios titulares del pliego como alcaldes o gobernadores regionales asevera que “este principio no resulta aplicable a la conducta del procesado, puesto que, en su versión horizontal, el procesado era la máxima autoridad en la municipalidad mencionada y, en su vertiente vertical, sus inferiores jerárquicos lo han sindicado como la persona que impulsó el mencionado proceso de adjudicación”<sup>5</sup>

#### **3.1.4. Responsabilidad penal del funcionario publico**

Responsabilidad penal es la consecuencia jurídica que recibe un sujeto por la comisión de un hecho tipificado como delito en una ley penal, no obstante, para determinarse la responsabilidad penal debe realizarse un análisis de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la conducta del sujeto investigado.

La responsabilidad penal es la obligación de asumir o soportar las consecuencias punitivas que la ley asigna a una conducta o hecho, también se entiende por responsabilidad penal a la necesidad en que se encuentra una persona de satisfacer las obligaciones que tiene frente al Derecho. (De la Fuente, 1990).

---

<sup>5</sup> Recurso de Nulidad N° 1571-2009

Consideramos que estas definiciones son las más adecuadas al significado jurídico del término responsabilidad penal que manejaremos en esta investigación.

Para Rincón, D. (2018) la responsabilidad penal del funcionario público debe ser orientada a alguno de los delitos que tienen como sujeto activo calificado al servidor público, con precisión a aquellos delitos punibles que atentan contra el bien jurídico de la Administración Pública.

Efectivamente compartimos la posición de Rincón pues en el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos son delitos en su generalidad sobre infracción de deber, por ello, para atribuir responsabilidad penal a un funcionario público debe observarse que su conducta se subsuma en algún tipo penal tipificados en el Código Penal como delito de corrupción de funcionarios.

### **3.2. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA PARA DELIMITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR EL DELITO DE COLUSIÓN**

El principio de confianza como criterio de imputación objetiva no solo puede aplicarse a las relaciones sociales anónimas sino también a las organizaciones complejas como la administración pública en donde debido a la cooperación en la realización de las actividades es necesario también delimitar responsabilidades y precisamente es aquí que cobra una importante vigencia el principio de confianza. En este sentido Castillo (2017) asevera que el principio de confianza se instala como criterio para reducir las arbitrariedades en la administración de justicia, imprimiendo en ella altas cuotas de

racionalidad, pasando a construir un criterio útil para determinar lo que compete esperar de una persona respecto a otra en una situación concreta.

Atendiendo a lo dicho es posible aplicarse el principio de confianza en las relaciones laborales dentro de las entidades públicas pero también es posible atribuir responsabilidad penal a quien exageró su confianza en un contexto donde más bien debió desconfiar, por ello es necesario que a la hora de aplicar el principio de confianza en la organizaciones públicas se tenga presente todos los criterios, límites y presupuestos del principio de confianza desarrollados en este trabajo, pues si se aplica el principio de confianza sin tomar en cuenta estos parámetros inevitablemente se devendrá en arbitrariedad, pues fácilmente se condenaría a funcionarios que con evidencia estaban protegidos por el instituto dogmático de la confianza o por el contrario se dejaría impunes a quienes mañosamente pretendan protegerse bajo el manto de la confianza cuando en realidad son responsables de los eventos lesivos que genero su conducta comisiva u omisiva.

En el caso particular de la colusión consideramos que el funcionario público que por razón de su cargo está relacionado con las contrataciones públicas mientras actúe dentro de sus roles funcionales estará protegido por el principio de confianza, en cambio si falta a sus deberes institucionales para realizar actos colusorios o permitir dolosamente que otros lo realicen en su favor, por ningún motivo podrá ampararse bajo el principio de confianza.

Así para la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° hay excepciones al aplicar el principio de confianza las mimas que son:

- i) La confianza queda excluida cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o esta dispensada de su responsabilidad; ii) no hay lugar para

la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa; iii) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de unos de los intervinientes

### **3.3. JURISPRUDENCIA SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN DELITOS DE COLUSIÓN**

#### **3.3.1. Nacional**

##### **a. Casación N° 1546-2019 Piura - caso Municipalidad de Catacaos**

###### **a.1. Hechos**

El dieciséis de junio de dos mil nueve la empresa Shazky SAC, cuyo gerente general era el encausado José Alberto Rosales Taboada presentó a la municipalidad de Catacaos una propuesta para administrar el camal municipal, en su propuesta ofreció una inversión de cuatrocientos sesenta mil doscientos soles en el periodo de cuatro años, así como destinar dentro de los primeros sesenta días de firmado el contrato ciento cinco mil ochocientos cincuenta soles, además de solucionar las observaciones del SENASA. Sin embargo, en dicho periodo la empresa Shazky SAC se dedicaba a la venta de Discos Compactos un giro de negocio totalmente diferente y su capital era de solo mil soles.

Pese a ello la entidad edil autorizó que la empresa invirtiera en el camal sin la firma de un contrato pues fue recién el 24 de junio del 2009 que el Gerente municipal Carlos Olegardo Pacheco Custodio mediante un informe recomendó al alcalde More López autorice recién iniciar las acciones para la

concesión del camal a la empresa Shazky SAC. Frente a ello, el alcalde More López emitió dos Resoluciones de Alcaldía., con las que designó un comité para que lleve a cabo el proceso de concesión en usufructo del camal municipal y aprobar recién las bases del concurso público para la referida concesión, las que coincidentemente contenían las mismas características comprendidas en la propuesta presentada inicialmente por la empresa Shazky SAC. Es así que el veintidós de agosto de dos mil nueve el Gerente Municipal, acusado Pacheco Custodio, suscribió el contrato de usufructo del Camal Municipal con el encausado Rosales Taboada, gerente de la empresa Shazky SAC, sin respetar las bases del concurso pues pese a que las referidas bases indicaban que los conflictos se resolverían vía judicial en el contrato se estipulaba la vía arbitral como fuero de solución de conflictos.

Los actos colusorios continuaron cuando el veinte de noviembre de dos mil nueve, el Gerente Municipal Pacheco Custodio, por carta notarial, comunicó al gerente de la empresa Shazky SAC, la resolución del contrato por las siguientes razones: no haber contratado la pólizas de seguros, no ajustarse a las normas de SENASA , no entregar reglamento interno del camal, no cumplir con los lineamientos sobre protección del medio ambiente, y la ausencia de pago oportuno de la cuota pactada con la entidad edil. En suma, pareciera que todo ello estaba concertado pues la Municipalidad unilateralmente resolvió el contrato, sin otorgarle un plazo a Shazky SAC, a fin de que la indicada resolución contractual generara un laudo arbitral, que finalmente ordenó a la Municipalidad el pago de cuatro millones ochocientos

treinta mil soles a favor de la empresa Shazky SAC, perjudicando así a la Municipalidad Distrital de Catacaos. En síntesis, los imputados More López (Alcalde de la Municipalidad agraviada) y Pacheco Custodio (Gerente Municipal) se concertaron con el encausado Rosales Taboada, gerente de Shazky SAC, para resolver el contrato con la referida empresa Shazky SAC, a fin de obtener mediante laudo arbitral una indemnización millonaria que sería dividida entre los encausados.

## **a.2. Análisis de la Corte Suprema**

En su fundamento séptimo este colegiado asevera que la impugnación del encausado More López, ex alcalde de la Municipalidad de Catacaos, referente a que no creó un riesgo penalmente prohibido pues medió el principio de confianza en atención a que confió en la actuación correcta del encausado Pacheco Custodio (Gerente Municipal).

El análisis de la aplicación del principio de confianza exige, desde luego, que no se presenten determinadas circunstancias que la excluyen, tales como, entre otras, cuando resulta evidente que uno de los intervinientes en el hecho realizó una conducta que defrauda las expectativas de su actuación conforme a Derecho. No se trata de los títulos o competencias profesionales de los delegados, sino de su concreta actuación en asuntos puntuales.

En el caso materia de análisis el ex alcalde More López conocía el interés malicioso de la empresa Shazky SAC en el usufructo del camal municipal pues mediando Acuerdo del Concejo Municipal, autorizó el inicio del concurso público, también fue él quien aprobó las bases del concurso público y por

ultimo firmó el contrato a sabiendas que no respetaba las bases del concurso público.

Sencillamente, pudiendo hacerlo, no realizó conducta de supervisión y corrección alguna y, antes, no cuidó de controlar la marcha de la concesión con la efectiva rendición de cuentas a los funcionarios competentes, (...) En tal virtud, no es de recibo el principio de confianza. Su deber de garantía, como consecuencia, de su cargo rector, se afirma contundentemente.

### **a.3. Posición crítica de los tesisistas**

Por nuestra parte consideramos que cuando un funcionario público asume una posición de garante respecto de un proceso de contratación pública debe asumir los deberes especiales de control y vigilancia de no hacerlo, su descuido necesariamente debe acarrearle una responsabilidad penal. Respecto al caso sub análisis consideramos que el ex alcalde no solo infringió estos deberes sino que además influyó sobre los actos colusorios de su gerente con el extraneus pues sabía de los actos colusorios y en vez de detener el curso causal lesivo incrementó el riesgo promoviendo la firma de un contrato ilegal que finalmente se materializó en la lesión de los bienes jurídicos de la administración pública, por ello es correcta la decisión de la Corte Suprema de declarar infundado el recurso de casación presentada por los encausados, toda vez que no es objetivamente posible ampararse bajo el manto del principio de confianza pues si bien este principio busca delimitar la responsabilidad pero cuando un funcionario incumple sus deberes funcionales no puede invocar la confianza como criterio para liberarse de responsabilidad.

**b. Expediente N°40-2010/ Sala N° 30-2010 - caso COFOPRI.**

**b.1. Hechos**

El ocho de abril de 2009, los encausados Chauca Navarro, Quiñones Sánchez y Salazar Olivares solicitan a COFOPRI la formalización de sus predios para la actividad agropecuaria ubicada en San Antonio- Cañete. A partir de ello se crean los expedientes respectivos para el proceso de formalización. El cinco de junio de 2009, el Jefe de la Oficina de Catastro Castagne Chung, observó que los expedientes presentados no cumplían con los requisitos legales exigidos por el Art. 15° del Reglamento del Decreto Legislativo 1089 referido a la realización de un diagnóstico físico legal de las Unidades Territoriales solicitadas. Pese a no ser subsanadas estas observaciones, Serrano Arias y Castagne Chung con el aval del Director de la Oficina Coordinadora Descentralizada de COFOPRI Julio Constantino Calderón Rodríguez emiten informes técnico legales, en los que se indica, falsamente, la existencia de un Diagnóstico físico legal, frente a ello la Superintendencia de Bienes Nacionales remite oficios al Jefe Zonal de COFOPRI Hidalgo Díaz, a efectos de cuestionar, el otorgamiento, sin sustento legal, del dominio de los dos predios, no obstante, el dieciocho de diciembre de 2009, COFOPRI a través de Hidalgo Díaz, expide Título de Propiedad a nombre de Chauca Navarro, Campos Alarcón y Quiñónez Sánchez, a un precio irrisorio y sin contar con los requisitos legales exigidos.

En resumen los actos colusorios realizados por Director de la Oficina Coordinadora Descentralizada de COFOPRI Julio Constantino Calderón Rodríguez y el Jefe Zonal Hidalgo Díaz con los extraneus, se sustentan en tres indicios importantes: primero los funcionarios impidieron que se registre las dos solicitudes de formalización en el sistema informático; segundo, hacer caso omiso a los oficios de la Superintendencia de Bienes Nacionales sobre la improcedencia de las solicitudes de titulación; y tercero, el aviso dado por Chauca Navarro a Calderón e Hidalgo de que los lotes estaban ubicados en una Zona Arqueológica.

## **b.2. Análisis de la Corte Superior**

La defensa técnica del ex Jefe Zonal de COFOPRI, Hidalgo Díaz presentó una excepción de improcedencia de acción apelando que su defendido no había cometido delito de colusión pues actuó bajo el principio de confianza, ya que solo habría firmado los documentos como parte diaria de su trabajo y son otros más bien los que se habrían interesado indebidamente en este proceso de titulación, además si su defendió se hubiera puesto a revisar cada documento que firmaba ya no le correspondería la categoría de Jefe Zonal sino de supervisor.

Al respecto la Corte Superior señaló que:

(...) no puede alegar Hidalgo Díaz que los reiterados actos por él realizados, para materializar el delito, respondían a la confianza que tenía en sus asesores o “filtros”, toda vez que estos no revisaron los expedientes y son varios los actos que él realizó en el tiempo transcurrido desde el ingreso de la solicitud hasta que anuló su propia

resolución, arrogándose una competencia que no le correspondía (p.140).

### **b.3. Posición crítica de los tesisas**

Por nuestra parte consideramos que Hidalgo Díaz como Jefe Zonal de COFOPRI tenía una posición de garante por su alta jerarquía en la institución por ello debió desplegar sus deberes especiales de control y supervisión a la hora de firmar los documentos. En este sentido creemos que Hidalgo Díaz trasgredió dos límites al principio de confianza; el primero es que cuando el que tiene una posición de garante y advierte errores en el cumplimiento de las tareas de sus subordinados y no hace nada por redirigir la actividad por un derrotero conforme a derecho simplemente no puede cobijarse bajo el principio de confianza; segundo, quien infringe sus deberes de cuidado o trasgrede de sus roles no puede apelar al principio de confianza. Como vemos, de los hechos se desprenden que Hidalgo Díaz habría infringido sus roles funcionales al revisar el expediente y no advertir la falta del requisito esencial del saneamiento físico legal de los predios, también está el hecho de omitir la observación realizada por la Superintendencia Nacional de Bienes y otorgar la titulación pese a la falta de requisitos esenciales. Por todo lo dicho nuestro parecer es que la Corte Superior actuó correctamente al declarar infundada la apelación de Hidalgo Díaz.

**c. Casación 23-2016-Ica- caso Richard Oscorima.**

**c.1. Hechos**

El veintinueve de noviembre de 2011 el gobierno Regional de Ayacucho convocó al proceso de Licitación Pública para la adquisición de las maquinarias y equipos para el mejoramiento de la infraestructura vial, sin embargo pese a la existencia de este proceso, el Gerente del Gobierno Regional de Ayacucho, Tony Hinojosa Vivanco, solicitó ante el Consejo Regional que se determine una situación de emergencia en razón que los técnicos del gobierno regional lo había determinado así, en razón a ello el 20 de diciembre del 2011 mediante acuerdo regional se determina la solicitada estado de emergencia.

Todo esto se realizó con el fin de que el Gobernado Regional Richard Oscorima mediante Resolución Ejecutiva convoque irregularmente un proceso exonerado por la suma de veinte millones de soles para favorecer indebidamente a un proveedor, muestra de ello sería la exclusión de los postores Komatsu y Volvo, pues ya habría direccionado la buena pro.

Frente a esta situación el OSCE mediante oficio N ° E-067-2011 /DSU-VVS del veintiocho de diciembre de 2011, requirió al residente del Gobierno Regional de Ayacucho Richard Oscorima para que deje sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado, porque no existía situación de emergencia en dicha región. En este mismo sentido la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, comunicó a Richard Oscorima la existencia de 23 observaciones en dicho proceso

exonerado. Pese a estas observaciones el Gobernador Regional continuo con el proceso exonerado permitiendo que se pague el proveedor del proceso observado.

## **c.2. Análisis de la Corte Suprema**

La defensa del ex Gobernador Regional Richard Ocorima presenta su recurso de casación teniendo como uno de sus fundamentos que su defendido no ha cometido el delito de negociación incompatible pues su conducta de aprobar junto al consejo regional el estado de emergencia se fundamentaba en un informe técnico elaborado por personal de la región, además a él no le corresponde vigilar si dichos informes estaban viciados o no.

Respecto a ello la Corte Suprema argumenta que, siguiendo a la teoría de la imputación objetiva, que quien se mantiene dentro de su rol puede confiar que los demás actuara de manera correcta, además dice que en las instituciones públicas hay reglamentos y normativa interna que regula los roles, funciones y responsabilidades de cada trabajador.

En el ámbito de la estructura pública nacional, lo señalado se plasma en el Manual de Organizaciones de Funciones (MOF) y en el Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF) que vienen a ser la normativa que delimita los ámbitos de competencia funcional con la finalidad de optimizar el servicio de los funcionarios y servidores públicos.

El principio de confianza es importante en las organizaciones complejas como las instituciones públicas, sin embargo, las misma Corte Suprema señala que la aplicación de este principio tiene límites.

(...) cuando una persona sobre quien se tiene una ascendencia funcional no tiene capacidad para cumplir de manera responsable un rol designado. Asimismo, el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. Por último, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba

Pese a la posición de garante que tenía Richard Ocorima respecto del proceso de contratación en análisis la Corte Suprema absuelve lo absuelve bajo el argumento que el ROF y el MOF no regulan que el encausado deba supervisar las actuaciones de los técnicos que emitieron el informe de estado de emergencia.

Por tanto, si es del caso exigírsele un deber especial de supervisión, dicho deber debe estar normativamente establecido y formar parte de sus competencias.

(...) pues la normatividad que regula sus ámbitos de competencia no les impone el deber de garante de poseer conocimientos técnicos y especializados que les obligue a la verificación de cada una de las acciones de sus subordinados.

(...) Por tanto, en el extremo antes señalado, consideramos que el Presidente Regional habría actuado en base al principio de confianza.

### **b.3. Posición crítica de los tesisistas**

Nuestro parecer es que esta sentencia es por demás contradictoria pues por un lado por un lado señala que hay límites como “cuando existe un deber de garante que impone la obligación de verificar el trabajo realizado” y por otro lado argumenta que el Gobernador regional no le correspondía supervisar o verificar por que no estaba normado en el ROF y MOF.

Además debemos recordar que cuando el que tiene posición de garante toma conocimiento que los subordinados posiblemente pueden estar cometiendo errores en sus funciones debe realizar un doble aseguramiento de los riesgos que se puedan crear, esto es frente a las observaciones hechas por el OSCE y el MEF de que el estado de emergencia está indebidamente declarada debió ser más acucioso en la supervisión de los informes presentados por sus técnicos y evitar que el riesgo se materialice en un resultado lesivo. Por lo dicho al no haber asumido sus deberes de vigilancia y supervisión debió asumir un reproche penal.

### **III. MATERIALES Y MÉTODOS**

#### **3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

##### **3.1.1. SEGÚN APLICABILIDAD O PROPOSITO**

###### **a. Básica**

Este tipo de investigación es aquella que tiene la pretensión de universalidad de sus resultados, pero en su proceso depende de una serie de condiciones entre ellas la negación de fines de transformación fáctica del objeto (Rodríguez, 2019)

Efectivamente la pretensión de la presente investigación es proponer un conjunto de criterios de aplicación del principio de confianza para mejorar la administración de justicia en los delitos de colusión, no obstante el estudio se quedará a nivel de la dogmática penal puesto que no es directamente la pretensión de esta investigación obligar a los magistrados a aplicar estos nuevos criterios sin embargo como toda investigación propositiva seguramente en el futuro los operadores de justicia verán la conveniencia de aplicar los criterios que acá se proponga.

##### **3.1.2. SEGÚN NATURALEZA O PROFUNDIDAD:**

###### **a. Descriptiva - Propositiva**

La preocupación principal de la investigación descriptiva es básicamente presentar los rasgos característicos de un determinado fenómeno, utilizando para ello criterios sistemáticos que permitan comprender la estructura y comportamiento de la variable de estudio.

En este mismo sentido opina Aranzamendi (2013) al manifestar que una investigación de tipo descriptiva se orienta a describir los elementos principales de los fenómenos fácticos o formales del Derecho.

Efectivamente la presente investigación busca conocer el estado de la cuestión de la aplicación del principio de confianza para que luego de comprender las notas características de su aplicación en la jurisprudencia y la doctrina nos permita proponer criterios claros a la hora de delimitar la responsabilidad penal en los delitos de colusión.

### **3.1.3. SEGÚN SU OBJETO**

#### **a. Dogmática**

Esta investigación tiene un carácter dogmático pues nuestra fuente u objeto de estudio serán documentales como las instituciones dogmáticas, la norma positiva, la jurisprudencia y conceptos jurídicos que emanan del derecho penal referente al principio de confianza y al delito de colusión.

## **3.2. METODOS DE INVESTIGACIÓN**

### **3.2.1. METODOS GENERALES**

#### **a. Método Inductivo.**

En la presente investigación se hará el uso del método inductivo, ya que después de comprender la doctrina, jurisprudencia y opiniones de expertos sobre el principio de confianza, arribaremos a los resultados y conclusiones de la investigación que vienen a ser las generalizaciones de los datos obtenidos.

Al respecto Dávila (2006) nos dice que si queremos obtener conocimientos es imprescindible observar la naturaleza, reunir datos particulares y a partir de

ellos realizar generalizaciones, pues el método inductivo consiste en las observaciones sobre fenómenos particulares de una clase y luego a partir de ellos realizar inferencias a la clase entera.

#### **b. Método deductivo**

Este método tiene como característica que permite mediante procedimientos silogísticos descender desde una premisa hipotética general hacia la comprensión de hechos particulares.

En el presente trabajo este método, nos servirá para que luego que hayamos podido identificar los criterios del principio de confianza que la doctrina recomienda, mediante operaciones mentales hipotéticas deductivas, podamos nosotros proponer nuevos criterios que puedan aplicarse al caso concreto del delito de colusión.

#### **c. Método Analítico – Sintético:**

El método analítico consiste en disgregar un todo en sus partes específicas para su mejor estudio, mientras que el método sintético se utiliza para extraer las leyes generalizadoras (Behar, 2008).

Siendo esto así, en nuestro estudio nos servirá este método primero para disgregar las diferentes fuentes de información sobre el principio de confianza y el delito de colusión y luego de haberla comprendido podremos arribar a la creación de los criterios innovadores del principio de confianza.

### **3.2.2. MÉTODOS PROPIOS DE LA INVESTIGACIÓN JURIDICA**

#### **a. Método dogmático jurídico**

Para Tantalean Odar, R. (2016) en los trabajos de dogmática jurídica se investiga lo que las personas dicen que hacen con el derecho y se los conoce como dogmáticos porque en estos estudios la norma jurídica es considerada un dogma.

Nuestro estudio hará uso de este método a la hora de comprender el sentido del principio de confianza como instituto de la dogmática penal y para ello recurriremos a la doctrina y jurisprudencia autorizada fundamentalmente a los fundadores de las teorías funcionalista como son Claus Roxin Y Gunter Jakobs, sin dejar de lado la doctrina de autores nacionales como Cavero, Villavicencio y otros, además de la doctrina jurisprudencial genera por la Corte Suprema.

Todas estas fuentes dogmáticas nos permitirán comprender mejor el sentido jurídico del principio de confianza y su importancia en la delimitación de la responsabilidad penal en los delitos de colusión.

#### **b. Método Hermenéutico - Jurídico:**

Para Aranzamendi (2013) el método hermenéutico no ayuda en la interpretación del objeto de estudio para determinar su significado y sentido.

En la presente investigación este método nos será útil en la interpretación de los textos doctrinarios, legales y Jurisprudenciales, con la finalidad de esclarecer el significado de las instituciones dogmáticas de la imputación objetiva y de manera particular el principio de confianza, puesto que siendo que este instituto jurídico tiene origen en la doctrina alemana y española debe

dilucidarse su sentido en estos ordenamientos de primer mundo y luego considerar si se puede extrapolar completamente al derecho peruano o necesita una adecuación a la realidad de nuestra cultura y legislación.

**c. Método exegético**

Es un método de interpretación que se utiliza en el estudio de los textos legales y que se centra en la forma en la que fue redactada la ley o regulación por parte del legislador. Se estudia mediante el análisis de las reglas gramaticales y del lenguaje.

Este método estudia la ley, desde sus principios básicos, su orientación doctrinal y en atención de la orientación legislativa que se pretende esclarecer (Ramos, 2008).

Este método se aplicará en el presente caso para el estudio gramatical de la norma, doctrina y jurisprudencia referente a la aplicación del principio de confianza, puesto que si bien el principio bajo estudio forma parte de la dogmática penal no obstante la Corte Suprema ha elevado a la teoría del delito al rango de principio de legalidad, por ello el principio de confianza debe ser interpretado atendiendo a este estatus.

**d. Jurídico - Descriptivo**

Este método nos permitirá analizar las variables de estudio descomponiéndola en sus dimensiones principales, con el fin de realizar un examen minucioso y detallado del problema y poder describir las particulares notas características del principio de confianza y proponer como resultado los

nuevos criterios para su aplicación en la delimitación de la responsabilidad penal en los delitos de colusión.

A través del método descriptivo se conoce la naturaleza de un fenómeno en la medida en que exista durante el tiempo del estudio, con el propósito principal de describir como se presentan sus características o condiciones. (Sánchez, 1998).

### **3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

La siguiente investigación se utiliza el diseño descriptivo-propositivo, o también denominado diagnóstico- propositivo por cuanto se realizará el estudio dogmático y jurisprudencial de la moderna teoría de la imputación objetiva y de manera particular el principio de confianza en su relación con el delito de colusión.

Luego en su dimensión propositiva se presentará como resultado la creación de nuevos criterios en la aplicación del principio de confianza en la delimitación de responsabilidad penal de los funcionarios públicos investigados por delitos de colusión.



### **3.4. POBLACIÓN MUESTRAL**

#### **3.4.1. Población**

En el presente estudio el universo o población estará constituida por:

- a. Doctrina nacional y comprada sobre el principio de confianza en relación a la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el delito de colusión.
- b. Jurisprudencia nacional e internacional sobre sobre el principio de confianza en relación a la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el delito de colusión
- c. Encuestas aplicadas a especialistas sobre el principio de confianza en relación a la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el delito de colusión (magistrados, fiscales y catedráticos)

### **3.4.2. Muestra**

El muestreo es de vital importancia en una investigación porque a través del él podemos delimitar con precisión que parte de la población constituirá nuestro objeto de estudio.

En el presente trabajo se eligió una muestra por conveniencia atendiendo las dimensiones de nuestras variables de estudio y es la siguiente:

#### **a. Doctrina**

##### **a.1. Nacional**

- Alcocer Huaranga. (2015). La imputación Objetiva en la jurisprudencia Peruana.
- Castillo Alva, Jorge. (2017). El delito de colusión.
- Medina frisancho. (2016). Manual de imputación Objetiva.
- Reátegui Sánchez. (2017). Delitos Contra la Administración Pública.
- Salinas Siccha. (2019). Delitos Contra la Administración Publica.

- Villavicencio Terreros. (2007). La imputación Objetiva en la jurisprudencia Peruana.

## **a.2. Comparada**

- Gunter Jakobs. (1996). Imputación Objetiva en el Derecho Penal
- Claus Roxin. (2007). Derecho Penal Parte General
- Cancio Meliá. (2001). Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva.

## **b. Jurisprudencia**

### **b.1. Nacional**

- Recurso de Nulidad R. N. N° 449 – 2009- Caso Magaly Medina vs Paolo Guerrero.
- Recurso de nulidad N.º. 2695-2017-Lima sobre defraudación tributaria
- Recurso de Nulidad N° recurso de nulidad n.º 1416 - 2018, Lima sobre defraudación tributaria
- Casación N° 263-2017 - Ancash sobre manipulación imprudente de explosivos en la municipalidad de Acochaca.
- Casación N° 1546-2019 Piura - caso Municipalidad de Catacaos – Colusión.
- Expediente N°40-2010/ Sala N° 30-2010 - caso COFOPRI- Colusión.

- Casación 23-2016-Ica- caso Richard Ocorima – Colusión y negociación incompatible.

### **b.2. Comparada**

- Sentencia 25536 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 27 de julio de 2006.

### **c. Especialistas en imputación objetiva**

- Cuatro fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios del Santa.
- Tres jueces especializados en delitos de corrupción de funcionarios del módulo penal de Nuevo Chimbote.
- Tres catedráticos en materia penal de la Universidad Nacional del Santa

## **3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

### **3.5.1. TÉCNICAS**

#### **a. Técnica de acopio documental**

Esta técnica se aplicará para la obtención de la información doctrinaria y jurisprudencial sobre el principio de confianza y el delito de colusión, acudiendo para ello a las diversas bibliotecas virtuales y físicas a nuestro alcance.

Para Torrealba Rodríguez (2009) el acopio documental es una técnica de recolección de datos de investigación que tiene por finalidad obtener datos e información de fuentes documentales para ser utilizados dentro de una investigación.

**b. Técnica de análisis documental**

El Análisis del contenido documental es una técnica que permite sistematizar y comprender cualquier tipo de información acumulado (documentos escritos, films, grabaciones, etc.) en datos, respuestas o valores que permitan entender las variables del problema de estudio. (Chávez, 2018).

En la presente investigación esta técnica va a ser utilizada para analizar fuentes secundarias de información referentes a legislación, doctrina y jurisprudencia relevantes sobre el principio de confianza y el delito de colusión.

**c. Técnica de estudio de casos.**

Para Aranzamendi (2013) la técnica de estudio de casos permite que la investigación profundice en el objeto de estudio. En nuestro caso nos serviremos de esta técnica para analizar diversos casos sobre la aplicación del principio de confianza en delitos contra la administración pública dictados por nuestros órganos jurisdiccionales, fundamentalmente por la Corte Suprema y de este modo lograr dilucidar qué criterios se están aplicando para sancionar o exculpar a procesados por el delito de colusión y en base a ello proponer nuevos criterios dogmáticos sobre el principio de confianza que permita delimitar de mejor manera la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en aquellos ámbitos clandestinos donde se realizan los actos colusorios.

**d. Técnica de encuestas.**

La encuesta la aplicaremos para recoger la opinión de distintos especialistas como magistrados, fiscales y catedráticos sobre la implementación de nuevos

criterios de principio de confianza para delimitar la responsabilidad penal en los delitos de colusión.

### **3.5.2. INSTRUMENTOS**

#### **a. Fichas bibliográficas.**

Este tipo de fichas se usarán para recopilar información relevante para nuestro marco teórico, transcribiendo la información seleccionada como los datos de identificación del libro o de algún documento escrito sobre el objeto de estudio útil a la investigación.

Para Castro (2015) se realizará el fichaje bibliográfico cuando encontremos un documento cuya información es valiosa e importante, y no deseamos su ubicación.

#### **b. Fichas de resumen.**

Las fichas resumen sirven para registrar un extracto esencial del texto, sus conceptos más importantes, utilizando las mismas palabras del autor o bien nuestras palabras o una combinación de ambas, sin alterar el contenido de las ideas del autor. (Castro, 2015).

En nuestro estudio se utilizará para realizar la síntesis de las ideas o conceptos básicos que se consideran de mayor importancia para la investigación, se extraerá mayormente de un texto extenso, lógicamente se utilizaran nuestras propias palabras, para resumir las ideas o datos que nos proporciona el autor.

### **c. Fichas textuales.**

Para Castro (2015) este tipo de fichas se utilizan para “colocar el texto original, siempre entre comillas” (p.6). Claro está que en nuestro caso la utilizaremos para elaborar nuestro marco teórico y demás argumentación jurídica con el fin de dar autoridad a nuestra posición respecto a la importancia del principio de confianza y los nuevos criterios delimitadores, puesto que si solo presentamos nuestra posición quedará huérfana y poco consistente lo que distaría mucho de una investigación seria; no podemos dejar de mencionar que para las fichas textuales nos ceñiremos a las reglas de las normas APA en sus versiones sexta y séptima edición.

### **d. Guía de análisis de contenido o estudio de casos.**

Este instrumento nos servirá para realizar la extracción de información relevante contenida en las sentencias y casaciones sobre los criterios que la Corte Suprema está siguiendo en los caso de colusión y en base a ello proponer nuevos criterios del principio de confianza que cubran aquellos vacíos dogmático dejados por nuestro máximo órgano jurisdiccional

Los casos recogidos en las sentencias los ordenaremos colocando: número de casación o sentencia, denunciante, imputado(os), materia de imputación, fundamentos de la sentencia y fallo. Con ello lograremos sistematizar información jurisprudencial con el fin de extraer criterios de aplicación del principio de confianza.

#### **e. Diario o Bitácora de Campo.**

En el desarrollo de nuestra investigación utilizaremos la bitácora de campo para realizar anotaciones importantes sobre el estudio de nuestras variables, además anotaremos en una libreta de notas las opiniones de especialistas para orientar de mejor modo nuestra investigación, pues la memoria es frágil y es necesario tomar nota de estado de la cuestión de las variables de estudio.

#### **f. Cuestionario**

El cuestionario es el instrumento más utilizado en el recojo de datos de los fenómenos sociales (Hernández, Fernández y Baptista, 2014). Nosotros utilizaremos también el cuestionario, el cual en estos tiempos de pandemia donde la información debe obtenerse con el menor contactos sociales posible, es nuestra principal herramienta; lo utilizaremos para realizar un conjunto de preguntas respecto al principio de confianza en el delito de colusión a diferentes especialistas en la materia, lógicamente las preguntas planteadas guardarán coherencia con el problema de investigación y por defecto con nuestra hipótesis de estudio.

### **3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS**

#### **3.6.1. CUALITATIVAS**

En el presente trabajo de investigación utilizará las siguientes técnicas cualitativas de procesamiento de datos:

### **a. Corte y Clasificación**

Con esta técnica realizaremos la lectura y subrayado de los textos dogmáticos sobre principio de confianza y colusión, así también resaltaremos los fundamentos jurisprudenciales más importantes sobre nuestras variables de estudio y luego realizaremos una clasificación de los párrafos seleccionados con el fin de someterlos a un análisis riguroso y así para poder resaltar los aspectos más importantes relacionados nuestro problema de estudio.

En síntesis, esta técnica consiste en que luego de revisar y marcar las ideas más importantes del texto se debe cortar y clasificar los extractos, lo que consiste en identificar expresiones, pasajes o segmentos que parecen importantes para la comprensión del problema y luego juntarlos conceptualmente (Hernández, Fernández y Baptista, 2014).

### **b. Técnica de colocación**

Con esta técnica reconoceremos si en las distintas sentencias en las que se han invocado el principio de confianza en delitos de colusión se han utilizados términos y categorías lingüísticas parecidas para con ello determinar si los órganos jurisdiccionales están siguiendo criterios parecidos o dispares a la hora de aplicar el principio de confianza.

A decir de Hernández, Fernández y Baptista (2014) esta técnica se utiliza en investigaciones cualitativas y se basa en la idea de que para comprender el significado de una palabra debemos relacionarla al contexto conceptual con la que se encuentra conectada.

### **c. Técnica de la Metacodificación**

Con esta técnica “se examina la relación entre las categorías sugeridas por estudios previos (marco teórico) para descubrir otras potencialmente nuevas. La técnica requiere un conjunto de unidades o datos (párrafos, textos completos, imágenes, etc.) y un conjunto de categorías establecidas” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p.440).

En nuestro estudio esta técnica cobrará vital importancia puesto que de la doctrina generada en los diferentes trabajos de investigación a nivel nacional e internacional sobre el principio de confianza se buscará extraer criterios de aplicación de este principio en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos investigados por colusión.

### **d. Guía de análisis de documentos**

Esta técnica de analizar de datos se emplea al momento de revisar la documentación referente a la jurisprudencia y legislación penal, para poder determinar de manera clara y precisa las variaciones necesarias para sostener cuando, como y donde aplicar el principio de confianza en los delitos de colusión

## **3.6.2. CUANTITATIVAS**

Debido a que la presente investigación aplicará encuestas a un grupo de especialistas sobre las variables de estudio, se hace necesario aplicar técnicas cuantitativas de procesamiento de datos.

#### **a. Técnica estadística descriptiva**

En lo que respecta a los cuestionarios aplicados a los especialistas se utilizará el procesamiento estadístico elemental, calculando frecuencias de respuesta y porcentajes que representan estas.

Para ello utilizaremos el programa de procesamiento de datos SPSS (Paquete Estadístico para las Ciencias Sociales), desarrollado en la Universidad de Chicago, que es uno de los más difundidos actualmente.

### **3.7. PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCION DE DATOS**

#### **3.7.1. Técnica del fotocopiado**

Esta técnica se utilizará para obtener información contenida en las sentencias de la Corte Suprema y la corte Superior de Justicia del Santa, en las cuales se invocó el principio de confianza para determinar la responsabilidad penal de los funcionarios procesados por el delito de colusión derivando en resoluciones absolutorias o condenatorias.

#### **3.7.2. Formulario de encuesta.**

Esta técnica de procesamiento se aplicará en los formularios de encuestas que se realiza a especialistas sobre el principio de confianza y el delito de colusión, de esta manera se obtendrá una visión más amplia del problema y poder arribar a conclusiones informadas sobre el problema de investigación.

Utilizaremos el formulario de cuestionario de Google drive que nos brinda una herramienta de fácil elaboración, pero con alta confiabilidad en la recolección de la información deseada.

### **3.7.3. Técnica de Fichaje**

Esta técnica será utilizada en las distintas etapas de la investigación y será muy necesaria para recolectar datos informativos relevantes a la hora de construir nuestro marco teórico y procesamiento de datos.

Rojas (2002) nos dice que las fichas son documentos que permite recopilar, información relevante sobre a un tema específico, que posteriormente servirá al investigador en la sustentación teórica de su trabajo.

### **3.7.4. Revisión Bibliográfica**

Esta técnica de revisión bibliográfica será empleada para estudiar las diversas opiniones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional e internacional sobre las variables de estudio, acudiremos para ello a fuentes físicas y virtuales, para así establecer los alcances respecto a los criterios innovadores sobre el principio de confianza, para evitar colisionar con los ya planteados por la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.

### **3.7.5. Programación de encuestas**

Esta técnica se va a utilizar al momento que se elabore una encuesta virtual, utilizando para ello la herramienta web de formularios de Google, se utilizara este medio con el fin de respetar las medidas de seguridad establecidas por el Estado peruano en pro de evitar la propagación de la pandemia del Covid-19.

#### **IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

##### **RESULTADO N° 01**

**El principio de confianza es un criterio de imputación objetiva que ayuda a delimitar la responsabilidad penal en función al riesgo creado por el agente**

##### **DISCUSION DE RESULTADOS N° 01**

La imputación objetiva es una teoría de la dogmática penal que supera a las teorías causalistas en la determinación de la responsabilidad penal del agente, puesto que parte de la idea que no todo resultado puede ser imputado a su autor, es necesario, determinar que la conducta desplegada por el agente haya creado un riesgo que sobrepasa el estándar de lo normativa y socialmente aceptado y que este riesgo se haya materializado en el resultado. Atribuir un resultado a su autor por la simple relación fenoménica entre conducta y resultado es regresar al causalismo naturalista, teoría que varios problemas ha generado al derecho penal y que de hecho es un modelo ya superado, que tiene como fecha de defunción a la segunda década del siglo XX. (Roxin citado por Medina, 2016).

En este sentido Alcocer (2015) manifiesta que la teoría de la imputación objetiva es una concepción funcionalista - normativista, donde, para la determinación de la existencia de una conducta típica es imprescindible –además de la causalidad– los siguientes presupuestos: i) que el comportamiento del agente haya creado un riesgo penalmente prohibido, y ii) que ese riesgo sea el que se haya materializado en el resultado lesivo.

De lo dicho hasta aquí, se colige que la teoría de la imputación objetiva la podemos dividir a en dos campos: la imputación objetiva del comportamiento donde se analiza si la conducta desplegada por el agente ha creado un riesgo jurídicamente relevante (con independencia si lo hizo de propia mano, a través de un tercero, por omisión o por acción);

y la imputación objetiva de resultado donde se evalúa la vinculación de la conducta riesgosa con el resultado lesivo.

Para los intereses de nuestra investigación, nos centraremos en el análisis de la imputación objetiva del comportamiento que es donde está enmarcado el principio de confianza que, junto con el criterio de riesgo permitido, competencia de la víctima y la prohibición de regreso, ayudan a delimitar las conductas típicamente relevantes. En este orden de ideas Cancio Melía (2004) asevera que la imputación objetiva de comportamiento está constituida por cuatro instituciones dogmáticas propuestas por Jakobs y que vertebran el juicio de tipicidad de la conducta: el riesgo permitido, el principio de confianza, la autorresponsabilidad de la víctima y la prohibición de regreso.

Refiriéndose específicamente al principio de confianza (tema central de nuestra investigación), Medina (2016) asevera que los sujetos que realizan un comportamiento riesgoso, pero lícito, están facultados en confiar en que los que coparticipan con él en una actividad de cooperación van a adecuar su comportamiento a lo prescrito por el marco jurídico. Es decir, toda actividad que realizamos es riesgosa, pero hay ciertos riesgos que la sociedad tolera en pro de desarrollo, de modo que cuando una persona realiza una conducta o cumple un rol social sin sobrepasar este riesgo tolerado, espera que los demás también mantengan su conducta dentro de lo lícitamente permitido. “Las expectativas son de que cada persona cumpla eficientemente su rol asignado, lo que conlleva que no es tarea de los demás controlarlas”. (Caballero, 2020, p.123). La desconfianza excesiva haría imposible los contactos sociales anónimos y por tanto implicaría un estancamiento para la sociedad dado que todos andaríamos desconfiando de la conducta de los demás, invirtiendo gran esfuerzo en la vigilancia de las conductas ajenas, abandonando nuestras propias tareas.

Por tanto, la delimitación de la responsabilidad penal, está en función al riesgo creado por el agente, de modo que la persona que en cumplimiento de su rol se mantiene dentro del riesgo permitido no tiene por qué recibir una sanción punitiva del Estado, pero sí lo hará aquella persona que defraudó la confianza que la sociedad puso sobre ella. Respecto a esto Cancio Melía (2004) concluye que “el principio de confianza se refiere a aquellos casos en los que el sujeto que actúa, “en principio” es responsable de la situación de riesgo por el creado o que a él corresponder controlar” (p. 76). Por ejemplo cuando el comité de selección de una municipalidad saca un concurso público, está realizando una conducta riesgosa que la sociedad y el Estado toleran, puesto que es necesario para el desarrollo de la administración pública y en general para la sociedad; este proceso de selección está fundamentado en los requerimiento de una área usuaria de cuyos responsables se tiene la confianza que han realizado los procedimientos correctos en su requerimiento; de modo que los miembros del comité de selección solo son responsables por las conductas riesgosas que realicen en el proceso de contratación y no podrán ser responsables por el incumplimiento o los riesgos creados por los representantes del área usuaria en los que se confía que cumplieron su rol institucional de manera correcta. Dicho de modo más simple la responsabilidad penal de una persona está en función al riesgo por el creador de modo que aquel que se mantuvo dentro de un riesgo permitido no asume sanción punitiva aun los terceros en quienes confió sobrepasaran con sus comportamiento el riesgo permitido, en cuyo caso solo ellos asumirán responsabilidad penal.

Para Jakobs (1997) el principio de confianza está orientado a hacer posible el reparto del trabajo, por consiguiente, la confianza acaba cuando la división del trabajo

pierde su sentido, especialmente cuando puede observarse que el tercero no hace justicia a la confianza que se le exige en el cumplimiento de su rol.

Esto quiere decir que, si bien en principio la confianza es de vital importancia en la división del trabajo y el reparto de roles dentro de la sociedad y las organizaciones, es también cierto que no es posible la aplicación de la confianza a raja tabla, pues hay casos en que el tercero ha demostrado que no es un sujeto digno de la confianza. Por ello, los operadores de justicia a la hora de determinar la responsabilidad penal de una persona en base al principio de confianza, deben tener en cuenta que este principio tiene límites, pues es cierto que la confianza permite por regla general el desarrollo social en cooperación, es también cierto que no siempre se debe confiar de actuar correcto de los demás. Por el contrario, en ocasiones debe prevalecer la desconfianza por ello los operadores de justicia y en general todas las personas debemos saber cuándo a una persona no les está permitido confiar del actuar correcto de los demás interviene ya que en defecto que una persona haga caso omiso a los límites de la confianza no podrá liberarse de una responsabilidad penal por su inobservancia. En este sentido para Medina (2016) no es factible desplegar la confianza en todas las circunstancias, por lo que en el ámbito práctico es imprescindible delimitar hasta dónde está permitido confiar en el actuar correcto de los terceros.

La jurisprudencia nacional ya ha hecho uso del principio de confianza para delimitar la responsabilidad penal en función al riesgo creado por el imputado, por ejemplo, Recurso de Nulidad N.º 2695/2017- Lima; la Corte Suprema de Justicia en su fundamento 2. 8, asevera que:

En el caso existió una delimitación de funciones para el ingreso de bienes, el registro y pago de las facturas, y la declaración ante la SUNAT, por lo que se aplicaron los

criterios de imputación objetiva, considerándose en la recurrida que, los imputados actuaron al amparo del principio de confianza, por el cual no puede considerarse objetivamente autor del delito a quien obró confiando en que el otro se mantendría dentro de los límites del riesgo permitido.

Vemos que en este caso, los imputados organizaron su conducta sin sobrepasar los límites del riesgo permitido, pues si bien el registro y pago de facturas es una conducta riesgosa, sin embargo el que lo realiza lo hace confiando que los bienes y montos declarados en las facturas son las correctas, de modo que no puede responsabilizarse por la conducta riesgosa de terceros, esto es, si los encargados de la recepción de bienes y elaboración de facturas en los que se confía actuarían correctamente, trasgreden su rol incluyendo datos falsos en las facturas, solo ellos estarán sometidos al sinalagma organización versus responsabilidad. Luego para complementar la Corte Suprema asevera que las personas nos interrelacionamos siempre sobre la base de un mínimo de confianza, pues esta resulta necesaria para el desarrollo social y en ese sentido el derecho penal debe erigir al principio de confianza como un eje normativo en el sistema de imputación.

El núcleo conceptual de este principio estriba en que a pesar de la constatación de los errores de los demás, se autoriza a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de aquellos. Vale decir, a las personas que emprenden una actividad riesgosa pero —desde luego— lícita les está permitido confiar en que quienes participan junto con él van a ajustar su actuación al ordenamiento jurídico.

La postura de la responsabilidad penal en función al riesgo creado por la trasgresión del principio de confianza, la Corte Suprema la vuelve a reiterar en la Casación N.º 1307-2019, en cuyo quinto considerando sostiene que:

La competencia por el riesgo prohibido no necesariamente debe corresponder al titular del ámbito de organización del que se deriva fácticamente el riesgo prohibido

(la encausada López Melgarejo de Costa), sino que puede recaer también sobre terceros –en este caso el esposo (Costa Alva), quien fue el que, según los cargos, habría efectuado maniobras delictivas para obtener los activos que se transfirió a la primera–. Tratándose del principio de confianza, como el desarrollo del suceso depende de otras personas y se trata de una exigencia normativa –presupuesto de su aplicación–, se ha de establecer si se mantiene la confianza del tercero o si ésta decae.

En esta Casación queda más claro que la responsabilidad penal no necesariamente recae en aquel que confiando en la conducta correcta del tercero realizó la conducta material riesgosa (receptar activos ilícitos), si no que la responsabilidad recae sobre aquel tercero que violando la confianza en él depositado, dio origen al riesgo prohibido.

El principio de confianza, entonces, es una institución dogmática de la Teoría de la Imputación Objetiva que ayuda a delimitar la responsabilidad penal de los investigados en función al riesgo que el agente produzca por violación de la confianza en él depositado, de modo que, cuando el depositante crea un riesgo prohibido por que el depositario violó la confianza, no puede asumir una responsabilidad penal ya que está cobijado bajo el manto protector del principio de confianza; por el contrario toda la responsabilidad recaerá sobre el trasgresor de la confianza. En este sentido Castillo (2017) asevera que el principio de confianza se instala como criterio para reducir las arbitrariedades en la administración de justicia, imprimiendo en ella altas cuotas de racionalidad, pasando a construir un criterio útil para determinar lo que compete esperar de una persona respecto a otra en una situación concreta.

## **RESULTADO N° 02**

**La doctrina y jurisprudencia nacional consideran que la colusión es un delito de infracción de deberes especiales derivado de la competencia institucional y lesión de bienes jurídicos**

## **DISCUSION DE RESULTADOS N° 02**

La teoría de la imputación objetiva, en su vertiente normativista, distingue los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber; los primeros, son aquellos que se cometen cuando infringimos los deberes negativos de no dañar, esto es, cuando organizamos nuestra conducta de modo defectuoso generando con ello, daños sobre los bienes jurídicos de terceros; en cambio los delitos de infracción de deber son aquellos que se cometen cuando infringimos deberes positivos a los cuales estamos unidos por algún status especial que nos obliga a proteger y colaborar con la víctima para el desarrollo de un mundo en común. En otras palabras, los deberes negativos están referidas a la evitación del daño al que estamos obligados todos los ciudadanos en el ejercicio de nuestra libre organización; por otro lado, las instituciones positivas son relaciones duraderas y jurídicamente reconocidas que nos obligan a realizar conductas destinadas a la prestación de ayuda y brindar protección en pro del interés social, como “la familia y las relaciones estatales” (Castillo, 2017, p. 56). Por ejemplo, si una persona mata a otra, está cometiendo un delito de dominio, pues organizó su conducta de modo dañoso sobre la vida de una víctima con la cual no tenía ningún vínculo especial de protección, en cambio cuando un funcionario público lesiona los intereses de la administración pública, comete delitos de infracción de deber porque está unido con la víctima (administración) por deberes especiales de protección y desarrollo institucional. En este sentido Sessano (2020) asevera

que los deberes positivos son obligaciones especiales que sólo competen a determinadas personas, y los deberes negativos serían obligaciones que competen a todas las personas.

La doctrina mayoritaria del país, acepta que la colusión es un delito de infracción de deber, puesto que el funcionario público está vinculado con la administración y especialmente con el proceso de contratación pública mediante deberes positivos de protección y garantía de la correcta administración pública, no hacerlo implica que debe aceptar como consecuencia sinalagmática su responsabilidad penal, pero no solo por haber lesionado los bienes públicos sino por haber trasgredido sus deberes positivos especiales. En este sentido, el funcionario público no solo responde por haber realizado una configuración defectuosa de su ámbito de organización, o por haber lesionado un bien a él encomendado, sino también por haberse rehusado a la producción de una relación positiva con la administración pública; o dicho de otra forma, porque ha lesionado su deber institucional. (Sessano, 2020)

Por eso, para Castillo (2017) los que asumen que con el delito de colusión se están protegiendo determinados deberes positivos institucionales, defienden la tesis que el derecho penal no solo protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma. De modo que con la comisión del delito de colusión no solo se trasgreden bienes jurídicos si no que, lo más relevante, se está negando la vigencia de la norma, por ello, la sanción penal, siguiendo la dialéctica hegeliana, no repone la integridad de los bienes jurídicos dañados, lo que recupera, es la vigencia de la norma penal.

Para Salinas Siccha (2018) también, la colusión es un delito especialísimo de infracción de deber, por cuanto el sujeto activo aparte de tener la condición de funcionario público infringe la confianza que la administración pública ha depositado en él. Esto

implica que si una persona participa de la defraudación a los intereses del Estado, pero no tiene la condición de funcionario público, no puede imponérsele la responsabilidad penal a título de autor del delito de colusión, por la simple razón que no infringe deberes positivos institucionales, que solo corresponden al rol de funcionario. En este sentido Jakobs (2000) asevera que “todos los roles que generan deberes positivos son características personales especiales y un *extraneus* solo es punible de forma atenuada” (p. 150).

Sin embargo, Salinas Siccha, no comulga con la tesis extrema del normativismo de Jakobs, que el derecho penal protege solo la vigencia de la norma, al respecto asevera que la punibilidad de un delito “no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal” (p. 107). Esto es, que la infracción del deber es un elemento complementario que debe valorarse junto a otros elementos dañosos, no basta la sola infracción de deber para delimitar la responsabilidad, es necesaria la existencia de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

Por su parte la jurisprudencia nacional comulga con la posición mayoritaria de la doctrina nacional que los delitos cometidos por funcionarios públicos, son delitos de infracción de deber, por ejemplo, en el Recurso de Nulidad N° 265-2013, la Corte Suprema asevera que:

Los delitos cometidos por los funcionarios públicos tienen como característica intrínseca que se forman a partir de la infracción de un deber especial. La infracción del mismo lo convierte en autor por la posición que domina en relación con el deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la administración pública.

Refiriéndose de manera específica al delito de colusión, la Corte suprema reitera esta posición, en el Recurso de Nulidad N° 3910-2013, subrayando que en la colusión “el funcionario o servidor público tiene deberes especiales, positivos, que no posee todo ciudadano; son deberes de cuidado y fomento del ejercicio de la función administrativa de acuerdo con los principios constitucionales”.

Al respecto, consideramos que cuando se asevera que, en el delito de colusión, el funcionario público infringe deberes especiales, se refiere a la trasgresión de la confianza que el Estado ha depositado en él, en ese sentido los deberes especiales estaría constituidos por todos roles que vinculan al funcionario con las negociaciones y contrataciones públicas. Ahora, es cierto que el tipo penal de colusión no describe cuales podrían ser los deberes institucionales positivos que vinculan al funcionario con la administración, sin embargo la Corte Suprema en distintas ocasiones ha reiterado que “el bien jurídico protegido específico o particular es la regularidad, prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresos en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales de parte de los funcionarios o servidores públicos”. Luego en el Recurso de Nulidad N° 1267-2014 destaca que “el objeto de tutela jurídico penal en este supuesto de injusto funcional, son los principios de objetividad e imparcialidad en el marco de la contratación pública”. Postura, también defendida por Salinas Siccha (2018), cuando asevera que la colusión como delito de infracción de deber tiene como bien jurídico genérico al normal y recto funcionamiento de la administración pública y como bienes jurídicos específicos a los principios de transparencia, imparcialidad y trato justo a los postores.

Queda sentado entonces, que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional consideran que los delitos de corrupción de funcionarios, incluidos entre ellos el delito de colusión, son delitos de infracción de deber, sin embargo aún está en debate si la sanción penal se deriva de la sola infracción de deberes institucionales (Caro Jhon, Sanchez Vera, Javier Villa Stein) o de la lesión de bienes jurídicos (Salinas Siccha y Pariona Arana); lo cierto y seguro es que esto obliga al representante del ministerio público y al magistrado valorar los deberes especiales como parte constitutiva del tipo penal de colusión pues la infracción de los deberes especiales fundamentan la responsabilidad de un funcionario; sin embargo esto no es suficiente, es necesario también demostrar que junto con la infracción de deber existen los daños materiales a los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, que en el caso de colusión son la correcta administración pública y el patrimonio del Estado.

### **RESULTADO N° 03**

**Los criterios del principio de confianza aplicados por la Corte Suprema en los delitos de colusión son contradictorios e insuficientes porque no valoran el comportamiento omisivo y la trasgresión de deberes extra normativos.**

### **DISCUSION DE RESULTADOS N° 03**

Es loable que nuestro máximo tribunal de justicia haya hecho suyo el principio de confianza, como filtro de imputación objetiva, para delimitar la responsabilidad penal de los procesados por el delito de colusión, también es meritorio haber extrapolado este instituto dogmático, que en sus inicios fue aplicado a delitos de dominio, para comprender y delimitar la tipicidad objetiva de la conducta en delitos de infracción de deber; no obstante

aún la posición de la Corte Suprema no es uniforme, pues encontramos sentencias en donde claramente se evidencia un gran esfuerzo por delimitar el alcance de la aplicación del principio de confianza en los delitos de colusión, pero por otro lado hay sentencias cuyos argumentos desbaratan todo lo avanzado.

**Primer criterio: No es posible aplicar principio de confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa.**

En el Recurso de Nulidad N° la Suprema Corte establece que:

ii) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa;

Esto es, no es posible aplicar el principio de confianza cuando uno de los cooperantes en una actividad, tiene la posición de compensar los errores de los demás, tiene un status especial respecto de los demás funcionarios o servidores públicos, o como se dijo líneas arriba, está vinculado con la administración pública por un deber institucional de cooperar para su desarrollo. En este sentido, debe entenderse que la posición de compensar los errores de los demás recae siempre en las autoridades de mayor jerarquía de la institución, de modo que si un alcalde, gobernador regional, director de proyecto, presidente del comité de selección, etc, no despliega su rol de vigilar y controlar las conductas de los que colaboran con él en la división vertical u horizontal del trabajo, simplemente no le será posible, ante un eventual delito de función, liberarse de la consecuencia sinalagmática de la responsabilidad penal.

Sin embargo, la misma Corte suprema en la Casación 23-2016-Ica, desdice su propio criterio cuando asevera que:

La exigencia del deber de supervisión al titular de una institución, sin más fundamento que por ser el titular de la misma, podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución.

Por tanto, si es del caso exigírsele un deber especial de supervisión, dicho deber debe estar normativamente establecido y formar parte de sus competencias.

Según la nueva posición de la Corte Suprema, la supervisión al que está obligado el titular de una institución, debe cumplir con la taxatividad de la norma, o sea debe estar normativamente establecido, se infiere entonces, que, si los deberes de proteger y vigilar no están normados, no forman parte de los deberes positivos que tiene el funcionario de cooperar con la correcta administración pública.

Entendemos el temor que tiene la Corte Suprema por garantizar la vigencia del principio de legalidad, en su vertiente *nullun crimen sine lege*, sin embargo es pertinente recordar a nuestro Tribunal que son precisamente los delitos de infracción de deber (como la colusión) los que fundamentan la responsabilidad en los roles sociales que debe cumplir cada persona titular de un estatus institucional, cuya determinación se realiza, no necesariamente en función a la taxatividad de la normativa penal, sino en función al contexto y desarrollo de cada sociedad y, siendo que la sociedad peruana está inmersa en una ola endémica de corrupción, los roles de protección y supervisión que deber desplegar los titulares de las instituciones públicas son de mayor exigencia, o sea, el titular de una institución no solo está obligado a cumplir con su roles establecidos taxativamente en la normativa penal, sino que también está obligado a cumplir los roles que la sociedad, el Estado y las normas extrapenales imponen sobre ellos. Así para Salinas (2016) estos deberes normalmente están ubicados antes que la normativa penal y por lo general, emergen desde otros ámbitos del derecho nacional vigente, ejemplo de ello son los deberes

y principios que sostienen la organización del Estado y los deberes del derecho público. Esto es corroborado por Jakobs (1997) cuando asevera que “en aquellos ámbitos vitales en los que no hay reglas establecidas, ya sea por el Derecho, o por otros elencos normativos, lo relevante es el estándar de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente” (p. 52).

No por ello se trasgrede el principio de legalidad, puesto que, “El artículo 2, inciso 24, párrafo d) de la Constitución consagra al principio de legalidad como rector del derecho penal y eleva a la categoría de norma constitucional a la denominada teoría del delito” (Moreno, 2018), y siendo los delitos de infracción de deber (cuyo fundamento está en los roles sociales, principio y normas extrapenales) parte de la teoría del delito, por tanto tienen rango de legalidad. En este sentido, corresponde a los operadores jurídicos utilizar técnicas legislativas que les permita inferir los roles sociales, principios y normas extrapenales que son los que fundamentan a los delitos de infracción de deber, para subsumirlos dentro del tipo penal de colusión.

Claro está, que la sola infracción de deber no basta para responsabilizar a un funcionario público, es necesario acompañar la acusación con otros elementos objetivos del tipo penal de colusión, que hagan evidente que por lo menos hubo inicio de acción delictiva. “Solo dando inicio a la acción criminal se pone en peligro real o potencial el bien jurídico protegido representado en deberes o principios. La simple infracción de deber no tiene contenido penal”. (Salinas, 2016, p. 108).

**Según criterio: No es posible aplicar principio de confianza cuando resulta evidente que la conducta desplegada por uno de los intervinientes defrauda las expectativas.**

Este criterio la Corte Suprema lo invocó en el Recurso de Casación N° 1546 - 2019- Piura, cuyo séptimo considerando asevera que: hay determinadas circunstancias que

excluyen el principio de confianza, tales como “cuando resulta evidente que uno de los intervinientes en el hecho realizó una conducta que defrauda las expectativas de su actuación conforme a Derecho”.

Esto implica que cuando uno de los intervinientes en la división del trabajo evidentemente despliega una conducta contraria a las expectativas que se tenía de su conducta, entonces ya no es posible que los demás intervinientes, que advirtieron esta conducta defraudatoria, puedan seguir confiando en esta persona, dado que ha defraudado la confianza en él depositado; siendo que, si pese a la evidente defraudación de las expectativas se sigue confiando, la responsabilidad por las consecuencias lesivas se trasladarán también a los que indebidamente confiaron en alguien que ya no es merecedor de confianza.

En ese sentido el colegiado asevera que la impugnación de More López, ex alcalde de la Municipalidad de Catacaos, referente a que no creó un riesgo penalmente prohibido pues medió el principio de confianza en atención a que confió en la actuación correcta del encausado Pacheco Custodio (Gerente Municipal), no es aceptable pues su deber de garante, como consecuencia de su cargo de alcalde, no lo ejerció correctamente. “En tal virtud, no es de recibo el principio de confianza. Su deber de garantía, como consecuencia, de su cargo rector, se afirma contundentemente”.

Luego la Corte Suprema continúa:

Sencillamente, pudiendo hacerlo, no realizó conducta de supervisión y corrección alguna y, antes, no cuidó de controlar la marcha de la concesión con la efectiva rendición de cuentas a los funcionarios competentes, (...) En tal virtud, no es de recibo el principio de confianza.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Recurso de Casación N° 1546 - 2019- Piura

Esta posición de la Corte Suprema nos parece la correcta, pues el alcalde como titular del pliego al notar que el proceso de concesión del camal municipal tenía vicios, debió corregir la marcha de la concesión sometiendo a los funcionarios implicados a una rendición de cuentas, lo que efectivamente no hizo, por ello es correcto que asuma la sanción penal impuesta por no desconfiar en aquellos que evidentemente defraudaron la confianza.

No obstante lo dicho, la misma Corte Suprema, resolvió en sentido contrario en la Casación 23-2016-Ica, al absolver al ex Presidente Regional de Ayacucho Richard Ocorima, pese a la existencia de elementos de convicción que evidenciaban vicios en el que habían incurrido sus subordinados al declarar indebidamente un estado de emergencia para mandar a un proceso acelerado la contratación de maquinaria para mejorar la red vía del Ayacucho ( que tiene menos controles según la ley de contrataciones) y evitarse un concurso público, esto fue observado por el OSCE y el Ministerio de economía poniendo en conocimiento de ello a Richard Ocorima, instándolo a detener el proceso de contratación acelerado pues tenía 23 observaciones, no obstante Ocorima pese a evidentes indicios de la actuación incorrecta de sus técnicos, hizo caso omiso de las recomendaciones y ejecutó el contrato.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia en el fundamento 4.51 argumenta que:

...si bien la OSCE mediante oficio N° E-021 -201 2/DSU PAA del 19 de enero de 2012 comunicó al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho que subsisten las observaciones, sin embargo, ello no generaba el cese de la situación de emergencia (...) más aún si existía información consistente contrapuesta de carácter técnico que le permitía legítimamente proseguir con la adopción de las medidas urgentes y necesarias, al amparo al principio de confianza.

Consideramos que hay una evidente contradicción en la posición de la Corte Suprema, pues en el primer caso considera que el Alcalde de Catacaos, debe asumir responsabilidad penal por no corregir el proceso de concesión de camal municipal al advertir que su gerente municipal y demás personal interviniente estaba incurriendo en conductas defraudatorias del principio de confianza; sin embargo, en el segundo caso libera de responsabilidad penal al Presidente Regional de Ayacucho pese a que organismos oficiales de vigilancia de las contrataciones públicas (OSCE y MEF) le advirtieron de que sus técnicos estaban incurriendo en conductas incorrectas al declarar indebidamente un estado de emergencia para evitarse un proceso de contratación pública altamente supervisado; y pese a la evidente trasgresión del principio de confianza, no corrigió el proceso más bien firmó el contrato y ordenó el pago al contratista.

**Tercer criterio: No es posible aplicar el principio de confianza cuando existe un deber de garante que impone la obligación de verificar el trabajo realizado.**

Este límite al principio de confianza la Corte Suprema lo menciona en la ya citada Casación 23-2016-Ica, en cuyo fundamento 4.47 asevera que “el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante que impone la obligación de verificar el trabajo realizado”. Entendemos, que si, una autoridad sobre la cual recae el deber de garantizar la correcta administración pública y el patrimonio del Estado, no realiza las acciones necesarias para proteger la vulnerabilidad de los bienes jurídicos a él encomendado, debe asumir su responsabilidad penal si producto de su desidia se afectan los bienes jurídicos. En este sentido el profesor Shünemann citado por Salinas (2016) asevera que “el criterio de autor en los delitos especiales no debe ser buscado en la infracción de un deber, sino en

una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el de dominio del hecho en los delitos de comisión” (p.101).

Esto quiere decir que, la autoría en el delito de colusión no solo está fundada en la infracción de deberes especiales sino también en la posición de dominio o garante que el funcionario público tiene sobre los bienes del Estado, en ese sentido cabe la posibilidad que un funcionario público pueda ser pasible de sanción penal si logra demostrarse que omitió proteger los bienes jurídicos sobre los que tenía posición de dominio gracias su calidad de funcionario. En otras palabras, un sujeto será autor de un delito por comisión o por omisión, si dentro de su ámbito de dominio, pudo prever la producción un resultado lesivo, y pese a ello, dejó que el curso causal continuara, produciéndose inevitablemente el resultado típico. (Abello, J. 2017). Por ejemplo, los miembros del comité de selección que omitieron dolosamente revisar la propuesta de un postor para hacerlo ganador de un proceso de contratación, deben asumir su responsabilidad penal no solo por infringir su deberes de imparcialidad, transparencia o trato justo a los postores, sino que su responsabilidad está también fundada en haber omitido su deber de garante o dominio sobre la correcta contratación pública. En conclusión, para la Corte Suprema si un funcionario público omite ejercer su posición de garante, aun no intervenga materialmente en los actos colusorios, debe asumir su responsabilidad penal por su omisión.

Pero como venimos diciendo la posición de la Corte Suprema es contradictoria pues en el Recurso de Nulidad N° 1105 – 2011 expresamente asevera que la colusión “debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo”.

Esto es realmente contradictorio puesto que, si por un lado se afirma que un funcionario no puede protegerse bajo el principio de confianza si omitió cumplir con su deber de garante sobre la integridad de la administración pública, no es consecuente, ni lógica la afirmación que no es posible la comisión del delito de colusión por omisión, porque entonces, como es que un funcionario que omitió la protección de garantizar la correcta administración pública debe asumir responsabilidad penal; esto realmente es un contrasentido.

Por nuestra parte consideramos que la omisión impropia en el delito de colusión debe ser sancionada pues el razonamiento contradictorio de la Corte Suprema deja desprotegida al bien jurídico que en el caso de colusión es la correcta administración pública o los bienes jurídicos particulares, por cuanto hay omisiones que los funcionarios realizan con fines colusorios como por ejemplo cuando la máxima autoridad de la entidad no cumple con sus deberes especiales de control y vigilancia con la finalidad de hacerse de la vista gorda frente a evidente actos colusorios.

Al respecto tenemos el respaldo de la Corte Superior de Justicia de Lima<sup>7</sup> que manifiesta que la colusión:

Al ser un delito de infracción de deber no solo se configura como un delito de comisión, si no de omisión impropia que, entre otras de sus manifestaciones, tiene el deber de garante y el principio de confianza. En relación al “deber de garante” los funcionarios públicos (intraneus) que actúan en razón de su cargo y en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales tienen el deber de control, vigilancia y preservación de los intereses del Estado en la contratación pública con los particulares.

---

<sup>7</sup> Ex pediente 00185-2011-10-1826-JR-PE-02

Atendiendo a lo dicho, cuando un funcionario público omite sus deberes de garante es lógico que está incrementando el riesgo penalmente permitido y si producto de esta desidia se producen actos defraudatorios de los intereses del Estado es lógico que el funcionario negligente deba asumir la responsabilidad por estos efectos lesivos. No sería jurídicamente correcto que aquel que tiene posición de garante sobre los bienes públicos y sobre los riesgos de terceros solo asuma una sanción administrativa cuando su omisión incrementó un riesgo que se materializó en un resultado lesivo de bienes jurídicos. Así se manifiesta Mir citado por Larrauri cuando asevera que en los delitos de omisión impropia para que sea posible la imputación objetiva del resultado es suficiente que el sujeto activo hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante.

Por su parte Reátegui (2017) complementa nuestra posición aseverando que, si bien el comportamiento omisivo no es punible en el delito de colusión, cabe señalar que los funcionarios encargados de los procesos de contratación pública que dolosamente permiten que otros funcionarios realicen las actividades colusorias, están realizando actos concluyentes de carácter positivo, equiparables a la forma comisiva.

#### **RESULTADO N° 04**

**La jurisprudencia comparada ha utilizado criterios del principio de confianza que pueden ser aplicados en el derecho peruano**

#### **DISCUSION DE RESULTADOS N° 04**

Del análisis de la jurisprudencia comparada pudimos rescatar los siguientes criterios del principio de confianza que bien pueden ser extrapolados al derecho peruano:

**Primero: No puede ser exonerado de imputación con fundamento en el principio de confianza, quien contrata personal sin suficiente cualificación profesional para desplegar determinadas tareas.**

## **Sentencia 25536 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 27 de julio de 2006.**

Esta sentencia está referida a la imputación del delito de peculado culposo a la doctora Yolanda Gonzales de Henríquez, que en su condición de Juez Civil Municipal habría “escogido al empleado más joven, nuevo e inexperto, para la delicada tarea de tramitar los títulos”; producto de lo cual se produjo la pérdida y falsificación de títulos por un valor de 2.459.100 pesos. En este caso la Corte Suprema de Justicia colombiana considera que la Doctora Gonzales de Hernández tenía posición de garante sobre los títulos de depósito judicial; el haber delegado la confianza en un empleado inexperto, que ella misma eligió, no la exime de sus deberes de vigilancia y control; por ello:

No puede ser exonerado de imputación con fundamento en el principio de confianza, quien divide el trabajo con personal sin suficiente cualificación profesional para desplegar determinadas tareas, pues en este supuesto se requiere de su parte aún más vigilancia, custodia y supervisión estricta.

La posición de la Corte suprema de Justicia de Colombia nos parece la correcta pues quien a sabiendas de la poca cualificación profesional de una persona se la contrata para realizar tareas especializadas en la administración pública y pese a ello no se redobla el control y vigilancia, no es posible escudarse en el principio de confianza frente conductas de corrupción del delegado inexperto. Ahora bien, es de tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia del Perú también ha asumido un criterio parecido cuando asevera que: “no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba”; sin embargo este principio tiene una gran diferencia con el desarrollado por la Corte Colombiana pues allá se refiere a que el funcionario público elige a una persona a sabiendas de su poca cualificación profesional y le encarga una tarea para la que no está especializado; en cambio nuestra jurisprudencia entiende que el funcionario

delegante se da cuenta de la poca idoneidad de la persona en la que confió luego de haberle delegado la tarea. Esta pequeña diferencia haría imposible sancionar en el Perú a una autoridad pública que elige a sus funcionarios de confianza de entre sus correligionarios a sabiendas que no tienen la cualificación profesional para cargos especializados en la administración pública. En este caso fácilmente el funcionario delegante podría refugiarse bajo el principio de confianza y salir librado de responsabilidad penal en la que incurran sus funcionario inexpertos que el mismo eligió y sobre los que no ejerció mayor control y vigilancia estricta; cosa que en Colombia como vemos en el caso sub análisis no podría pasar pues si un funcionario elige como personal de confianza a alguien que a sabiendas no tiene la cualificación, debe asumir con ella las consecuencias de su inexperiencia.

Si bien valoramos la posición nuestra Corte Suprema, sin embargo consideramos que este criterio del principio de confianza no solo debe quedar en el límite de evidenciar que el funcionario en el cual se confían una tarea no tenga las cualificaciones, sino que debe ampliarse al momento mismo de la contratación del personal pues un límite del principio de confianza es la tarea de selección del personal y si esta tarea no fue ejercida correctamente por el funcionario público corresponde asumir las responsabilidades administrativas y penales por incumplir su deber de seleccionar a las personas idóneas y especializadas para el cargo; con ello no solo se estaría haciendo frente a la corrupción si no que se estaría apostando por una administración más eficiente.

## **RESULTADO N° 05**

**Ciertos criterios doctrinarios del principio de confianza aún no están siendo utilizados por los operadores judiciales en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.**

## **DISCUSION DE RESULTADOS N° 05**

La teoría de la imputación objetiva está tomando cada vez mayor vigencia en nuestro ordenamiento jurídico y sobre todo en nuestra jurisprudencia penal y con ello uno de sus principios dogmáticos como es el principio de confianza, que, junto con otros institutos de imputación, han permitido a nuestros tribunales delimitar la tipicidad de la conducta de los investigados tanto en delitos dolosos como culposos. Esto es merecedor de loas, toda vez que a nivel internacional la tendencia del derecho penal es el abandono de las posturas causalistas o finalistas que tantas dificultades han creado en la delimitación típica de la conducta, sobre todo en aquellos campos de organizaciones complejas como la administración pública.

Es lógico entender que el paso a un nuevo paradigma no se produce de golpe y en un solo acto, es necesario que la comunidad jurídica donde se implanta vaya conociendo los institutos del nuevo paradigma y poco a poco pueda, primero aceptarlo para luego aplicarlo en la resolución de los conflictos jurídicos. En este sentido la doctrina comparada y nacional han desarrollado algunos criterios dogmáticos que ya fueron aplicados por la Corte Suprema, pero aún hay criterios del principio de confianza que bien pueden ser de recibo en nuestra legislación y que la Corte Suprema y demás instancias jurisdiccionales no están aplicando, entre los que podemos citar son los siguientes:

**Primer criterio: Los conocimientos especiales forman parte del rol del garante, por tanto no es posible liberarlo de responsabilidad penal cuando no activó sus conocimientos especiales para evitar los eventos dañosos.**

Este fundamento dogmático fue propuesto por Gunter Jakobs (1997), para quien “si el autor está vinculado con la víctima de algún modo (...) puede que forme parte de su rol activar todas sus capacidades” (p. 65). Esto quiere decir que en principio los conocimientos especiales solo integran y se funden con el rol cuando hay una vinculación especial del agente con la víctima, esto es, cuando hay un deber positivo institucional de protección de la víctima, de modo que si un garante no despliega todas sus capacidades, con independencia de como las hay adquirido, para proteger a la víctima, no podrá eludir su responsabilidad penal. Sin embargo para Jakobs (1997) cuando no existe esta vinculación con la víctima, los deberes especiales “constituyen algo que no hay obligación de adquirir o mantener; se trata de pura subjetividad y nada más”, de modo que si se sancionara a una persona por no desplegar su conocimientos especiales para evitar que recaiga un evento dañoso sobre una persona con la que no tiene vinculación institucional, se estaría sancionado por su mejor posición cognitiva lo que no es lógico, pues el derecho penal debe más bien contribuir al desarrollo de las personas y no a retrasarlas.

En el caso que nos convoca, los funcionarios públicos tienen una posición de garante con la administración pública, por ello sus conocimientos especiales si forman parte de su rol, de modo que, si una autoridad que está vinculada al proceso de contrataciones del Estado, no despliega todas sus capacidades para evitar actos atentatorios de la administración y los intereses estatales, es lógico que está infringiendo sus deberes positivos institucionales y por tanto es merecedor de responsabilidad penal si producto de

su inobservancia se lesiona bienes estatales. Al respecto Jakobs (1997) promulga que en la competencia institucional hay una comunidad entre garante y víctima, comunidad que incluye todo conocimiento especial que el garante tenga, tal así que, el garante no puede dejar de lado sus conocimientos especiales en la protección de la víctima.

Nuestra Corte Suprema aun es reacia a aceptar este criterio de aplicación del principio de confianza, pese a que su aplicación contribuiría en mucho a la lucha contra la corrupción. Al respecto se ha pronunciado en la Casación 23-2016-Ica en el siguiente sentido:

La normatividad que regula sus ámbitos de competencia no les impone (a las autoridades)<sup>8</sup> el deber de garante de poseer conocimientos técnicos y especializados que les obligue a la verificación de cada una de las acciones de sus subordinados.

Por nuestra parte consideramos que la posición de la Corte Suprema no es la adecuada, pues los conocimientos técnicos y especiales de los funcionarios se funden con su rol, de modo que si el titular de pliego evidentemente no desplegó sus conocimientos especiales para proteger la administración pública entonces debe también ser implicado en el proceso, eso contribuiría a que las autoridades que ostentan una posición garante sean más precavidos en la prevención actos colusorios en sus instituciones, máxime en un país que exige que se eche mano de todas las herramientas jurídicas y dogmáticas para aplacar al mal endémico de la corrupción; más bien no vemos ningún inconveniente jurídicos ni práctico para que este criterio sea de recibo en nuestra legislación penal en la lucha contra los delitos de colusión de funcionarios.

---

<sup>8</sup> El paréntesis es nuestro

## **Segundo criterio: La posición de garante sobre el dominio del suceso fundamenta la responsabilidad penal**

Esta tesis es defendida por el profesor Bernd Schünemann para quien

El criterio de autor en los delitos especiales no debe ser buscado en la infracción de un deber, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el de dominio del hecho en los delitos de comisión. Esto es evidente en los delitos funcionariales, 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 (Schünemann citado por Salinas, 2016, p. 100).

Esto quiere decir que un funcionario implicado en el delito de colusión no solo asume responsabilidad penal por infracción de sus deberes especiales, sino porque tiene dominio del suceso delictivo, lo que no debe confundirse con el dominio del hecho en los delitos comunes, pues aquí el agente asume una actitud comisiva, en cambio en los delitos funcionariales el agente al tener una posición de garante sobre los bienes del Estado y por tanto un dominio sobre las actividades que suceden en su institución, puede incurrir en delitos colusión incluso por omisión, puesto que todos los funcionarios públicos tienen la obligación de garantizar la correcta administración pública ya sea protegiendo un bien jurídico específico o controlando peligros que puedan afectar el normal desenvolvimiento de la administración pública. Sin embargo, dice Castillo (2017) los funcionarios y servidores públicos que se desempeñan en un cargo público o dentro de una función específica asumen la obligación jurídica intensificada de proteger los intereses y bienes jurídicos del Estado al negociar con los extraneus.

Lógicamente, si pese a este dominio del suceso, un funcionario no ejerce correctamente la protección de los bienes públicos por conductas omisivas que desencadenen en lesión de los bienes jurídicos estatales, entonces debe acarrearle una

responsabilidad penal; si bien nuestra judicatura no acepta la configuración del delito de colusión por omisiones sin embargo consideramos la postura del profesor Schünemann si es recibo en nuestra dogmática penal como un primer criterio de análisis de la tipicidad de la conducta, de modo que si un funcionario es denunciado por delito de colusión lo primero que debe verificarse, es si omitió ejercer correctamente su posición de garante y luego de esta comprobación debe verificarse si trasgredió sus deberes especiales. Pues a decir de Salinas (2016) en los delitos de corrupción de funcionarios no es suficiente el dominio que el agente tiene sobre el suceso, sino que es necesario la vulneración o afectación de algún deber especial de carácter penal.

Sin embargo, manifiesta Reátegui (2017) que, si bien el comportamiento omisivo no es punible en el delito de colusión, cabe señalar que los funcionarios encargados de los procesos de contratación pública que dolosamente permiten que otros funcionarios realicen las actividades colusorias, están realizando actos concluyentes de carácter positivo, equiparables a la forma comisiva. Esto es, que un funcionario público que tiene el dominio del suceso delictivo al hacerse dolosamente de la vista gorda para que se cometan actos colusorios consideramos ha violado su posición de garante; por ello defendemos la posición que en nuestra legislación si es posible la delimitación de la tipicidad de la conducta en base a la omisión cuando el agente tiene el dominio del suceso y no hace nada por detener los eventos dañosos.

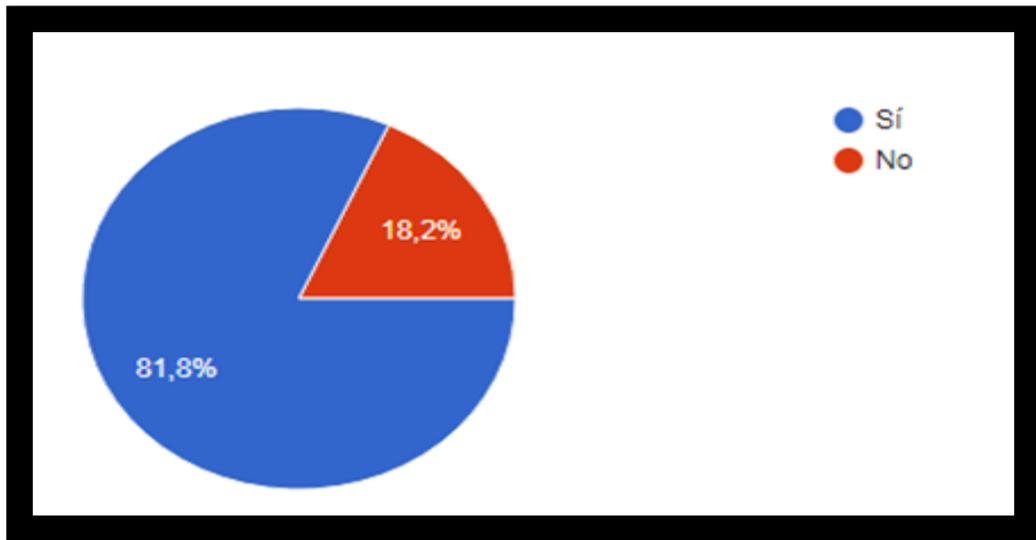
## **RESULTADO N° 06**

**Los especialistas consideran que los criterios del principio de confianza aplicados por la Corte Suprema son insuficientes pese a ser un instrumento dogmático importante en la delimitación de la responsabilidad penal en los delitos de colusión**

### **DISCUSION DE RESULTADOS N° 06**

**FIGURA 1. Principio de confianza como instrumento jurídico para delimitar la responsabilidad penal.**

¿Considera usted que el principio de confianza es un instrumento jurídico que ayuda a delimitar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión?



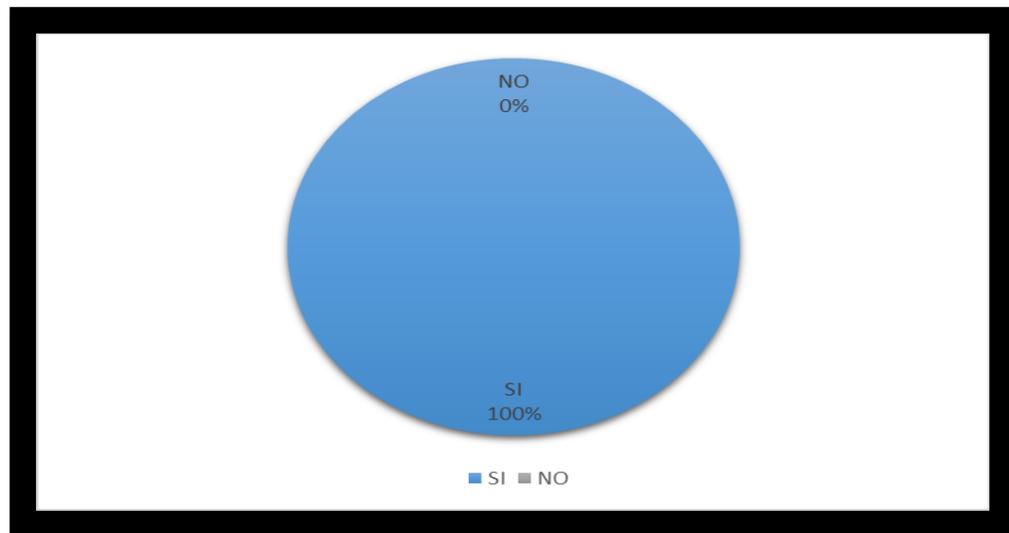
Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

Según podemos apreciar de los once especialistas encuestados un 81.8 % están de acuerdo que el principio de confianza es un instrumento jurídico que ayuda a delimitar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión; y solo 18.2% niegan esta ventaja del principio de confianza. Esto pone en evidencia que la doctrina de la imputación objetiva y sus instituciones, cada vez tiene mayor aceptación por los operadores jurídicos, lo que es beneficioso toda vez que las responsabilidad penal del

sujeto activo debe estar en función a elementos objetivos y no causalistas; en este sentido el principio de confianza busca delimitar la responsabilidad en función a la estandarización de las conductas que el derecho a generado en la sociedad, de modo que aquel que no se ajusta a lo social y jurídicamente normado traiciona la confianza en el depositado y por tanto debe asumir una responsabilidad por su trasgresión. Así Feijoo (1997) asevera que para que las relaciones sociales sean factibles es necesario que no todo sea inseguridad e incertidumbre. Esto solo se puede lograr estableciendo el respeto a las normas.

**FIGURA 6. Ampliación de criterios sobre el principio de confianza para delimitar la responsabilidad en el delito de colusión.**

¿Considera usted que se deben ampliar los criterios de aplicación del principio de confianza que ayuden a complementar a los criterios desarrollados por la Corte Suprema al momento de delimitar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por delito de colusión?



Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

Como puede apreciarse el 100% de nuestros encuestados apoyan la postura que si bien la Corte Suprema ha desarrollado algunos criterios que deben tenerse en cuenta al momento de aplicar el principio de confianza en los delitos de colusión, no obstante aún son insuficientes puesto que hay ciertas conductas desplegadas por los funcionarios públicos que no deben estar cobijadas bajo el manto protector del principio de confianza, máxime si vivimos en una sociedad donde prima la desconfianza en la conducta de los funcionarios públicos.

Es bien sabido por todos, que los funcionarios de alta jerarquía de una institución no intervienen directamente en los proceso de contratación pública, pero ello no implica que no estén realizando prácticas colusorias valiéndose de su poder para influir en sus subalternos, por ello los criterios del principio de confianza que la Corte Suprema busca aplicar solo están referidos a la trasgresión de roles normativamente establecidos, lo que genera que muchas prácticas colusorias clandestinas no estén siendo sancionadas ya que en un proceso penal es imposible vincularlos normativamente al acto colusorio. Al respecto Guimaray y Rodriguez (2015) afirman que los altos funcionarios de una institución pública, no eligen al postor que gana la buena pro, tampoco redactan las bases del concurso, ni mucho menos convocan al concurso. La experiencia nos ha enseñado que su participación en los hechos materiales del delito es, en casi todos los casos, inexistente. Por ello, si pretendemos vincularlo con el delito, la tarea será, por fuerza, infructuosa; no solo por un inconveniente material, sino por uno normativo, sancionando siempre a los subordinados y casi nunca al que orquestó el plan delictivo.

Por lo dicho, es necesario que se amplíen los criterios del principio de confianza a delimitar la responsabilidad de los funcionarios en aquellos espacios extra normativos, clandestinos y omisivos donde frecuentemente los altos funcionarios participan de los actos colusorios.

### **RESULTADO N° 07**

**Propuesta de cuatro nuevos criterios del principio de confianza para delimitar mejor la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión**

### **DISCUSIÓN DE RESULTADOS N° 07**

Consideramos que los criterios desarrollados por la Corte Suprema son insuficientes para delimitar la responsabilidad penal de los funcionario públicos en el delito de colusión, puesto que los criterios de la Corte Suprema están referidos básicamente a delimitar la responsabilidad en base al cumplimiento o no de los roles funcionales asignados en los instrumentos de gestión pública y como es claro para todo ciudadano en el país, la corrupción actualmente ha alcanzado tal especialización que los funcionarios utilizan a otros servidores públicos para cometer los delitos de corrupción a su favor, de modo que cuando son investigados por algún delito de colusión fácilmente salen librados dado que a la luz de las investigaciones no han trasgredido directamente su roles funcionales establecidos normativamente, por ello consideramos necesario ampliar los criterios del principio de confianza de modo que si se demuestra en la investigación que un funcionario público instrumentalizó a otros funcionario, o abuso de su posición de garante o no detuvo el acto de corrupción pese a los claros indicios de su comisión, deba recibir una sanción punitiva de parte del Estado aun su defensa logre demostrar que no trasgredió su rol funcional asignado en los instrumentos normativos.

Consideramos que si bien la Teoría de la Imputación Objetiva delimita la responsabilidad en base a los roles esto no quiere decir que los únicos roles que deben valorarse a la hora de delimitar la responsabilidad penal del funcionario público sea el normado en los instrumentos de gestión, hay otros roles que el Estado y la sociedad asigna a un funcionario como por ejemplo el rol de protección de los bienes del Estado, el rol de garante de los bienes públicos, el rol de probidad, idoneidad y responsabilidad en la gestión pública, entre otros.

En base a lo dicho hemos desarrollado los siguientes criterios complementarios del principio de confianza para delimitar la responsabilidad penal en los delitos de colusión.

**3.3.2. No puede aplicarse principio de confianza si el funcionario público tiene los conocimientos técnicos especiales para advertir la infracción colusoria de sus cooperantes o subalternos.**

En su generalidad los conocimientos especiales no forman parte del rol, por ejemplo, si un estudiante de botánica que en sus ratos libres trabaja de camarero advierte que a uno de los clientes se le está sirviendo un plato de ensalada en cuyo contenido hay un hongo venenoso que puede causarle la muerte, sin embargo, pese a ello no advierte al dueño del establecimiento o al cliente de este incidente y lógicamente el cliente consume el hongo venenoso y fallece. En esta situación el estudiante/camarero no puede asumir responsabilidad penal por la muerte del cliente pues no forma parte del rol de un camarero tener conocimientos especiales de botánica.

Pese a lo dicho, en ciertas circunstancias de competencia por organización o competencia institucional esos conocimientos especiales se integran o funden

con el rol. En el caso de competencia por organización los conocimientos especiales forman parte del rol cuando la persona es garante de asegurar que su ámbito de organización se mantenga dentro de los estándares de riesgo permitido ( Jackobs, 1997), por ejemplo quien alquila una casa y es arquitecto o ingeniero civil, esos conocimientos especiales lo ponen en una posición de mayor exigencia frente a la protección de la seguridad del inmueble, pues como rol de arrendatario debe mantener su inmueble en óptimas condiciones, máxime si tiene conocimiento especiales en la materia.

Respecto a la competencia institucional los conocimientos especiales forman parte del rol cuando las personas son titulares de un status especial respecto a la protección de bienes jurídicos institucionales (Sessano, 2006); además hay competencia institucional cuando hay una comunidad más o menos completa entre el garante y favorecido en cuyo caso en ciertas circunstancias limites el garante no puede dejar de lado todos los conocimientos especiales para proteger los bienes jurídicos a su cargo. En este sentido Jakobs (1997) afirma que “si el autor está vinculado con la víctima de algún modo (...) puede que forme parte de su rol activar todas sus capacidades” (p. 65).

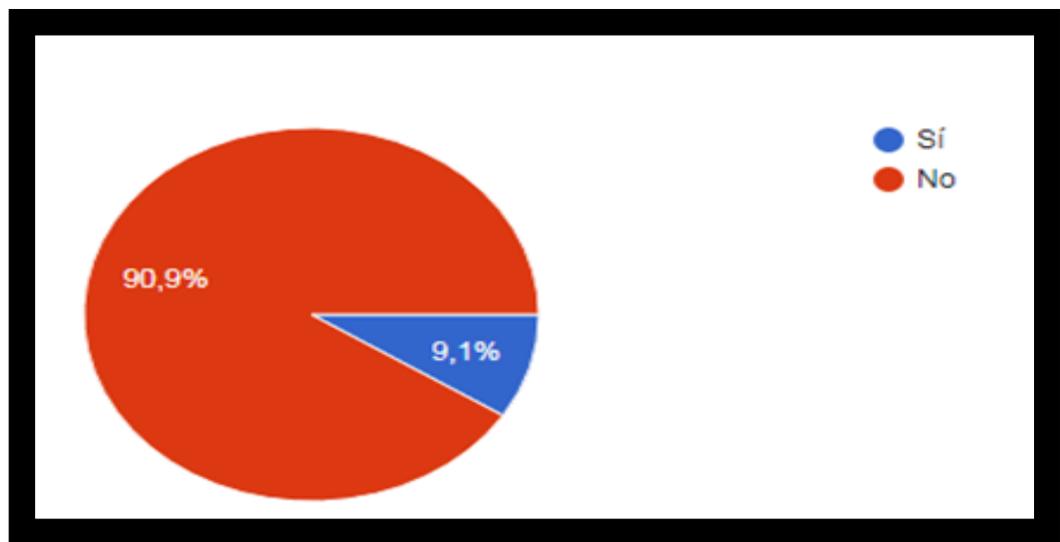
Por ejemplo, los conocimientos forman parte del rol cuando los padres están obligados a desplegar todos sus conocimientos especiales para proteger a sus hijos menores de edad, en caso que un padre que a su vez es médico y lleva a su hijo enfermo para ser curado por un chamán en vez de administrarle la medicación correspondiente y producto de este comportamiento su hijo muere, no podemos decir que sus conocimientos especiales de medicina no deben tomarse en cuenta para valorar su responsabilidad.

Si esto lo aplicáramos al ámbito de la administración pública concluiríamos que un funcionario público tiene un deber o status especial en la protección de la administración pública, por ello el funcionario público asume respecto de la administración pública una responsabilidad por competencia institucional; de modo que sus conocimientos especiales se funden con su rol de funcionario y en caso de trasgredir o decepcionar las expectativas o deberes positivos que le corresponden a todo funcionario público, dará lugar a los denominados delitos de infracción de deber. (Sessano, 2006). Por ejemplo, si un funcionario público advierte por sus conocimientos especiales que en un proceso de contratación pública en el que participa se están cometiendo actos ilícitos como la utilización de documentos falsos o adulterados, no puede argumentar que no forma parte de su rol determinar la veracidad o falsedad de un documento, en este caso el funcionario debe detener o denunciar el acto ilícito, con independencia de cómo ha adquirido este conocimiento especial; no hacerlo implicaría que su comportamiento ha incrementado el estándar de riesgo permitido y por tanto su conducta ya no es inocua.

Dicho de modo más didáctico un funcionario que tiene una posición de garante respecto de la correcta administración pública y es ingeniero, técnico, administrador, abogado, logístico, etc. debe desplegar todos sus conocimientos especiales, con independencia de como los haya adquirido, para proteger los bienes jurídicos dispuestos a su cargo, no hacerlo excusándose en que no era parte de su rol tener determinado conocimiento no lo exime de responsabilidad penal y por tanto no puede cobijarse bajo el principio de confianza.

**FIGURA 2. Conocimientos técnicos especiales como parte del rol de funcionario público**

¿Cree usted que un funcionario público que gracias a sus conocimientos técnicos especiales (es ingeniero, contador, abogado, logístico, etc.), advierte que en un proceso de contratación pública en el que interviene, se están realizando actos colusorios, pero no detiene el curso causal lesivo, se le deba exonerar de responsabilidad penal bajo el principio de confianza?



Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

Como puede apreciarse el 90.9 % de los especialistas encuestados también comparten nuestro parecer que los conocimientos especiales deben tenerse en cuenta al hora de valorar la responsabilidad penal del funcionario público implicado en delitos de colusión, puesto que los conocimientos especiales también forman parte del rol cuando la persona, administra un riesgo no permitido al que accedió gracias a sus conocimientos especiales (Jackobs, 1997). Por ejemplo, si

el director de la Sub Región de Salud Pacífico Norte, gracias a sus conocimientos especiales de medicina, advierte que en un proceso de contratación pública se está pretendiendo comprar instrumental médico no apropiado para los objetivos institucionales, sin embargo, no detiene el proceso y firma el contrato, está asumiendo la administración de un riesgo no permitido y no sería posible en un proceso penal liberarlo de responsabilidad pues organizó su comportamiento administrando un riesgo que sobrepasa lo permitido.

Por ello “[...] el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último”.<sup>9</sup>

**3.3.3. No puede aplicarse principio de confianza si el funcionario titular del pliego (es alcalde, gobernador, congresista, ministro, presidente de la Republica, presidente del comité, etc.) no detiene el curso causal lesivo pese a tener indicios suficientes para advertir que sus subalternos están realizando actos colusorios.**

La responsabilidad penal de un funcionario público que es titular del pliego, no solo está determinada por deberes negativos de no hacer o abstenerse de realizar determinadas conductas sino que al tener un estatus institucional especial de garante y vigilante de la entidad estatal a su cargo, está ligado a la administración pública con deberes positivos de realizar ciertas conductas protectoras de los bienes jurídicos del Estado, en ese sentido el funcionario público está ligado a los bienes jurídicos estatales por un conjunto de deberes de garantía

---

<sup>9</sup> Sentencia 27388 de 2007- Corte Suprema de Justicia de Colombia

y vigilancia del correcto funcionamiento de la administración pública; no cumplir con estos deberes especiales debe hacerlo responsable por infracción de su deber. Así para Guimaray y Rodriguez (2015) el funcionario público o servidor público tiene una posición de garantía que lo hace responsable penalmente no solo por las acciones desplegadas por él, sino también por omitir los deberes de control y vigilancia de las conductas realizadas por sus subordinados.

Los deberes de garante y vigilante ambos forman parte de la institución de funcionario público, de modo que un funcionario titular del pliego, no puede desligarse de estas responsabilidades sin esperar la consecuencia sinalagmática de la responsabilidad penal, esto es, si un funcionario público de máxima jerarquía, observa que sus subordinados están incurriendo en actos colusorios en la entidad del cual es titular y pese a estos indicios no hace causa común para defender la integridad de los bienes jurídicos estatales a él encomendados, no puede quedar liberado de la responsabilidad penal por los delitos cometidos; en este sentido Sessano (2006) manifiesta que el garante no responde por la consecuencia de una configuración defectuosa de su ámbito de organización interna, tampoco lo hace por la lesión de un bien jurídico a él encomendado, sino por haberse rehusado a la producción de un mundo en común, de una relación positiva con el bien; o dicho de otra forma, porque haber lesionado su deber institucional de garante. En otras palabras, un sujeto será autor de un delito por comisión por omisión, si dentro de su ámbito de dominio, pudo prever la producción un resultado lesivo, y pese a ello, dejó que el curso causal continuara, produciéndose inevitablemente el resultado típico. (Abello, J. 2017).

La mayoría de los doctrinarios e incluso la Corte Suprema aceptan que el delito de colusión solo se puede cometer por conductas comisivas, por ejemplo, en el Recurso de Nulidad N° 1105 – 2011 la Corte Suprema expresamente asevera que la concertación “debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión”

Sin embargo nosotros, consideramos que el razonamiento de la Corte Suprema deja desprotegida al bien jurídico que en el caso de colusión es la correcta administración pública o los bienes jurídicos particulares que son los deberes especiales que vinculan al funcionario con la administración pública, por cuanto hay omisiones que los funcionarios realizan con fines colusorios como por ejemplo cuando la máxima autoridad de la entidad no cumple con su deberes especiales de control y vigilancia con la finalidad de hacerse de la vista gorda frente a evidentes actos colusorios. En estos casos es lógico que esta omisión debe ser sancionada por el derecho penal, pues como ya se dijo líneas arriba, el funcionario público tiene un status institucional especial respecto a la administración pública, y su responsabilidad no está en función de un derecho negativo de organizar su mundo de manera incorrecta, ni por que se lesione el bien jurídico estatal sino por infringir este status o deber especial de garante y protector de los bienes jurídicos de la entidad a él encomendado.

Nuestra posición es respaldada por la Corte Superior de Justicia de Lima<sup>10</sup> que manifiesta que la colusión:

Al ser un delito de infracción de deber no solo se configura como un delito de comisión, si no de omisión impropia que, entre otras de sus

---

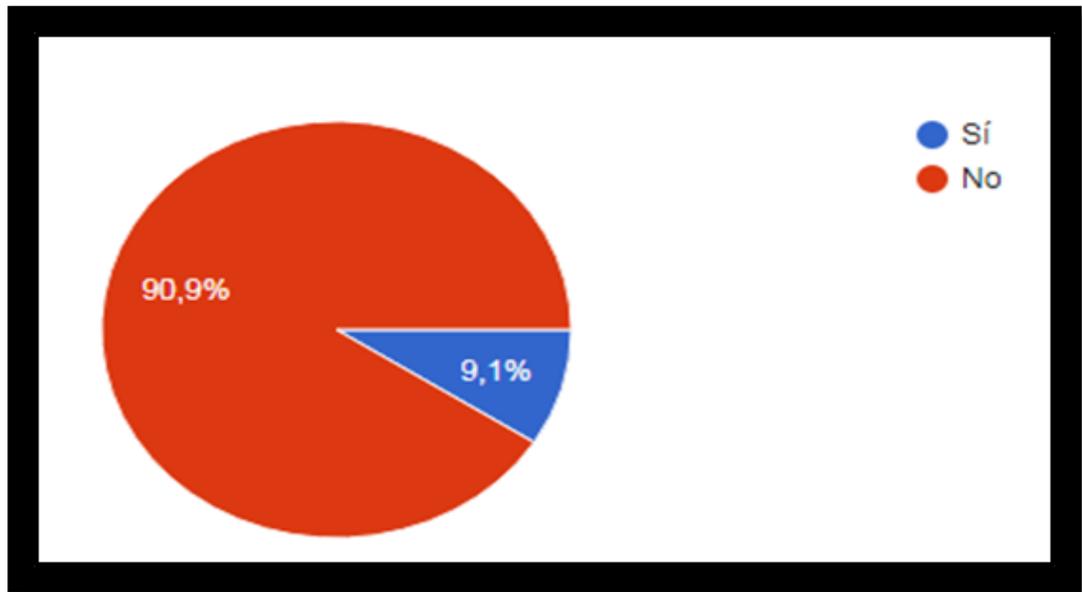
<sup>10</sup> Ex pediente 00185-2011-10-1826-JR-PE-02

manifestaciones, tiene el deber de garante y el principio de confianza. En relación al “deber de garante” los funcionarios públicos (intraneus) que actúan en razón de su cargo y en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales tienen el deber de control, vigilancia y preservación de los intereses del Estado en la contratación pública con los particulares.

Atendiendo a lo dicho, cuando un funcionario público omite sus deberes de vigilancia y control, está incrementando el riesgo penalmente permitido y si producto de esta desidia se producen actos defraudatorios de los intereses del Estado es lógico que el funcionario negligente deba asumir la responsabilidad por estos efectos lesivos. Al garante corresponde la consecuencia que genere la quiebra de su garantía; y esto se aplica tanto para delitos de comisión como para delitos de la omisión. (Moreno, 2018)

**FIGURA 3. Culpabilidad por no detener actos colusorios pese a conocer indicios de la comisión del delito**

¿Cree usted que si el titular de pliego de una institución pública (alcalde, gobernador regional, director, ministro, Presidente, etc.) no detiene el curso causal lesivo pese a tener indicios suficientes para advertir los actos colusorios de sus subalternos, deba ampararse bajo el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal?



**Fuente:** Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

Como se puede apreciar un 90.9 % de los especialistas encuestados consideran que cuando un funcionario público titular del pliego o que ostente alguna posición de garante, pese a tener indicios de la comisión del delito de colusión en la entidad, programa, proceso del cual es garante, no moviliza los mecanismos de control necesarios para detener o denunciar el actos ilícitos, debe también hacerse responsable por su omisión.

No sería jurídicamente correcto que aquel que tiene posición de garante sobre los bienes públicos y sobre los riesgos de terceros solo asuma una sanción administrativa cuando su omisión incrementó un riesgo que se materializó en un resultado lesivo de bienes jurídicos. Así se manifiesta Mir citado por Larrauri cuando asevera que en los delitos de omisión impropia para que sea posible la imputación objetiva del resultado es suficiente que el sujeto activo hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante. Estas ideas son complementadas por Reátegui (2017) cuando asevera que, si bien el comportamiento omisivo no es punible en el delito de colusión, cabe señalar que los funcionarios encargados de los procesos de contratación pública que dolosamente permiten que otros funcionarios realicen las actividades colusorias, están realizando actos concluyentes de carácter positivo, equiparables a la forma comisiva.

**3.3.4. No puede aplicarse principio de confianza si se demuestra objetivamente que el funcionario público, sin haber trasgredido abiertamente los instrumentos de gestión pública (ROF, MOF, directivas, etc) abusó de su posición de poder para influir de manera clandestina en las conductas colusorias de sus subordinados.**

La posición actual de la Corte Suprema es que mientras un funcionario público no trasgreda sus roles normados en el ROF Y MOF institucional no es posible imponerle ninguna sanción penal, así lo ha establecido en la Casación 23-2016-Ica, en cuyo considerando 4.46 establece que:

“Toda organización tiene reglas, normativa interna que busca regular las acciones y funciones de cada trabajador, las cuales delimitan el espectro de derechos y de deberes de todos los funcionarios. En el ámbito de la estructura pública nacional, lo señalado se plasma en el Manual de Organizaciones de Funciones (MOF) y en el Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROFJ que vienen a ser la normativa que delimita los ámbitos de competencia funcional”.

Si esto fuera así, concluiríamos que si el agente del ministerio público demuestra en el proceso penal, que el funcionario procesado, sin haber trasgredido sus funciones normadas en el ROF y MOF institucional, hay inicios como llamadas telefónicas, mensajes, testimonios que evidencian que aprovechando su posición de jerarquía obligó o instigó a sus subalternos a realizar actos colusorios a su favor, este funcionario no podría recibir sanción penal. Pues a decir de la Corte Suprema “se ha de responder por las consecuencias que deriven de los propios actos delineados normativamente en el MOF y en el ROF”<sup>11</sup>

Por nuestra parte consideramos que esta posición no se ajusta a la moderna teoría de la imputación objetiva y mucho menos al principio de confianza, pues el mismo Jakobs (1997) asevera que “el hecho de que por medio de su comportamiento actual alguien no quebrante su rol general de ciudadano, no significa que no pueda quebrar ese rol por medio de otro comportamiento” (p. 85). Por tanto, creemos que en los casos donde existen indicios reveladores de que una autoridad que ostenta cierto poder de decisión y delegación sobre sus subalternos, haya utilizado este poder para inducirlos a realizar actos colusorios del que también él resultará favorecido, es lógico que debe asumir una responsabilidad

---

<sup>11</sup> Casación 23-2016-Ica, considerando 4.46.

penal y no puede escudarse en el principio de confianza con el argumento que no ha trasgredido ningún rol prescrito en los instrumentos administrativos.

Además, debemos tener en cuenta que según como está prescrito el tipo penal de colusión la intervención en la concertación ilegal puede hacerse de manera directa o indirecta lo que hace posible que un funcionario que de manera clandestina provoca la concertación ilegal pueda ser pasible de alguna sanción penal. Así para García (2019), habrá intervención indirecta cuando el funcionario público, interviene desde la sombra, pero a través de un delegado, una interpósita persona, a través de un intermediario.

También, debemos tener en cuenta que los actos colusorios en la entidades públicas normalmente se realizan por organizaciones criminales donde las altas autoridades son los cabecillas que desde la “sombra” motivan la realización de actos colusorios por sus subordinados que son la mano ejecutiva, los que realizan materialmente las concertaciones clandestinas, por ello para poder delimitar si a un alto funcionario como alcaldes, gobernadores regionales, directores, etc. se le puede imputar el delito de colusión es necesario tomar en cuenta el dominio personal que estas autoridades ejercen sobre sus subordinados, pues es común que en los gobiernos regionales y locales la comisión del delito de colusión se realice a través de la delegación de funciones.

Este orden de ideas Guimaray y Rodriguez (2017) afirman que para imputar al hombre de atrás o superior jerárquico el delito de colusión en su forma de comisión por omisión deben concurrir los siguientes requisitos

- a) Que el hecho se suscite en el ámbito de competencia o dentro de la esfera de la posición de garante
- b) Que el superior jerárquico pudiera y debería

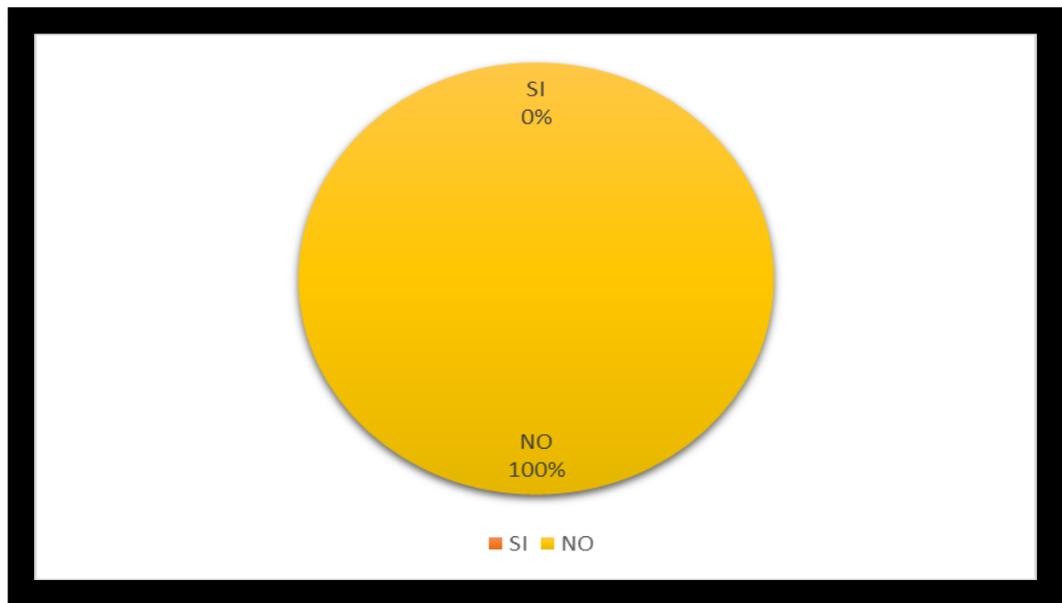
actuar en tal sentido c) Que fuese posible evitar la producción del hecho lesivo d) Que se dieran las bases de la imputación subjetiva.

Queda claro entonces que valorar la responsabilidad penal de los funcionario de alta jerarquía solo por el cumplimiento de sus roles establecidos en el ROF y MOF, induciría a la impunidad, más aun cuando actualmente los delitos de corrupción de funcionarios se realizan en forma de organizaciones criminales y lógicamente las altas autoridades son muy cautas en dar la apariencia de pulcritud en su gestión y para ello evitan colisionar con los instrumentos de gestión, pues sus actos colusorios los realizan de manera clandestina utilizando para ello a sus subordinados.

Por ejemplo, los alcaldes no eligen al postor ganador, tampoco redactan las bases del concurso ni mucho menos convoca a licitación. La experiencia nos enseña que su participación en los hechos materiales del ilícito penal es, en casi todos los casos, inexistente. Por tanto, si pretendemos vincularlo con dichos hechos, la tarea será, necesariamente, infructuosa.

**FIGURA 4. Abuso de posición de poder para cometer delito de colusión pese a no trasgredir MOF y ROF**

¿Cree usted que, si un funcionario público sin haber trasgredido abiertamente los instrumentos de gestión pública (ROF, MOF, Leyes, etc) pero que de manera clandestina abusa de su posición de poder para influir en las conductas colusorias de sus subordinados, debe ampararse bajo el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal?



Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

Se puede apreciar de las encuestas aplicadas a los especialistas en delitos de corrupción de funcionarios que el 100% comparte la idea que si en el proceso penal se demuestra, aun indiciariamente, que un funcionario ha utilizado su poder para influir en las conductas colusorias de sus subalternos debe asumir responsabilidad penal aun su defensa técnica demuestre que no se ha vulnerado ningún instrumento de gestión.

En este sentido, citamos al maestro Jakobs (1996), quien asevera que “puede decirse que algo es propio en la comisión de un injusto, no solo cuando concurre una realización de propia mano –sostener esto sería incurrir en un error naturalista- sino cuando existan una razón para imputar como propio lo sucedido” (p. 78).

**3.3.5. No puede aplicarse principio de confianza si el funcionario público delega funciones en personal que ha contratado a sabiendas de su insuficiente cualificación profesional.**

Es muy común en nuestro país que cuando una alta autoridad como alcaldes, gobernadores regionales, presidentes de la república salen ganadores en una contienda electoral, rellenen las oficinas públicas con personal sin cualificación técnica o política para el cargo, algunas veces lo hacen para favorecer a los correligionarios que lo apoyaron en campaña electoral, otras lo hacen con la oscura intención de aprovecharse de su indebida cualificación para instrumentalizar en actos de corrupción, sea como sea, el funcionario de alta jerarquía debe asumir responsabilidad penal por los actos de corrupción cometidos por el personal que ha contratado a sabiendas de su insuficiente cualificación profesional, aun se demuestre que directamente no han realizado la concertación colusoria.

Para Guimaray y Rodríguez (2017) la responsabilidad que asume el funcionario público de alta jerarquía se manifiesta en dos sentidos: primero cuando el acto delictivo está dentro de la competencia del superior jerárquico o sea forma parte de su propio dominio; y segundo cuando el superior jerárquico comete el

delito al incumplir los deberes institucionales de selección, vigilancia y supervisión que surgen al instante de delegar competencias.

Siendo esto así, el funcionario público de alta jerarquía no solo puede incurrir en actos colusorios cuando organiza su ámbito de competencia orientado a realizar por sí mismo el pacto colusorio, sino también, cuando intencionalmente trasgrede sus deberes institucionales de selección del personal adecuado para realizar las funciones públicas o las tareas encomendadas. Por ejemplo, si el alcalde distrital de Lacabamba nombra a su comité de selección con personas que no cuentan con certificación OSCE, con la clara intención de aprovecharse de su ignorancia de los procesos de contratación pública, para hacerlos firmar procesos de contratación colusorios. Es evidente que este funcionario de alta jerarquía debería asumir la responsabilidad penal de estos hechos ilícitos, no por haber realizado de propia mano la concertación colusoria sino fundamentalmente por haber violado su deber especial de selección.

En este sentido (Sandoval, 2019) nos aclara que el deber de selección tiene dos lados; por una parte, está la selección de la tarea que se va a delegar y por otro lado, está la selección de la persona adecuada que debe desempeñar dicha tarea.

Con lo manifestado no queremos negar la necesidad de contar con personal de confianza dentro las instituciones del Estado, además que la contratación de este tipo de personal está debidamente aceptado y normado por el ordenamiento jurídico; sin embargo la contratación de este tipo de personal debe garantizar mínimamente que su cualificación para el puesto sea la apropiada de modo que se garantice un correcto y eficiente funcionamiento de la administración pública si

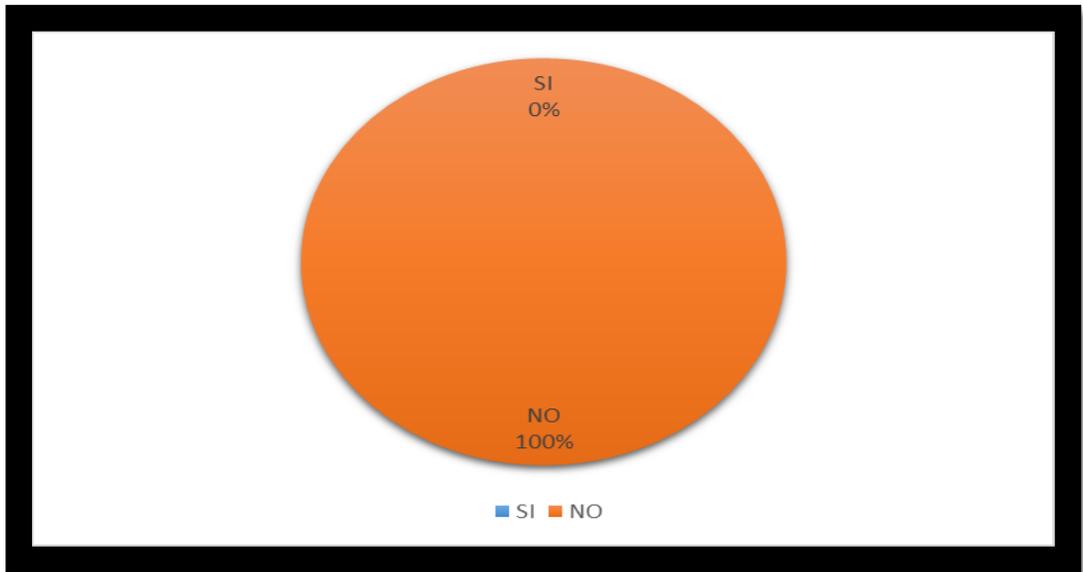
no también que garanticen la transparencia y lealtad en el manejo de los recursos públicos.

Así para Contreras (2019) La inobservancia al deber de selección del personal adecuado, es decir, la no verificación de las capacidades adecuadas del personal, trae como consecuencia la imposibilidad de transferir o delegar las actividades a aquel personal sin crear un riesgo jurídicamente desaprobado.

Entonces no es posible aseverar que cuando el funcionario de jerarquía superior delega las funciones en el personal no cualificado se libera de responsabilidad pues al haber creado el riesgo no permitido, mantiene ese riesgo de manera residual, de modo que si los delegados debido a su poca cualificación incurren en actos colusorios asume junto a ellos la responsabilidad de los hechos ilícitos. Así para Guimaray y Rodríguez (2017) el funcionario delegante continúa teniendo una competencia residual que radica en el deber de selección. Esto es perfectamente aplicable al caso de los alcaldes y presidentes regionales, quienes tienen el deber de seleccionar correctamente a sus subordinados.

**FIGURA 5. Culpabilidad por seleccionar personal sin cualificación profesional y moral**

¿Considera usted, que si el funcionario público delega funciones en personal que ha contratado a sabiendas de su insuficiente cualificación profesional para instrumentalizarlos en actos colusorios, deba ampararse en el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal?



Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

Del gráfico precedente se puede corroborar que el 100% de especialistas encuestados consideran que si un funcionario de alta jerarquía incumple su deber de selección y delega tareas en personal que ha contratado a sabiendas de su escasa o nula cualificación profesional y moral, ante una eventual proceso de colusión que cometieron, tal vez por ignorancia de los proceso altamente técnicos del proceso de contratación, no es posible que la alta autoridad pueda liberarse de responsabilidad penal en base al principio de confianza.

Al respecto Castillo (2020) asevera que el deber de elección comprende escoger a aquella persona que tenga la capacitación y experiencia formal y moral para sumir la función, por lo que se debería escoger, únicamente a aquellas personas de las cuales se puede esperar una ejecución cuidadosa de la tarea trasferida, según esto es evidente que no se podría escoger a aquellas personas que han sido sancionada administrativamente o tiene sentencias, e incluso si tienen una cantidad considerable de proceso penal por corrupción, aunque le asista la presunción de inocencia no debe contratársele.

### **RESULTADO N° 08**

**Ampliar los criterios del principio de confianza es una necesidad ante el crecimiento grave de los delitos de colusión máxime si ahora estos delitos son cada vez más especializados, clandestinos, omisivos y se cometen por organizaciones criminales.**

### **DISCUSION DE RESULTADO**

En el Perú la corrupción de funcionarios es uno de los problemas más graves que enfrenta nuestra sociedad, lo que ha valido que Transparencia Internacional (2020) nos ubique dentro de los 38 países más corruptos del mundo, sumado a ello está la grave situación que la corrupción de funcionarios actualmente se está realizando por organizaciones criminales que reparten entre sus miembros las actividades delictivas, haciendo cada vez más difícil la individualización de responsabilidades penales. En este sentido Guimaray y Rodríguez (2015) opina que la división del trabajo dentro de una institución pública genera también una división de las responsabilidades, esto obliga a la teoría jurídico penal a tomar en cuenta dichas división para así evitar que la organización que gobierne una entidad pública se convierta en una organización de irresponsabilidad.

Por ello, la lucha contra este mal endémico debe hacerse desde todos los frentes, incluyendo los instrumentos de la dogmática de imputación penal que aporta lineamientos y criterios que ayudan a determinar la responsabilidad penal de las personas implicadas en delitos de cooperación, en base a criterios objetivos, ya no en función a la causalidad de su conducta, pues para la imputación objetiva no importa si los delitos de corrupción se cometió de propia mano o a través de terceros, ya que la comisión y la omisión se hacen cada vez más imperceptibles fundamentalmente en los delitos de infracción de deber como la colusión.

Uno de esos elementos dogmáticos que se puede aplicar para delimitar responsabilidades en las organizaciones criminales que cometen delitos de corrupción, es el principio de confianza puesto que a decir de Feijoo (2015) en la división del trabajo horizontal y vertical dentro de las organizaciones, “cuando alguien tiene una competencia con otras personas con respecto a un riesgo o la indemnidad de un bien, el principio de confianza es un principio básico para delimitar las responsabilidades penales individuales” (p. 55).

Ahora bien, el principio de confianza como instituto de la imputación penal surge en sociedades europeas (Alemania, España, Suiza, etc.) donde prima el respeto por el Estado de Derecho, por tanto es posible ahí su aplicación en su real dimensión, sin embargo en nuestra sociedad no puede aplicarse en su plenitud, puesto que la sociedad peruana aun prima la creencia que es más provechoso sacar la vuelta a la norma que someterse a ella; casos sobre ello lo vemos a cada momento, por ejemplo, conductores que se pasan la luz roja, peatones que no respetan los pasos de cebra o los puentes peatonales, clientes que no respetan las colas, ciudadanos que realizan fiestas en pleno estado de emergencia nacional, o más cercano a nuestro tema, tenemos a los funcionarios públicos que aprovechándose del

debilitamiento del control y fiscalización, se realizan contrataciones públicas amañadas con el fin de sacar provecho particular.

Por ello, no es de recibo la aplicación extensiva del principio de confianza (al modo europeo), si no que debemos imponer mayores límites y controles para evitar que bajo el principio de confianza se pervierta la correcta administración pública. En este sentido Castillo (2020) opina que no es la confianza la que debe primar en los órganos del Estado, sino más bien la desconfianza, pues la casuística de los delitos contra la administración pública demuestra que los funcionarios públicos creen que, si los terceros a los que se delegó una actividad cometen algún delito de corrupción, no les corresponde a ellos asumir ninguna responsabilidad, esto se repite una y otra vez.

Si bien es importante desconfiar, no compartimos la posición del autor, puesto que la confianza dentro de las entidades del Estado es vital para el desarrollo de la eficiente administración pública, pues de lo contrario ningún funcionario haría bien su trabajo por dedicarse a controlar el trabajo de los demás, no obstante es necesario que la confianza en el actuar correcto de los demás funcionarios deba tener mayores límites y controles que los que se impondrían en sociedades europeas donde se privilegia el respeto por la norma sobre cualquier egoísmo individual.

En consecuencia de lo dicho, consideramos que es necesario que los operadores jurídicos deben aplicar nuevos criterios del principio de confianza que le permita restringir el radio de acción de la confianza, criterios que se ajusten a nuestra realidad social y no permitan que bajo el argumento que un funcionario no participó directamente en actos colusorios sean liberados de responsabilidad penal, sin un previo análisis de los deberes de garantía, vigilancia, control y selección que tenía ese funcionario sobre la vulnerabilidad de los bienes estatales a él encomendados.

## V. CONCLUSIONES

1. Los delitos de colusión de funcionarios son cada vez más graves, clandestinos y especializados, cometidos ahora por organizaciones criminales, esto hace que los criterios del principio de confianza aplicados por los operadores de justicia, sean contradictorios e insuficientes por que no están abordando al injusto penal de colusión como un delito que frecuentemente se realiza por omisión de deberes extra normativos, tampoco están valorando que para su materialización debe evidenciarse objetivamente la lesión de bienes jurídicos, menos están considerando criterios importantes que la doctrina penal normativista y el derecho comparado aportan en esta materia.
2. El principio de confianza es una institución de la moderna teoría de la imputación objetiva que nos ayuda a delimitar la responsabilidad de la conducta en función al riesgo que el agente produzca por violación de la confianza en él depositado, de modo que la persona que en cumplimiento de su rol se mantiene dentro del riesgo permitido no tiene por qué recibir una sanción punitiva, pero sí lo hará aquella persona que defraudó la confianza que la sociedad y el Estado pusieron sobre ella.
3. La colusión es un delito de infracción de deberes institucionales, puesto que el funcionario público está vinculado con la administración mediante deberes positivos de imparcialidad, transparencia y trato justo a los postores en los proceso de contratación pública, sin embargo la infracción de estos deberes solo es un elemento complementario que debe valorarse, pues no basta la sola infracción del deber institucional para delimitar la responsabilidad penal del funcionario público, es

necesaria la existencia de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

4. Los criterios que está aplicando la Corte Suprema en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión son: i) no es posible aplicar principio de confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa; ii) no es posible aplicar principio de confianza cuando resulta evidente que la conducta desplegada por uno de los intervinientes defrauda las expectativas; y iii) no es posible aplicar el principio de confianza cuando existe un deber de garante que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. No obstante aún los criterios planteados por la Corte Suprema son insuficientes y contradictorios, pues encontramos sentencias en donde claramente se evidencia un gran esfuerzo por delimitar el alcance de la aplicación del principio de confianza en los delitos de colusión, pero por otro lado hay sentencias cuyos argumentos desbaratan todo lo avanzado, además no están valoran el comportamiento omisivo y la trasgresión de deberes extra penales.
5. De la jurisprudencia comparada colombiana contenida en la sentencia 25536 de la Corte Suprema de Colombia, se pudo extraer el criterio que “no puede ser exonerado de imputación con fundamento en el principio de confianza, quien contrata personal sin suficiente cualificación profesional para desplegar determinadas tareas”. Si bien la Corte Suprema del Perú asume un criterio parecido al aseverar que “no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba”; sin embargo este principio tiene una gran diferencia con el desarrollado por la Corte Colombiana pues allá se refiere que el funcionario público

selecciona a una persona a sabiendas de su poca cualificación profesional y le encarga una tarea para la que no está especializado; en cambio nuestra jurisprudencia entiende que el funcionario delegante se da cuenta de la poca idoneidad de la persona en la que confió luego de haberle delegado la tarea. Entonces, es factible que el derecho peruano aplique o amplíe su criterio al modo que se utiliza en el derecho colombiano.

6. La doctrina comparada y nacional han desarrollado algunos criterios dogmáticos que ya fueron aplicados por la Corte Suprema, pero aún hay criterios del principio de confianza que bien pueden ser de recibo en nuestra legislación y que la Corte Suprema y demás instancias jurisdiccionales no están aplicando, entre los que podemos citar son los siguientes: i) Los conocimientos especiales forman parte del rol del garante, por tanto no es posible liberarlo de responsabilidad penal cuando no activó sus conocimientos especiales para evitar los eventos dañosos; ii) La posición de garante sobre el dominio del suceso fundamenta la responsabilidad penal.
7. Los especialistas encuestados respaldan los objetivos de nuestra tesis puesto que; primero, confirman que el principio de confianza es un criterio dogmático importante que debe utilizarse al momento de delimitar la responsabilidad penal del sujeto activo de un delito de corrupción de funcionarios; segundo, consideran que los criterios del principio de confianza desarrollados y aplicados por la Corte Suprema son insuficientes para la lucha jurídica contra la colusión; y finalmente, apoyan nuestra propuesta de nuevos criterios que se deben aplicarse por los operadores jurídicos al momento de asignar responsabilidad a los funcionarios públicos investigados por el delito de colusión.
8. Gracias al estudio de la dogmática penal normativista y a la jurisprudencia comparada, proponemos cuatro nuevos criterios del principio de confianza que los operadores

jurídicos peruanos deben considerar para mejorar la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delitos de colusión; esto son: i) los conocimiento especiales deben valorarse como parte del rol del funcionario por tener este una competencia institucional respecto de la administración pública, por tanto si un funcionario público deja de lado sus conocimientos especiales desprotegiendo con ello los bienes jurídicos estatales no es posible cobijarse bajo el principio de confianza para liberarse responsabilidad penal; ii) el funcionario público titular de una institución que no desplegó sus deberes de vigilancia y control, pese a tener indicios de la comisión del delito de colusión en la entidad, programa o proceso de contratación pública que dirige, no es posible que se libere de responsabilidad penal bajo el principio de confianza; iii) donde existan indicios reveladores que una autoridad pública haya utilizado su poder para inducir a otro a realizar actos colusorios, debe asumir una responsabilidad penal y no puede escudarse en el principio de confianza, aun su conducta aparente estar dentro de los causes dispuesto por el ordenamiento normativo; iv) si un funcionario de alta jerarquía incumple su deber de correcta selección, contratando a personal sin la debida cualificación profesional o moral, para realizar las funciones públicas encomendadas, no es posible que se libera de responsabilidad bajo el principio de confianza, pues su conducta genera el riesgo residual que los subalternos inexpertos puedan cometer actos colusorios.

## **VI. RECOMENDACIONES**

1. Recomendar a los operadores de justicia determinar la responsabilidad penal del funcionario público en función al riesgo creado sobre los bienes jurídicos de la administración pública.
2. Recomendar a los operadores de justicia comprobar la lesión de los bienes jurídicos por parte del funcionario investigado, puesto que no es suficiente la infracción de deberes institucionales.
3. Se recomienda a los magistrados de la Corte Suprema unificar criterios en la aplicación del principio de confianza, las contradicciones jurisprudenciales están favoreciendo la impunidad.
4. Se recomienda a los magistrados y fiscales aplicar los criterios del principio de confianza desarrollado por la Corte Suprema Colombiana puesto que ayuda a promover que las instituciones públicas contraten personal con la cualificación técnica y política adecuada para el cargo.
5. Se recomienda a los magistrados aplique los criterios del principio de confianza que la doctrina aporta para luchar contra el delito de colusión como: i) tener en cuenta los conocimientos especiales como parte del rol del funcionario; ii) La posición de garante sobre el dominio del suceso que tenga un funcionario.
6. Se recomienda al Poder Judicial y al Ministerios Publico realizar charlas, simposios, conferencias, conversatorios, etc., sobre la importancia de la aplicación del principio de confianza en la lucha contra la colusión.

7. Se recomienda que los conocimientos especiales deben ser considerados como parte del rol de los funcionarios relacionados a las contrataciones públicas, con ello los bienes jurídicos del Estado estaría mejor protegidos.
8. Se recomienda que cuando un funcionario es garante de un proceso de contratación o es titular de una entidad del Estado debe exigírsele mayores estándares de vigilancia y control sobre sus subalternos, no hacerlo implica que debe asumir responsabilidad penal.
9. Se recomienda que la responsabilidad de un funcionario público no esté restringida al cumplimiento de sus roles declarados en los instrumentos de gestión pública (ROF y MOF institucional) sino también en función a elementos indiciarios que pongan en evidencia el incumplimiento de sus deberes institucionales.
10. Se recomienda a las autoridades públicas como alcaldes, gobernadores regionales, ministros, gerentes de proyectos, etc., seleccionar y contratar personal con certificación OSCE para realizar los procesos de contratación pública.
11. Se recomienda a los operadores judiciales, representantes del ministerios público, abogados defensores y magistrados de primera y segunda instancia aplicar los criterios del principio de confianza para determinar la responsabilidad de un investigado por el delito de colusión y evitar que se desarrollen procesos penales innecesario que luego la Corte Suprema los revoca, puesto que siendo el principio de confianza un criterio que permite determinar la imputación objetiva de la conducta, hay casos en que no es necesario llegar a la acusación penal, ya que en diligencias preliminares o en la etapa de la investigación preparatoria es posible determinar indiciariamente si puede o no aplicarse principio de confianza. O en otros casos se puede aplicar principio de confianza en la etapa intermedia mediante excepción de improcedencia de acción

cuando es evidente que un funcionario está protegido bajo el manto del principio de confianza.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y VIRTUALES

### 7.1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2007). *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Ed. Copyright.
- Abello, J. (2017). El peculado por comisión por omisión. *Pensamiento Jurídico* (45), 157-192.
- Alcocer, W. (2015). *Teoría de la imputación objetiva en la Jurisprudencia peruana Desarrollo jurisprudencial a partir del año 2011*. Lima. Editorial
- Alvarado, R. (1996). *Imputación Objetiva*. Bogotá: Editorial Temis.
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Lima: Grijley.
- Behar, D. (2008). *Metodología de la investigación*: Editorial Shalom.
- Cabrera, A. (2011). *Curso elemental del derecho penal parte general*. Lima: editorial San Marcos.
- Cancio, M. (2004). *Líneas Básicas de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Editorial Cuyo.
- Caballero, R (2020). Aplicación de la imputación objetiva funcionalista en los pronunciamientos penales de la Corte Suprema peruana. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, (2) 2, 120-125.
- Castillo, J. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Editorial Instituto Pacífico.
- Contreras, L. (2019). *Productos defectuosos y derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto*. Santiago: Ril editores.
- Dávila, G. (2006). *El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales*.
- Feijoo, B. (2000). *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas*. *Revista de derecho penal y criminología*, ISSN 1132-9955, (Nº 1). La Rioja: Dialnet.
- Feijoo, B. (2002). *Imputación objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Edit. Grijley.
- García C. (2003). *Derecho Penal Económico*. Lima. Ara Editores.

García, C. (2008). El delito de Colusión. Lima. Grijley.

Günther J. y Cancio M. (2000). *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal*: Editorial Grijley.

Hernández, S., Fernández, C. y Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación*. México: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.

Jakobs, G. (1997). Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito , Madrid: Civitas.

Jakobs, G. (1996). *Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Kuri, J. (2013). Imputación a la víctima en delitos de resultado en México. México: Instituto de investigaciones Jurídicas

Pérez, G. (1998). *La Investigación Cualitativa Problema y Posibilidades*. Madrid: La muralla.

Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios peruanos.

Ramos, J. (2008). *Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado*. Lima: Edit. San Marcos.

Rocheftort, J. (2005). *Rol Social y Sistema de Imputación*. Barcelona: Editor.

Reátegui, J. (2017). Delitos contra la administración pública en el Código Penal. Lima. Jurista Editores.

Rojas C. (2002). *Manual de Investigación y Redacción Científica*. Lima: Book XX PRESS.

Rojas, F. (2007). Delitos contra la administración pública. Cuarta edición. Lima. Editorial Grijley.

Sánchez, H (1998). *Metodología y Diseño en la Investigación Científica*. Lima: Edit. Mantaro.

Villavicencio, F. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Grijley

Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General. Madrid: Editorial Civitas.

Welzel, H. (2002). *El nuevo sistema del Derecho penal*. Buenos Aires.

## 7.2. TESIS

Chávez, F. (2018). “La imputación y prueba en el delito de colusión con respecto a la impunidad en las entidades públicas del Perú”. Tesis de pregrado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Perú. Recuperado de: [https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/RUNM\\_69379f137729b254fe235523992739d8](https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/RUNM_69379f137729b254fe235523992739d8)

Maraver, M. (2007). El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4398?fbclid=IwAR3NQUU3jS9vHFuxrPsz97K0Vi4EETIYoK14dzEXUMc5PUaRYBzBUikGrYM>

López, A. (2018). Criterios dogmáticos para determinar el título de imputación del Extraneeus como cómplice en el delito de colusión en el Distrito Judicial de Junín, 2013 – 2017. Tesis de Maestría, Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Perú. Recuperado de: [https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNHE\\_2e16f082f1608e8692cb29493198b9bc](https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNHE_2e16f082f1608e8692cb29493198b9bc).

Pinedo, C. (2012). La imputación objetiva en el marco de un sistema. Penal funcional normativista. Tesis de pregrado, Universidad de Piura, Perú. Recuperado de: [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2469/DER\\_067.pdf?sequence=1&isAllowed=y&fbclid=IwAR1A\\_1a0R2OOZCFtBt-eCc-or5np8PApE85E5D4aRUM8adiFt3nD7hjzubg](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2469/DER_067.pdf?sequence=1&isAllowed=y&fbclid=IwAR1A_1a0R2OOZCFtBt-eCc-or5np8PApE85E5D4aRUM8adiFt3nD7hjzubg)

Sánchez, K. (2019). Análisis de la aplicación del principio de confianza en el caso ADN. Tesis de pregrado. Universidad de Chile. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/172932/Analisis-de-la-aplicacion-del-principio-de-confianza-en-el.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sandoval, M. (2019). Principio de confianza en la responsabilidad penal derivada del actuar del equipo médico. Tesis de grado. Universidad de Chile.

Vallejo, A. (2012). Responsabilidad penal sanitaria: problemas específicos en torno a la imprudencia médica. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público: Universidad de León. España. Recuperado de: [https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis\\_e4242b.pdf?sequence=1](https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/2217/tesis_e4242b.pdf?sequence=1)

### 7.3. LINKOGRAFÍA

Aycho, E. (2013). *Colusión - Corrupción de funcionarios*. Archivo del Blog. Recuperado de: <http://derechopenal-law.blogspot.pe/2013/08/colusion-corrupcion-defuncionarios.html>

Chanjan, R. (2020). El concepto de “funcionario público” en el derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción. Recuperado de: [https://www.researchgate.net/publication/342083620\\_EL\\_CONCEPTO\\_DE\\_FUNCIONARIO\\_PUBLICO\\_EN\\_EL\\_DERECHO\\_PENAL\\_PERUANO\\_Y\\_SU\\_VINCULACION\\_CON\\_LOS\\_INTRUMENTOS\\_INTERNACIONALES\\_DE\\_LUCHA\\_CONTRA\\_LA\\_CORRUPCION](https://www.researchgate.net/publication/342083620_EL_CONCEPTO_DE_FUNCIONARIO_PUBLICO_EN_EL_DERECHO_PENAL_PERUANO_Y_SU_VINCULACION_CON_LOS_INTRUMENTOS_INTERNACIONALES_DE_LUCHA_CONTRA_LA_CORRUPCION)

Chávez, D. (2018). *Conceptos y Técnicas de Recolección de Datos en la Investigación Jurídico Social*. Recuperado de: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_56.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_56.pdf).

De la Fuente, F. (1990). *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIII*. Recuperado de: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/234/215>.

Franco, E. (2011). Estudio de la teoría de la imputación objetiva en derecho penal. Recuperado de: <file:///C:/Users/user/Desktop/GEINER/TESIS/Franco%20Loor-imputacion%20objetiva.pdf>

García, A. (2019). Complicidad en el delito de colusión. Problemas dogmático-jurisprudenciales. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/complicidad-delito-colusion-problemas-dogmatico-jurisprudenciales/>

Guimaray, E. y Rodríguez, J. (2017). Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales. Recuperado de: <file:///C:/Users/user/Downloads/15664-Texto%20del%20art%C3%ADculo-62227-1-10-20161123.pdf>

Medina, J. (2016). Manual Autoinstructivo sobre imputación objetiva. Lima: Editorial AMAG. Recuperado de: <https://www.semanticscholar.org/paper/Teor%C3%ADa-de-la>

[imputaci%C3%B3n-objetiva-en-la-peruana.%3A-a-Huaranga/b4bd97938aca24e10de63869c14885b1229a7e66](https://www.repositorio.cepal.org/bitstream/handle/4480/0/1229a7e66)

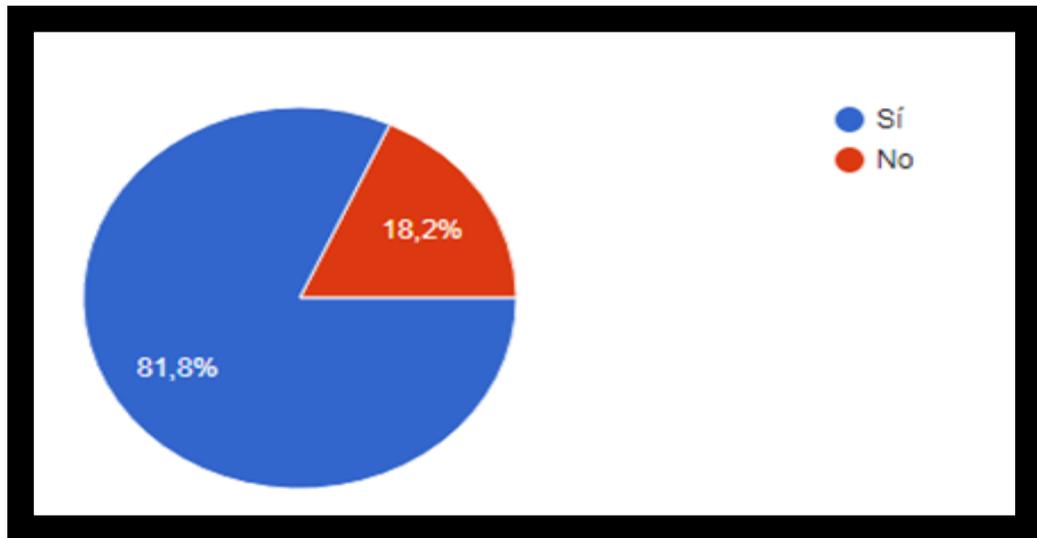
- Moreno, J. (2018, veintidós de junio). *El principio de confianza: defensa frente a imputaciones contra máximas autoridades de instituciones públicas*. Pasión por el Derecho. Recuperado de <https://lpderecho.pe/principio-confianza-defensa-imputaciones-maximas-autoridades-instituciones>
- Ojeda, C. y L, Guerrero. (2002). Algunas Referencias sobre la Imputación Objetiva en el Ámbito de la Teoría del Delito. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/416/41613201.pdf>
- Medina, J. (2016). Material Auto Instructivo Curso “Imputacion Objetiva”. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Manual-imputacion-objetiva-LP.pdf>
- Panta, D. (2006). Algunas observaciones al principio de confianza dentro de la teoría de imputación objetiva: Problema de autonomía y repercusiones normativas. Recuperado de: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_55.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_55.pdf)
- Peláez J. (2016). *Configuración: principio de confianza como criterio negativo de tipicidad objetiva*. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*. Volumen XIX 37), pp. 15-35. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n37/v19n37a02.pdf?fbclid=IwAR08dyEYKsafdTc7hBQNRdrH3mYSpATrJGCboCxr55DRR0TikhPOGkIjDsk>
- Pinto, A (2014). *Historia de la corrupción en el Perú* (reseña). Anuario Colombiano de Historia Social de la Cultura. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.15446/achsc.v41n2.48794>
- Rincón, D. (2018). La responsabilidad penal de los servidores públicos que toman parte en el crimen organizado. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v21n42/0121-182X-prole-21-42-57.pdf4>
- Rodríguez, A. (2019). *La investigación jurídica básica y la investigación jurídica aplicada*. Barranquilla. Revista Justicia de la Universidad Simón Bolívar. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n25/n25a01.pdf>

- Salinas, R. (2016). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. Recuperado de:  
[OD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d](https://www.elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/682/web/index.html#:~:text=El%20hecho%20de%20que%20un,un%20t%C3%ADpico%20caso%20de%20colusi%C3%B3n.)
- Salinas, R. (2018). El delito de colusión en sistema penal peruano. *Jurídica* (2), 1-3. Recuperado de:  
<https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/682/web/index.html#:~:text=El%20hecho%20de%20que%20un,un%20t%C3%ADpico%20caso%20de%20colusi%C3%B3n.>
- Sessano, J. (2006). Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Recuperado de:  
<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-03.pdf>
- Tantalean, R. (2016). *Tipología de las Investigaciones Jurídicas*. Recuperado de:  
[file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-TipologiaDeLasInvestigacionesJuridicas-5456267%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-TipologiaDeLasInvestigacionesJuridicas-5456267%20(2).pdf).
- Torrealba, R. (2009). *Técnicas de investigación documental*. Recuperado de:  
<http://dani14238551.blogspot.com/2009/03/la-recopilacion-documental-como-tecnica.html>
- Transparencia Internacional (2019). *Índice De Percepción De La Corrupción*. Recuperado de:  
[https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CPI2019\\_Report\\_ES-WEB.pdf](https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CPI2019_Report_ES-WEB.pdf)
- Zambrano, P. (2000). *La imputación objetiva*. Recuperado de:  
[http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/28102012/dpimputacion\\_objetiva.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/28102012/dpimputacion_objetiva.pdf)

## VIII. RESULTADOS DE LA ENCUESTA SOBRE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

**FIGURA 1. Principio de confianza como instrumento jurídico para delimitar la responsabilidad penal.**

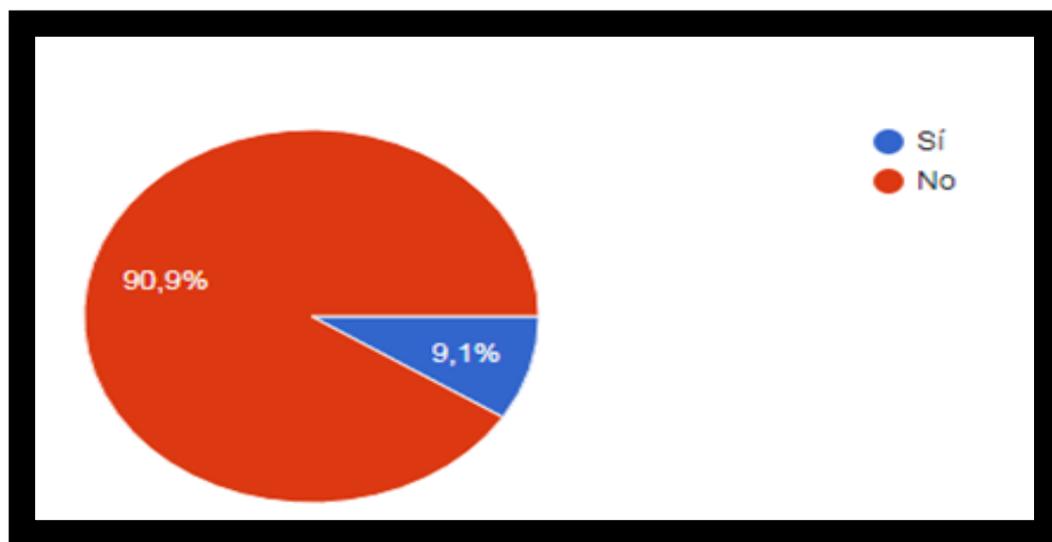
¿Considera usted que el principio de confianza es un instrumento jurídico que ayuda a delimitar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión?



Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

**FIGURA 2. Conocimientos técnicos especiales como parte del rol de funcionario público**

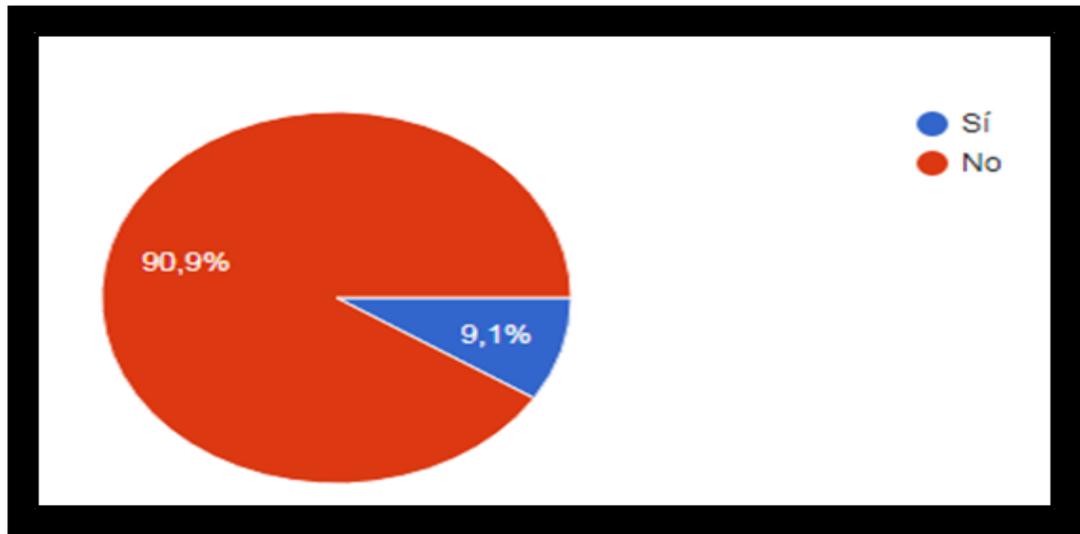
¿Cree usted que un funcionario público que gracias a sus conocimientos técnicos especiales (es ingeniero, contador, abogado, logístico, etc.), advierte que en un proceso de contratación pública en el que interviene, se están realizando actos colusorios, pero no detiene el curso causal lesivo, se le deba exonerar de responsabilidad penal bajo el principio de confianza?



Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa

**FIGURA 3. Culpabilidad por no detener actos colusorios pese a conocer indicios de la comisión del delito.** (Elaborado por los investigadores)

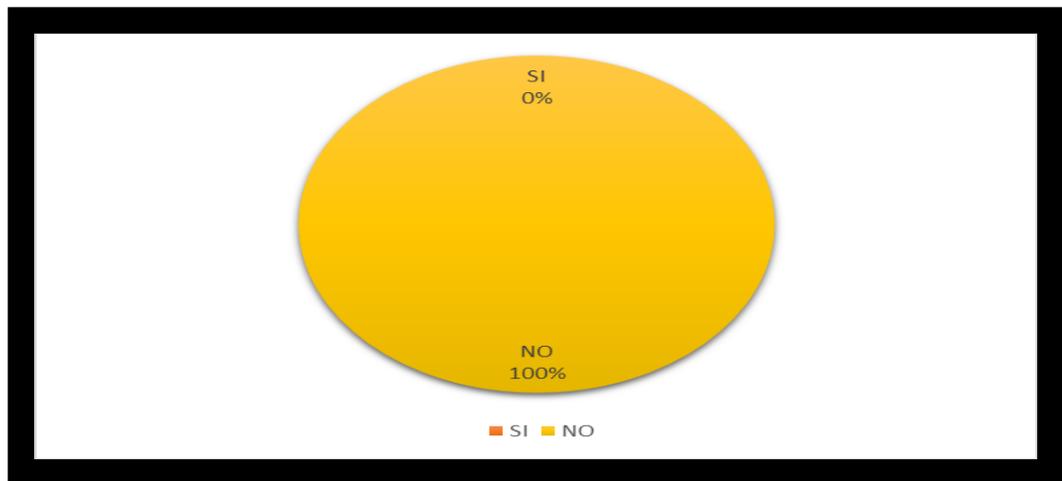
¿Cree usted que si el titular de pliego de una institución pública (alcalde, gobernador regional, director, ministro, Presidente, etc.) no detiene el curso causal lesivo pese a tener indicios suficientes para advertir los actos colusorios de sus subalternos, deba ampararse bajo el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal?



Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

**FIGURA 4. Abuso de posición de poder para cometer delito de colusión pese a no trasgredir MOF y ROF**

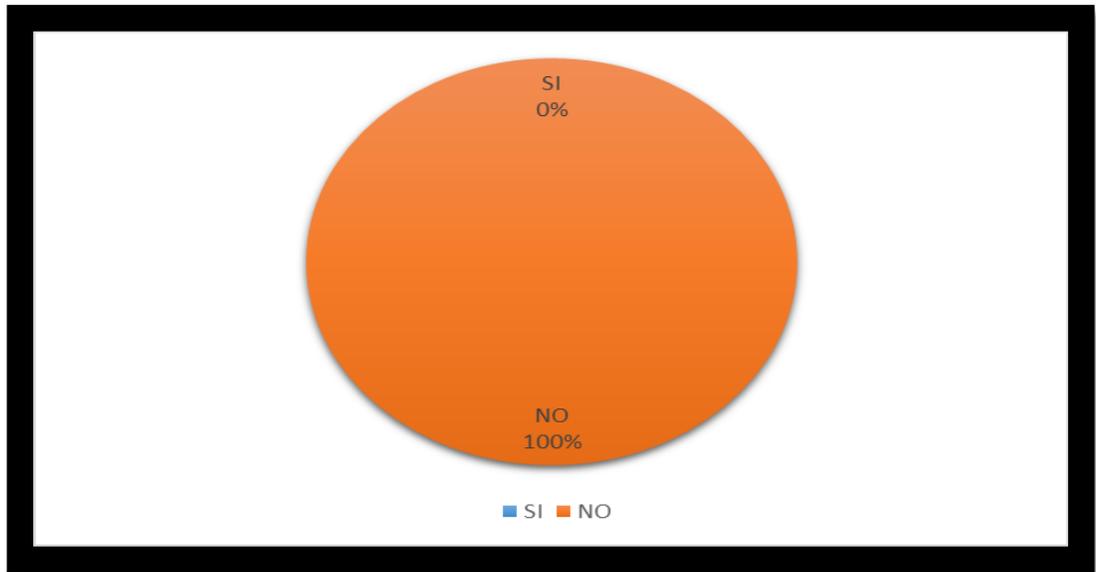
¿Cree usted que, si un funcionario público sin haber trasgredido abiertamente los instrumentos de gestión pública (ROF, MOF, Leyes, etc) pero que de manera clandestina abusa de su posición de poder para influir en las conductas colusorias de sus subordinados, debe ampararse bajo el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal?



Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

**FIGURA 5. Culpabilidad por seleccionar personal sin cualificación profesional y moral**

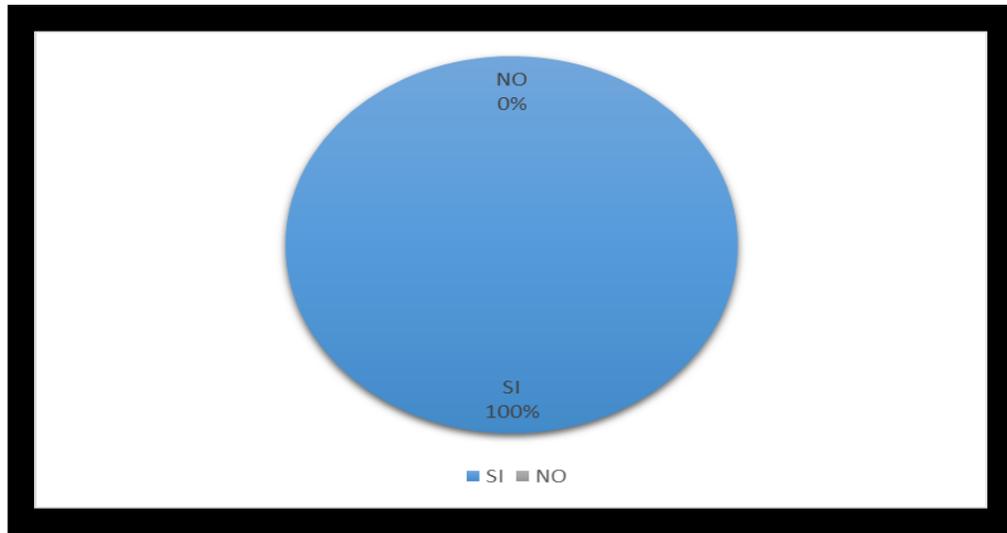
¿Considera usted, que si el funcionario público delega funciones en personal que ha contratado a sabiendas de su insuficiente cualificación profesional para instrumentalizarlos en actos colusorios, deba ampararse en el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal?



Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

**FIGURA 6. Ampliación de criterios sobre el principio de confianza para delimitar la responsabilidad en el delito de colusión.**

¿Considera usted que se deben ampliar los criterios de aplicación del principio de confianza que ayuden a complementar a los criterios desarrollados por la Corte Suprema al momento de delimitar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por delito de colusión?.



Fuente: Encuesta en línea aplicada a especialistas sobre corrupción de funcionarios en el distrito judicial del Santa. (Elaborado por los investigadores)

## **IX. ANEXO**

## 9.1. MATRIZ DE CONSISTENCIA

“CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN”

Problema	variables	Dimensiones	Indicadores	Hipótesis	Objetivos general	Objetivos específicos	Metodología	Técnicas e Instrumentos
¿Cuáles son los fundamentos que hacen necesario proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión?	Criterios de aplicación del principio de confianza	Dimensión dogmática de la aplicación del principio de confianza	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Doctrina extranjera sobre la aplicación del principio de confianza.</li> <li>- Doctrina nacional sobre la aplicación del principio de confianza.</li> </ul>	La necesidad de proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza se fundamenta en que los criterios aplicados por la Corte Suprema son contradictorios e insuficientes por que no están abordando al injusto penal de colusión como un delito cada vez más especializado y clandestino, además no están valorando el comportamiento colusorio omisivo, la trasgresión de deberes extra normativos y la necesidad de evidenciar objetivamente la lesión de bienes jurídicos, tampoco están considerando criterios importantes que la doctrina penal normativista y el derecho comparado aportan en esta materia.	Determinar los fundamentos que hacen necesario proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza para mejorar la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Analizar el fundamento del principio de confianza como criterio de imputación objetiva en la delimitación de la responsabilidad penal.</li> <li>- Conocer el tratamiento que la doctrina y jurisprudencia nacional están dando a la colusión como delito de infracción de deber.</li> <li>- Identificar los criterios del principio de confianza que está aplicando la Corte Suprema en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</li> <li>- Indagar si la jurisprudencia comparada se fundamenta en nuevos criterios para la aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión que puedan ser aplicados en el derecho peruano.</li> <li>- Indagar si la doctrina nacional y comparada se fundamenta en nuevos criterios para la aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</li> <li>- Recoger la postura de los especialistas encuestados respecto a la necesidad de aplicar nuevos criterios del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</li> <li>- Proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</li> </ul>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b></p> <p><b>Según aplicabilidad o propósito</b></p> <p>a. Básica</p> <p><b>Según naturaleza o profundidad:</b></p> <p>a. Descriptiva – Propositiva</p> <p><b>Según su objeto</b></p> <p>a. Dogmática</p> <p><b>DISEÑO DE INVESTIGACION</b></p> <p>La investigación según la metodología empleada es cualitativa con un diseño:</p> <p><b>Descriptivo –propositivo</b></p> <p>O → P</p> <p><b>POBLACIÓN</b></p> <p>a. Doctrina nacional y comprada</p> <p>b. Jurisprudencia nacional e internacional</p> <p>c. Encuestas aplicadas a especialistas</p> <p><b>MUESTRA</b></p> <p>a. <b>Doctrina:</b></p> <p>7 autores nacionales y 3 extranjeros</p> <p>b. <b>Jurisprudencia</b></p> <p>5 sentencias de la Corte Suprema del Perú, 1 sentencias de la Corte Suprema de Colombia y 1 sentencia de Tribunal Supremo de España.</p> <p>c. <b>Especialistas</b></p> <p>3 fiscales, 5 jueces y 3 catedráticos</p>	<p><b>TECNICAS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Técnica de acopio documental</li> <li>- Técnica de análisis documental</li> <li>- Técnica de estudio de casos.</li> <li>- Técnica de encuestas</li> </ul> <p><b>INSTRUMENTO S</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Fichas bibliográficas.</li> <li>- Fichas de resumen.</li> <li>- Fichas textuales.</li> <li>- Guía de análisis de contenido o estudio de casos.</li> <li>- Diario o Bitácora de Campo.</li> <li>- Cuestionario</li> </ul>
		Dimensión jurisprudencial de la aplicación del principio de confianza	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Jurisprudencia comparada sobre la aplicación del principio de confianza.</li> <li>- Jurisprudencia nacional sobre la aplicación del principio de confianza.</li> </ul>					
		Dimensión normativa de la aplicación del principio de confianza	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Normas penales que permiten la aplicación del principio de confianza</li> <li>- Norma extrapenales que permiten la aplicación del principio de confianza</li> </ul>					
	Delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.	<p>Responsabilidad por organización de los funcionarios públicos como ciudadanos.</p> <p>Responsabilidad institucional por infracción de deberes de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Deber de administrar responsablemente su auto organización.</li> <li>- Deber negativo de no dañar</li> <li>- Deber de imparcialidad en los proceso de contratación publica</li> <li>- Deber de transparencia en los proceso de contratación publica</li> <li>- Deber de trato justo a los postores en los proceso de contratación publica</li> </ul>					

## 9.2. MATRIZ DE RESULTADOS

ENUNCIADO DEL PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS	RESULTADOS	CONCLUSIONES
<p>¿Cuáles son los fundamentos que hacen necesario proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión?</p>	<p>La necesidad de proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza se fundamenta en que los criterios aplicados por la Corte Suprema son contradictorios e insuficientes por que no están abordando al injusto penal de colusión como un delito cada vez más especializado y clandestino, además no están valorando el comportamiento colusorio omisivo, la trasgresión de deberes extra normativos y la necesidad de evidenciar objetivamente la lesión de bienes jurídicos, tampoco están considerando criterios importantes que la doctrina penal normativista y el derecho comparado aportan en esta materia.</p>	<b>GENERAL</b>		
		<p>Determinar los fundamentos que hacen necesario proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza para mejorar la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</p>	<p>Ampliar los criterios del principio de confianza es una necesidad ante el crecimiento grave de los delitos de colusión máxime si ahora estos delitos son cada vez más especializados, clandestinos, omisivos y se cometen por organizaciones criminales.</p>	<p>Los delitos de colusión de funcionarios son cada vez más graves, clandestinos y especializados, cometidos ahora por organizaciones criminales, esto hace que los criterios del principio de confianza aplicados por los operadores de justicia, sean contradictorios e insuficientes por que no están abordando al injusto penal de colusión como un delito que frecuentemente se realiza por omisión de deberes extra normativos, tampoco están valorando que para su materialización debe evidenciarse objetivamente la lesión de bienes jurídicos, menos están considerando criterios importantes que la doctrina penal normativista y el derecho comparado aportan en esta materia.</p>
		<b>ESPECÍFICOS</b>		
		<p>Analizar el fundamento del principio de confianza como criterio de imputación objetiva en la delimitación de la responsabilidad penal.</p>	<p>El principio de confianza es un criterio de imputación objetiva que ayuda a delimitar la responsabilidad penal en función al riesgo creado</p>	<p>El principio de confianza es una institución de la moderna teoría de la imputación objetiva que nos ayuda a delimitar la responsabilidad de la conducta en función al riesgo que el agente produzca por violación de la confianza en él depositado, de modo que la persona que en cumplimiento de su rol se mantiene dentro del riesgo permitido no tiene por qué recibir una sanción punitiva, pero sí lo hará aquella persona que defraudó la confianza que la sociedad y el Estado pusieron sobre ella.</p>
		<p>Conocer el tratamiento que la doctrina y jurisprudencia nacional están dando a la colusión como delito de infracción de deber.</p>	<p>La doctrina y jurisprudencia nacional consideran que la colusión es un delito de infracción de deberes especiales derivado de la competencia institucional y lesión de bienes jurídicos</p>	<p>La doctrina y jurisprudencia nacional consideran que la colusión es un delito de infracción de deberes institucionales, puesto que el funcionario público está vinculado con la administración mediante deberes positivos de imparcialidad, transparencia y trato justo a los postores en los proceso de contratación pública, sin embargo la infracción de estos deberes solo es un elemento complementario que debe valorarse, pues no basta la sola infracción del deber institucional para delimitar la responsabilidad penal del funcionario público, es necesaria la existencia de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal.</p>

		<p>Identificar los criterios del principio de confianza que está aplicando la Corte Suprema en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</p>	<p>Los criterios del principio de confianza aplicados por la Corte Suprema en los delitos de colusión son contradictorios e insuficientes porque no valoran el comportamiento omisivo y la trasgresión de deberes extra normativos.</p>	<p>Los criterios que está aplicando la Corte Suprema en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión son: i) no es posible aplicar principio de confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa; ii) no es posible aplicar principio de confianza cuando resulta evidente que la conducta desplegada por uno de los intervinientes defrauda las expectativas; y iii) no es posible aplicar el principio de confianza cuando existe un deber de garante que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. No obstante aún los criterios planteados por la Corte Suprema son insuficientes y contradictorios, pues encontramos sentencias en donde claramente se evidencia un gran esfuerzo por delimitar el alcance de la aplicación del principio de confianza en los delitos de colusión, pero por otro lado hay sentencias cuyos argumentos desbaratan todo lo avanzado, además no están valoran el comportamiento omisivo y la trasgresión de deberes extra normativos.</p>
		<p>Indagar si la jurisprudencia comparada se fundamenta en nuevos criterios para la aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión que puedan ser aplicados en el derecho peruano.</p>	<p>La jurisprudencia comparada ha utilizado criterios del principio de confianza que pueden ser aplicados en el derecho peruano</p>	<p>De la jurisprudencia comparada colombiana contenida en la sentencia 25536 de la Corte Suprema de Colombia, se pudo extraer el criterio que “no puede ser exonerado de imputación con fundamento en el principio de confianza, quien contrata personal sin suficiente cualificación profesional para desplegar determinadas tareas”. Si bien la Corte Suprema del Perú asume un criterio parecido al aseverar que “no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba”; sin embargo este principio tiene una gran diferencia con el desarrollado por la Corte Colombiana pues allí se refiere que el funcionario público selecciona a una persona a sabiendas de su poca cualificación profesional y le encarga una tarea para la que no está especializado; en cambio nuestra jurisprudencia entiende que el funcionario delegante se da cuenta de la poca idoneidad de la persona en la que confió luego de haberle delegado la tarea. Entonces, es factible que el derecho peruano aplique o amplíe su criterio al modo que se utiliza en el derecho colombiano.</p>
		<p>Indagar si de la doctrina nacional y comparada se fundamenta en nuevos</p>	<p>Ciertos criterios doctrinarios del principio de confianza aún no</p>	<p>La doctrina comparada y nacional han desarrollado algunos criterios dogmáticos que ya fueron aplicados por la Corte Suprema, pero aún hay criterios del principio de confianza que bien pueden ser de recibo en nuestra</p>

		<p>critérios para la aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</p>	<p>están siendo utilizados por los operadores judiciales en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</p>	<p>legislación y que la Corte Suprema y demás instancias jurisdiccionales no están aplicando, entre los que podemos citar son los siguientes: i) Los conocimientos especiales forman parte del rol del garante, por tanto no es posible liberarlo de responsabilidad penal cuando no activó sus conocimientos especiales para evitar los eventos dañosos; ii) La posición de garante sobre el dominio del suceso fundamenta la responsabilidad penal</p>
		<p>Recoger la postura de los especialistas encuestados respecto a la necesidad de aplicar nuevos criterios del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</p>	<p>Los especialistas consideran que los criterios del principio de confianza aplicados por la Corte Suprema son insuficiente pese a ser un instrumento dogmático importante en la delimitación de la responsabilidad penal en los delitos de colusión</p>	<p>Los especialistas encuestados respaldan los objetivos de nuestra tesis puesto que; primero, confirman que el principio de confianza es un criterio dogmático importante que debe utilizarse al momento de delimitar la responsabilidad penal del sujeto activo de un delito de corrupción de funcionarios; segundo, consideran que los criterios del principio de confianza desarrollados y aplicados por la Corte Suprema son insuficientes para la lucha jurídica contra la colusión; y finalmente, apoyan nuestra propuesta de nuevos criterios que se deben aplicarse por los operadores jurídicos al momento de asignar responsabilidad a los funcionarios públicos investigados por el delito de colusión.</p>

		<p>Proponer nuevos criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión.</p>	<p>Propuesta de cuatro nuevos criterios del principio de confianza para delimitar mejor la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión</p>	<p>Gracias al estudio de la dogmática penal normativista y a la jurisprudencia comparada, proponemos cuatro nuevos criterios del principio de confianza que los operadores jurídicos peruanos deben considerar para mejorar la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión; esto son: i) los conocimientos especiales deben valorarse como parte del rol del funcionario por tener esta una competencia institucional respecto de la administración pública, por tanto si un funcionario público deja de lado sus conocimientos especiales desprotegiendo con ello los bienes jurídicos estatales no es posible cobijarse bajo el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal; ii) el funcionario público titular de una institución que no desplegó sus deberes de vigilancia y control, pese a tener indicios de la comisión del delito de colusión en la entidad, programa o proceso de contratación pública que dirige, no es posible que se libere de responsabilidad penal bajo el principio de confianza; iii) donde existan indicios reveladores que una autoridad pública haya utilizado su poder para inducir a otro a realizar actos colusorios, debe asumir una responsabilidad penal y no puede escudarse en el principio de confianza, aun su conducta aparente estar dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento normativo; iv) si un funcionario de alta jerarquía incumple su deber de correcta selección, contratando a personal sin la debida cualificación profesional o moral, para realizar las funciones públicas encomendadas, no es posible que se libere de responsabilidad bajo el principio de confianza, pues su conducta genera el riesgo residual que los subalternos inexpertos puedan cometer actos colusorios.</p>
--	--	---	--	---

### 9.3. GUIA DE ENCUESTA A ESPECIALISTAS

#### ENCUESTA SOBRE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN

La falta de delimitación del principio de confianza, como criterio de imputación objetiva, ha generado que muchos funcionarios públicos procesados por delitos de corrupción estén invocando la aplicación de este principio para liberarse de responsabilidad penal y lógicamente si nos regimos solo por los criterios genéricos e insuficientes planteados por la Corte Suprema se abrirán puertas falsas que los titulares de pliego como alcaldes, gobernadores regionales, directores de proyectos, presidentes de la república aprovecharán para ser indebidamente absueltos. Estas razones han conducido a los bachilleres de Derecho de la Universidad Nacional del Santa: José Miguel Contreras Aurora y Ever Geiner Mariños Pereda a realizar el proyecto de tesis para obtener el título de Abogados denominada "*Criterios de aplicación del principio de confianza en la delimitación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en el delito de colusión*", para ello es imprescindible conocer la postura que tienen los especialistas (jueces, fiscales y catedráticos) sobre la materia.

Agradecemos su disposición en la resolución de las seis preguntas que constituyen nuestra encuesta, que como se explicó en el párrafo precedente solo tiene fines de investigación por tal motivo se garantizará la privacidad de los datos del encuestado.

1. ¿Considera usted que el principio de confianza es un instrumento jurídico que ayuda a delimitar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por el delito de colusión?

Sí

No

2. ¿Cree usted que un funcionario público que gracias a sus conocimientos técnicos especiales (es ingeniero, contador, abogado, logístico, etc.), advierte que en un proceso de contratación pública en el que interviene, se están realizando actos colusorios, pero

no detiene el curso causal lesivo, se le deba exonerar de responsabilidad penal bajo el principio de confianza?

Sí

No

3. ¿Cree usted que si el titular de pliego de una institución pública (alcalde, gobernador regional, director, ministro, Presidente, etc.) no detiene el curso causal lesivo pese a tener indicios suficientes para advertir los actos colusorios de sus subalternos, deba ampararse bajo el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal?

Sí

No

4. ¿Cree usted que, si un funcionario público sin haber trasgredido abiertamente los instrumentos de gestión pública (ROF, MOF, Leyes, etc) pero que de manera clandestina abusa de su posición de poder para influir en las conductas colusorias de sus subordinados, debe ampararse bajo el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal?

Sí

No

5. ¿Considera usted, que si el funcionario público delega funciones en personal que ha contratado a sabiendas de su insuficiente cualificación profesional para instrumentalizarlos en actos colusorios, deba ampararse en el principio de confianza para liberarse de responsabilidad penal?

Sí

No

6. ¿Considera usted que se deben ampliar los criterios de aplicación del principio de confianza que ayuden a complementar a los criterios desarrollados por la Corte Suprema al momento de delimitar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos procesados por delito de colusión?

Sí

No

## ENCUESTAS APLICADAS

Datos del Encuestado: Nombre y Cargo

11 respuestas

Isela Gonzáles Torres / Fiscal

Segundo Felipe Lopez Sotelo: Fiscal Adjunto Provincial de la 2°FPPC-NUEVO CHIMBOTE

Javier Reyna De La Cruz - Abogado Litigante independiente

Carmen nelly macuado arroyo fiscal provincial

Luis Alberto Pérez Granados. Juez del Quinto Juzgado penal de investigación preparatoria.

Nombre: Amaro Goicochea Ibarra. Cargo: Juez del Juzgado Penal Unipersonal.

Nombre: karina Medina Machado. Cargo: Juez Penal del 2do Juzgado de Investigación Preparatoria.

Nombre: David Aguilar Ponce. Cargo: Juez del 1er Juzgado Penal Unipersonal.

Nombre: Fernando Arequipeño Ríos. Cargo: Juez del 6to Juzgado Penal Unipersonal.