

**UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN**

**ESCUELA DE POSGRADO**



---

**“CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE  
CONFIANZA EN LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD  
PENAL DE QUIEN DELEGA FUNCIONES EN EL ÁMBITO DE  
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”**

---

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO,  
MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

**TESISTA: VÍCTOR HUGO ÁLVAREZ GARCÍA**

**ASESOR: Dr. EWER PORTOCARRERO MERINO**

**HUÁNUCO – PERÚ**

**2018**

## **DEDICATORIA**

A mi amada esposa Liliana, por apoyarme en la consecución de mis proyectos personales y profesionales.

A mis amados hijos Brandon y Vanessa, quienes son el motivo de mi constante superación.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por protegerme y alimentar mi espíritu para el bien y la justicia.

Agradezco a la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, por brindarme la oportunidad de continuar desarrollándome profesionalmente y que en mi labor diaria pueda servir a la sociedad.

## RESUMEN

El tema del presente trabajo de investigación fue motivado por el intento de brindar algunas herramientas dogmáticas que permitan a los operadores del Derecho nacional, utilizarlas al momento de investigar y juzgar a funcionarios y servidores públicos acusados de haber cometido delitos en el marco de las contrataciones públicas en las hayan intervenido.

En los últimos años nuestro país viene soportando un alto nivel de corrupción funcional, que impide su normal desarrollo, pues ingentes sumas de dinero de todos los peruanos, son apropiados por personas a quienes el Estado les ha confiado la percepción, custodia o administración de sus recursos; el mayor ámbito en el que se dan estos actos de corrupción es en el de las contrataciones públicas, en el que también participan en calidad de cómplices empresarios particulares.

En muchísimos casos incluso emblemáticos de corrupción en el contexto de contrataciones públicas que han sido judicializados, han culminado con la absolución de altos funcionarios que a pesar de tener participación en actos irregulares y/o ilícitos, alegan haber actuado bajo el principio de confianza, por el cual solo se habrían limitado a suscribir, dar conformidad o autorizar algún acto jurídico previamente realizado por un subalterno a quien se le atribuye toda la responsabilidad del hecho; dejando una percepción de impunidad y de desconfianza en la justicia, pues es sabido que por lo general los hechos de corrupción son dirigidos desde los más altos niveles de las entidades públicas, aunque materializados por funcionarios jerárquicamente subordinados.

Una situación específica del uso del principio de confianza para evadir responsabilidad en el marco de un proceso de contratación pública, se da cuando un funcionario del más alto nivel jerárquico alega haber delegado competencias –normativamente suyas- a otro funcionario de menor jerarquía, desligándose por tanto del mal uso que este último haga de las competencias delegadas; lo cual no siempre es así, porque como se explica en el presente trabajo el funcionario que delega competencias no se desvincula de su originaria competencia, aun cuando la haya delegado, pues permanece una posición de garantía y con ello los deberes de control y vigilancia sobre la actividad del delegado.

Es en razón de ello que, en la presente investigación, haciendo un análisis de las teorías que se ocupan del tema y de sentencias emitidas en casos reales sucedidos en nuestro país, que se ha podido establecer algunos criterios para la aplicación o no, del Principio de Confianza en la determinación de responsabilidad del funcionario que delega competencias en la contratación pública.

## SUMMARY

The theme of this research was motivated by the attempt to provide some dogmatic tools that allow national law operators to use when investigating and prosecuting officials and public servants accused of committing crimes in the context of public procurement in which they have intervened.

In recent years our country has endured a high level of official corruption, which prevents its normal development, because huge sums of money of all Peruvians, are appropriated by people to whom the State has entrusted the perception, custody or administration of their means; The greatest scope in which these acts of corruption occur is in the area of public contracting, in which private entrepreneurs also participate as accomplices.

In many, even emblematic cases of corruption in the context of public procurement that has been prosecuted, they have culminated in the acquittal of senior officials who, despite having participated in irregular and / or illegal acts, claim to have acted under the principle of trust, for which only would have been limited to subscribe, give consent or authorize a legal act previously carried out by a subordinate to whom all responsibility for the act is attributed; leaving a perception of impunity and mistrust in the justice, because it is known that in general the acts of corruption are directed from the highest levels of public entities, although materialized by hierarchically subordinate officials.

A specific situation of the use of the principle of trust to evade responsibility in the context of a public procurement process occurs when an official at the highest hierarchical level claims to have delegated powers - normatively his own - to another lower ranking official, thus separating of the misuse that the latter makes of delegated powers; This is not always the case, because, as explained in this paper, the official who delegates powers does not disassociate from his original jurisdiction, even when he has delegated it, since he remains in a position of guarantee and with it the duties of control and surveillance over the activity of the delegate.

That is why in this research, making an analysis of the theories that deal with the issue and sentences issued in real cases in our country, which has been able to establish some criteria for the application or not, the Principle of

Confidence in the determination of responsibility of the official who delegates powers in public procurement.

**INDICE**

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN	x
<b>CAPÍTULO I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b>	
1.1 Descripción del problema	1
1.2 Justificación	4
1.3 Importancia o propósito	4
1.4 Limitaciones	5
1.5 Formulación del problema	6
1.6 Formulación de los objetivos	6
1.7 Hipótesis y sistema de hipótesis	7
1.8 Variables	8
<b>CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO</b>	
2.1 Antecedentes	9
2.2 Bases teóricas	15
2.3 Definiciones conceptuales	78
2.4. Bases epistémicas	80
<b>CAPÍTULO III. METODOLOGÍA</b>	
3.1 Ámbito	84
3.2 Población	84
3.3 Muestra	84
3.4 Nivel y tipo de estudio	84
3.5 Situación del fenómeno de investigación	85
3.6 Trayectoria metodológica	86
3.7 Técnicas e instrumentos	86
3.8 Procedimiento	86
3.9 Tabulación	87
<b>CAPÍTULO IV. RESULTADOS</b>	
4.1 Análisis de discursos	88
4.2 Construcción de los discursos	91

4.3. Discusión de Resultados	90
CONCLUSIONES	94
SUGERENCIAS	96
REFERENCIAS	97
ANEXOS	102
ANEXO 01. Matriz de consistencia	
ANEXO 02. Consentimiento informado	
ANEXO 03. Instrumentos	
ANEXO 04. Formato de validación de los instrumentos por jueces	
NOTA BIOGRÁFICA	107
ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE MAESTRO	108
AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELETRONICA	109

## INTRODUCCIÓN

Actualmente nuestro país viene atravesando una crisis social generada por la corrupción estatal, en la que la función pública se vende al mejor postor, perdiéndose ingentes cantidades de dinero del erario nacional el cual que debería ser destinado para el bien común de la población, sin embargo, se pierde al ser apropiado por algunos funcionarios y empresas corruptas.

El ámbito en el que comúnmente se realiza este tipo de actos de corrupción, es en el de las contrataciones públicas, es decir, aquellos contratos en los que el Estado peruano participa con el objetivo de adquirir, contratar, bienes, servicios o ejecutar obras para atender el bienestar general, y por la otra parte los contratistas que se encargarán de realizar o ejecutar los servicios materia del mismo; sin embargo, muchas veces los funcionarios cuya principal obligación es resguardar y darle buen uso al patrimonio estatal, faltan a estas obligaciones coludiéndose con los contratistas a fin de beneficiarse mutuamente en detrimento de los intereses del Estado.

Las contrataciones del Estado, se encuentran reguladas por sus propias normas, en las que se establecen la forma en que éstas deben realizarse y los trabajadores públicos que deben participar en cada una de las etapas de la contratación, desde la convocatoria hasta la firma del contrato, interviniendo en cada una de ellas servidores, funcionarios de menor y mayor nivel -en ese orden- del organismo o entidad contratante, estando reservada la suscripción final del contrato para el titular de la misma, es decir para la más alta autoridad ejecutiva.

Por otra parte las propias normas especializadas en contrataciones como las administrativas, permiten que tanto el titular de la entidad como los funcionarios puedan delegar algunas de sus competencias en el ámbito de las contrataciones del Estado; es esta cadena de actos y etapas en las contrataciones públicas en la que participan distintos funcionarios y su facultad de delegación de funciones, que es aprovechada por algunos funcionarios corruptos para cuando en caso se descubra algún acto irregular o ilícito en la tramitación de una contratación pública que estaba dentro de sus funciones o competencias, pretendan excluirse de responsabilidad amparándose en el denominado principio de confianza, esto es, que al ser las

contrataciones del Estado todo un proceso en la cual los funcionarios de alto nivel son los últimos en participar, suscribiendo conformidades y los contratos por ejemplo, y estando a que durante el procedimiento y antes que ellos intervinieron otros servidores públicos de menor jerarquía, ellos (los funcionarios) confiaron que aquellos cumplieron a cabalidad con sus propias funciones y actuaron conforme a ley. Para respaldarse aún más, los funcionarios corruptos acuden a la figura legal de la delegación de funciones, en mérito de la cual, ya ni siquiera aparecen visiblemente como partícipes del proceso de contratación.

No obstante nuestra realidad nacional demuestra que en los delitos cometidos en el marco de las contrataciones del Estado, los actos de concertación ilegal por lo general son celebrados entre el contratista beneficiado y las máximas autoridades administrativas de la entidad, quienes no aparecerán firmando documentos pues delegaron algunas funciones o se ampararán en el principio de confianza, consiguiendo burlar a la justicia y evitar sanciones, lo cual logran en parte debido a que nuestra justicia realiza una interpretación restringida de dicho principio, utilizando los tres únicos criterios establecidos por la doctrina, los cuales por lo demás si bien han sido pensados para los casos en que se trabaja en equipo o dentro de una organización, no resultan suficientes para los casos en que además se efectuó una delegación de funciones; es por ello que la presente investigación se propuso como objetivo establecer criterios que se deberían tomar en consideración para la aplicación o no, del Principio de Confianza en los casos que el funcionario titular de la entidad argumenta no tener responsabilidad penal en delitos cometidos en el ámbito de alguna contratación pública, por haber delegado funciones, ampliando de esta manera los tres supuestos planteados por la doctrina a los casos en que opera la delegación de funciones o competencias.

En ese sentido, luego de analizar las variables del tema en estudio, las investigaciones similares, los casos emblemáticos en que se han presentado este problema y la forma en que los ha resuelto nuestro sistema de justicia nacional, se ha podido arribar a una propuesta de criterios o supuestos que deberían ser materia de análisis por parte de los operadores del Derecho al momento de decidir por la aplicación o no del principio de confianza en los

casos que un funcionario argumenta haber delegado funciones en el ámbito de la contratación pública y que se exponen en las conclusiones del presente trabajo.

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1. Descripción del Problema

En la labor cotidiana de las fiscalías especializadas en delitos de corrupción de funcionarios, es usual que cuando se investiga o procesa a altos funcionarios de las distintas entidades y organismos nacionales (presidentes nacionales, gobernadores, alcaldes, directores de instituciones, administradores y gerentes, entre muchos otros funcionarios de alto nivel), quienes por lo general son los últimos en suscribir o autorizar algún acto que previamente ha sido tramitado o ejecutado por estamentos inferiores, invoquen como medio de defensa el denominado “principio de confianza”, esto es, que respaldan sus acciones (por ejemplo, el haber celebrado un contrato irregular) bajo el argumento que obraron “confiando” que los funcionarios o servidores de inferior jerarquía a quienes delegaron alguna competencia o función, habrían realizado su labor de forma correcta, y es por ello que ellos sólo se limitaron a corroborarlo.

Los noticieros nacionales diariamente dan cuenta que muchos altos funcionarios titulares de los organismos y entidades públicas de nuestro país, como ex presidentes, ministros, congresistas, gobernadores y alcaldes, cometen delitos contra la administración pública, en sus modalidades de Peculado, Colusión agravada, Negociación Incompatible, etc. en los procedimientos de Contrataciones con el Estado, en donde se movilizan ingentes sumas de dinero, pues por lo general se trata de contratos para la realización de obras públicas de gran envergadura.

Al respecto debe tenerse en cuenta que como titulares (entendido como autoridad máxima) de sus respectivas entidades, los indicados funcionarios públicos, se constituyen por ley en sus representantes legales y por tanto en los responsables de disponer adecuadamente del presupuesto económico que se le asigna, así como de resguardarlo ante posibles actos ilícitos por parte de terceros e incluso de sus subordinados,

pues asumen legal y voluntariamente la función de garantes de los bienes de su entidad.

Por otro lado, estos altos funcionarios cuentan con la facultad legal de poder delegar algunas de sus competencias o funciones -entre ellos, asuntos referidos a contrataciones del Estado- a funcionarios y servidores de menor nivel, con excepción de algunas pocas funciones que por ley son indelegables; en estos casos, cuando se descubren irregularidades en alguna contratación estatal y se judicializa el caso, los titulares de entidades públicas (como los arriba señalados) que se encuentran involucrados, argumentan en su defensa no tener responsabilidad en los hechos, debido a que ellos delegaron funciones para algunos actos del proceso de contratación a otro funcionario, por tanto éste sería el único responsable del delito descubierto, pues los subsiguientes actos que realizó el titular de la entidad -como la celebración del contrato, autorización para ampliaciones de obra (adendas), pagos mayores al contratista- lo hicieron en mérito al principio de confianza, el mismo que implica que “En una sociedad, las personas se distribuyen el trabajo y las actividades, lo que genera roles particulares y es de esperar que cada quien cumpla a cabalidad su respectivo rol, pues no es tarea de los demás controlarlas en lo que son sus propios roles” (Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal, 2006, pág. 100) y que en los casos de divisiones de trabajo (funciones) las personas pueden confiar en que quienes participan conjuntamente actuarán conforme a ley.

En algunas sentencias emblemáticas emitidas por la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, se ha utilizado el principio de confianza para fundamentar la absolución de cargos contra altos funcionarios involucrados en delitos contra la administración pública, específicamente en contrataciones con el Estado, así tenemos por ejemplo el denominado caso Comunicore en el que estuvo involucrado -entre muchos otros- el Alcalde Provincial de Lima por haber permitido el pago de la deuda (S/. 35'941,464) a la empresa de servicios de limpieza, en una sola armada, sin tener en cuenta la disponibilidad presupuestaria de la Municipalidad; así mismo el haber renovado el contrato con dicha empresa sin considerar los múltiples informes desfavorables emitidos por el sistema de control de

la MPL. En dicha sentencia, la CSJ señaló en uno de sus fundamentos, que el acusado había delegado funciones a la Dirección General de Finanzas, liberándolo por tanto de responsabilidad.

No obstante, los criterios expuestos en la escasa jurisprudencia nacional para la aplicación del principio de confianza como eximente de responsabilidad, han sido tomados de lo expuesto por la doctrina especializada, pero para los supuestos de delitos culposos (que es el ámbito en que se originó esta teoría), lo cual resulta muy genérico; no habiéndose realizado un análisis de este principio de manera más específica en los delitos contra la administración pública y puntualmente en el contexto de las contrataciones del Estado, considerando sus aspectos particulares.

La experiencia en la investigación fiscal de estos hechos delictuosos y los no pocos casos emblemáticos de corrupción en nuestro país, nos informa que en muchísimos casos, los titulares de las entidades, altos funcionarios, son los principales actores de los hechos irregulares que se dan en la contratación pública, los primeros en entrar en contacto con los agentes corruptores y a partir de ahí planificar -por ejemplo- el direccionamiento de qué empresa ganará la buena pro para la contratación de una gran obra, o cómo hacer posible que se le pague a un contratista montos mayores a los establecidos en el contrato primigenio.

Nuestra jurisprudencia -como se dijo-, ha acogido en muchos casos este medio de defensa "principio de confianza", con una interpretación muy restringida del mismo, liberando a los acusados de los cargos imputados, creando sensación de impunidad en la sociedad, así sucedió por ejemplo -entre los casos emblemáticos- con la sentencia emitida el 07 de octubre del 2009 en el expediente N° 07-2007 donde se absolvió a la Congresista de la República Elsa Victoria Canchaya Sánchez por el delito de nombramiento ilegal para cargo público; así mismo se tiene la resolución de fecha 14 de setiembre del 2011 recaída en el expediente N°

34432-2010-17 concerniente a la excepción de naturaleza de acción deducida por el acusado y alcalde de Lima Luis Castañeda Lossio en el proceso que se le siguió por la supuesta comisión del delito de colusión; en ambas resoluciones se hizo uso del principio de confianza (entre otros)

como argumento para liberar de responsabilidad a los acusados, sin especificar cuáles fueron los criterios que utilizaron en la aplicación del referido principio.

Por ello se hace necesario, establecer algunos parámetros que puedan delimitar cuándo es posible utilizar el principio de confianza como un criterio liberador de responsabilidad penal y cuando no.

## **1.2. Justificación**

La presente investigación se justifica en la medida que en nuestro país no existen estudios que se hayan ocupado del tema de la aplicación del Principio de Confianza en el ámbito de las contrataciones del Estado, menos aún en los casos que el referido principio se utiliza amparándose en la delegación de funciones, a pesar que esta figura es frecuentemente (sino invariablemente) empleada como una excusa por parte de los funcionarios de alto nivel que son investigados y procesados por delitos de corrupción.

Los actos y delitos de corrupción se han propagado de manera exorbitante en nuestro país, y los autores en muchos casos cuentan con el escudo casi perfecto del principio de confianza para evadir su responsabilidad, principio que a su vez es utilizado por los jueces para declarar la inocencia del investigado, aunque con una interpretación insuficiente del indicado principio, pues no lo hacen con un análisis de la normatividad especial para este tipo de hechos (legislación administrativa, regional, municipal, de contrataciones del Estado, presupuestarias).

## **1.3. Importancia**

La investigación adquiere importancia por cuanto al lograr establecer algunos de los principales criterios que se debería tomar en consideración para la aplicación o no, del Principio de Confianza al evaluar la responsabilidad del funcionario titular de la entidad, cuando éste pretexto haber delegado funciones en la contratación pública; brindará a los operadores del derecho encargados de la administración de justicia (Jueces y Fiscales) contar con herramientas dogmáticas que le ayuden a realizar una imputación objetiva respecto de la responsabilidad del

investigado y fundamentar un fallo judicial, contribuyendo de esta forma al derecho y la justicia social, pues se ha detectado que:

No existe en nuestro país doctrinas o jurisprudencias que permitan orientar a los operadores del Derecho, cuáles serían los criterios que se deban tomar en cuenta para aplicar o no, el Principio de Confianza al examinar la responsabilidad del funcionario titular de la entidad, cuando éste pretexto haber delegado funciones en la contratación pública.

- Los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) peruana para fundamentar la no responsabilidad penal del funcionario titular de la entidad, basados en el principio de confianza, no han sido producto de un análisis del mismo, en el que se tome en cuenta la normatividad y las características de las contrataciones del Estado.
- En la jurisprudencia en la que se aplica el principio de confianza, no hace uso de la jurisprudencia de países donde existe un mejor desarrollo del tema como España o Colombia, por ejemplo, lo cual enriquecería sus argumentos.
- Por la falta de desarrollo doctrinario y jurisprudencial que establezcan algunos criterios para la aplicación del Principio de Confianza al examinar la responsabilidad del funcionario titular de la entidad cuando pretexto haber delegado funciones en la contratación pública; éstos la vienen utilizando de manera indiscriminada, logrando evadir sus responsabilidades penales, con lo cual se genera impunidad.

#### **1.4. Limitaciones**

- Escasos trabajos doctrinarios nacionales respecto a la aplicación del Principio de confianza en la determinación de responsabilidad, en general y sobre la aplicación de este principio en el supuesto de delegación de funciones en el ámbito de la contratación pública, en particular.
- Existen pocas sentencias que abarquen el tema de la aplicación del Principio de confianza como criterio para determinar la responsabilidad o no del sujeto investigado.

## **1.5. Formulación del Problema**

### **1.5.1. Problema General**

¿Cuáles son los principales criterios para la aplicación del Principio de Confianza a fin de determinar la responsabilidad de quien delega funciones en la contratación pública?

### **1.5.2. Problemas Específicos**

- a) ¿Cómo se viene aplicando en la jurisprudencia comparada el Principio de Confianza para la determinación de la responsabilidad de los funcionarios que delegan sus competencias en el ámbito de las contrataciones públicas?
- b) ¿Hasta qué punto es válida la invocación del Principio de confianza por parte de los altos funcionarios que delegan funciones en las contrataciones públicas?
- c) ¿Cuál es el razonamiento judicial utilizado por los jueces nacionales al apoyarse en el principio de confianza, para fundamentar la no responsabilidad penal del funcionario titular de la entidad?.

## **1.6. Objetivo General y Objetivos Específicos**

### **1.6.1. Objetivo General**

Establecer criterios a tener en consideración para la aplicación o no, del Principio de Confianza en los casos que el funcionario titular de la entidad argumenta no tener responsabilidad penal en delitos cometidos en el ámbito de alguna contratación pública, por haber delegado funciones.

### **1.6.2. Objetivos Específicos**

- a) Examinar como se viene desarrollando y aplicando el principio de confianza, en la jurisprudencia extranjera, para fundamentar sus sentencias.
- b) Evitar que por la falta de criterios establecidos mediante doctrina y/o jurisprudencia nacional, respecto a la aplicación del Principio de Confianza para determinar responsabilidad en el funcionario titular de la entidad cuando pretexto haber delegado funciones en

la contratación pública; éstos la utilicen como principal argumento para eludir su responsabilidad penal y a la justicia.

c) Diagnosticar el razonamiento jurídico utilizado por los magistrados nacionales al utilizar el principio de confianza, para fundamentar la no responsabilidad penal del funcionario titular de la entidad.

## **1.7. Hipótesis y/o sistema de hipótesis**

### **1.7.1. Hipótesis General**

Los criterios que permitirán a los operadores del derecho aplicar el Principio de Confianza como eximente de responsabilidad penal del funcionario titular de la entidad, cuando éste argumenta haber delegado funciones en el ámbito de una contratación pública, son:

- a) Que el acto de delegación se haya realizado observando los requisitos legales.
- b) Que el delegatario haya seleccionado a un personal idóneo para las funciones y competencias que se le delegaron.
- c) Que la delegación no haya contenido en sí misma órdenes o instrucciones de actos irregulares.
- d) Que no se haya delegado competencias cuando resultaba evidente que el delegado iba a realizar una conducta incorrecta.
- e) Que el delegante haya cumplido con su deber de vigilancia y control de los actos encargados al delegatario por lo menos de manera general.
- f) Que el delegante no haya conocido o podido conocer alguna circunstancia irregular realizada por parte del delegatario.

### **1.7.2. Hipótesis Específicas**

a) La Corte Suprema de Justicia de nuestro país al utilizar el principio de confianza como argumento para fundamentar la no responsabilidad penal del funcionario titular de la entidad, lo realiza utilizando un razonamiento alejado de los principios que regulan el deber de protección de los bienes estatales

que obligan a los sujetos que ostentan la máxima representatividad de los organismos y entidades del Estado.

b) Al quedar establecidos los principales criterios doctrinales para la aplicación del principio de confianza en los casos que un funcionario argumenta haber delegado funciones en el ámbito de la contratación pública, los operadores de justicia contarán con una herramienta eficaz para poder determinar la responsabilidad o no del funcionario delegante.

c) Al utilizar el principio de confianza, para fundamentar la no responsabilidad penal del funcionario titular de la entidad los jueces nacionales utilizan un razonamiento muy restringido, sin considerar algunos otros criterios válidos para su aplicación.

### **1.8. Variables**

- Principio de confianza
- Requisitos legales
- Competencias del delegado
- Naturaleza de las funciones encomendadas.
- Ética del delegado
- Vigilancia del delegado.
- Conocimiento del delegado sobre actos irregulares del delegante
- Contratación Pública
- Delitos contra la administración pública

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes**

A nivel nacional no existen trabajos sobre el tema planteado en la presente investigación; no obstante, se han podido ubicar algunos temas de investigación y estudios que abordan de manera tangencial el asunto del principio de confianza, entre ellos están:

##### **2.1.1. Antecedentes nacionales**

a) La Tesis: “La Imputación Objetiva en la Comisión por Omisión”, presentada por Hesbert Benavente Chorres, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales; en la ciudad de Lima-Perú. Año 2005. Investigación que se planteó como objetivo general el determinar la aplicación del instituto de la imputación objetiva en las ejecutorias de la Corte Suprema Peruana durante los años 1999 al 2009; para lo cual utilizó como método el análisis y síntesis, así como el inductivo y el deductivo, mientras que para el desarrollo del trabajo empírico utilizó el método explicativo y tecnológico; así mismo utilizó las técnicas de entrevista, documentales y fichaje de información doctrinaria.

Siendo sus principales conclusiones, las siguientes:

- Los jueces nacionales paulatinamente están incorporando a la jurisprudencia en materia penal, elementos de la dogmática penal contemporánea, específicamente relacionados a tendencias recientes sobre la imputación objetiva.

- La presencia efectiva de instituciones jurídicas propias de la imputación objetiva en la jurisprudencia nacional resulta un contrapeso útil y eficiente frente a la reacción del derecho penal frente a formas de criminalidad más agresivas y la inseguridad que generan al grupo social.
- La imputación objetiva constituye un instrumento invaluable para el Derecho Penal al momento de analizarse sobre la responsabilidad del autor de un hecho ilícito.
- Las ejecutorias que contiene en su desarrollo la figura de la Imputación Objetiva, sirven de lineamiento para las resoluciones judiciales, emitidas por los Órganos Jurisdiccionales de menor jerarquía.
- Es gratificante para el Derecho Penal peruano, que los jueces supremos y superiores hayan decidido utilizar el material metodológico y conceptual ofrecido por la teoría de imputación objetiva para aplicarlos al análisis y resolución de casos penales.

**b)** El Ensayo: “Cuestiones generales de la imputación objetiva en el derecho penal peruano”, cuya autoría pertenece al Dr. Percy García Caveró, Profesor de Derecho Penal, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Publicado la Revista Institucional N° 07 de la Academia de la Magistratura: Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional. Revista del mes de junio 2016.

En el cual, el autor respecto del principio de confianza, señala que el mismo adquiere una especial relevancia en sociedades organizadas en las que la división del trabajo libera al ciudadano competente de un control sobre las actuaciones de los demás. El fundamento de este principio parte de la idea de que los

demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a derecho por parte de los mismos. Precizando además que, no obstante, este principio requiere, como todo criterio de delimitación de competencias.

### **2.1.2. Antecedentes internacionales**

A nivel internacional, se han podido encontrar los siguientes trabajos, que guardan relación con el asunto materia de la presente investigación:

- 1) El estudio denominado “Delimitación de la responsabilidad del delegante a través del principio de confianza”; realizado por Carlos Andrés Núñez de León, en la Facultad de Jurisprudencia, de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, de la ciudad de Bogotá-Colombia, en el año 2011.

Estudio que aborda como problema jurídico, la dificultad de la delimitación de la responsabilidad del delegante por actos realizados por el delegatario, y plantea la necesidad de crear un modelo que evite que la delegación se convierta en un instrumento que fomente la corrupción o la ineptitud de los directores de las entidades públicas, pero que no desconozca las reglas básicas del derecho administrativo ni los principios fundamentales de la responsabilidad individual del Derecho sancionatorio. Formulando como hipótesis que si el delegante cumple con sus deberes en la función pública tiene derecho a confiar en la diligencia del delegatario.

Se trata de un trabajo en el que no se indica la metodología seguida, pero se advierte que es un estudio netamente doctrinario, en el que se analizan las figuras jurídicas de la delegación de funciones administrativas, la

problemática de la responsabilidad del delegante en la delegación para contratar, y la aplicación del principio de confianza en la determinación de responsabilidad de quien delega funciones administrativas., así como también realiza un análisis del tratamiento de la delegación para contratar, por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Cuyas principales conclusiones, son las siguientes:

- La jurisprudencia demuestra que la figura de la delegación para contratar representa un posible vehículo para cometer actos de corrupción, toda vez que esta, al igual que otras figuras del derecho administrativo, es susceptible de ser desnaturalizada y convertida en un mecanismo para obtener beneficios particulares en detrimento de la administración pública, y por tanto representa una tipología de la corrupción en la contratación pública.
- Tanto para la Corte Constitucional como para el Consejo de Estado y para la Corte Suprema de Justicia, la exención de responsabilidad del delegante no es absoluta ya que la delegación de funciones no exime necesariamente de responsabilidad al delegante.
- No puede aplicarse el principio de confianza para excluir la responsabilidad del delegante respecto de aquellas directrices dadas por el mismo delegatario, especialmente cuando las mismas son constitutivas de delito, como por ejemplo cuando el delegante ordena al delegatario la celebración de un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales.

- El principio de confianza no sería aplicable en aquellos eventos en los cuales el delegante haya ordenado dolosamente que el delegatario cometa un acto de corrupción, pues el principio de confianza no se aplica cuando resulte evidente que va a realizar una conducta incorrecta.

2) El estudio: “El Principio de Confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva”. Realizado por Mario Maraver Gómez. Profesor Ayudante de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, en el país de España, año 2009.

Estudio que analiza el Principio de Confianza y la delimitación negativa del deber de cuidado, proponiendo como presupuestos de aplicación del principio de confianza: la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, la inexistencia de medidas de doble aseguramiento, la inexistencia de deberes de cuidado frente a la actuación de los terceros, la inexistencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero.

3) El artículo “Configuración del principio de confianza como criterio negativo de tipicidad Objetiva”, realizado por José María Peláez Mejía, en la Revista Prolegómenos Derechos y Valores, de Colombia, en el año 2016.

Artículo que tiene como objetivo mostrar las diversas soluciones propuestas por la doctrina para los problemas jurídicos derivados de la pregunta atinente a cuál es la estructura de aplicación del principio de confianza en el ordenamiento jurídico-penal colombiano desde la óptica de la teoría del delito, para luego poner en evidencia la línea

jurisprudencial que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha manejado al respecto, proponiendo entonces una solución desde el marco de la imputación objetiva que pueda ser plenamente satisfactoria y coherente con los engranajes constitucionales y legales que rigen para el derecho penal y procesal penal colombiano.

La metodología de investigación utilizada fue de tipo jurídico- exploratorio.

Siendo su principal conclusión, que se consideran excepciones del principio de confianza (haciendo una síntesis de la jurisprudencia y la doctrina) las siguientes:

- Cuando la obligación de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro cometa.
- Cuando no haya equivalencia obligacional, por cuanto se active el principio de defensa o seguridad debido a que la otra persona es un inimputable.
- Cuando exista posición de garante por parte del sujeto actuante, en virtud de: (i) deberes de vigilancia o cualquier otra función de control, pues en tales eventos no es posible afirmar que las obligaciones del actor son equivalentes a la de los otros, y (ii) deberes especiales, ya que precisamente la especialidad de esos deberes impedirá la existencia de algún tipo de equivalencia obligacional.
- Cuando el sujeto actuante 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.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. La Administración Pública**

#### **2.2.1.1. La Administración Pública, el titular de la entidad y su facultad de delegación**

La Administración Pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente al Poder Ejecutivo y está referida a las actividades de gestión que el titular de las entidades y organismos del Estado ejecuta sobre los bienes del Estado para satisfacer las necesidades públicas dirigidas al bien común;

Estas actividades de gestión en el ámbito estatal, son realizadas por todas las personas que ocupan un cargo dentro del aparato del Estado; en tal sentido también se puede entender la administración pública como “toda actividad cumplida por los funcionarios y servidores públicos para poner en funcionamiento al Estado y así este pueda cumplir sus fines” (Salinas Siccha, 2009, pág. XLIII)

Por lo que estando en juego los bienes del Estado y el interés social, la Administración Pública se erige como un bien jurídico que merece la protección del Derecho, por medio de las normas penales.

En consecuencia, cuando un funcionario o servidor público realiza un hecho punible en el ejercicio de sus funciones, atenta y lesiona el bien jurídico genérico: administración pública, el cual a su vez puede tener

distintos bienes jurídicos específicos (según el tipo penal al que se adecúe el comportamiento).

La administración, considerada como un bien jurídico digno de protección implica los siguientes elementos:

“a) **Conjunto de actividades funcionales** o de servicio público que le dan sentido a dicha administración y que vinculan al Estado o al orden público en general con la sociedad; b) **Cumplimiento de deberes funcionales** por parte de los sujetos públicos, de conformidad a los ámbitos de atribuciones y competencias establecidas en la ley y en los reglamentos, que confirman la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la nación; c) **Conjunto de principios** que vinculan positivamente a la administración pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto: imparcialidad, patrimonio público, etc. La lesión o colocación en peligro del bien jurídico genérico de la administración pública supone la vulneración de los dos últimos componentes ya citados y un trastrocamiento del primero. (Rojas Vargas, 2016, pág. 87)

En cuanto a qué entidades están consideradas dentro de la administración pública, se tiene que el artículo I de Título Preliminar Ley 27444 señala que se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública al Poder Ejecutivo, incluyendo a los Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; al Poder Legislativo; al Poder Judicial; a los Gobiernos Regionales y Locales; a los Organismos Constitucionalmente autónomos; también a las

demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades y finalmente las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

#### **2.2.1.2. Función administrativa pública**

Es a través de la función administrativa que se puede materializar los fines y objetivos del Estado peruano, y según nuestra constitución esa función le está asignada al Poder Ejecutivo, así se desprende de la lectura del artículo

118, inciso 17, cuando señala que entre las atribuciones del Presidente de la República, se encuentra “Administrar la hacienda pública”, por otro lado, es en la administración pública donde se concentra la mayor cantidad de actividades dirigidas a la realización de los fines del Estado, siendo los funcionarios de alto nivel, quienes ejercen esa función administrativa.

“La función administrativa es la realización de los actos jurídicos o materiales, ejecutados de acuerdo con el mandato legal, que producen transformaciones concretas en el mundo jurídico. Por ejemplo, un nombramiento, la imposición de una sanción disciplinaria, celebrar contratos” (Younes Moreno, 2007, pág. 44)

“La función administrativa se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, y en especial, a la Ley, siendo esta última la que determina los alcances de lo que la

Administración puede hacer, vale decir, su competencia (Santofimio Gaboa, 2004, pág. 59)

Esto quiere decir que el principio más importante del Derecho Administrativo es el de legalidad, que implica que las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades.

### **2.2.1.3. La Jerarquía al interior de las entidades públicas**

La jerarquía es la típica relación de naturaleza piramidal, vertical, caracterizada por la subordinación de los funcionarios de nivel inferior a los de nivel superior (Dromi, 2000, pág. 522)

La administración pública se encuentra organizada en niveles jerárquicos, así como mediante el empleo de la división del trabajo, en la que la jerarquía está establecida en base a la distribución de funciones de mayor a menor.

“La jerarquía genera varias consecuencias en el ordenamiento administrativo. En primer término, el sometimiento al seguimiento de políticas determinadas por el superior jerárquico, en términos de poder de dirección, las mismas que configurarían actos de administración interna, en forma de órdenes, o más bien disposiciones internas, en forma de directivas, circulares o instrucciones” (Guzmán Ñapurí, 2011, pág. 126)

#### **2.2.1.4. El titular de la entidad como máxima autoridad administrativa interna y responsable de las contrataciones públicas**

El inciso a) del artículo 8° de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE) establece que el “Titular de la Entidad es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y en el Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contrataciones de bienes, servicios y obras”. (Presidencia de la República, Ley N° 30225. Ley de Contrataciones del Estado, 2014) (Poder Ejecutivo, 2017)

En consecuencia, será “Titular de la Entidad” aquel funcionario al que las normas de organización interna de la misma, lo señalen como su más alta autoridad ejecutiva; por tanto, recaerá en dicho funcionario las competencias que prevé la Ley de Contrataciones y su Reglamento referidas a los procesos de contratación pública que lleve a cabo su Entidad.

Es evidente que tanto los gobernadores regionales como los alcaldes (provinciales y distritales) vienen a ser las máximas autoridades políticas, administrativas y ejecutivas de su respectiva entidad, y por ende los titulares de la misma, así lo establece por ejemplo la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867, cuyo artículo 20 señala que “La Presidencia Regional es el órgano ejecutivo del Gobierno Regional; recae en el Presidente Regional, quien es la máxima autoridad de su jurisdicción, representante legal y titular del Pliego Presupuestal

del Gobierno Regional”; de la misma forma para el caso de los Alcaldes la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972, señala en su artículo 53° referido al Presupuesto de los Gobiernos Locales que “Las municipalidades se rigen por presupuestos participativos anuales como instrumentos de administración y gestión (...). Para efectos de su administración presupuestaria y financiera, las municipalidades provinciales y distritales constituyen pliegos presupuestarios cuyo titular es el alcalde respectivo”; por su parte el la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Ley N° 28411 establece en su Artículo 7 inciso 1) que “El Titular de una Entidad es la más alta Autoridad Ejecutiva. En materia presupuestal es responsable, de manera solidaria, con el Consejo Regional o Concejo Municipal, el Directorio u Organismo Colegiado con que cuente la Entidad, según sea el caso. Dicha Autoridad puede delegar sus funciones en materia presupuestal cuando lo establezca expresamente la Ley General, las Leyes de Presupuesto del Sector Público o la norma de creación de la Entidad. El Titular es responsable solidario con el delegado”.

#### **2.2.1.5. La Contratación Pública y los funcionarios que participan en ella**

Para poder cumplir su objetivo de atención a las necesidades de la sociedad o interés público, el Estado a través de sus entidades y organismos participa en la economía de mercado, adquiriendo bienes o contratando servicios u obras; es así, que cuando las entidades del Sector Público concurre como parte contratante en las contrataciones debe hacerlo en

observancia a las disposiciones y lineamientos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las que se encuentran reguladas sus obligaciones y derechos (ver anexo 1, Ley 30225 Ley de contrataciones del Estado), y cuyo control está a cargo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 020-2003-AI, fundamento 11, ha señalado que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. Tribunal

En dichos contratos singulares el Estado será una de las partes “interesadas”, como también lo será la otra u otras partes; esto es, que participan para regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial conforme a sus legítimos intereses; “En el contrato estatal encontramos distintas personas con intereses propios que convergen. En principio, tenemos a las entidades públicas y al contratista privado (que muta el status de adquirente de bases, al de postor, luego de adjudicatario y, finalmente, de contratista), pero alrededor de los aparecen los proveedores del contratista, los financistas del proyecto, los trabajadores del contratista, los subcontratistas, entre otros”. (Morón Urbina, 2016, pág. 263)

Está claro entonces, que los funcionarios que participan en los contratos públicos como

representantes de su entidad, deberán cuidar que los recursos públicos que se invierten (que en la mayoría de los casos son ingentes) se utilicen en las mejores condiciones para su representada, en otras palabras, deberán velar por los intereses del Estado; no obstante, a diario somos testigos vía las noticias, como en nuestro país muchos funcionarios anteponen sus propios intereses privados a los de la entidad que representan; quebrantando de esta forma la confianza que el Estado ha depositado en ellos.

El artículo 8° de la LCE establece claramente quienes son los funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones, ubicando en primer lugar al Titular de la Entidad, que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, en segundo lugar el Área Usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, previas a su conformidad; y en tercer lugar, el Órgano encargado de las contrataciones que es aquel órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.

### **2.2.1.6. El titular de la entidad y su facultad de delegación en materia de contrataciones con el Estado**

El titular de la entidad puede delegar competencias, facultad que también puede utilizarla en el ámbito de las contrataciones del Estado, así se infiere -además de las normas antes citadas- del texto del Art. 8 de la Ley 30225

Ley de Contrataciones del Estado (LCE) publicada en 10 de julio del 2014, que dispone: “Artículo 8. Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones. Se encuentran encargados de los procesos de contratación de la Entidad: a) El Titular de la Entidad que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras. (...) El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga (Presidencia de la República, 2014)

La misma inferencia se obtiene de la lectura de los artículos, 23°, 44° y 114° del Reglamento de la referida Ley 30225:

Artículo 23.- Designación, suplencia y remoción del comité de selección. (...) El Titular de la Entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designa por escrito a los integrantes Titulares y sus respectivos suplentes, indicando los

nombres y apellidos completos, la designación del presidente y su suplente; atendiendo a las reglas de conformación del párrafo precedente para cada miembro Titular y su suplente. (...)

Artículo 44.- Declaración de Desierto. El procedimiento queda desierto cuando no se recibieron ofertas o cuando no exista ninguna oferta válida, salvo en el caso de la subasta inversa electrónica en que se declara desierto cuando no se cuenta con dos ofertas válidas. Cuando un procedimiento de selección es declarado desierto total o parcialmente, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, debe emitir un informe al Titular de la Entidad o al funcionario a quien haya delegado la facultad de aprobación del Expediente de Contratación en el que justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del procedimiento, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente.

Artículo 114.- Obligación de contratar. Una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a contratar. La Entidad no puede negarse a contratar, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del procedimiento de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad y el servidor al que se le hubieran delegado las facultades para perfeccionar el contrato, según corresponda. Esta

situación implica la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal sea la falta de presupuesto (Presidencia de la República, 2015; Presidencia de la República, 2017)

Esta facultad de delegación era más evidente en los artículos 5° y 26° de la Ley de Contrataciones del Estado anterior, Decreto Legislativo N° 1017, así como en los artículos 5°, 27°, 29°, 35°, 58° y 78° de su Reglamento. Adviértase que para las imputaciones penales se deben considerar las normas infringidas, vigentes al momento de los hechos, y considerando que el D.L. 1017 mantuvo vigencia hasta julio del 2014; actualmente en la mayor parte de las investigaciones y procesos judiciales se aplica dicha ley.

Teniendo como premisa que el titular de la entidad está facultado por ley a delegar algunas de sus funciones o competencias propias de su cargo, la cuestión ahora es determinar ¿cuáles serían esas competencias?; para responder esta interrogante resulta de mucha importancia traer a colación la OPINIÓN N° 067-2016/DTN, emitida por el OSCE el 4 de mayo de 2016, ante la consulta formulada respecto a: “(...) la incertidumbre jurídica que se tiene en relación a los alcances de la delegación de la autoridad que la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por D.S. N° 350-2015-EF, le otorgan al Titular de la Entidad (...)” (sic).

A lo que el Organismo rector de las contrataciones con el Estado, luego de hacer un análisis de las disposiciones de la Ley N° 30225, señaló que las únicas excepciones im- puestas al titular de la entidad en materia de delegación son: (i) la declaración de nulidad de oficio; (ii) la autoriza- ción de prestaciones adicionales de obra; (iii) la aprobación de contrataciones directas salvo en los supuestos indica- dos en los literales e), g), j), k), l) y m) del artículo 27 de la Ley; (iv) la facultad para aprobar, modificar y excluir una ficha de homologación; y (v) la aprobación de ejecución de obras bajo la modalidad de concurso oferta. Concluyendo que habiéndose establecido expresamente los supuestos en los cuales las competencias del titular de la entidad son indelegables, entonces todas las demás competencias y funciones que en el ámbito de la normativa de contratacio- nes del Estado se hayan atribuido al Titular de la Entidad son delegables.

#### **2.2.1.7. Aclaraciones respecto al término “Delegación”**

Hasta ahora hemos venido utilizando el concepto de “delegación”, desde su acepción de uso común, es decir como sinónimo de encargar, encomendar, comisionar, mandar, confiar, apoderar, facultar, o autorizar; no obstante, es necesario precisar que la Ley General de Procedimientos Administrativos, Ley 27444 -de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública- utiliza este término “delegación” y otros que parecieran ser sinónimos, para referirse a algunos procedimientos administrativos distintos, lo que puede llevarnos a confusión por lo que es necesario esclarecerlos en este punto, así

tenemos que en el artículo 65° inciso 2 señala : “El encargo de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia”, y en el artículo 67° se refiere a la “Delegación de competencia”, puntualizando que: “Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente”.

Al respecto debemos conocer que tanto el encargo de gestión, como la delegación de competencia si bien son formas en que las entidades pueden ejercitar sus competencia o atribuciones, lo característico de esta transmisión es que se realiza entre entidades, y no al interior de las mismas.

“El encargo de gestión, al igual que la delegación, se da entre entidades distintas de la Administración Pública, puesto que cuando se transfieren competencias o facultades operativas, al interior de una entidad se habla propiamente de desconcentración” (Guzmán Napuri, 2015, pág. 147)

Siendo otro rasgo de estas referidas modalidades de transferencia de competencias, que las mismas se deben realizar mediante convenios, ya que como lo advierte el mismo autor de la cita anterior, resultaría imposible la celebración de convenios -en la definición técnica del término- al interior de un organismo público, conformado por órganos, que por definición carecen de autonomía.

Dejando en claro que mediante estas modalidades una entidad puede transferir competencias a otra para que lleve a cabo un proceso de contratación pública, y por ende también es posible que se realicen actos de corrupción al utilizarlas; sin embargo, dado que nuestro trabajo está circunscripto en los actos de corrupción que se realizan mediante la transferencia de competencias al interior de la entidad cuando se lleva a cabo una contratación pública, nos limitaremos al análisis de los hechos ilícitos vía la desconcentración.

La figura de la desconcentración se encuentra regulada en la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444, en los siguientes términos:

Artículo 74<sup>o</sup>.- Desconcentración. 74.1 La titularidad y el ejercicio de competencia asignada a los órganos administrativos se desconcentra en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos, siguiendo los criterios establecidos en la presente Ley. 74.2 Los órganos de dirección de las entidades se encuentran liberados de cualquier rutina de ejecución, de emitir comunicaciones ordinarias y de las tareas de formalización de actos administrativos, con el objeto de que puedan concentrarse en actividades de planeamiento, supervisión, coordinación, control interno de su nivel y en la evaluación de resultados.

74.3 A los órganos jerárquicamente dependientes se les transfiere competencia para emitir resoluciones, con el objeto de aproximar a los administrados las facultades administrativas que conciernan a sus intereses.

74.4 Cuando proceda la impugnación contra actos administrativos emitidos en ejercicio de competencia desconcentrada, corresponderá resolver a quien las haya transferido, salvo disposición legal distinta (Presidencia de la República, 2001; (Presidencia de la República, 2006; (Presidencia de la República, 2001)

La desconcentración es sinónimo de delegación y “consiste en la transferencia de acciones que hace un superior a un inferior inmediato respecto de algunas atribuciones o funciones, a fin de conseguir mayor eficiencia y celeridad en los trámites y la solución de algunos problemas administrativos, en beneficio de la colectividad. Pero es importante advertir, que se puede delegar autoridad o ciertas atribuciones, pero en ningún caso, se delega responsabilidades, porque la responsabilidad siempre es compartida (artículos 65º al 75º de la Ley). (Romero Aldave, 2010, págs. 172-173.)

La desconcentración puede ser de autoridad a un inferior jerárquico, también puede haber delegación entre oficinas, “Pero en ningún caso se puede delegar las responsabilidades inherentes a la facultad que originalmente compete al superior” (Faura Patrón & Bedoya Patrón, 2004, pág. 365)

#### **2.2.1.8. La delegación y sus características**

De todo lo dicho queda claro que la administración pública se encuentra organizada en niveles jerárquicos y división de funciones (roles), estando en la cúspide los funcionarios de más alto rango de la entidad por ejemplo los gobernadores y alcaldes, quienes en

muchos casos se encuentran facultados a delegar sus funciones o competencias.

“Por definición, delegar es traspasar competencia de un asunto a un subalterno. Equivale a encargo del jefe en el funcionario inferior, para el cumplimiento de cierta función propia de aquel. Según la doctrina, la delegación es de aplicación restrictiva, porque exige norma expresa o mandato superior de competencia. Según la jurisprudencia nacional, la delegación no es regla general, sino excepción, en el ejercicio de funciones administrativas. Como procedimiento administrativo, es medida transitoria para descongestionar los despachos o para no distraer al superior en asuntos de puro interés burocrático, como sucede en la celebración de contratos a nombre de la nación, a cargo de los ministros.” Lamprea Rodríguez, P. (2007) Citado por Núñez (2011, pág. 14)

Ello quiere decir que la delegación produce el traslado de competencias de un órgano o funcionario que originariamente es el titular de las funciones que delega hacia otro, para que sean ejercidas por éste, quien asumirá la responsabilidad siempre dentro de los términos legales.

Una definición que se ajusta a los fines del presente trabajo, es la siguiente: “La delegación es una decisión del órgano administrativo competente, por el cual transfiere el ejercicio de todo o parte de su competencia a un órgano jerárquicamente inferior, o sometido a tutela administrativa” (Gordillo, 2013, págs. XII-16)

Al respecto, Morón Urbina menciona que en la delegación de competencias deben estar presentes algunas exigencias concurrentes, como son: (i) la temporalidad, en virtud de la cual toda delegación de competencias debe estar limitada en el tiempo; (ii) la motivación, entendiéndose por ello que el acto de delegación, para su procedencia, debe fundamentarse en las causales previstas en los artículos 67 y 69 de la Ley N° 27444; (iii) la generalidad, al referirse a una serie de actos o procedimientos genéricos, sin hacer referencia a casos específicos; y, (iv) la comunicación a los administrados, en tanto que la transferencia de competencias no es un fenómeno de trascendencia meramente interna, por lo que se constituye como una exigencia a favor del administrado que la decisión de transferir la competencia se notifique a los interesados en los expedientes en curso afectos a esta decisión (Morón Urbina, 2015, pág. 355)

#### **2.2.1.9. La responsabilidad del funcionario delegante**

La Ley 27444, respecto a la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio, en su artículo 77° regula el deber de vigilancia del delegante, en la siguiente forma: “El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia”.

A partir de esta norma, se advierte en primer lugar que, en mérito al acto de delegación de alguna función o competencia, el delegante no se libera de la responsabilidad que pudiera acarrear la irregular ejecución de la función delegada por parte del

delegatario, sino todo lo contrario, luego de la delegación el delegante asumirá el deber de supervisar los actos del delegatario en cuanto a las competencias encomendadas.

Al respecto el profesor Morón Urbina afirma que, “La técnica de la delegación produce una disociación del universo de facultades de la competencia: transfiere al delegado la titularidad de ejercicio de las facultades y atribuciones precisas objeto de la delegación, pero mantiene en poder del delegante la potestad de revertir la delegación cuando lo considere conveniente, y, fundamentalmente, la potestad de dirección, coordinación y control interno del ejercicio de la facultad delegada.

Como responsable del deber de vigilancia, la autoridad administrativa delegante se torna responsable por culpa en la vigilancia, acerca del contenido de la decisión adoptada”. (Morón Urbina, 2017, pág. 20)

Por su parte, el OSCE mediante la ya referida Opinión N° 067-2016/DTN, ha precisado que, “en ningún caso en virtud de la delegación, el delegante, en este caso el Titular de la Entidad, pierde la responsabilidad por el debido ejercicio de las facultades delegadas, debiendo asumir la responsabilidad por “culpa en la vigilancia”; esto es, la responsabilidad por no cumplir con el deber de vigilar la gestión del delegado” (Presidencia de la República, 2001), (Presidencia de la República, 2016)

#### **2.2.1.10. Los delitos contra la Administración Pública, como delitos de Infracción del deber.**

Para resolver los temas de autoría y participación en los delitos “comunes” nuestra doctrina y jurisprudencia actual ha aceptado y viene aplicando la teoría del “dominio del hecho” propuesta por Claus Roxin, sin embargo, para determinar la autoría en los delitos “especiales” como los cometidos por funcionarios públicos (en la cual esta teoría no es aplicable) se utiliza otra categoría, la cual el mismo autor introdujo en la discusión penal y la denominó “delitos de infracción del deber”, según la cual:

“la autoría se basa únicamente en un atentado contra una posición especial de deberes. Así por ejemplo, sin importar quién tuvo el dominio del hecho, se pena como autor de una administración desleal (art. 266 StGB) tan solo a aquel que, como titular de un deber de tutelar el patrimonio de otro, perjudica al propietario del patrimonio que debía administrar lealmente” (Roxin, 2016, pág. 305)

Así, en los casos en los casos que una norma establezca a un sujeto la posición de garante sobre un bien jurídico, el factor determinante para establecer quién es el autor de un hecho ilícito que lesiona dicho bien jurídico, no será ya el que haya tenido el “dominio”, sino quien haya tenido la posición especial de deberes para con el bien.

La particularidad de los delitos de infracción del deber - dice Roxin- es que se podrá ser autor de un delito de infracción del deber, aun sin que se haya tenido participación alguna en el dominio del hecho; pues la

sola lesión al deber de garante es lo que lo convierte en autor del delito.

La autoría en los delitos de infracción del deber se fundamenta en la infracción de un deber que se encuentra incluido (intrínsecamente) en el tipo, pero que se encuentra fuera del derecho penal, piénsese en la ley de contrataciones del Estado, las leyes presupuestarias, los reglamentos internos, entre otros; es decir, que “ese deber” se encuentra ubicado en normas extrapenales. Y, con ello no se viola el principio de legalidad, pues cuando el legislador indicó que “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión (...)”, también se refirió a las normas establecidas fuera del ámbito penal, es decir, utilizó la palabra “ley” en su forma amplia; es el caso por ejemplo (y concretamente para los fines de nuestra investigación) de los deberes que el Derecho público impone a ciertos funcionarios públicos.

Así, por ejemplo; el primer párrafo del artículo 387° del C.P. (Peculado doloso) dispone que: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

En esta norma por sí sola es insuficiente para poder determinar quién vendría a ser autor de este delito, pues si bien se aprecia que solo será pasible de serlo, un funcionario o servidor público, también se

advierde que dicho agente deberá tener la administración o custodia de los caudales o efectos, “por razón de su cargo”, y para poder determinar qué funcionario o servidor cuenta con esta competencia, deberemos acudir a las ya indicadas normas extrapenales.

Al respecto, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 estableció como doctrina jurisprudencial en su fundamento jurídico N° 7 que, para ser autor de este delito, se deberá verificar: “Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos”. Esto es que el agente debe tener una relación (conforme a sus funciones) con los bienes del Estado.

Otra consecuencia importante (sobre todo para los fines de nuestro trabajo) de la teoría de los delitos de infracción del deber, es que, según ella, no interesa si el agente comete el delito (lesiona su deber) mediante un hacer o un no hacer, el propio Roxin lo explica así:

“De ello no solamente he extraído las consecuencias expuestas al principio para delimitar entre autoría y participación, sino también he deducido la tesis de que, en los delitos de infracción del deber, la delimitación entre hacer y omitir perdería su importancia” (Roxin, 2016, pág. 311)

A similar conclusión llega Jakobs (a pesar que su concepción de la teoría de infracción del deber, guarda ciertas diferencias con las de su colega Roxin), cuando afirma, que:

“No obstante, también hay delitos en los cuales determinadas personas deben responder en general por la permanencia de un bien y no solamente porque su propio círculo organizacional lo afecte dañosamente (delitos de infracción del deber). En estos casos, la relación que el interviniente tiene con el bien sería “siempre la de un autor”. Él sería “por lo menos autor omisivo e, incluso en caso de una contribución incidental mediante un hacer, autor comisivo”; la diferenciación “comisión-omisión” perdería entonces, su sentido” (Roxin, 2016, pág. 314)

Para finalizar este punto, es necesario precisar que nuestra jurisprudencia interna también se adscribe a la teoría de los delitos de infracción del deber, para determinar la autoría en los casos de delitos funcionariales, definiéndola de la siguiente manera:

*“El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado (...) entre otros - denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor - característica*

*intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina la relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito”. (Fundamento jurídico N° 09 del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 del 06-12-2011 que trató el tema de los Alcances de la Prescripción en Delitos Funcionariales)*

Como conclusión, se tiene que, la autoría en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos se resuelve utilizando la categoría de los “delitos de infracción del deber” (y no con la teoría del dominio del hecho), por tanto basta que se compruebe la lesión al deber de garante para señalar como autor del delito, al funcionario o servidor que ostentaba ese deber especial; que dichos “deberes especiales” no los encontraremos en la norma penal (Peculado, Colusión, Malversación, etc.) sino, ubicados en normas extrapenales (Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley de Contrataciones del Estado, Leyes presupuestarias, Leyes de Gobiernos Regionales o Locales, Reglamentos internos (ROF, MOF), etc.), y que, el funcionario o servidor público puede cometer

este tipo de delitos mediante un hacer (comisión) o un no hacer (omisión), lo que importa es que con cualquiera de estas formas, el agente lesione su deber de cuidado.

## **2.2.2. La Teoría de la Imputación Objetiva y el Principio de Confianza**

### **2.2.2.1. La Teoría de la Imputación Objetiva**

Cuando se le atribuye a una persona la comisión de algún hecho con relevancia jurídico-penal, se hace necesario comprobar la existencia de una conexión entre la conducta imputada y el resultado típico, esto es, una relación de causalidad; pero, no es suficiente determinar la existencia de la relación de causalidad entre una acción y un resultado antijurídico para concluir que el sujeto cometió un delito, pues existen muchos casos en que no necesariamente una determinada acción que provocó un resultado típico sea antijurídica.

Una de las teorías que solucionan este problema -y la más aceptada actualmente-, es la teoría de la Imputación Objetiva, la misma que es expuesta por dos eminentes doctrinarios alemanes: Claus Roxin y Gunters Jacobs.

El primero de ellos, “considera que la imputación del tipo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no cubierto por el riesgo permitido” Claus Roxin (1998) citado por Arquíñigo (2010, pág. 27), Introduciendo el “principio del riesgo”, como principal fundamento de su teoría.

La teoría impide la imputación del resultado cuando el autor con su conducta ha disminuido el riesgo, o no lo ha aumentado de manera jurídicamente considerable o cuando ha obrado dentro del riesgo permitido. Fuera de estos casos, quien ha creado un riesgo prohibido debe responder al menos por la tentativa del delito si finalmente ese riesgo no se ha realizado en el resultado. (Dal Dosso, 2011, pág. 26)

Por su parte, Gunter Jacobs, desarrolla un sistema normativo que vincula al derecho penal con la sociedad, partiendo de la premisa que la sociedad se caracteriza por los contactos anónimos por lo que las expectativas de comportamiento deben ser fijadas normativamente, es decir que debe existir un sistema de normas vinculantes que hagan prever cómo se van a comportar las demás personas frente a determinada situación de la vida diaria; no obstante, el titular de cada rol sólo está obligado a lo que a él le compete dentro de las expectativas que corresponde a su rol, lo demás no le concierne. Siendo que toda persona tiene un rol que desempeñar dentro de la sociedad, lo decisivo es la obligación de comportarse conforme a los distintos roles que el sujeto ocupa en los contactos sociales, por ejemplo como padre, trabajador, conductor de vehículo, etc. ; por lo que se espera que cada persona adecúe su conducta conforme a su rol, así por ejemplo, de un automovilista se espera que conduzca de acuerdo a las normas de tránsito, de un médico se espera que actúe conforme a la *lex artis*, de un ingeniero que dirija una construcción respetando las normas de seguridad, etc.

El delito aparece cuando el sujeto no cumple con su rol, pues “el titular del rol se encuentra en posición de garante respecto de las expectativas de su comportamiento que surgen de ese rol”. (Dal Dosso, 2011, pág. 58)

Jakobs mantiene una concepción, donde no se concibe la imputación objetiva sólo como vínculo entre acción y resultado, sino que es la encargada de establecer cuándo estamos frente a una acción jurídico-penalmente relevante. Para ello, divide la imputación objetiva en dos niveles: por un lado, la *imputación objetiva del comportamiento*, - calificación del comportamiento como típico- en la que se trata de determinar si la persona, como portadora de un rol, se ha mantenido en ese rol de ciudadano fiel al derecho, o si su comportamiento lo ha quebrantado, tornándose socialmente perturbador. En este caso, existe al menos, una tentativa de delito (Jakobs, 2006, pág. 101), la tarea de imputación objetiva del comportamiento será determinar cuándo se ha producido una desviación de esas expectativas que surgen del rol correspondiente, así según un ejemplo propuesto por el mismo Jacobs, quien fabrica un arma de fuego, no es garante del uso que se haga de ella y aunque tenga la intención de que con ella se mate a otro, no puede ser considerado por ello un homicida. Su rol de fabricante sólo lo hace garante de fabricar el arma conforme al estándar.

En segundo nivel, la *imputación objetiva del resultado*, en que trata la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- si el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente

imputable. En este nivel se establece si el comportamiento prohibido del autor es el que explica el suceso externo, o, por el contrario, el comportamiento de la víctima, de un tercero o la desgracia se vuelven en la única explicación. Básicamente, si el resultado es o no la continuación de la tentativa iniciada por el autor.

En cuanto al primer nivel de la imputación objetiva, la imputación objetiva del comportamiento, este es analizado a través de cuatro instituciones dogmáticas: riesgo permitido, actuación a riesgo propio de la víctima, prohibición de regreso, y el principio de confianza, mientras que, en el segundo nivel de imputación, la realización de riesgos, se expone como el enlace de la imputación del resultado con el primer nivel de imputación del comportamiento.

Para los fines de la presente investigación, interesa repasar sólo el primer nivel de la imputación objetiva según la teoría de Jacobs, esto es la imputación objetiva del comportamiento, que contiene como una de sus cuatro instituciones al principio de confianza, que es el objeto central de nuestro estudio.

#### **2.2.2.2. El Principio de confianza como institución dogmática de la teoría de la imputación objetiva.**

Esta institución implica que debe existir un principio de confianza que permita presumir que las demás personas ajustarán su conducta según su rol, ello permite que se haga posible la división del trabajo, pues si una persona se dedicara a controlar siempre que el comportamiento de los demás sea acorde a sus

respectivos roles, descuidaría su propio rol, y la división de trabajo sería imposible.

El propio Jakobs, lo explica así: “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, G. (1995), citado por Peláez (2016, pág. 21)

Este principio adquiere especial relevancia cuando se trata de un colectivo donde existe divisiones de trabajo (o roles), lo cual supondría la liberación de un miembro del grupo de controlar las actuaciones de los demás, pues los demás sujetos son también responsables de su propio comportamiento, rol o trabajo el cual se supone lo realizan de modo adecuado, por tanto, se puede “confiar” en su actuación y hace viable el reparto de trabajos.

Según su autor, este principio tiene dos modalidades o manifestaciones, la primera aparece cuando alguien actuando como tercero genera una situación que es inocua, pero si y sólo si, quien actúa a continuación cumple con sus propios deberes. La segunda modalidad se da cuando una determinada situación ha sido previamente dispuesta por parte de un tercero, lo que conlleva a que un sujeto pueda confiar que ese tercero ha cumplido correctamente con su rol, de manera que si él también cumple con su propio rol tampoco generará ningún daño. Por ejemplo, el médico podrá cumplir tranquilamente con su rol de

cirujano en la confianza que su asistente ha esterilizado correctamente sus instrumentos.

Es necesario, también indicar que si bien este principio se originó para solucionar algunos inconvenientes en las imputaciones derivadas del tránsito vial, actualmente se utiliza en cuatro ámbitos “(i) en el tráfico automotor, donde surge el escenario jurisprudencial en casos de delitos culposos; ii) en la realización de trabajo en equipo, puesto que “no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores”; iii) en los comportamientos dolosos de terceros, por cuanto era lógico que también debía tenerse el derecho de esperar que los demás no se comportaran dolosamente y así por ejemplo, no habrá responsabilidad cuando terceros utilicen de forma intencional objetos peligrosos en actividades delictivas lo cual tal vez sea más un tema de prohibición de regreso que de principio de confianza, y iv) en la ejecución de riesgos, aunque tal postura resulta minoritaria (...)” (Peláez, 2016, pág. 26)

La consecuencia práctica del Principio de Confianza (así como los tres criterios mencionados: riesgo permitido, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso), es que actúa como un filtro previo para determinar si el comportamiento de un sujeto puede ser subsumido dentro de un tipo penal, es decir si se le puede imputar objetivamente un delito.

“Para que se verifique la imputación objetiva es necesario que el autor haya creado un riesgo jurídicamente prohibido, lo que solamente se produce

si la conducta no queda atrapada por alguno de los filtros de imputación objetiva, en cuyo caso se considera un riesgo jurídicamente permitido”. (Nakasaki Servigón, 2016, pág. 67)

En consecuencia, si a un sujeto -para nuestro caso, un funcionario en ejercicio legítimo de sus funciones- se le atribuye que con su conducta ha lesionado un bien jurídico (administración pública), no podrá imputársele automáticamente el resultado, pues primero habrá que verificar si supera los filtros de la imputación objetiva (entre ellos, es el principio de confianza), y solo luego de ello, en caso lo supere se podrá sostener que su conducta creó un riesgo jurídicamente desaprobado y por ende se le podrá imputar objetivamente el hecho típico; caso contrario, al no superar dicho filtro, se podrá decir que dicha conducta no creó un riesgo jurídicamente desaprobado, por tanto desaparecerá la imputación.

El maestro Bacigalupo -citado por Nakazaki- señala que, de acuerdo al principio de confianza, no se imputarán objetivamente los resultados producidos a quien ha obrado confiando en que los otros actuarán también dentro del ámbito del riesgo jurídicamente permitido.

### **2.2.2.3. Límites a la aplicación del Principio de Confianza**

Como se dijo, este principio es especialmente importante en las situaciones de divisiones o repartos de trabajo y de responsabilidades dentro de una organización, siendo su utilidad práctica -para los fines de nuestro estudio- permitir establecer si es que a un funcionario con poder decisión, que delega alguna

función propia de su cargo a otro funcionario de igual o menor jerarquía, se le puede imputar haber infringido su deber, cuando este último comete alguna infracción o delito, en uso de las competencias delegadas. Al respecto, la doctrina sostiene que en al tratarse de una división horizontal de trabajo, donde quienes se reparten roles se encuentran en mismo nivel o especialidad, no será necesario un control, por tanto, el principio de confianza operaría sin ningún problema, a diferencia de lo que sucedería en la división vertical de trabajo.

Por lo arriba reseñado surgen algunas preguntas elementales: ¿En toda situación le está permitido a un Funcionario confiar en que la persona a quien delega competencias, cumplirá correctamente con el encargo?, ¿Existen algunas circunstancias que obliguen al funcionario delegante a no confiar en el delegado?, ¿Con el acto de delegación de alguna competencia, el Funcionario delegante quedará liberado de toda responsabilidad respecto de ella?; la respuesta es que, este principio no es aplicable a toda situación, es decir, tiene algunos límites, los mismos que han sido planteados por el propio Jacob, en su ensayo: La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico- penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y “el principio de confianza” y en su monografía “Imputación objetiva en el derecho penal”: 1) Este principio queda excluido si la otra persona no tiene capacidad de ser responsable o está disculpada de su responsabilidad. 2) No puede permitirse la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro comete; y esto

puede suceder recíprocamente. 3) Habrá cesación del principio de confianza cuando concurra la conducta que defrauda las expectativas.” (Peláez, 2016, pág. 22)

De similar manera lo señala García Caveró quien precisa que los límites al principio de confianza pueden clasificarse en tres: “a) la confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad; b) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa; y c) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes”.

Como toda institución del derecho, las limitaciones al principio de confianza se deben establecer y aplicar de acuerdo a cada caso concreto, y en todo caso dependerá “del ámbito social en el que se mueva la persona y la posición que ocupe dentro de ese ámbito social o a situación dentro de un orden jerárquico, también (...) existe un concepto de muchísima importancia para la delimitación de la confianza permitida, y ese es el concepto de “rol”, aquella esfera que ocupa una persona dentro de la sociedad, la cual debe administrarla conforme a Derecho sin irrogar esferas ajenas (solo manejarse dentro de su ámbito de competencia y deslindarse tal vez de criterios subjetivos tales como previsibilidad y evitabilidad), y con ello colaborar a que la identidad de la sociedad se mantenga y colaborar con el Derecho a ser un orden vinculante en las relaciones sociales” (Arquiño Hoyos, 2010, pág. 71)

Interesa a los fines de la presente investigación, analizar el límite de este principio respecto a la posición (“rol”) que tienen dentro del ámbito laboral público los funcionarios que ocupan altos cargos jerárquicos, cuando delegan algunas de sus competencias.

Al respecto ya se ha visto en los límites al principio de confianza que no se aplicará cuando el rol del sujeto es precisamente compensar (contrarrestar, neutralizar, supervisar) los fallos (culposos o dolosos) que pueda cometer el otro (que puede ser un subordinado o delegado); así como también, que cesará del principio de confianza cuando concorra la conducta que defrauda las expectativas, esto es, que se evidencie que el tercero (subordinado o delegado) tiene o ha tenido un comportamiento antijurídico.

#### **2.2.2.4. Utilización del Principio de Confianza en la Jurisprudencia nacional**

Este principio jurídico viene ya siendo utilizado por nuestras Cortes nacionales en los casos que existe división o distribución de trabajo; así se ha podido ubicar las siguientes:

El Recurso de Nulidad N° 1666-2006 Arequipa de fecha 25 de julio 2007, en el que la Corte Suprema se pronunció en el siguiente sentido:

“Que, en autos se ha acreditado que la citada orden de compra número cero seiscientos ochenta y siete no fue elaborada por el citado encausado, pues este documento ya venía elaborado por las áreas de

adquisiciones, de abastecimiento y de apoyo administrativo, conforme se verifica en la firma dando conformidad de recepción de la mercadería, sigue su recorrido a logística para terminar en el departamento de contabilidad donde se gira el cheque respectivo. Esta cadena de actividades, en la que cada órgano es responsable por el segmento funcional que le es atribuido, genera, conforme al criterio de imputación objetiva el principio de confianza, por el cual cada persona responde por sus propios actos y roles y confía en que los otros órganos realizan debidamente la función de su competencia. En este sentido no se puede imputar al acusado el hecho de haber elaborado un documento falso (orden de compra), pues esta función no se encuentra dentro del ámbito de su competencia. En ese sentido no se puede imputar al acusado el hecho de haber elaborado un documento falso (orden de compra), pues esta función no se encuentra dentro del ámbito de su competencia, limitándose a visar el documento ya elaborado para efecto de que ingrese la mercadería, limitándose a visar el documento ya elaborado para efecto de que ingrese la mercadería al almacén, por lo que su absolución se encuentra arreglada a Ley”.

En esta ejecutoria suprema, confirma la absolución de un Contador (servidor público) a quien se le acusó de haber suscrito una orden de compra (falsa) con lo que permitió que se realice el pago a un tercero interesado; sin embargo la Corte Suprema razón -en aplicación del principio de confianza- que el sujeto procedió a suscribir dicho documento, en razón que el mismo ya venía precedido de las firmas (visaciones) de otros

funcionarios, es decir, que había superado los filtros de las primeras áreas competentes, y confiando en que cada funcionario había cumplido con su propio rol, él también procedió a suscribirlo.

En el Recurso de Nulidad 1446-2006 Ica, de fecha 19 de julio de 2007:

“Que con relación al procesado (...), este Colegiado estima que no se encuentra probado que en su actuar en la comisión que integró haya sido poco diligente, sino que se desarrolló dentro de los parámetros del principio de confianza, que lo exime de la imputación jurídica u objetiva, por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido – en virtud del cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de sus competencias”. Estas dos primeras Jurisprudencias han sido citadas por Javier Villa Stein, En su artículo “El Funcionalismo en el Derecho Penal Peruano. Apreciaciones, Teorías y Práctica”; en la Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3, N° 5/2009. p38.

Uno de los casos emblemáticos en los que un alcalde utilizó el Principio de Confianza a fin de evadir responsabilidad, por haber delegado funciones, es el denominado Comunicore, de conocimiento de décimo segundo juzgado especializado en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el expediente 34432-10, cuyo resumen viene a ser que en el mes de setiembre de

2005, la Municipalidad Metropolitana de Lima se comprometió a pagar una deuda de 35 millones de soles y en el plazo de 10 años a la empresa de Limpieza "Relima".

En diciembre de 2005, la empresa Comunicaciones Corporativas y Representaciones S.A. - Comunicore, compró la deuda a Relima por 14 y medio millones de soles.

En enero de 2006, la Municipalidad de Lima pagó la deuda original de 35 millones de soles a Comunicore.

Estos hechos ocasionaron que la Empresa Comunicore se beneficiara con S/ 21 millones de soles, y se inició una investigación y consecuente proceso penal contra varios funcionarios de la comuna limeña, entre ellos, el Alcalde Luis Castañeda Lossio quien en inicio solo se encontraba en calidad de testigo, sin embargo la Sexta Sala Penal para Reos Libres incluyó a Luis Castañeda Lossio, ya no como testigo, sino como procesado en el caso Comunicore, por la presunta comisión de los delitos de colusión desleal, falsificación de documentos y malversación de fondos en agravio de la Municipalidad de Lima,

Para establecer la participación o no del alcalde Castañeda en estos hechos, la Corte Suprema utilizó el denominado principio de confianza, y lo desarrolló de la siguiente manera:

"Vigésimo Primero: No es ajena y guarda relación con la figura expuesta que en los ámbitos de la administración pública que están organizados y

estructurados, en relación a los funcionarios dependiendo de las funciones que desempeñan es de aplicación el principio de división de trabajo y por lo tanto cuando las funciones no correspondan al campo de sus facultades y limitaciones se puede aplicar criterios de imputación objetiva del comportamiento como el principio de confianza, “es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de autorresponsabilidad; es decir, tenemos la expectativa normativa de que otros actuarán correctamente, esa expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas” Este filtro se da a consecuencia de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que esté realizando.

Vigésimo Segundo: El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades: En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor del que actúa a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. En segundo Lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno. (Jakobs, 2001, págs. 28-29) La inaplicación de éste filtro sucede en los siguientes casos: a) cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está

dispensada de su responsabilidad (posición de garante), b) cuando la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa, y c) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes (Ffeijoo Sánchez, 2002, pág. 367)

(...) Vigésimo Cuarto: En ese sentido, del análisis de los hechos e instrumentales que obran en autos referentes a la etapa en la que se negoció la determinación de la deuda, se ha establecido en relación a la participación del denunciado que: (...) se delegó funciones a la Dirección General de Finanzas lo que puede constituir un contraindicio (Elemento capaz de desvirtuar el contenido incriminatorio de los indicios), siendo que el primero de los actos de delegación incluso se produjo anteriormente a que se advirtiera la existencia de la deuda. Si bien puede tener responsabilidad por incumplir su deber de vigilancia, ello debió ser visto en el campo administrativo. (...) en el presente caso no se puede imputar al denunciado conforme señala el Principio de Confianza, pues en su calidad de alcalde no se encuentra dentro de sus funciones el realizar la determinación de la deuda en base al análisis de los comprobantes, así como tampoco surge un deber de vigilar pues la delegación formulada no implica o abarca una función que no le corresponde.” (Sentencia expedida el 14 de setiembre del 2011 por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el EXP. N° 34432-2010-1)

Como se aprecia, en esta mediática sentencia se determinó que al haber delegado ciertas funciones, el Alcalde de Lima quedó exento de responsabilidad respecto de las actuaciones de los delegados; sentencia importante para los fines de nuestra investigación pues en su fundamento 21° señala tres supuestos admitidos por nuestra Corte Suprema, bajo los cuales no podría aplicarse el principio de confianza; sin embargo, también se aprecia que en las últimas líneas del fundamento 24° la Corte Suprema precisó que luego de los actos de delegación, el alcalde se liberó del “deber de vigilar” pues esta función no le correspondería, advirtiéndose en consecuencia que se tomó en cuenta la segunda limitación expuesta en el fundamento 22° esto es, “b) cuando la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa”; es decir, según la Corte Suprema, el alcalde no tenía entre sus obligaciones estipuladas en el ROF o MOF de la entidad, la función (misión) de vigilar (compensar) los fallos (irregularidades) que pudieran cometer los otros (delegados).

Al respecto, cabe precisar que este supuesto tiene su “ratio” o está pensado para los casos en que una persona tenga como deber, precisamente la supervisión o inspección de la labor de otros, como podría ser por ejemplo el caso de los auditores, supervisores, controladores, quienes al tener como “misión” específica, compensar los fallos que eventualmente otro cometa, no podrían alegar el principio de confianza.

Sin embargo, este supuesto no sería aplicable – a nuestro parecer- en el caso del alcalde, pues su deber de control no nace de una función específica de vigilar, sino de una situación distinta, como lo es la posición de garante -sobre el patrimonio de la entidad- que detenta como máxima autoridad de la institución, por lo que al delegar ciertas funciones y con mayor razón si están relacionadas al destino del patrimonio público, conserva el deber de control sobre sus delegados que son a la vez su subordinados; según lo establecen las leyes ya antes analizadas, como el Artículo 7 inciso 1) de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Ley N° 28411 que dispone: “El Titular de una Entidad es la más alta Autoridad Ejecutiva. En materia presupuestal es responsable, (...) Dicha Autoridad puede delegar sus funciones en materia presupuestal (...). El Titular es responsable solidario con el delegado”; de similar manera lo indica el Art. 77° de la Ley 27444, “El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia”.

Por su parte la doctrina también, lo conceptúa así, veamos algunas opiniones:

“En algunos casos el principio de confianza se ve desvirtuado por razones normativas relacionadas con la existencia de especiales deberes de cuidado con conductas antijurídicas o de deberes de desconfianza (...) el principio de confianza se encuentra estrechamente relacionado con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad (...) por ejemplo en los casos de división vertical del trabajo en los que el superior puede tener especiales

deberes de control y vigilancia que limitan el alcance del principio de confianza 8...) las personas en la que éstos delegan sus deberes de garante tienen especiales deberes de desconfianza con respecto a los trabajadores” (Feijoo Sánchez, 1992, págs. 68-69)

“Para aplicar el Principio de confianza es necesario, en definitiva, 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. Estos deberes (...) suelen aparecer en los casos en los que los sujetos, además de compartir la competencia frente a un determinado riesgo, tienen una relación de carácter vertical, pues es frecuente que los superiores jerárquicos vean definidos sus deberes de cuidado en relación con la conducta de los terceros subordinados” (Maraver Gómez, 2009, pág. 335)

Aún más, categórica es la opinión de Ramírez Avilés, cuando afirma: “Se está en una jerarquía superior o se tiene especiales deberes de vigilancia, no se puede amparar el agente en el principio de confianza cuando sus subordinados o los que están a su cargo actúan imprudentemente y le fueron previsibles los mismos”

De todo lo hasta aquí mencionado, se puede afirmar que el solo acto de delegación de una competencia o función por parte de un superior a un subordinado, no lo exime de su deber de cuidado y vigilancia, del cual él es y será siempre el titular directo.

Otras importantes jurisprudencias en las que se establecieron los límites al principio de confianza lo constituyen, en primer lugar, la Casación N° 23-2016 Ica, cuyos hechos materia de análisis fueron que a fin de llevar a cabo una licitación pública sin seguir el procedimiento regular, se habría simulado una situación de emergencia del sistema vial de la Región Ayacucho, lo que permitió que el proceso de licitación se lleve mediante el proceso de exoneración, evitándose algunos procedimientos que se exigen en las convocatorias regulares, favoreciéndose a una empresa; en dicha casación se estableció :

“(…) en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol puede confiar en que las demás personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas, van a desempeñarse actuando lícitamente (...). La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día. Por ende, si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario ubicado en un nivel jerárquicamente inferior (...) al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores (...)”

Cabe mencionar que el principio de confianza encuentra ciertos límites, por ejemplo, cuando una persona sobre quien se tiene una ascendencia funcional no tiene capacidad para cumplir de manera responsable un rol asignado (Jakobs, 2007, pág. 219). Asimismo, el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante (Jakobs, 2007, pág. 220)

que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. Por último, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencia la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba” (Jakobs, 2007, pág. 220). Entonces, toda conducta desplegada en el marco laboral dentro de una organización con división de roles, deberá ser analizada bajo el principio de confianza, salvo que se presente alguno de los supuestos citados”.

Se advierte que en esta reciente casación la Corte Suprema de Justicia peruana vuelve a precisar cuáles serían los límites para que en un caso concreto donde exista trabajo organizado con división de roles (como por ejemplo un organismo público) se pueda admitir -cual causal de exención- el principio de confianza.

También se cuenta con la Ejecutoria Suprema, emitida por la Sala Penal Transitoria en el R.N. N° 1865-2010-Junín:

“El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que él se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro”. Luego ingresando a los límites de dicho principio, por su pertinencia para el caso de autos, cabe remitirnos a dos de ellos: a). Un primer límite deriva de que “uno puede confiar en que los otros ciudadanos se van a comportar respetando las normas (...) a no ser que se tengan evidencias de lo contrario”. Así entonces, se puntualiza que en los supuestos de repartos de funciones entre sujetos que trabajan en distintos niveles o en una relación jerarquizada

(relación de supra y subordinación) “cuanto menor sea la preparación y experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior, y correlativamente menor será el alcance del principio de confianza”, concluyéndose, por ende, que “en caso de una defectuosa actuación del subordinado, se debe intervenir”; b). Un segundo límite tiene que ver con que si bien “el principio de confianza es un límite del deber de cuidado (...) ello no significa que las personas puedan comportar imprudentemente en virtud de la confianza en el cuidado de otro”, por lo que “si alguien se comporta de forma descuidada ya no se puede decir que su injusto dependa exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero”, dado que “el que infringe [una] norma de cuidado no puede esperar que terceros arreglen la situación que él ha creado.”

Así mismo, en el R.N. N°602-2011 – Ucayali, la Sala Penal Permanente de la CSJ, estableció: No se le puede trasladar la responsabilidad de la verificación y custodia de la utilización del referido vehículo (...) en tanto éste sólo refrendó el supuesto uso del vehículo (...) cuando ya previamente había sido verificado por su coencausado (...), pues tenía el visto bueno de éste último; en tanto que, no es tarea del encausado H.H., verificar cada uno de los actos de quien suscribiera anteriormente una información propia del ámbito de su organización y competencia (...) ya que esta circunstancia obedece a la esfera propia de su competencia; pues “en una sociedad las personas se distribuyen el trabajo y las actividades, lo que genera roles particulares y es de esperar que cada quien cumpla a cabalidad con sus respectivos roles, pues no

es tarea de todos controlarlas” “Existe un principio de confianza que reposa en la división de trabajo, y por el que cada quien espera que los demás hagan lo suyo” (Villa Stein, 2008, pág. 234)

En el caso de un conductor de vehículos que sin saberlo transportó una encomienda conteniendo droga y que había sido acusado como cómplice por el Delito de TID; la Sala Penal Permanente de la CSJ en el R.N. N° 243-2015 – Lima, al resolver el caso utilizó el principio de confianza de la siguiente manera:

“En el caso de autos se debe aplicar los principios normativos de imputación objetiva, que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza; ya que el citado encausado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad y, por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al conducir el vehículo de transporte de la Empresa “Los Libertadores”, cargado de doscientos cuarenta galoneras conteniendo ácido clorhídrico, acondicionados en veinte cajas de cartón; por consiguiente, el conocimiento o no de la ilicitud de la conducta delictiva del sentenciado NWMG no puede fundamentar la antijuricidad de su conducta porque lo hizo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta ilícita”.

En el R.N. N° 2331-2009 - Huánuco, la Sala Penal Transitoria de la CSJ, ante un caso de Colusión desleal; en lo referente a los límites al principio de confianza, señaló:

“(...) B) competencia para el cumplimiento del deber, cuya justificación se encuentra en el hecho de que para la imputación del comportamiento no basta que se haya incumplido el deber jurídico sino que se requiere, además, delimitar la competencia del autor por el incumplimiento de dicho deber a través de los siguientes filtros: a) principio de confianza -en virtud del cual las demás personas son también responsables y es posible confiar, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho por parte de ellos-, en el caso de autos, la Administración Pública es una organización en donde existe la más alta confianza entre sus miembros, dado que de no ser así no podría ejercer su función; sin embargo la confianza queda excluida cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está 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 el otro cometa, iii) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes (...)”

En la R.N. N° 1694-2013 – Lambayeque, en un caso de Peculado, la Sala Penal Transitoria de la CSJ, absolvió a uno de los imputados, en base al siguiente argumento:

“Sexto. Que al acusado A.V., en su condición de Director Regional de Producción, visó las boletas en cuestión, ya que dicha dirección era una unidad rindente; sin embargo, las mismas no solo estaban visadas por el administrador, en este caso

el acusado S.C., sino también por el Tesorero. En tal sentido, resulta evidente que la conducta del referido encausado fue guiada por el principio de confianza, pues A.V. no tenía razón para dudar del buen comportamiento de quienes compartían con él la actividad que realizaba; mantuvo la confianza de que el tercero se comportaba conforme con el deber de cuidado; A.V. Se comportó conforme a Derecho, y no se le puede imputar un injusto, solo porque otro lo hizo de forma defectuosa (...)"

En este caso se absolvió del delito de Peculado al Director de la Dirección de Producción del Gobierno Regional de Lambayeque, en aplicación del Principio de Confianza, en razón que visó los documentos para el pago de adquisiciones, que previamente habían sido a su vez visados por el Administrador y el Tesorero de la entidad, según el orden establecido en dicha institución.

Sin embargo, en estos últimos casos revisados no hubo "delegación de funciones", que es una de las variables del presente trabajo.

Luego de haber revisado las pocas jurisprudencias nacionales que han utilizado el principio de confianza como un filtro de la imputación objetiva, la cual ha sido aceptada pacíficamente en nuestro país, también se puede advertir que en casi todas se repiten como límites a la aplicación del principio de confianza, tres aspectos que también han sido establecidos en la doctrina extranjera; surgiendo aquí una de nuestras interrogantes, ¿serán sólo esos tres, los presupuestos

de inaplicación del principio de confianza en el caso de delegaciones de competencia?, o se puede establecer algunos otros presupuestos, a fin de impedir que los altos funcionarios corruptos invoquen este principio pretextando haber delegado funciones o competencias.

Tal vez el principio de confianza y los tres criterios establecidos por la doctrina para delimitar su uso, pueden ser aplicados sin mayor problema en los países donde dicha doctrina surgió y se desarrolló (Alemania, España), pues fue pensada para que las más altas autoridades puedan desarrollar su labor, sin necesidad de controlar permanentemente la de sus subordinados más próximos.

Sin embargo, en nuestro país y en nuestra época en que la corrupción dentro de la administración pública ha alcanzado niveles extremadamente altos, donde actualmente tenemos ex presidentes, ex ministros, ex presidentes regionales en prisión, donde el 90% de los alcaldes del país vienen siendo investigados por actos de corrupción (Perú 21, 2014), el uso de este principio en los términos que lo dicta la doctrina extranjera, por parte de los administradores de justicia nacional puede resultar peligroso para frenar la corrupción estatal y podría generar impunidad; pues nuestra realidad es muy distinta, ya que en muchísimos casos la delegación de funciones y/o facultades se ha convertido en una práctica que utilizan las autoridades con el único fin de eximirse de responsabilidades administrativas y penales, cuando lleguen las investigaciones y procesos judiciales, pero que en la realidad nunca se desligaron, es más, son quienes direccionan los procedimientos hasta lograr lo

conveniente a sus intereses, aunque cuidándose de no suscribir algún documento comprometedor, pues su firma aparecerá solo en el documento autorizativo final, luego que los funcionarios de menor jerarquía hayan realizado y suscrito todos los trámites necesarios, de esta manera podrán - llegado el momento- invocar el principio de confianza, argumentando que en su oportunidad “delegó” parte de sus funciones a otro(s) funcionario(s) quienes debieron realizar bien su trabajo; en consecuencia serán estas últimas personas los que finalmente realicen el tipo penal y quienes serán perseguidos por la justicia.

En estos casos, la experiencia enseña que los funcionarios o servidores subordinados a quienes se les “delegan” competencias en materia de contrataciones del Estado y se corrompen, actúan por lo general coludidos con la autoridad delegante, por lo que según sostenemos su responsabilidad debe ser compartida con éste.

Es por ello, que el uso del principio de confianza en nuestro país debe ser más restrictivo (con mayores límites) especialmente cuando se trata de la delegación de funciones, que es el tema central de este trabajo, y que tiene como objetivo central proponer algunos otros criterios aplicables a este principio, para que no sea utilizado como escudo protector por funcionarios y servidores corruptos, sino que contribuya a su eficacia en la lucha contra la corrupción que nuestro país ha emprendido.

#### **2.2.2.5. La delegación de funciones en materia de contrataciones del Estado, y posterior uso del Principio de Confianza como argumento para evadir responsabilidad.**

Como ya se ha visto, el Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que para que otro funcionario apruebe, autorice y supervise los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, y a excepción de los cuatros supuestos que se indican en el Art. 8° de la Ley, podrán delegar prácticamente todos los demás complejos actos que se realizan en una contratación pública, figura que aparentemente permitiría que el Titular de la Entidad se desvincule de dichos actos y por tanto evada cualquier responsabilidad en el caso que en el cumplimiento de algunas de las competencias delegadas, el funcionario destinatario de la delegación incurra en alguno de los ilícitos penales que tienen como bien jurídico protegido a la Administración Pública“. En cada tipo delictivo contenido en el Título XVIII del Código Penal, se protege un aspecto relevante del bien jurídico genérico que es vulnerado o puesto en peligro de manera directa: imparcialidad, transparencia, correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, lealtad en la gestión y utilización del patrimonio estatal, legal percepción, administración y custodia del patrimonio del Estado, entre otros”. (Frisancho Aparicio, 2015, pág. 25)

Sin embargo, nacen aquí nuevas interrogantes, ¿en qué casos, el Titular de la Entidad podrá válidamente delegar sus funciones en materia de contrataciones del Estado?;

¿será suficiente que el Titular de la Entidad alegue no tener responsabilidad -en caso de advertirse irregularidades en un proceso de contratación pública- por haber delegado funciones a otro funcionario, y así ampararse en el Principio de Confianza?

Respecto a la primera interrogante, se tiene que existe en el Derecho el principio de prohibición que establece que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", en otras palabras, todo lo que no está prohibido, está permitido, partiendo de este aforisma, se puede afirmar entonces que salvo la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 5° de la LCE: El Titular de la Entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento, (la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento) el Titular de la Entidad puede delegar todas las demás facultades que dicha ley le concede, las mismas que en algunos casos está expresamente permitidas, como por ejemplo:

a) Aprobar modificaciones presupuestarias de la entidad.

Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto: Artículo 40. Modificaciones Presupuestarias en el

Nivel Funcional Programático. 40.2 Las modificaciones presupuestarias en el nivel Funcional Programático son aprobadas mediante Resolución del Titular, a propuesta de la Oficina de Presupuesto o de la que haga sus veces en la Entidad. El Titular puede delegar dicha facultad de aprobación, a través de disposición expresa, la misma que debe ser publicada en el Diario Oficial El Peruano.

- b) Aprobar las bases administrativas. Bases: Es el documento que contiene el conjunto de reglas formuladas por la Entidad convocante, donde se especifica el objeto del proceso, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los participantes, postores y del futuro contratista, en el marco de la Ley y el presente Reglamento. (Anexo de definiciones de la LCE)
- c) De los procesos de selección para las contrataciones estatales. LCE. Artículo 26.- Condiciones mínimas de las Bases. Las Bases de un proceso de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad o por el funcionario al que le hayan delegado esta facultad. RLCE. Artículo 35.- Aprobación. Las Bases de los procesos de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad, el mismo que podrá delegar expresamente y por escrito dicha función.,
- d) Designar a los integrantes del Comité Especial que llevará a cabo el proceso de contratación. LCE. Artículo

27.- Designación. El Titular de la Entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designará por escrito a los integrantes titulares y suplentes del Comité Especial.

e) La aprobación del expediente de contratación.  
RLCE.

Artículo 29.- Impedimentos para ser miembro del Comité Especial. Se encuentran impedidos de formar parte de un Comité Especial: 3) Los funcionarios que por delegación hayan aprobado el Expediente de Contratación.

f) La aprobación de las bases de los procesos de contratación. RLCE. Artículo 35.- Aprobación. Las Bases de los procesos de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad, el mismo que podrá delegar expresamente y por escrito dicha función.

g) La aprobación de solicitudes de ampliación de plazos.

El Titular de la Entidad puede delegar a otro funcionario la aprobación de solicitudes de ampliación de plazo, toda vez que dicha facultad no se encuentra comprendida entre los supuestos en los que la delegación está prohibida". OSCE. Opinión N° 011-2012/DTN., actos procedimentales todos ellos, en los que pueden realizar argucias, artificios para favorecer a algunos postores, y en términos generales defraudar al Estado.

“Numerosos son los vicios en que se puede incurrir en el procedimiento de licitación, destacan, en orden cronológico: carencia o insuficiencia de partida presupuestal, defectos relativos a la convocatoria de la licitación, defectos relativos a las bases de la licitación, irregularidades en la apertura de ofertas, y anomalías en el fallo”. (Fernández Ruiz, 2015, pág. 81)

Ahora, bien, respecto a la segunda interrogante ¿será suficiente que el Titular de la Entidad alegue no tener responsabilidad -en caso de advertirse irregularidades en un proceso de contratación pública- por haber delegado funciones a otro funcionario, y así ampararse en el Principio de Confianza.

Pienso que en este caso la respuesta es negativa, pues para ello se deberá realizar una serie de comprobaciones previas, concomitantes y posteriores, así se deberá verificar en primer lugar que el acto de delegación se haya realizado conforme a la normatividad correspondiente, esto es, en observancia de la Ley del Procedimiento Administrativo General, especialmente que haya cumplido con los requisitos previstos en el artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece los Requisitos de validez de los actos administrativos: Son requisitos de validez de los actos administrativos: 1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos

de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión. 2. Objeto o contenido. Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación. 3. Finalidad Pública. Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad. 4. Motivación. El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. 5. Procedimiento regular. Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación”.

Así mismo, los artículos 76° y 79° que regulan la figura de la delegación de competencia, y las características de la misma, respectivamente:

Artículo 76.- Delegación de competencia: 76.1. Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente. Procede también la delegación de competencia de un órgano a

otro al interior de una misma entidad. 76.2. Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación. 76.3. Mientras dure la delegación, no podrá el delegante ejercer la competencia que hubiese delegado, salvo los supuestos en que la ley permite la avocación. 76.4. Los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia y son considerados emitidos por la entidad delegante. 76.5. La delegación se extingue: a) Por revocación o avocación. b) Por el cumplimiento del plazo o la condición previstos en el acto de delegación.

Artículo 79.- Disposición común a la delegación y avocación de competencia: Todo cambio de competencia debe ser temporal, motivado, y estar su contenido referido a una serie de actos o procedimientos señalados en el acto que lo origina. La decisión que se disponga deberá ser notificada a los administrados comprendidos en el procedimiento en curso con anterioridad a la resolución que se dicte.

Solo después de haber superado dicho análisis podrá considerarse como válido el acto de delegación; en cuanto a los actos concomitantes al acto de delegación, deberá verificarse que la función o competencia que se encarga le corresponda primigeniamente a quien delega, es decir, que la misma se encuentre dentro de las atribuciones que la ley o normas administrativas le faculden, pues nadie puede delegar una función que

no tiene; así mismo, se debe verificar también que el funcionario o servidor a quien se le delega funciones, tenga la capacidad de poder cumplir responsablemente con las competencias delegadas, es decir que tenga idoneidad para ello. En mi experiencia fiscal, he investigado un caso en el que el alcalde de una municipalidad distrital designó como miembro del Comité Especial de dicha comuna a un personal de limpieza con instrucción de primaria, a quien obviamente manipuló para que conjuntamente que los otros dos miembros del Comité otorguen la Buena Pro para la ejecución de una obra, a un determinado postor.

En consecuencia, no se podrá aducir el principio de confianza cuando se tengan evidentes razones para suponer que el delegado no cumplirá diligentemente el rol que se le encarga; algo similar sucede cuando la persona a quien se le encarga funciones vía delegación cuenta con antecedentes de ser irresponsable en sus labores o de haber infringido leyes administrativas, de Contrataciones del Estado, o peor aún si cuenta con investigaciones o procesos judiciales por delitos contra la administración pública; se deberá asimismo verificar que no sea el propio funcionario delegante quien previamente a impartido instrucciones al delegado para que éste actúe de manera contraria a la norma; al respecto la Corte Suprema ha establecido que: “La excepción a este principio se da cuando el titular de la institución es quien quiebra su deber institucional y organiza los deberes de sus subordinados para ello”. (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 23-2016 Ica, de fecha 16 de mayo del 2017)

Otro aspecto que se deberá examinar, es que al delegado se le haya instruido de manera detallada y pormenorizada sobre las funciones y competencias que se le encargan, pues la experiencia enseña que este es un argumento repetitivo por parte de los servidores públicos, que recibieron la delegación de alguna competencia y luego la incumplieron.

“El delegado debe recibir la formación e información necesarias para observar la función que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control” (Lascuráin Sánchez, 1995)

#### **2.2.2.6. La delegación de funciones y el deber de garante o vigilancia**

Según la Real Academia Española, la palabra “garante” significa “cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad”, ello trasladado a nuestro tema, puede interpretarse que una persona tendrá la posición o el deber de garante, cuando la ley le asigna la obligación de asegurar y proteger un bien jurídicamente relevante, al respecto, Mir Puig, afirma que el deber de garante o posición de garantía:

“Se da cuando corresponde al sujeto una específica función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten entonces al autor en “garante” de la indemnidad del bien jurídico correspondiente” (Mir Puig, 1996, pág. 305)

Respecto a la fuente del “deber de garante”, queda claro que esta debe provenir de la ley, considerada de manera general, es decir, como precepto o norma jurídica quedando comprendidos todo el conjunto de normas vigentes, como los reglamentos y las resoluciones, por ejemplo.

En el caso específico de los funcionarios públicos que pueden participar en las contrataciones del estado, la fuente de posición de garante se puede encontrar en diversa normatividad como por ejemplo en la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Leyes presupuestales, los reglamentos organizativos de su entidad (ROF, MOF), incluso algunos actos administrativos y otros.

Al respecto Hurtado Pozo, citado por Reátegui Sánchez (2016), señala que “en estos casos [el de los funcionarios, el deber de garante] debe formar parte de la esfera de competencia del funcionario, situación que se presenta sólo cuando la ley prevé, de modo específico, la obligación de obrar” (pág. 1855)

Es necesario precisar, que la norma que impone a un funcionario el “deber de garante” respecto a un bien jurídico, debe ser específica y no genérica, ello es así porque: “El nombramiento o asunción del cargo por parte de un funcionario público le otorga de por sí un deber – al que llamaremos periférico- de fidelidad con la Administración Pública, el mismo que se debe evidenciar en el resguardo, protección y cuidado de los intereses de dicha Administración. Sin embargo, una vez asumido dicho cargo, la ley en todas sus expresiones se encarga de regular de manera

específica las atribuciones y deberes que dicho funcionario debe observar al ejercer sus funciones, generando con ello competencia funcional sobre dichas atribuciones”. (Reátegui Sánchez, 2016, págs. 1887-1888)

Aclarado el tema del origen o fuente del “deber de garante” en el funcionario público delegante y su obligación de proteger el bien jurídico que la ley le encarga, y por tanto también le impone responsabilidad en caso de incumplimiento; debemos tener en cuenta que cuando una autoridad administrativa delega una cierta función o competencia específica a otro funcionario o servidor público, no le traslada con ello el “deber de garante” que solo le está asignado a su jerarquía y por tanto lo sigue manteniendo, así lo entiende también el profesor alemán Bernd Schunemann, al señalar: “Afirmar que la delegación de competencias produce siempre una traslación del deber de garantía, significa permitir la liberación de responsabilidad penal de los altos funcionarios, hecho que genera consecuencias fatales para el efecto preventivo de derecho penal” (Schunemann, 1988).

Esta posición es compartida por Silva Sánchez, quien manifiesta que el delegante no se libera por completo de su responsabilidad respecto al objeto de la delegación, sino que mantiene una posición de garantía secundaria basada en una serie de competencias residuales -deberes de control y vigilancia- sobre la actividad del delegado (Silva Sánchez, 2016)

En otras palabras, el funcionario delegante mantiene el deber de supervisión y control hacia el delegado, respecto al cumplimiento de las atribuciones delegadas y por tanto puede controlar y evitar que no se lesionen los intereses de la administración pública. Por lo demás es una de las primeras atribuciones de las más altas autoridades administrativas, así por ejemplo se indica en el Art. 21° literal a) de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y en el Art. 20° inc. 1ro. De la Ley Orgánica de Municipalidades.

En materia de contrataciones del Estado, el artículo 8vo. De la Ley de Contrataciones, modificado mediante D. Legislativo N° 1341, señala que en primer orden que quienes tienen la función y responsabilidad de supervisar (posición de garante) los procesos de contrataciones en que participa su representada como parte del Estado, son los titulares de la misma. Según el Artículo 8. Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones.

8.1 Se encuentran encargados de los procesos de contratación de la Entidad: a) El Titular de la Entidad, que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.

Sin embargo, en mérito del numeral 8.2. del mismo artículo el titular puede delegar casi todas las funciones concedidas a su autoridad, a excepción de tres competencias puntuales: la declaración de nulidad de oficio, la aprobación de las contrataciones directas - salvo aquellas que disponga el reglamento de acuerdo

a la naturaleza de la contratación-, así como las modificaciones contractuales;

Sin embargo, como venimos sosteniendo, esta facultad legal de poder delegar casi todas las funciones que tiene el titular de alguna entidad pública, no lo exime de su obligación de supervisar las mismas, ello por su posición de garante que la misma ley le impone; al respecto, la Opinión N° 067-2016/DTN señaló que:

“(...) la normativa ha establecido, como regla general, la posibilidad de delegar competencias y funciones atribuidas al titular de la entidad, exceptuándose el ejercicio de dicha facultad en aquellos supuestos en que la propia norma haya establecido que las funciones son indelegables por considerar que es esencial el ejercicio directo de las competencias (...) en dicho sentido, fuera de los supuestos previstos en la normativa como indelegables, todas las demás competencias y funciones que en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado se hayan atribuido al titular de la entidad, son en principio, delegables (...) en ningún caso en virtud de la delegación, el delegante en este caso el titular de la entidad, pierde la responsabilidad por el debido ejercicio de las facultades delegadas, debiendo asumir responsabilidad por “culpa en la vigilancia”; esto es, la responsabilidad por no cumplir con el deber de vigilar la gestión del delegado”.

Cabe indicar que según el numeral 8.2 El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. Puede delegar, al siguiente nivel de decisión, las

autorizaciones de prestaciones adicionales de obra. No pueden ser objeto de delegación, la declaración de nulidad de oficio, la aprobación de las contrataciones directas, salvo aquellas que disponga el reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación, así como las modificaciones contractuales a las que se refiere el artículo 34-A de la presente Ley y los otros supuestos que establece en el reglamento.

Como se parecía la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en esta opinión resuelve la incertidumbre planteada respecto a los alcances de la delegación de autoridad que la LCE otorga al titular de la entidad, precisando que la autoridad estatal cuando delega mantiene la responsabilidad de supervisar o vigilar, lo cual no es nada más que la aplicación del deber de vigilancia por parte del delegante, al cual se refiere el Art. 77° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444. Deber de vigilancia del delegante: El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia

En estos casos, la omisión por parte del funcionario delegante de su deber de garante, esto es, supervisar y controlar a su delegado lo convierte en responsable del acto lesivo al bien jurídico protegido, en consecuencia, si se trata de un hecho delictivo, el delegante vendría a ser autor de dicho delito, conforme a la figura de omisión impropia, y como tal se le debería castigar.

Al respecto, Iván MEINI señala, que: “Cuando el objeto de la delegación consiste específicamente en funciones de control o vigilancia, la posición de garante se delega por completo, salvo que haya algún defecto de validez en la misma. Por el contrario, si lo que se delega es la ejecución de actos concretos, no hay exoneración alguna, siendo posible afirmar responsabilidad penal del delegante in vigilando o in eligiendo en comisión por omisión”. (Meini, 2003, pág. 367)

### 2.3. Definiciones conceptuales

**Competencia.** Es la facultad para decidir válidamente sobre determinadas materias, adquirida por un organismo administrativo y que solo puede tener por fundamento la Constitución o la ley. La competencia siempre se ha reconocido como de carácter restringido, de manera que solo podrán adoptarse decisiones válidas sobre los asuntos que hayan sido atribuidos de forma clara y expresa (Morón Urbina, 2015, págs. 499-500). Si la competencia es la capacidad, la función es el ejercicio de ésta.

**Contratación pública.** Es la acción que deben realizar las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la condición del contratante.

**Deber de vigilancia y control.** La técnica de delegación produce una disociación del universo de facultades y deberes de la competencia: transfiere al delegado la titularidad de ejercicio de las facultades y atribuciones precisas objeto de delegación, pero mantiene en poder del delegante la potestad de revertir la delegación cuando lo considere conveniente y, fundamentalmente, la potestad de dirección,

coordinación y control interno del ejercicio de la facultad delegada. Como responsable del deber de vigilancia, la autoridad administrativa delegante se torna responsable por culpa en la vigilancia, acerca del contenido de la decisión adoptada. (Morón Urbina, 2017, pág. 520)

**Delegación de competencias.** La delegación es una técnica de transferencias de competencias, autorizada por ley, en virtud de la cual un órgano denominado delegante se desprende de una parte de la competencia que tiene atribuida y la transfiere a otro órgano -delegatario- al cual esa competencia no le había sido asignada. Por ello, se dota al órgano receptor de facultades decisivas que serán ejercidas en exclusiva, en tanto no sean revocadas o avocadas por el superior (Morón Urbina, 2017, pág. 518)

**Empleado Público.** Todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado. (Presidencia de la República, 2002)

**Entidad Pública.** Persona jurídica pública que tiene a necesidad a ser atendida, presupuesta su costo, diseña el contrato, conduce el proceso de selección y ejecuta el contrato hasta su liquidación. Es un actor principal del contrato para lo cual actúa a través de diversos funcionarios y servidores públicos con competencias diferenciadas, de modo que los actos contractuales queden sujetos a instancias de control interno, segregación de funciones y especialidad. (Morón Urbina, 2016, págs. 263-264)

**Funcionario Público.** Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades (Presidencia de la República, 2002).

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. (Presidencia de la República, 2013)

**Funcionario Público.** Es toda aquella persona que en mérito de designación especial y legal como consecuencia de un nombramiento o de una elección y de una manera continua, bajo normas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, ejecuta la voluntad del Estado en virtud de un fin público. Cervantes Anaya (203) citador por Peña Cabrera (2010, pág. 51)

**Principio de Confianza.** Teoría mediante la cual se pretende delimitar el deber de cuidado, cuando se ostenta una posición de garante, con independencia de que se trate de una posición de garante de control del riesgo o de una posición de garante de protección del bien jurídico.

**Titular de la entidad.** Es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y en el presente Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contrataciones del Estado. (Art. 5° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado)

#### **2.4. Bases epistémicas**

Términos como imputación objetiva, delitos de infracción del deber, principio de confianza, provienen de la moderna teoría acerca de la autoría y participación, construidas en Europa y principalmente en Alemania por eminentes investigadores jurídicos.

Fue Claus Roxin, quien en 1,963 en su trabajo de trabajo de investigación “Autoría y dominio del hecho” introdujo en el debate de la materia penal, la categoría de los “delitos de infracción del deber” proponiendo una nueva tesis respecto del tratamiento de la autoría en

los delitos especiales cometidos por agentes en los que recae un deber especial de garante, es decir, aquellos en los que el tipo penal exige una cualidad especial, como por ejemplo el parricidio o los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones; la cual según sostuvo debía ser distinta al tratamiento de los delitos comunes, cometidos por cualquier sujeto dado que el tipo penal no exige cualidad especial alguna, para los cuales el problema de la autoría o participación debía solucionarse con la aplicación de la teoría del dominio del hecho, también creada por el mismo autor.

El propio Roxin, explica que en los delitos de infracción del deber “la autoría se basa únicamente en un atentado contra una posición especial de deberes. Así p.ej., sin importar quién tuvo el dominio del hecho, se pena como autor de una administración desleal (art. 266StGB) tan solo a aquel que, como titular de un deber de tutelar el patrimonio de otro, perjudica al propietario del patrimonio que debía administrar lealmente” (Roxin, 2016, pág. 305)

Respecto a la teoría de la Imputación Objetiva, se tiene que en el año

1972, Cluas Roxin funda esta moderna teoría, como criterio para determinar si la conducta desplegada por una persona y que causa un resultado antijurídico, le debe ser imputable “objetivamente”; creando para ello la figura del “riesgo no permitido” por el ordenamiento jurídico, es decir, según esta teoría ya no es suficiente constatar la existencia de una relación de causalidad entre acción y resultado, sino que además debe constatarse que con su acción el agente creó un riesgo jurídicamente no permitido que desencadenó el resultado típico, teoría que actualmente es reconocida y aceptada en nuestro país, dicha teoría se basa en el criterio de la “creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico”.

“Según Roxin, la imputación normativa debía basarse en el *principio del riesgo*, lo que permitiría en los delitos de resultado fundamentar

una teoría general de la imputación apartada totalmente del dogma causal. En adelante, el juicio de tipicidad no se debía agotar en la constatación de una relación de causalidad entre acción y resultado, sino que se debía comprobar que la acción del agente creó un riesgo jurídicamente no permitido y que este riesgo se materializó en el resultado típico, debiendo dicho riesgo, además, estar comprendido en el ámbito de protección de la norma, es decir, para verificar la relevancia típica del comportamiento, a la constatación de una relación de causalidad debía adicionársele un juicio normativo de imputación” (Pariona Arana, 2015, pág. 17)

Dado que la teoría de la imputación objetiva, nace del planteamiento que la tipicidad debe contener un juicio normativo del comportamiento humano, de ahí que se deberá analizar si la conducta realizada por una persona (comportamiento) superó el riesgo permitido o no, en caso de ser afirmativo se dirá que el agente ha creado un peligro jurídicamente desaprobado.

En sentido contrario, para decidir si una conducta no creó un riesgo jurídicamente no permitido, se recurre a algunos criterios que derivan de la misma teoría, tales como “el riesgo permitido”, la “ausencia de creación de riesgo” y “disminución de riesgo”.

Pero estos criterios no son los únicos que se utilizan para analizar si una conducta debe ser o no reprochada penalmente; pues según la teoría de la imputación objetiva, una conducta que a primera vista parece antijurídica, debe ser analizada primero a la luz de algunos filtros dogmáticos, tales como el -ya comentado- riesgo permitido, la prohibición de regreso, la autopuesta en peligro de la propia víctima, y el principio de confianza.

Este último, se basa en que “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” Cancio Melía (2001) citado por Pariona Arana (2015, pág. 126)

Sobre la ubicación sistemática de este principio en el marco de la teoría de la imputación objetiva no existe unanimidad doctrinaria. A este respecto, es posible advertir cuando menos tres posiciones. La primera defiende, si bien en ocasiones de un modo relativo, la autonomía sistémica del principio, de modo tal que se le asigna una ubicación propia en el sistema de imputación. La segunda le niega tal autonomía y lo concibe como un criterio dogmático de determinación del riesgo permitido o como una manifestación del mismo. Finalmente, la tercera línea de opinión, con total prescindencia de la cuestión referida a su autonomía, rechaza la naturaleza jurídica en tanto componente de una teoría general de la imputación, y la considera como un criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado en el ámbito de los delitos imprudentes. (Pariona Arana, 2015, págs. 126-127)

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **3.1. Ámbito**

La investigación está focalizada en las áreas de gestión administrativa, donde las gestiones se enfocan en la contratación pública.

#### **3.2. Población**

Ley de N° 27444, Ley Del Procedimiento Administrativo General; en materia presupuestal se encuentra en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Ley N° 28411, y en materia de contrataciones públicas la encontramos en la Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado (LCE).

#### **3.3. Muestra**

Se basó en la observación simple y podemos mencionar que son los mismos que la población. Ley de N° 27444, Ley Del Procedimiento Administrativo General; en materia presupuestal se encuentra en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Ley N° 28411, y en materia de contrataciones públicas la encontramos en la Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado (LCE).

#### **3.4. Nivel y tipo de estudio**

##### **a) Tipo de investigación**

La investigación será de tipo dogmática, “La dogmática es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma. La característica de este método jurídico (sistema) es la interpretación de la ley. La sede de la dogmática es la norma y el valor, pero no es absoluto en la medida que aceptará realidad y valor”. (Morillas Cueva, 1991, pág. 44)

La dogmática jurídico-penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal (...) La dogmática penal penetra e indaga los fundamentos del tipo penal, como se distingue uno del otro, cuando un comportamiento es impune y cuando no, en este sentido, al señalar límites y definir conceptos se quiere una aplicación segura y calculable del Derecho penal a fin de sustraerla a la irracionalidad, arbitrariedad e improvisación” (Urquiza Olaechea, 1997)

“La investigación jurídico-dogmática tiene dos niveles. El primero es hermenéutico y el segundo el teórico-dogmático, o simplemente: dogmático. (...) usualmente los juristas, trabajan de dos formas, las que pasaremos a describir a continuación. El primer nivel o inicial, se dedica a hacer hermenéutica (o interpretación) de las leyes, jurisprudencias, e incluso de las hermenéuticas realizadas por otros juristas. Encima de este tipo de investigación está la dogmática-teórica (...) el método dogmático trata de ir un paso más allá de la exégesis, no quedarnos en interpretaciones aisladas sino en buscar su unión” (Sánchez Zorrilla, 2011).

### 3.5. Diseño de investigación

El diseño es descriptivo simple. “Este diseño consiste en observar una sola muestra en un tiempo determinado. Consta de los siguientes procedimientos:

- a. Determinar la muestra a estudiar.
- b. Observar a la muestra para recabar la información deseada” (Esteban, 2017, p. 150), cuyo esquema es:

**M** —————> **O**

Dónde:

**M** = Cuadernos y/o actas de audiencias de prisión preventiva

**O** = Accionar de la defensa técnica

### 3.6. Técnicas e instrumentos de investigación

#### a) Técnicas de investigación

**Fichaje.** Esta técnica permitió registrar los documentos empleados en la investigación, también transcribir y parafrasear información.

**Análisis documental.** Esta técnica permitió analizar y registrar información relevante de las Ley de N° 27444, Ley Del Procedimiento Administrativo General; en materia presupuestal se encuentra en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Ley N° 28411, y en materia de contrataciones públicas la encontramos en la Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado (LCE).

#### b) Instrumentos de investigación

**Fichas.** Se hizo uso de las fichas bibliográficas y hemerográficas para registrar los libros y artículos de revistas empleados en la investigación. También fue el soporte para transcribir y parafrasear información.

**Guía de análisis documental.** Este instrumento permitió registrar información relevante de las actas de investigación preparatoria de Leoncio Prado, periodo 2015-2016.

### 3.7. Validación y confiabilidad del instrumento

**Validación.** Para la validación se recurrió al juicio de expertos. Tres maestros validaron los instrumentos, cuyas actas se encuentran en anexos.

**Confiabilidad.** Para la confiabilidad se empleó la prueba piloto, es decir, se sometió a prueba la guía de análisis documental.

### 3.8. Procedimiento

Las etapas generales del método descriptivo que fueron empleadas en la investigación son:

- a) Identificación y delimitación del problema
- b) Construcción de los instrumentos
- c) Observación y registro de datos
- d) Procesamiento de datos
- e) Análisis de información
- f) Conclusiones

### 3.9. Tabulación

- a.- **Información documental:** Son todas las fuentes que el investigador obtenga en forma previa, luego de haber delineado, el tema de estudio. Se remite a los materiales que considere útiles para su investigación: Legislación, doctrina especializada, jurisprudencias, otras investigaciones.
  
- b.- **Análisis documental.** - Tenemos los el método clásico que emplea el análisis interno y externo de los documentos, características principales, determina el tema básico de un documento y los vínculos que existen en ellos, determina igualmente aspectos secundarios y sus vínculos, y las ideas más importantes.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS**

#### **4.1. Análisis de los datos**

Del análisis documental y dogmático realizado en la presente investigación jurídica, se han podido obtener información proveniente de las normas jurídicas, así como de la jurisprudencia y la doctrina interna (vigentes en nuestro país), todas ellas con directa referencia a las variables de estudio y como se interrelacionan entre sí, obteniendo los siguientes resultados:

La figura de la delegación de competencias y/o funciones dentro de la administración pública, tiene justificación legal en la Ley de N° 27444, Ley Del Procedimiento Administrativo General; en materia presupuestal se encuentra en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Ley N° 28411, y en materia de contrataciones públicas la encontramos en la Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado (LCE); en las cuales se establecen sus presupuestos como también sus límites.

Los altos funcionarios cuentan con la facultad legal de poder delegar algunas de sus competencias o funciones -entre ellos, asuntos referidos a contrataciones del Estado- a funcionarios y servidores de menor nivel, sin embargo, en virtud de dicha delegación, asume la responsabilidad de vigilancia sobre el delegado, esto es, que el delegante no se libera de la responsabilidad que pudiera acarrear la irregular ejecución de la función delegada por parte del delegatario.

En materia de contrataciones con el Estado, la figura de la delegación puede ser utilizada por el Titular de la Entidad u otros funcionarios de alto nivel jerárquico, lo que aparentemente permitiría que éstos evadan responsabilidad en el caso que el funcionario

destinatario de la delegación incurra en alguno de los ilícitos penales que tienen como bien jurídico protegido a la Administración Pública; esto es, que la delegación puede utilizarse como un mecanismo para cometer actos de corrupción.

**El principio de Confianza**, es una institución dogmática de la teoría de la imputación objetiva, que implica que en una sociedad las personas deben pueden presumir que las otras personas ajustarán su conducta según su rol, ello permite que se haga posible la división del trabajo, pues si una persona se dedicara a controlar siempre que el comportamiento de los demás sea acorde a sus respectivos roles, descuidaría su propio rol, y la división de trabajo sería imposible.

**A nivel jurisprudencial**, nuestro país ya viene utilizando -aunque en muy pocos casos- el principio de confianza, en sus fallos, indicando que la inaplicación del filtro del principio de confianza sucede en los siguientes casos: a) cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad (posición de garante), b) cuando la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa, y c) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes". (Corte Superior de Justicia de Lima, expediente 34432-10, caso Comunicore).

Que el principio de confianza encuentra ciertos límites, por ejemplo, cuando una persona sobre quien se tiene una ascendencia funcional no tiene capacidad para cumplir de manera responsable un rol asignado. (Jakobs, 2007, pág. 219)

Asimismo, el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante (Jakobs, 2007, pág. 220) que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. Por último, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencia la falta de idoneidad

de la persona en que se confiaba”. (Corte Suprema de Justicia. Casación N° 23-2016 Ica)

Que, los límites de dicho principio, por su pertinencia para el caso de autos, [son]: a). Un primer límite deriva de que “uno puede confiar en que los otros ciudadanos se van a comportar respetando las normas (...) a no ser que se tengan evidencias de lo contrario”. Así entonces, se puntualiza que en los supuestos de repartos de funciones entre sujetos que trabajan en distintos niveles o en una relación jerarquizada (relación de supra y subordinación) “cuanto menor sea la preparación y experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior, y correlativamente menor será el alcance del principio de confianza”, concluyéndose, por ende, que “en caso de una defectuosa actuación del subordinado, se debe intervenir”; b). Un segundo límite tiene que ver con que si bien “el principio de confianza es un límite del deber de cuidado (...) ello no significa que las personas puedan comportar imprudentemente en virtud de la confianza en el cuidado de otro”, por lo que “si alguien se comporta de forma descuidada ya no se puede decir que su injusto dependa exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero”, dado que “el que infringe [una] norma de cuidado no puede esperar que terceros arreglen la situación que él ha creado.” En la Ejecutoria Suprema, emitida por la Sala Penal Transitoria en el R.N. N° 1865-2010-Junín

Que, “sin embargo la confianza queda excluida cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está 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 el otro cometa, iii) la confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes (...)” (Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia; R.N. N° 2331-2009 – Huánuco.

Dejando en claro que, de estas jurisprudencias, sólo la primera se refiere específicamente a la delegación de funciones para contrataciones del Estado.

En materia de contrataciones públicas los funcionarios de alto nivel tienen la facultad de delegar funciones a otros servidores para que éstos realicen actos de contratación y operaciones relacionadas, sin embargo, cuando se descubren irregularidades en alguna contratación estatal, los funcionarios argumentan en su defensa no tener responsabilidad en los hechos, debido a que ellos delegaron sus funciones amparados en las leyes e invocan el principio de confianza.

Los delitos contra la Administración Pública como los de Peculado, Colusión, Malversación, etc. cuando son cometidos por funcionarios o servidores públicos se resuelve utilizando la categoría de los “delitos de infracción del deber”, para lo cual se deberá comprobar que el funcionario lesionó (con un hacer o un no hacer) su deber de garante, es decir, el deber o deberes especiales que le exigen las normas extrapenales (Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley de Contrataciones del Estado, Leyes presupuestarias, Leyes de Gobiernos Regionales o Locales, Reglamentos internos (ROF, MOF), etc.), no pudiendo -en caso se demuestre dolosamente incumplió con dicho deber o deberes- ampararse en el principio de confianza.

#### **4.2. Construcción de los discursos**

Del análisis de las investigaciones y jurisprudencia extranjera mencionado y relacionado a la hipótesis de la presente investigación se ha podido extraer los siguientes resultados:

El autor Carlos Andrés Núñez De León, en su estudio denominado “Delimitación de la Responsabilidad del Delegante a través del Principio de Confianza”; formuló como hipótesis que si el delegante cumple con sus deberes en la función pública tiene derecho a confiar en la diligencia del delegatario, arribando a las siguientes

conclusiones: que la figura de la delegación para contratar representa un posible vehículo para cometer actos de corrupción, toda vez que esta, al igual que otras figuras del derecho administrativo, es susceptible de ser desnaturalizada y convertida en un mecanismo para obtener beneficios particulares en detrimento de la administración pública, y por tanto representa una tipología de la corrupción en la contratación pública; así mismo, indicó que para la justicia colombiana, la exención de responsabilidad del delegante no es absoluta ya que la delegación de funciones no exime necesariamente de responsabilidad al delegante; también precisó que no puede aplicarse el principio de confianza para excluir la responsabilidad del delegante respecto de aquellas directrices dadas por el mismo delegatario, especialmente cuando las mismas son constitutivas de delito, como por ejemplo cuando el delegante ordena al delegatario la celebración de un contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, y finalmente afirma que el principio de confianza no sería aplicable en aquellos eventos en los cuales el delegante haya ordenado dolosamente que el delegatario cometa un acto de corrupción, pues el principio de confianza no se aplica cuando resulte evidente que va a realizar una conducta incorrecta.

#### **4.3. Discusión de Resultados**

Por su parte el profesor español Mario Maraver Gómez, en su estudio “El Principio de Confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva”; propuso como presupuestos de aplicación del principio de confianza, los siguientes criterios: la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, la inexistencia de medidas de doble aseguramiento, la inexistencia de deberes de cuidado frente a la actuación de los terceros, la inexistencia de circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero.

De similar manera la autora colombiana José María Peláez Mejía, en su artículo denominado “Configuración del principio de confianza como criterio negativo de tipicidad Objetiva”, propone como

excepciones del principio de confianza (haciendo una síntesis de la jurisprudencia y la doctrina) las siguientes: Cuando la obligación de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro cometa; cuando no haya equivalencia obligacional, por cuanto se active el principio de defensa o seguridad debido a que la otra persona es un inimputable; cuando exista posición de garante por parte del sujeto actuante, en virtud de: (i) deberes de vigilancia o cualquier otra función de control, pues en tales eventos no es posible afirmar que las obligaciones del actor son equivalentes a la de los otros, y (ii) deberes especiales, ya que precisamente la especialidad de esos deberes impedirá la existencia de algún tipo de equivalencia obligacional; cuando el sujeto actuante 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.

Realizado el examen de las conclusiones de los trabajos extranjeros considerados en los antecedentes de la presente investigación, se tiene que guardan relación y coincidencia con nuestra hipótesis general, pues también han trabajado con nuestra variable principal “principio de confianza” y su objetivo fue encontrar propuestas para la aplicación excepcional del mismo; concordando en que el principio de confianza no puede ser considerado prima facie como eximente de responsabilidad penal del funcionario titular de la entidad, cuando éste argumenta haber delegado funciones en el ámbito de una contratación pública, sino que debe utilizarse de manera restrictiva o excepcional, para ello se requiere establecer algunos criterios o limitaciones al referido principio, de manera que si estos no son superados, no podría aplicarse como eximente de un delito contra la administración pública cometido por un funcionario.

## CONCLUSIONES

1. El principio de confianza es un filtro de la imputación objetiva, según el cual en el caso de presentarse, permite descartar la imputación penal a un funcionario que haya delegado sus funciones en materia de contrataciones públicas a otro servidor, en el caso que este último cometa algún delito doloso en uso de las facultades delegadas, no obstante para su utilización o aplicación deberían aplicarse algunos filtros o criterios los cuales deben ser analizados y en su caso superados; estableciéndose según se desprende de nuestra investigación que los principales criterios serían los siguientes:
  - a. Que el acto de delegación se haya realizado en estricta observancia de los requisitos formales y legales para tal efecto.
  - b. Que el funcionario delegante haya seleccionado a un personal idóneo para el cumplimiento de las funciones y competencias que se le delegaron.
  - c. Que el funcionario delegante haya cumplido con instruir al delegatario respecto de las funciones y competencias que se le delegaron.
  - d. Que el acto de delegación no haya contenido en sí mismo, concertación ilegal, órdenes o instrucciones que impliquen la realización de actos irregulares.
  - e. Que no se haya delegado competencias, cuando era previsible o existía alto grado de probabilidad que el delegado -por sus antecedentes u otros intereses- podría realizar una conducta incorrecta.
  - f. Que el funcionario delegante -en mérito a su posición de garante- haya cumplido con sus deberes de vigilancia y control de los actos encargados al delegatario, por lo menos de manera general.
  - g. Que el delegante no haya conocido o podido conocer alguna circunstancia irregular realizada por parte del delegatario durante el ejercicio de las competencias delegadas; que hayan requerido su inmediata intervención.

- h. Cuando a pesar de haber oficialmente delegado competencias para una función específica, luego el funcionario delegante interviene directa o indirectamente en las decisiones del delegado.
  - i. Cuando las competencias o funciones delegadas son imprecisas o ambiguas y no se encuentran reguladas.
  - j. Cuando no existe constancia de la delegación o ésta ha sido regularizada posteriormente.
2. La jurisprudencia nacional revela que los máximos estamentos de justicia como la Corte Suprema de Justicia viene absolviendo a funcionarios que en primera y segunda instancia fueron condenados por delitos contra la administración pública, utilizando como argumento el principio de confianza como principal argumento para fundamentar la no responsabilidad penal del funcionario, que por lo general viene a ser el titular de la entidad o institución; sin embargo, no realiza un análisis de más exhaustivo respecto de la aplicación del referido principio, ello debido a que solo consideran tres criterios o presupuestos para su aplicación, los mismos que resultan ser mínimos y latos, generando con dichos fallos judiciales impunidad.
3. Con los principales criterios para la aplicación del principio de confianza en los casos que un funcionario argumenta haber delegado funciones en el ámbito de la contratación pública, establecidos en el presente trabajo de investigación, los operadores de justicia -tanto abogados, fiscales y jueces- podrán contar con un instrumento jurídico que les permitirá analizar con mayor detalle y especificidad si corresponde aplicar o no en cada caso concreto la responsabilidad o no del funcionario delegante.

## **SUGERENCIAS**

1. Se recomienda que los operadores del Derecho no apliquen el principio de confianza -en los casos que un funcionario argumenta haber delegado funciones en el ámbito de la contratación pública- con un razonamiento amplio sino más bien restringido, para lo cual durante su examen se debe analizar si superan los principales criterios aquí establecidos, de manera que no se genere impunidad.
2. Se sugiere continuar con estudios referidos a la aplicación del principio de confianza en el contexto de las contrataciones públicas tomando como base los principales criterios aquí expuestos, a fin de ampliar los criterios o presupuestos para su utilización, pues es uno de los principales argumentos esgrimidos por los funcionarios que cometer delitos contra la administración pública.

## REFERENCIAS

- Arquiño Hoyos, M. (2010). *La imputación objetiva como expresión de campo*. Trabajo de investigación. Facultad de derecho y ciencia política de la Universidad San Martín de Porres. Lima.
- Benavente Chorres, H. (2005). *La Imputación objetiva en la comisión por omisión*. (Tesis de grado académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales): Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- Dal Dosso, D. A. (2011). *Teoría de la imputación objetiva*. p. 26. Investigación para la evaluación final correspondiente a la VI Edición del Master propio en Derecho Penal Universidad de Sevilla.
- Dromi, R. (2000). *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Faura Patrón, P., & Bedoya Patrón, P. (2004). *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*. Lima: Grijley.
- Feijoo Sánchez, B. (1992). El Principio de Confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho Penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas. *Revista de derecho penal y criminología*, 68-69.
- Fernández Ruiz, J. (2015). El Contrato Administrativo y la Licitación Pública. *Revista Derecho & Sociedad*(44), 75-83.
- Ffeijoo Sánchez, B. (2002). *Imputación objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Grijley.
- Frisancho Aparicio, M. (2015). *La Corrupción en las Contrataciones del Estado. Un análisis del delito de Colusión y Negociación Incompatible*. Lima: Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (Junio de 2016). Cuestiones generales de la imputación objetiva en el derecho penal peruano. *Aportes al Derecho Penal Peruano desde la perspectiva constitucional*(07), 99-130.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 1. Parte General*. . Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Guzmán Napuri, C. (2015). Proceso de Selección por Encargo. . N° 44. p. 147. *Derecho & Sociedad. Asociación Civil*(44), 145-153.
- Guzmán Ñapurí, C. (2011). *Tratado de la administración pública y del procedimiento administrativo*. Lima, Perú.: Ediciones Caballero Bustamante.
- Jakobs, G. (2001). *La imputación Objetiva en Derecho Penal*. Lima: Grijley.

- Jakobs, G. (2006). *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. de Manuel Cancio Mejía. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (2007). *Estudios de Derecho Penal*. España: UAM Ediciones y Editorial Civitas.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (1995). Fundamento y límites del deber de garantía del empresario. En Boe, *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boe.
- Los Alcances de la Prescripción en Delitos Funcionariales, Fundamento jurídico N° 09 del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 (06 de Diciembre de 2011).
- Maraver Gómez, M. (2009). *El Principio de Confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. (Informe presentado en la Universidad Autónoma de Madrid) España.
- Maraver Gómez, M. (2009). *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. Facultad de Derecho. España.
- Meini, I. (2003). *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (1996). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Morillas Cueva, L. (1991). *Metodología y Ciencia Penal*. Segunda Edición. Granada: Universidad de Granada.
- Morón Urbina, J. C. (2015). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Onceava Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J. C. (2016). *La Contratación Estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. . Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Nakasaki Servigón, C. (2016). Problemas procesales y penales en la aplicación del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo del artículo 399 del Código Penal. En G. Jurídica, *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Nuñez de León, C. (2011). *Delimitación de la responsabilidad del delegante a través del principio de confianza*. Tesis de pregrado. Facultad de Jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario: Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://bit.ly/2RnEuVA>
- Nuñez de León, C. A. (2011). *Delimitación de la responsabilidad del delegante a través del principio de confianza*. (Ensayo) Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá. Disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/2656>.
- Pariona Arana, R. (2015). Consideraciones sobre la Imputación Objetiva y su consolidación en el Derecho penal peruano. En I. Pacífico, *Imputación Objetiva*. Lima: Instituto Pacífico.
- Peláez Mejía, J. M. (2016-I). Configuración del principio de confianza como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, XIX(37), 15-35. Obtenido de <https://bit.ly/2qLbn2x>
- Peláez, J. M. (2016). Configuración del "principio de confianza" como criterio negativo de tipicidad objetiva. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 19(37), 15-35. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1677>
- Peña Cabrera, A. R. (2010). *Derecho Penal, parte Especial*. Tomo V. Lima: Idemsa.
- Perú 21. (16 de julio de 2014). Informe de la Procuraduría Anticorrupción, de los 1,841 alcaldes que cumplen funciones a nivel nacional 1,699 (92%) están siendo investigados por peculado de uso, malversación de fondos, negociación incompatible y colusión. *Diario Perú 21*.
- Poder Ejecutivo. (7 de Enero de 2017). Decreto Legislativo N° 1341. Modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado. *Diario el Peruano*, págs. 4-15.
- Presidencia de la República. (11 de Abril de 2001). Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General . *El Peruano*, págs. 201208-201238.
- Presidencia de la República. (13 de Agosto de 2002). Ley N° 27785. Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. *El Peruano*.
- Presidencia de la República. (4 de Julio de 2013). Ley N° 30057. Ley del Servicio Civil. *El Peruano*.

- Presidencia de la República. (11 de Julio de 2014). Ley N° 30225. Ley de Contrataciones del Estado. *Diario el Peruano*, 527446-527460. Obtenido de <https://bit.ly/U6OP9P>
- Presidencia de la República. (10 de Diciembre de 2015). Reglamento de la Ley N° 30225. Ley de contratación del Estado. *El Peruano*, págs. 568277-568325.
- Presidencia de la República. (21 de Diciembre de 2016). Decreto Legislativo N° 1272. Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y Deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. *El Peruano*, págs. 607125-607145.
- Presidencia de la República. (19 de Marzo de 2017). Decreto Supremo N° 056-2017, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF. *El Peruano*, págs. 5-50.
- Reátegui Sánchez, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Volumen 3. Lima: Ediciones Legales.
- Rodríguez Vásquez, J. (s.f.). Crónica Judicial. Caso Municipalidad Provincial de Sullana.
- Rojas Vargas, F. (2016). *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Perú: Nomos & thesis.
- Romero Aldave, A. O. (2010). *Derecho Administrativo I. Cuadernos de Derecho. UIGV. Fondo Editorial. 2010*. Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilazo de la Vega .
- Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manual A. Abanto Vásquez. Lima: Grijley.
- Salinas Siccha, REC. (2009). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Grijley.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*(14), 317-358.
- Santofimio Gaboa, J. O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. T.I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,.
- Schunemann, B. (1988). Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 412, 253.

Silva Sánchez, J. M. (2016). *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*.

Segunda Edición. Madrid: Edisofer.

Urquiza Olachea, J. (Noviembre de 1997). Dogmática Jurídico Penal.

*Dogmática Jurídico Pena*, 1(1).

Villa Stein, J. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Tercera Edición. Lima:

Grijley.

Younes Moreno, D. (2007). *Curso de derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.

# **ANEXOS**

### Anexo 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVO	INSTRU	METODOLOGIA
<p><b>GENERAL</b> ¿Cuáles son los principales criterios para la aplicación del Principio de Confianza a fin de determinar la responsabilidad de quien delega funciones en la contratación pública?</p> <p><b>ESPECÍFICOS</b></p> <p>a) ¿Cómo se viene aplicando en la jurisprudencia comparada el Principio de Confianza para la determinación de la responsabilidad de los funcionarios que delegan sus competencias en el ámbito de las contrataciones públicas?</p> <p>b) ¿Hasta qué punto es válida la invocación del Principio de confianza por parte de los altos funcionarios que delegan funciones en las contrataciones públicas?</p> <p>c) ¿Cuál es el razonamiento judicial utilizado por los jueces nacionales al apoyarse en el principio de confianza, para fundamentar la no responsabilidad penal del funcionario titular de la entidad?</p>	<p><b>GENERAL</b> Establecer criterios a tener en consideración para la aplicación o no, del Principio de Confianza en los casos que el funcionario titular de la entidad argumenta no tener responsabilidad penal en delitos cometidos en el ámbito de alguna contratación pública, por haber delegado funciones.</p> <p><b>ESPECIFICOS</b></p> <p>a) Examinar como se viene desarrollando y aplicando el principio de confianza, en la jurisprudencia extranjera, para fundamentar sus sentencias.</p> <p>b) Evitar que por la falta de criterios establecidos mediante doctrina y/o jurisprudencia nacional, respecto a la aplicación del Principio de Confianza para determinar responsabilidad en el funcionario titular de la entidad cuando pretexto haber delegado funciones en la contratación pública; éstos la utilicen como principal argumento para eludir su responsabilidad penal y a la justicia.</p> <p>c) Diagnosticar el razonamiento jurídico utilizado por los magistrados nacionales al utilizar el principio de confianza, para fundamentar la no responsabilidad penal del funcionario titular de la entidad.</p>	<p>Cuestionario</p>	<p>a) Tipo de investigación La investigación será de tipo dogmática, “La dogmática es un método de estudio e investigación jurídica y su objeto de investigación es la norma. La característica de este método jurídico (sistema) es la interpretación de la ley. La sede de la dogmática es la norma y el valor, pero no es absoluto en la medida que aceptará realidad y valor”. (Morillas Cueva, 1991, pág. 44)</p> <p>La dogmática jurídico-penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal (...) La dogmática penal penetra e indaga los fundamentos del tipo penal, como se distingue uno del otro, cuando un comportamiento es impune y cuando no, en este sentido, al señalar límites y definir conceptos se quiere una aplicación segura y calculable del Derecho penal a fin de sustraerla a la irracionalidad, arbitrariedad e improvisación” (Urquiza Olaechea, 1997)</p> <p>“La investigación jurídico-dogmática tiene dos niveles. El primero es hermenéutico y el segundo el teórico-dogmático, o simplemente: dogmático. (...) usualmente los juristas, trabajan de dos formas, las que pasaremos a describir a continuación. El primer nivel o inicial, se dedica a hacer hermenéutica (o interpretación) de las leyes, jurisprudencias, e incluso de las hermenéuticas realizadas por otros juristas. Encima de este tipo de investigación está la dogmática-teórica (...) el método dogmático trata de ir un paso más allá de la exégesis, no quedarnos en interpretaciones aisladas sino en buscar su unión” (Sánchez Zorrilla, 2011).</p>



**Anexo 02: CONSENTIMIENTO INFORMADO**



**UNIVERSIDAD NACIONAL “HERMILIO VALDIZÁN” HUÁNUCO**

**ESCUELA DE POSGRADO**

**I. DATOS INFORMATIVOS:**

**Apellidos y Nombres**.....

**Tipo de Les administrativo**.....

**TITULO DE LA INVESTIGACIÓN:**

CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN  
LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE QUIEN  
DELEGA FUNCIONES EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

**INSTRUCCIONES**

El presente instrumento está estructurado en (13) ítems a la cual usted deberá responder marcando con una X la opción que considere más pertinente, se le agradece ser lo más sincero que pueda, dejando explicito que la información suministrada será utilizada en la investigación de la maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco.

Agradezco tu participación.

**Anexo 03: INSTRUMENTOS**

<b>PREGUNTAS</b>		<b>ALTERNATIVAS DE REPUESTAS</b>				
		<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	<b>4</b>	<b>5</b>
<b>1</b>	¿Conoce usted el Plan Anual de Contrataciones en la oficina en el cual usted se desempeña?					
<b>2</b>	¿Los requerimientos de las unidades usuarias están consignados en el PAC?					
<b>3</b>	¿Revisa y confirma que el requerimiento de las unidades usuarias de bienes y servicios, se encuentren en el PAC?					
<b>4</b>	¿Cumple con los plazos señalados en la publicación del PAC en el Sistema Electrónica de Contrataciones del Estado (SEACE)?					
<b>5</b>	¿Las convocatorias se realizan de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria?					
<b>6</b>	¿El expediente de contratación contiene los documentos de adjudicación de acuerdo a cada etapa del proceso de selección?					
<b>7</b>	¿Se verifica las modificaciones del Plan Anual de Contrataciones?					
<b>8</b>	¿Tiene conocimiento de la elaboración del reglamento por el comité especial?					
<b>9</b>	¿Usted participa en la apertura de los sobres de cada proceso?					
<b>10</b>	¿En qué medida cumple el informe, que sustenta la determinación del valor referencia?					

**ANEXO 04: TABLA DE VALORACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE  
INVESTIGACIÓN SEGÚN EXPERTOS**

VARIABLE (ítems)	Respuesta positiva (1 punto)	Respuesta negativa (0 puntos)
El cuestionario permite cumplir con los objetivos de la investigación		
Existe congruencia entre el problema, el objetivo y la hipótesis de la investigación		
Las principales variables de la investigación están consideradas en el instrumento		
Los datos complementarios de la investigación son adecuados		
Están especificadas con claridad las preguntas relacionadas con la hipótesis de investigación		
El cuestionario es posible aplicarlo a otros estudios similares		
El orden de las preguntas es adecuado		
El vocabulario es correcto		
El número de preguntas es suficiente o muy amplio		
Las preguntas tienen carácter de excluyentes		

**Sugerencias:**.....

.....

.....

.....

**Experto**

## NOTA BIOGRÁFICA

### **Víctor Hugo Álvarez García**

Nació en la ciudad de Chiclayo capital del departamento de Lambayeque, hijo de Víctor Hugo Álvarez Agurto y Vicenta García Cajo, realizó sus estudios de educación primaria y secundaria en la Gran Unidad Escolar (hoy colegio emblemático) “Alfonso Ugarte” de la ciudad de Lima.

Realizó sus estudios superiores en la carrera profesional en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Particular Andina del Cusco donde obtuvo el grado académico de Bachiller en Derecho, culminando en el quinto superior de su promoción; obteniendo el título profesional de Abogado en la Universidad Particular “Alas Peruanas”.

Ha sido catedrático en la facultad de Derecho de la Universidad Particular “Andina del Cusco”, habiendo laborado en diversas entidades públicas y en los últimos nueve años en el Ministerio Público donde actualmente detenta el cargo de Fiscal Adjunto Provincial Titular Especializado en Delitos de Corrupción de Pasco;

Cuenta con más de diez diplomados de especialización en materia jurídica, gestión pública arbitraje y contrataciones del Estado, y con estudios concluidos de Maestría en la mención de Derechos Procesal Penal en la Escuela de Post Grado de la Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez” de Juliaca.

Ha realizado publicaciones de ensayos y artículos en materia jurídica como “La Prueba Indiciaria como medio para acreditar la Concertación en el Delito de Colusión Desleal (2014); Cuestiones procesales controversiales de la Prisión Preventiva (2015); así mismo, y participado en calidad de expositor en diversos seminarios y cursos organizados por universidades y entidades públicas.



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILO VALDIZÁN

Huánuco – Perú

ESCUELA DE POSGRADO

Campus Universitario, Pabellón V "A" 2do. Piso – Cayhuayna  
Teléfono 514760 -Pág. Web. [www.posgrado.unheval.edu.pe](http://www.posgrado.unheval.edu.pe)



### ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE MAESTRO

En el Auditorio de la Escuela de Posgrado, siendo las **17:00h**, del día viernes **07 DE DICIEMBRE DE 2018**, ante los Jurados de Tesis constituido por los siguientes docentes:

Dr. Amancio ROJAS COTRINA	Presidente
Dr. Edwin ESTEBAN RIVERA	Secretario
Dr. Zósimo JACHA AYALA	Vocal

**Asesor de Tesis:** Dr. Ewer PORTOCARRERO MERINO (Resolución N° 01767-2017-UNHEVAL/EPG-D)

**El aspirante al Grado de Maestro en Derecho, mención en Ciencias Penales, Don, Víctor Hugo ÁLVAREZ GARCÍA.**

**Procedió al acto de Defensa:**

Con la exposición de la Tesis titulado: **“CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE QUIEN DELEGA FUNCIONES EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”.**

Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado y público asistente.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación del aspirante al Grado de Maestro, teniendo presente los criterios siguientes:

- Presentación personal.
- Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y/o solución a un problema social y Recomendaciones.
- Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado y público asistente.
- Dicción y dominio de escenario.

Así mismo, el Jurado plantea a la tesis **las observaciones** siguientes:

Obteniendo en consecuencia el Maestría la Nota de diecisiete ( 17 )  
Equivalente a Muy Bueno, por lo que se declara APROBADO  
(Aprobado ó desaprobado)

Los miembros del Jurado, firman el presente **ACTA** en señal de conformidad, en Huánuco, siendo las 18:15 horas del 07 de diciembre de 2018.

.....  
PRESIDENTE  
DNI N° 04025628

.....  
SECRETARIO  
DNI N° 70719667

.....  
VOCAL  
DNI N° 2240718A

Leyenda:  
19 a 20: Excelente  
17 a 18: Muy Bueno  
14 a 16: Bueno

(Resolución N° 02951-2018-UNHEVAL/EPG-D)

## AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICAS DE POSGRADO

## 1. IDENTIFICACIÓN PERSONAL (especificar los datos del autor de la tesis)

Apellidos y Nombres: ALVAREZ GARCIA, VICTOR HUGO.

DNI: \_\_\_\_\_ Correo electrónico: \_\_\_\_\_

Teléfonos Casa \_\_\_\_\_ Celular \_\_\_\_\_ Oficina \_\_\_\_\_

## 2. IDENTIFICACION DE LA TESIS

	Posgrado
Maestría:	<u>DERECHO</u>
Mención:	<u>CIENCIAS PENALES</u>

Grado Académico obtenido:

MAESTRO

Título de la tesis:

"CRITERIOS PARA LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DETERMINACION DE RESPONSABILIDAD PENAL DE QUIEN DELEGA FUNCIONES EN EL AMBITO DE LA CONTRATACION PUBLICA."

Tipo de acceso que autoriza el autor:

Marcar "X"	Categoría de Acceso	Descripción de Acceso
<input checked="" type="checkbox"/>	PÚBLICO	Es público y accesible el documento a texto completo por cualquier tipo de usuario que consulta el repositorio.
<input type="checkbox"/>	RESTRINGIDO	Solo permite el acceso al registro del metadato con información básica, mas no al texto completo.

Al elegir la opción "Público" a través de la presente autorizo de manera gratuita al Repositorio Institucional – UNHEVAL, a publicar la versión electrónica de esta tesis en el Portal Web repositorio.unheval.edu.pe, por un plazo indefinido, consintiendo que dicha autorización cualquiera tercero podrá acceder a dichas páginas de manera gratuita, pudiendo revisarla, imprimirla o grabarla, siempre y cuando se respete la autoría y sea citada correctamente.

En caso haya marcado la opción "Restringido", por favor detallar las razones por las que se eligió este tipo de acceso:

Asimismo, pedimos indicar el periodo de tiempo en que la tesis tendría el tipo de acceso restringido:

( ) 1 año      ( ) 2 años      ( ) 3 años      ( ) 4 años

Luego del periodo señalado por usted(es), automáticamente la tesis pasara a ser de acceso público.

Fecha de firma: 20/11/19



Firma del autor