

# **ESCUELA DE POSGRADO NEWMAN**

**MAESTRÍA EN  
DERECHO PENAL**



**" Aplicación del principio de confianza para determinar la imputación objetiva del superior jerárquico en el delito de colusión, 2023 "**

**Trabajo de Tesis  
para optar el Grado a Nombre de la Nación de:**

Maestro en  
Derecho Penal

**Autor:**

Bachiller. Aguilar Castillo, César Rogelio

**Docente Guía:**

Maestro. Larico Portugal, Jorge Josmell

**TACNA – PERÚ**

**2023**

17%

INDICE DE SIMILITUD

17%

FUENTES DE INTERNET

3%

PUBLICACIONES

7%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

“El texto final, datos, expresiones, opiniones y apreciaciones contenidas en este trabajo son de exclusiva responsabilidad del autor”

## **Dedicatoria**

A Raúl Aguilar, mi padre, porque su experiencia y cariño guía nuestro camino permanentemente.

A mi esposa Clumilda y mis hijos Sumaq Urpi, Q'ory Coyllur, Amaru y Siwar, por su infinita paciencia y comprensión.

## **Agradecimiento**

Mi agradecimiento a los maestros del área de enseñanza jurídica Newman, con quienes nos ha tocado compartir experiencias y conocimientos que han fortalecido nuestra vocación por el derecho y la justicia.

## Índice de contenido

Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Índice de contenido.....	v
Índice de tablas.....	vii
Índice de figuras.....	viii
Resumen.....	ix
Abstract.....	x
Introducción.....	1
Capítulo I. Antecedentes del estudio.....	3
1.1 Título del tema.....	3
1.2 Planteamiento del problema.....	3
1.3 Formulación del problema.....	5
1.4 Hipótesis.....	6
1.5 Objetivos de la investigación.....	6
1.5.1 Objetivo General.....	6
1.5.2 Objetivos específicos.....	6
1.6 Metodología.....	7
1.6.1 Tipo de investigación.....	7
1.6.2 Enfoque de la investigación.....	7
1.6.3 Diseño de investigación.....	8
1.7 Justificación.....	8
1.8 Definiciones.....	9
1.9 Alcances y limitaciones.....	12
1.10 Cronograma.....	13
Capítulo II. Marco Teórico.....	14
2.1 Antecedentes de la investigación.....	14
2.1.1 Antecedentes Internacionales.....	14
2.1.2 Antecedentes Nacionales.....	17
2.2 Conceptualización de las categorías o tópicos clave.....	20
2.2.1 Aplicación del Principio de confianza en el delito de colusión.....	20
a) El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la administración pública.....	20
b) Límites al principio de confianza.....	21
2.2.2 La teoría de infracción de deber.....	22
2.2.3 Delitos especiales.....	24
2.2.4 La teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico.....	24

2.2.5 Los delitos de omisión.....	26
2.2.6 Delitos contra la administración pública.....	27
a) La Función pública.....	27
b) El funcionario público en términos penales.....	28
c) La contratación estatal.....	28
2.3 Análisis Comparativo.....	29
2.4 Análisis crítico.....	29
Capítulo III. Marco Referencial.....	33
3.1 Reseña histórica .....	33
3.1.1 Delito de colusión.....	33
3.2 Presentación de actores.....	34
3.2.1 El delito de colusión .....	34
b) Tipicidad objetiva delito de colusión simple.....	35
c) Tipicidad objetiva delito de colusión agravada.....	35
d) Circunstancias agravantes del delito de colusión.....	36
e) Instrumentos del delito.....	37
f) El bien jurídico protegido.....	37
g) Sujeto pasivo.....	38
3.2.2 Tipicidad Subjetiva.....	38
a) Autoría y participación.....	39
3.3 Diagnóstico sectorial.....	40
3.3.1. El delito de colusión y su afectación al proceso de contratación estatal.....	40
3.3.2 El principio de confianza como criterio de exclusión de la sanción penal en funcionarios de alto nivel institucional.....	41
3.3.3 El principio de confianza desde las estructuras verticales de trabajo....	42
3.3.4 La contratación estatal y las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos.....	43
Capítulo IV. Resultados y Discusión.....	45
4.1 Resultados.....	45
4.2 Discusión.....	53
Capítulo V. Conclusiones y Recomendaciones.....	58
5.1 Conclusiones.....	58
5.2 Recomendaciones.....	61
Bibliografía.....	63
Anexos.....	68

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1:</b> <i>Cronograma de actividades</i> .....	13
<b>Tabla 2:</b> <i>Análisis comparativo de las categorías</i> .....	29
<b>Tabla 3:</b> <i>Porcentaje de denuncias archivadas en Perú, Chile y Colombia</i> .....	31
<b>Tabla 4:</b> <i>Categoría 1: El principio de confianza y su aplicación en el delito de colusión</i> .....	47
<b>Tabla 5:</b> <i>Categoría 2: El delito de colusión</i> .....	49
<b>Tabla 6:</b> <i>Categoría 3: Teoría de infracción de deber</i> .....	50
<b>Tabla 7:</b> <i>Categoría 4: Teoría del dominio sobre el fundamento del resultado</i> .....	52

## ÍNDICE DE FIGURAS

<b>Figura 1:</b> <i>Casos de corrupción en trámite a nivel nacional, 2017-2020</i> .....	30
<b>Figura 2:</b> <i>Casos de corrupción en proceso a nivel nacional, 2017-2020</i> .....	31
<b>Figura 3:</b> <i>Porcentaje de denuncias archivadas en Perú, Chile y Colombia</i> .....	41
<b>Figura 4:</b> <i>Nube de palabras más utilizadas por los entrevistados</i> .....	46

## RESUMEN

La presente tesis, tuvo la finalidad de establecer la consecuencia jurídica de la aplicación del principio de confianza como herramienta de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión.

La agresión punitiva denominada colusión en sus dos modalidades ha sido considerada mayoritariamente como el quebrantamiento o la infracción de un deber, desde esta apariencia, en las relaciones verticales de autoridad o cuando éstas han delegado funciones, ante la perpetración del delito de colusión, estos solicitan su exclusión de la participación penal en mérito a la aplicación del principio de confianza.

Metodológicamente corresponde a una investigación básica, pura o teórica, presenta un enfoque cualitativo, de diseño fenomenológica, no experimental.

Para la realización de la tesis, se contó con el apoyo de 12 profesionales mayoritariamente dedicados al derecho penal y algunos a la administración pública de la ciudad de Arequipa, a quienes desde este espacio agradecemos su tiempo, experiencia y conocimientos, gracias al cual se logró un resultado deseado, pertinente y adecuado al tema de estudio propuesto.

Los hallazgos fueron generados por medio del uso de técnicas de entrevista los que nos permitieron conocer, la experiencia, conocimiento y entendimiento del tema que poseen cada uno de los participantes y el tratamiento jurídico del delito de colusión, entendido éste, como uno de los delitos contra la gestión estatal de segunda mayor reiteración delictiva.

Se concluye que el uso del principio de confianza en el delito de colusión, aplicado desde la perspectiva de delito de infracción de deber, no sanciona efectivamente al superior jerárquico, ante la delegación de funciones o ante la falta de supervisión y cuidado de la fuente de peligro, motivo por el cual se formula, la necesidad de reorientar el título de reproche del delito de colusión con relación a los funcionarios públicos de mayor poder ejecutivo o autoridad, en base a los criterios de la fragilidad del bien jurídico.

**Palabras clave:** Delito de colusión, principio de confianza, dominio sobre el fundamento del resultado, comisión por omisión.

## ABSTRACT

The purpose of this thesis was to establish the legal consequence of the application of the principle of trust as a tool of objective imputation, in the prosecution of the hierarchical superior for the crime of collusion.

The punitive aggression called collusion in its two modalities has been considered mostly as the breach or infraction of a duty, from this appearance, in vertical relations of authority or when they have delegated functions, when faced with the perpetration of the crime of collusion, they request their exclusion from criminal participation due to the application of the principle of trust.

Methodologically it corresponds to a basic, pure or theoretical research, it presents a qualitative approach, with a phenomenological, non-experimental design.

To carry out the master's thesis, we had the support of 12 professionals mostly dedicated to criminal law and some to the public administration of the city of Arequipa, to whom in this space we thank their time, experience and knowledge, thanks to which A desired result was achieved, relevant and appropriate to the proposed topic of study.

The findings were generated through the use of interview techniques which allowed us to know the experience, knowledge and understanding of the subject that each of the participants have and the legal treatment of the crime of collusion, understood as one of the crimes against the state management of the second largest criminal repetition.

It is concluded that the use of the principle of trust in the crime of collusion, applied from the perspective of the crime of violation of duty, does not effectively sanction the hierarchical superior, due to the delegation of functions or due to the lack of supervision and care of the source of danger, which is why it is formulated, the need to reorient the title of reproach of the crime of collusion in relation to public officials with greater executive power or authority, based on the criteria of the fragility of the legal asset.

**Keywords:** Crime of collusion, principle of trust, control over the basis of the result, commission by omission.

## INTRODUCCIÓN

La corrupción en un sentido jurídico, afecta de manera sustancial la existencia del estado y las expectativas, que la ciudadanía tiene en las instituciones estatales y sus representantes, así como en la organización de actividades y servicios que nuestro sistema denominada administración pública.

Las infracciones contra los estamentos del gobierno estatal en el marco normativo punitivo peruano consideran que el sujeto de la infracción puede ser únicamente quien posee la condición de servidor o funcionario público, irrogado con la prerrogativa contemplada en un manual de ordenamientos que regulan sus funciones o en un estatuto laboral, haciendo referencia al cargo que ostentan. Visto de esta manera, se tiene la sensación que las entidades públicas (ministerios, municipalidades y gobiernos regionales) de dirigen de manera automática, solo con el comportamiento individual, necesario y estipulado en el título habilitante de cada agente estatal o servidor público. La realidad se encarga de demostrarnos, que en esencia, la mayor parte de los delitos cometidos por dependientes estatales vienen incentivados o de manera propia, desde el poder político, desde la persona que asume la mayor autoridad.

De acuerdo a la nota de prensa N° 096/OCII/DP/2021, realizado por la Defensoría del Pueblo, se tiene que el delito de mayor incidencia delictiva contra la gestión pública es el delito de peculado con un 34% (al tiempo del informe se refiere a 9297 casos) seguido del delito de colusión con un 21 % de casos (a la fecha del informe se refiere a 5696 casos), se puede resaltar que el delito de colusión es el segundo quebrantamiento con mayor reiterancia delictiva en nuestro país.

Con relación a las entidades afectadas por la comisión de estos delitos se tiene

que un 30% de casos corresponden a las municipalidades distritales y en 13% tanto a las instituciones ministeriales, regionales, así como, a las instituciones locales, llámese provinciales o distritales.

Ante tan alarmante y continuo crecimiento delictual, tal vez resulte necesario analizar, si el derecho penal puede exigir a las autoridades de mayor nivel y jerarquía de una entidad pública, mayor responsabilidad en la observancia de sus funciones hasta hacerles cargo por sus conductas omisivas.

De tal manera, que en el presente estudio se busca permitir el debate de la conveniencia o no de considerar a los delitos contra la administración pública en su sentido de delitos de infracción de deber, por lo menos respecto al superior jerárquico o bien cabría determinar que los ejecutivos públicos de mayor jerarquía desplieguen un deber de garante desde a la asunción del cargo frente a las responsabilidades propias de la administración pública, desde la defensa del bien jurídico, así como del cuidado de la fuente de riesgo, en la que consideramos se encuentran, constantemente expuestas las instituciones del estado.

Con esta finalidad se ha estructurado la investigación en los apartados siguientes: Capítulo I, presentamos estudios anteriores referenciados, que comprende el tema de la investigación, el planteamiento del problema, la hipótesis, los objetivos, la metodología empleada, su justificación, así como las definiciones, alcances y limitaciones del estudio. Capítulo II, comprende el desarrollo del marco teórico, considerando los antecedentes, bases teóricas, y el análisis comparativo y crítico de las bases teóricas. Capítulo III, se ha elaborado un marco referencial del estudio y los actores y el diagnóstico sectorial. Capítulo IV, presenta los resultados y su correspondiente discusión, para culminar en el capítulo V, donde presentamos las conclusiones y recomendaciones.

## **Capítulo I**

### **Antecedentes del estudio**

#### **1.1 Título del tema**

Aplicación del principio de confianza para determinar la imputación objetiva del superior jerárquico en el delito de colusión, 2023

#### **1.2 Planteamiento del problema**

Constituye una preocupante necesidad y una justa aspiración de la sociedad de contar con instituciones estatales y autoridades que, en todos los niveles, ejerzan su cargo en condiciones que propicien el bienestar de la población, el mismo que se vería reflejada en la intervención eficiente y adecuada de los servicios a su cargo, tanto de servidores y funcionarios públicos de la administración nacional como de las administraciones regionales y locales.

Esta aspiración legítima de la población se ve muchas veces defraudada, cuando estos servidores y funcionarios públicos incurren en contravenciones que afectan el adecuado y normal marcha de la administración pública, así mismo, la confianza ciudadana hacia sus autoridades.

Teniendo en cuenta a Marín (2004), la corrupción afecta de manera considerable el funcionamiento del estado, por lo que debe ser tratado como un problema político, además de tener en cuenta sus dimensiones ética y social. Sin embargo, dada la especialización de la materia del presente estudio, nos referiremos a la corrupción, únicamente en su dimensión jurídica.

Para la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, la corrupción se delimita como:

*“El mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido; económico, no económico o ventaja; directa o indirecta; por agentes públicos, privados o ciudadanos; vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales”.*

En el Código Penal peruano, se halla contemplado los denominados “delitos contra la administración pública” en el que se considera autor, a la persona que teniendo un deber especial los infringe o incumple por acción u omisión, poniendo de esta manera en peligro un bien jurídico.

Para Salinas (2016), la autoría en los delitos especiales “no hace cargo” a cualquier persona, sino solo a aquellas que se encuentran calificadas con un “deber especial con connotación penal”. Por tanto, tienen la posibilidad de ser autores de los delitos especiales solo los sujetos que se encuentran premunidas de tales situaciones personales que el tipo penal señala.

El fundamento de derecho, número tercero, de la Casación N° 2587-2021/Lima Norte, considera como infracción del deber a las conductas cuya autoría corresponde a quien abusa o relega, desatiende, el deber especial que se manifiesta de su papel funcional y su obligación de privilegiar el interés público, este quebrantamiento de su deber, ocasiona la lesión típica o puesta en peligro del bien jurídico.

Según García (2020), la transgresión punitiva de colusión es uno de infracción de deber que afecta al agente público que tiene la obligación positiva de resguardar los intereses patrimoniales de la entidad estatal en los procedimientos normados de la contratación estatal, ello lo convierte en autor directo, cuando este funcionario concierta con el particular interesado.

Se puede observar que de manera mayoritaria tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se prefiere utilizar la teoría de infracción del deber en la sanción de los delitos funcionariales como en la cuestión del delito de colusión; sin embargo, se debe

tener en cuenta que en la actualidad las entidades estatales tienen una estructura empresarial, con un orden jerárquico vertical e identificable de quien ostenta el control de la institución estatal, es decir, tiene una autoridad máxima que es el responsable del funcionamiento general de la institución a su cargo. Ciertamente que, por la complejidad de la entidad estatal, en muchas ocasiones, se ve obligado a delegar responsabilidades en funcionarios de menor jerarquía, pese a ello, subyace su función de supervisión y vigilancia respecto a sus delegados.

La realidad problemática del presente trabajo lo constituye la invocación del principio de confianza en aplicación normativa de la teoría de infracción del deber, que excluye a funcionarios de mayor jerarquía de una institución estatal de su responsabilidad y de su calidad de autor por haber cometido el delito de colusión; ciertamente se reconoce que la máxima autoridad tiene un rol que le exige ser garante de un bien vulnerable y por tanto una obligación de control y supervisión para su adecuado y correcto funcionamiento, sin embargo en aplicación de la teoría de infracción del deber, su participación se limita a ser considerado cómplice.

### **1.3 Formulación del problema**

El problema que planteamos en la actual investigación es el siguiente, PG: ¿De qué manera repercute jurídicamente la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión en el Perú al año 2023?

En lo relacionado a los problemas específicos formulamos los siguientes:

PE1: ¿Cuál es la base teórico-jurídica que sustenta la aplicación del principio de confianza en el delito de colusión en el Perú?

PE2: ¿De qué manera la vulnerabilidad del bien jurídico obliga al superior jerárquico

a ostentar su posición de garante frente a la administración pública?

#### **1.4 Hipótesis:**

La preparación de la presente tesis permitió una proposición de solución proyectada o Supuesto General, SG: La aplicación del principio de confianza en el juzgamiento de funcionarios de alto nivel jerárquico por el delito de colusión, desde la perspectiva de la teoría de infracción del deber, es contrario al deber de garante exigible por la mayor responsabilidad asumida, así como, al dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico encargado.

Siguiendo a Malegarie & Fernández, 2016, plantean que, en la investigación cualitativa, las hipótesis constituyen sospechas del rumbo posible de una investigación cuya aparición puede surgir en cualquier etapa del proceso investigativo.

#### **1.5 Objetivos de la investigación**

##### **1.5.1 Objetivo General:**

OG: Determinar la consecuencia jurídica de la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión en el Perú al año 2023.

##### **1.5.2 Objetivos específicos:**

OE1: Establecer la base teórica que fundamenta jurídicamente la aplicación del principio de confianza en el delito de colusión en el Perú.

OE2: Identificar los supuestos en los cuales la vulnerabilidad del bien jurídico obliga al superior jerárquico a ostentar su posición de garante frente a la administración pública.

## **1.6 Metodología:**

### **1.6.1 Tipo de investigación**

La tesis materia de investigación es de tipo básico, en palabras de Muntane (2010), también puede ser denominada pura, teórica o dogmática, dado que está referida a la creación de nuevos conocimientos desde el estudio de un marco teórico.

### **1.6.2 Enfoque de la investigación**

El enfoque que se presenta es de tipo cualitativo, en palabras de Hernández, Fernández y Baptista (2014), requiere de procesar, recolectar y sistematizar datos para precisar las preguntas aplicables al inicio del estudio o producir nuevas interrogantes como parte del proceso de interpretación.

Bryman (2004), hace notar que en la investigación cualitativa tiene importancia la recolección de datos, que pueda realizarse con instrumentos como la entrevista, observación, documentos, imágenes, grabaciones de audio y otros, en contraste de la investigación cuantitativa en la que su fundamento son los resultados numéricos. Es cualitativa la investigación que estudia los atributos de las acciones, relaciones, argumentos, medios, materiales o instrumentales en un determinado escenario o problema. Es así que gestiona una descripción holística del hecho investigado, para intentar analizar de manera integral, con supremo detalle y cuidado, un asunto o actividad en específico.

Ciertamente difiere de los saberes descriptivos, correlacionales o experimentales, más que en establecer la correspondencia de causa y efecto de dos o más variables, en el interés de la investigación cualitativa de obtener el conocimiento de la dinámica del hecho o la ocurrencia de la causa que se da en el asunto o problema.

### **1.6.3 Diseño de investigación**

El diseño que presenta la investigación es fenomenológico y no experimental.

Es fenomenológico porque el delito de colusión y el tratamiento a su autor, es un fenómeno social, que trasciende la vida política, económica y jurídica de una ciudad, un país e incluso más allá de sus fronteras, en tal sentido los entrevistados con su participación aportaran sus conocimientos, apreciaciones e ideas desde la experiencia generada por los hechos jurídicos observables.

Es no experimental, puesto que se fundamentó en el conocimiento, interpretación y observación de los instrumentos aplicados a los entrevistados, que permitieron la observación del fenómeno jurídico en circunstancias naturales para ser analizado posteriormente.

### **1.7 Justificación**

La investigación realizada encuentra su justificación en mérito a que el principio de confianza se considera un modo de los juicios de exclusión de la responsabilidad penal del delito de colusión, en relación de la calidad de autor, aplicado a funcionarios con mayor nivel de autoridad, sobre todo cuando se delegan funciones que estos proveen a sus subordinados y en aplicación de la teoría de infracción del deber, se limita la responsabilidad del autor en función de un rol contemplado en una norma extrapenal, tendencia jurídica de aceptación mayoritaria en nuestro país.

La presente tesis se justifica teóricamente porque pretende generar y ampliar conocimientos científicos en relación a la aplicación del principio de confianza en el delito de colusión realizados por servidores y funcionarios estatales a partir la aplicación de la teoría de infracción del deber. Así es necesario generar conocimientos en correspondencia al deber de garante del superior jerárquico y la

potestad del agente en la vulnerabilidad del bien jurídico a su cargo, analizando su pertinencia doctrinaria y jurisprudencial, los que pueden orientar su aplicación en posteriores decisiones jurisprudenciales, o la realización de futuros estudios.

En lo social tiene relevancia, porque la afectación a las entidades del estado tiene una connotación social, aunado a ello, los pronunciamientos judiciales respecto al actuar o no actuar de sus máximo funcionarios y a las sanciones que se establecen para estos, generan en la población la confianza o desconfianza en el sistema jurídico y en general de nuestra democracia.

Desde una visión práctica o de aplicación, la presente investigación es relevante por cuanto son varias las oportunidades en que las decisiones judiciales eximen de responsabilidad al superior jerárquico, o por lo más se les considera cómplices del delito, en mérito a la aplicación del principio de confianza, lo que, desde un cambio de paradigma, por ejemplo, a partir de la representación de la teoría de los bienes jurídicos, podría obligar a los funcionarios de mayor responsabilidad a asumir su rol con el cuidado que requiere la entidad estatal y su patrimonio.

La importancia metodológica de la investigación está relacionada con la rigurosidad que requiere la credibilidad y transferibilidad, propios de una investigación cualitativa.

## **1.8 Definiciones**

*Riesgo permitido*: Como dice el profesor Caro (2023), se puede definir el riesgo permitido como el ámbito de desenvolvimiento de las personas, donde normativamente se han establecidos los límites de su libertad de acción. En tal razón, quien actúa en los límites de tal contorno, no puede asumir la responsabilidad de la comisión del delito.

*(...)“funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”,*

*cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.*

*Administración pública:* El estado debidamente organizado, requiere satisfacer las demandas de la población por lo que crea áreas específicas de representación para que los ciudadanos accedan a sus servicios, en tal sentido, se denomina administración pública a la entidad sector o parte del estado que provee o recepciona recursos patrimoniales de cualquier índole, para la prestación de obras, servicios y actividades básicas en asistencia de su población.

*Contratación estatal:* Se consideran contratos estatales a los actos jurídicos que celebran los entes del estado con el propósito de procurarse bienes, servicios u obras, con condiciones que permiten mejorar las situaciones de necesidad poblacional y la calidad de vida de los pueblos.

*Corrupción:* La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (2018), refiere que la corrupción es el arbitrario uso del poder público de un servidor o funcionario público, cuando pretende, en provecho propio generar detrimento a la administración del estado, dañando su estructura y afectando los principios éticos y morales de la función oficial.

*Deber de garante:* A juicio de lo señalado en la Casación N° 706-2018/Madre de Dios, el deber de garante es la condición especial, que obliga la asunción de deberes especiales al agente, en la defensa de bienes jurídicos afectados.

*Delito de colusión:* Como expresa Urquiza (2017), nombrando a Abanto Vásquez, el delito de colusión esta referido a una “concertación” o un “acordar para defraudar” que realiza en funcionario público en representación del estado en menoscabo del interés estatal.

*Delitos de comisión por omisión:* De conformidad a la casación N° 725-2018/Junín, constituyen delitos de omisión cuando al garante le corresponde la exigencia de evitar el resultado.

*Dominio de la vulnerabilidad del bien jurídico:* De acuerdo al planteamiento de Schunemann (2009), desde un enfoque del supuesto de los bienes jurídicos, la comisión del delito no requiere una exteriorización del daño cuantificable o medible debido a su naturaleza, dado que es el menoscabo del respeto a los deberes asumidos, lo que lesiona el bien jurídico.

*Extranei:* Se denomina “extranei” a los sujetos que participan en delitos de los cuales no tienen competencia como en las situaciones presentadas en los delitos contra la administración pública, en tales casos su participación tiene la calidad de cómplice, debido a su colaboración en actos específicos del delito.

*Funcionario público:* La Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificado por el Estado peruano, mediante D.S. N° 012-97-RE, en su artículo I, manifiesta una definición de funcionario público:

*“(…) cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.*

*Imputación objetiva:* Desde la posición de Villavicencio (2006), la imputación objetiva diseña sus características de una teoría de la conducta típica, cuya aplicación en la jurisprudencia peruana permite analizar la conducta del agente más allá de la imputación del resultado que esta produzca.

*Interés colectivo:* El interés colectivo está relacionado con los derechos de los ciudadanos, que en conjunto corresponden a todos los ciudadanos que integran una

población, los mismos que se encuentran unidos política, social y jurídicamente.

*Intranei:* Es el sujeto obligado con una función específica y un deber especial, es decir el funcionario o servidor público habilitado para tal fin.

*Principio de confianza:* De acuerdo a Jacobs (1997), el comportamiento humano se une en un tejido social con reparto de trabajo, donde no necesariamente es el rol del ciudadano intervenir permanentemente en las actividades de los demás.

*Recurso de Casación:* Es un recurso singular, que el interesado, somete a la Corte Suprema de Justicia del Perú, para pretender que las resoluciones del órgano jerárquico jurisdiccional inmediatamente inferior, puedan declararse nula, modificarse o dictarse nuevamente otra resolución, encontramos su amparo en el artículo 427 del Código Procesal Penal peruano.

*Servidor y funcionario público:* De lo señalado en el artículo 425 del Código Penal, se precisa a quienes corresponde denominar servidor y funcionario público; siendo estos los que se encuentren en los alcances de la carrera administrativa, así como los que asumen obligaciones políticas o de confianza inclusive los que resultan de la elección popular.

## **1.9 Alcances y limitaciones**

La tesis que se presente se realizó con la técnica de recolección de datos de la entrevista aplicado a doce profesionales del derecho de la ciudad de Arequipa: tres catedráticos de la especialidad de universidades reconocidas, seis abogados litigantes penalistas y tres funcionarios públicos.

El instrumento utilizado consistió en una guía de entrevista semiestructurada, organizado en doce preguntas, con el contenido temático del presente trabajo de investigación.

Las limitaciones están relacionadas al interés del tema, a su conocimiento y

disponibilidad del tiempo por parte de los profesionales involucrados en la realización del presente estudio.

### 1.10 Cronograma

**Tabla 1**

*Cronograma de actividades*

ACTIVIDADES	2023			2024			
	octubre	noviembre	diciembre	enero	febrero	marzo	abril
1. Elaboración del proyecto	x	x					
2. Preparación y creación de las Técnicas y los instrumentos		x					
3. Recolección de datos		x	x				
4. Procesamiento de los datos			x	x			
5. Analizar e interpretar los resultados					x	x	
6. Elaborar el informe final					x	x	
7. Entrega del Informe final							x

*Nota:* La tabla muestra el progreso de actividades para la realización de la tesis.

## **Capítulo II**

### **Marco Teórico**

#### **2.1 Antecedentes de la investigación**

##### **2.1.1 Antecedentes Internacionales**

Aguilar (2019), en su trabajo de investigación cuyo objetivo fue analizar, estudiar y criticar casos prácticos, procedimientos y normativa que demuestra la urgencia de implementar nuevos mecanismos en la prevención y sanción de la corrupción en México, con la finalidad de evitar la impunidad; concluye que la corrupción es una herencia funesta desde los inicios de la colonización, que se ha enraizado en el modo de vida de la ciudadanía lo que contribuye al menoscabo cívico y moral de la población, afianzado por las inconductas de las élites gobernantes que han utilizado la política y el derecho, en beneficio propio y en desmedro de un combate real de la corrupción sobre todo al interior de la administración pública.

Álvarez (2019), buscó determinar cómo están diseñados las políticas criminales que buscan prevenir y sancionar la corrupción que se desarrolla en la administración pública, en España, dado que en democracia, la gestión de la administración pública crea una posición de privilegio, sea por que ocupa el cargo público o por su capacidad de decisión, cuya actuación corrupta, en términos jurídicos, atenta contra la confianza ciudadana, instrumentalizando al estado como medio de satisfacer intereses privados; en la conclusión de su investigación afirma que las conductas delictivas de quienes tienen tal posibilidad, afecta a todos los poderes públicos en su correcto funcionamiento destinado a proteger las interacciones entre los ciudadanos y la administración para que ésta cumpla a cabalidad sus deberes prestacionales, lo que

permite que los ciudadanos interactúen y se desarrollen con libertad en el marco jurídico de la democracia, la misma que tiene a la vez, la función de velar la libertad del funcionario público para que el mismo dirija su actuación hacia el interés general.

Ávila (2016), en su trabajo de investigación referido a la Colusión en la Contratación Pública en Ecuador, en la parte conclusiva refiere que la colusión en la esfera de las adquisiciones públicas es un pacto que reprime, limita e inutiliza la libre competencia desde el momento en que se acuerdan los precios, o se distribuyen las adjudicaciones mediante el direccionamiento del mercado. Para la autora, la afectación de esta conducta está relacionado con el mercado, la libre competencia, así como con la administración estatal y la ciudadanía; tanto así que lesionan incluso la gobernabilidad de un país, cuando se celebran contratos de gran envergadura, siendo necesario la intervención y control oportuno de las instituciones correspondientes.

Lombana (2013), en la investigación que tuvo como objetivo principal generar reflexiones sobre las fórmulas tipificadoras de las infracciones de cohecho y tráfico de influencias aplicado en la delimitación del injusto penal en concordancia a los dictámenes de orden constitucional y legal de la administración pública de España, arribó a la conclusión que los delitos que atentan contra la administración pública no deben se deben considerar únicamente los delitos de infracción de deber, por cuanto la aplicación de este razonamiento excluiría de la comisión del delito a un grupo importante de sujetos solo por la naturaleza institucional de su deber, si bien, el autor considera que la infracción del deber constituye un elemento significativo en la determinación de la responsabilidad penal, sin embargo, considera que ésta resulta insuficiente cuando corresponde determinar la responsabilidad penal del “*extranei*”, que acredita su participación en la comisión del delito, por cuanto no le corresponde

la infracción de algún deber.

Singaña (2019), en su investigación que tuvo como objetivo establecer los fundamentos valorativos y de discernimiento de la posición de garante en el desempeño de la obligación adquirida frente a bienes jurídicos en el ámbito penal en el Ecuador; concluyó que la posición de garante es necesario en el ámbito penal para asegurar que el obligado cumpla con un deber, así como la posibilidad de prevenir un hecho dañoso por la realización o no de un acto, siendo esto así, será susceptible de encarar su responsabilidad penal. Así mismo, determinó que el principio de confianza es una expectativa ciudadana que tiene su base en la buena fe y en el actuar conforme a las normas; por este principio, se entiende que cada ciudadano actúa con el cuidado debido que le permite evitar resultados lesivos, no obstante, la aplicación del principio de confianza no debe tomarse como un instrumento que permita eludir la acción de la justicia.

Maraver (2007), en su trabajo de investigación que tuvo como fundamento analizar las bases del principio de confianza y los alcances de su aplicación en el derecho penal español, delimitando sus criterios en la importancia del deber objetivo de cuidado; sus conclusiones fundamentan que por el principio de confianza cada sujeto es responsable por su actuar propio y no por las actuaciones de otros; el autor denomina "*principio de autorresponsabilidad*" a la demarcación de la actuación del sujeto dentro de su esfera de responsabilidad, en tal razón, se le debe excluir de los riesgos que correspondan a la responsabilidad de terceros. Esta delimitación de responsabilidad está relacionada con el deber de cuidado o la posición de garante que el sujeto ostenta en relación al riesgo que se representa como parte del ámbito de su actuación.

### **2.1.2 Antecedentes Nacionales**

Alcedo (2022), en la presentación de su trabajo de investigación que tuvo el propósito de analizar los problemas que genera la aplicación del principio de confianza en delitos cometidos por altos funcionarios contra la administración pública, concluye que el principio de confianza como postulado de la imputación objetiva no debe ser excluido en su aplicación contra los delitos que se persiguen por corrupción de funcionarios, en razón a la división de trabajo y especialización en el que esta imbuido la estructura compleja de la administración pública, sin embargo, su uso deber ser excepcional teniendo en cuenta sobre todo los deberes positivos, vinculados a deberes que obligan al control y vigilancia, de aquellos funcionarios que ocupan cargos de alta jerarquía, lo que no sucede con los estratos medios e inferiores de la administración, a quienes se les está permitido confiar en el actuar regular de otros funcionarios, para quienes, según el autor, es lícito defenderse con la aplicación del principio de confianza.

Contreras y Mariños (2021), en su trabajo de investigación que tuvo como meta determinar la necesidad de propuestas nuevas en la aplicación del principio de confianza, que delimite adecuadamente la infracción penal de la colusión en la responsabilidad penal de funcionarios públicos; metodológicamente se aplicó una investigación de enfoque cualitativo, de diseño descriptivo, propositivo, para arribar a las conclusiones siguientes:

- El principio de confianza es un instrumento de la imputación objetiva permite definir el compromiso penal del autor en función a la producción e incremento del riesgo permitido, siendo así, que no habrá sanción para quien ejerce su función dentro de los parámetros del riesgo permitido, lo contrario sucederá

con quienes defrauden la confianza y la expectativa que la sociedad y el estado, le confiaron.

- Los juicios de estudio del principio de confianza, en los procesos por el delito de colusión, de acuerdo al autor, son insuficientes, por lo que se hace necesario aplicar nuevos criterios que sancionen efectivamente a funcionarios públicos con cargos importantes investigados por el delito de colusión.

Gutiérrez y Valenzuela (2022), en su investigación buscaron determinar la correspondencia entre el principio de confianza y los delitos de corrupción de funcionarios con la imputación objetiva; para ello realizaron un trabajo de investigación de enfoque cualitativo, con diseño de teoría fundamentada utilizando la guía de entrevista; concluyeron que la aplicación del principio de confianza en los delitos funcionariales guardan relación con el momento de creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado cuya atribución de responsabilidad penal incumbe a quien le corresponde la competencia. Así mismo, los autores señalaron, que en la legislación nacional no existe un pronunciamiento uniforme, debido a la falta de desarrollo legislativo sobre este tópico jurídico aunado a la débil o escasa base jurídica que proporciona la jurisprudencia y doctrina nacional.

Felix (2021), en la presentación de su tesis se propuso determinar la atribución del causalismo y la imputación objetiva en las sentencias de colusión en los juzgados unipersonales de Moyobamba 2020, para lo cual el autor desarrolló un trabajo de averiguación de enfoque cualitativo, y de diseño de teoría fundamentada; manejó la técnica de análisis de documentos y el instrumento de guía de análisis de documentos; en la parte conclusiva sostiene que en el pronunciamiento judicial en los delitos de colusión tanto condenatorios como absolutorios en un primer momento de la imputación se realiza en base a criterios de causalidad, y que por lo general en un

segundo momento del pronunciamiento se evalúan discernimientos de imputación objetiva entre los cuales encontramos el principio de confianza.

Mendoza (2016), en la presentación de su trabajo de investigación tuvo como motivo demostrar la eficacia del dominio (real) para delimitar la responsabilidad penal de funcionarios públicos de alto nivel a diferencia del criterio de infracción de deber que selecciona el poder punitivo sancionando únicamente a los funcionarios de menor nivel jerárquico; la investigación fue de tipo básica, de diseño descriptivo, explicativo y constructivo, y con la utilización de la técnica de recolección de datos bibliográficos y sentencias; el autor concluye su investigación destacando que si bien la teoría del dominio del hecho es insuficiente para su aplicación, en los delitos funcionariales, esto no es motivo para que se aplique sin cuestionamientos la teoría de infracción de deber, teniendo en cuenta los siguientes fundamentos para tal afirmación: i. La aplicación de la teoría de infracción de deber distingue dos autores, uno que posee el dominio y otro que infracciona su deber. ii. La teoría de infracción de deber conduce a la teoría unitaria de autor, porque no permite la diferencia entre autor y partícipe. iii. El fundamento de la norma extrapenal para la verificación de la conducta competencial del funcionario o servidor público, afecta el principio de legalidad. iv. La infracción del deber excluye la posibilidad de tentativa y determina que todos los delitos especiales son delitos de mera realización. v. Es redundante que la infracción de deber sea el fundamento de la autoría, cuando en los tipos penales se señala que el sujeto activo del delito es quien ejerce “en razón de su cargo”. En ese orden de ideas, el autor considera que es necesario redefinir el criterio delimitador del compromiso penal de los funcionarios públicos en razón del “dominio sobre el fundamento del resultado”, porque establece límites más reales, relacionado con un actuar final y funcional del servidor o funcionario público.

## **2.2 Conceptualización de las categorías o tópicos clave:**

### **2.2.1 Aplicación del Principio de confianza en el delito de colusión**

#### **a) El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la administración pública.**

De conformidad a la Casación N° 23-2016-Ica, se tiene en cuenta que únicamente la valoración de un resultado dañoso a un bien jurídico penalmente importante, no es mérito suficiente para atribuir una responsabilidad penal. Siguiendo los lineamientos de la imputación objetivo, resulta fundamental realizar un análisis profundo desde los institutos nombrados, como riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso, así como verificar la causa provocada por la propia víctima. En el desarrollo de la casación encontramos una interesante comparación de las entidades públicas con las estructuras empresariales, con niveles de organización y con atribuciones de competencia señalados en manuales o reglamentos de organización laboral.

Siguiendo a Caballero (2020), el fundamento de separación o segmentación de cada puesto de trabajo es lo que da existencia al principio de confianza, premunido, además, que en el cumplimiento de sus roles cada ciudadano cumplirá las expectativas fijadas en él.

Desde la perspectiva de la Casación N° 23-2016-Ica, destaca que los funcionarios de mayor responsabilidad institucional no tienen la obligación de vigilar o controlar el trabajo o función de sus subordinados, es necesario que deba presumirse que cada agente cumplirá su competencia de acuerdo a las funciones asignadas.

Asimismo, en la Casación N° 102-2016-Lima, en el considerando décimo sexto, plantea que la teoría de la imputación objetiva permite la restricción de la imputación penal, en aplicación de uno de sus elementos definidores como es el principio de

confianza, por medio del cual se tiene por sabido que las normas sociales y jurídicas son de pleno conocimiento y cumplimiento por parte de los ciudadanos; los que deberán ajustar su comportamiento de acuerdo al rol que le corresponde en la relación social; por consiguiente, afirma el tribunal, no corresponde la imputación cuando la conducta del sujeto se ha realizado en la confianza que los demás ajustarán su actuar intrínsecamente en los límites del riesgo permitido.

El pronunciamiento de la Corte Suprema - Nulidad N° 449-2009 (relacionado a la periodista Magaly Medina), presenta un razonamiento contrario al referirse a la responsabilidad que debe asumir un superior jerárquico, hace un análisis de las organizaciones cuya división de trabajo se prepara de manera vertical, en esta ocasión el tribunal deja sentado que frente a una mayor responsabilidad funcional concurre una mayor exigencia de control con respecto a sus subordinados.

En un razonamiento similar, el pronunciamiento de la Casacional N° 1546-2019-Piura, señala que no es aplicable el principio de confianza en el delito de colusión cuando se evidencia que el sujeto interviniente defrauda con su conducta la expectativa normativa; más aún cuando se trata del máximo dirigente institucional, (en el presente caso el alcalde) a quien se le exige funciones de control, supervisión y vigilancia, por lo menos de los altos funcionarios, esto en cumplimiento de su deber de garante.

#### **b) Límites al principio de confianza**

En la Nulidad N° 1865-2010-Junín, se afirma que el principio de confianza es una herramienta jurídica de gran importancia y utilidad para excluir del encargo penal a determinada persona, sin embargo, su aplicación obliga al juzgador a tener en cuenta los siguientes límites:

**c) Primer límite:** No es de aplicación el principio de confianza si el agente tiene conocimiento o evidencia que el actuar del otro contraviene o podría contravenir las normas, aplicado por ejemplo a la supervisión que se exige al superior dado la menor preparación y experiencia del subordinado.

**d) Segundo límite:** Se refiere a que no se puede aplicar el principio de confianza por el comportamiento imprudente de quien se halla en la confianza del cuidado de otro.

### **2.2.2 La teoría de infracción de deber**

La dogmática peruana ha sabido nutrirse, a veces de cualquier manera, de planteamiento jurídicos desarrollados en otros países, de los cuales destacamos la gran influencia del derecho alemán, como dice Abanto (2004), al referirse a los denominados delitos de infracción de deber, considera que su aparición en el quehacer académico jurídico peruano, se debe al aporte del profesor alemán Claus Roxin, en las proximidades del año 1963, con motivo de la presentación de su tesis doctoral, con la denominación de “autoría y domino del hecho” que fue popularizándose hasta llegar a nuestros días. En adaptaciones de posteriores ediciones, siempre sobre la base de la obra de Roxin, refiere que debe diferenciar el criterio de imputación penal para los delitos que no son de dominio del hecho, sobre la infracción de un deber especial de connotación extrapenal.

En el avance del desarrollo social se fueron advirtiendo que no todos los tipos penales correspondían a los denominados delitos de dominio, dentro de los que se encuentran aquellos donde el autor ostenta una responsabilidad en mérito a sus deberes.

En palabras de Caro (s/f), el obligado a un deber será siempre autor, no siendo importante el dominio que sobre el hecho tenga; llevado a la esfera de la

administración pública es pasible de sanción el portador del deber estatal por la infracción al correcto ejercicio de la administración pública.

Roxin (1997), considera que la teoría de la infracción de deber, atañe a un sujeto cualificado cuya obligación es no infraccionar deberes, por tanto, tiene una vinculación propia con el cargo asumido, en este entender los otros agentes que intervengan en el cometido de un delito serán considerados extraños o participes y no autores de la infracción del deber, que le es posible únicamente al legitimado para ello. En una idea similar Jakobs (2003), agrega que la infracción de deber se hace notoria o es visible penalmente cuando el agente no cuida o valora un deber inherente al cargo, siendo esta la vinculación que lo convierte en autor, más no así otros aspectos como la voluntad o el dominio del hecho, y con mayor razón delimita la intervención de los otros no vinculados al estado o en quienes no corresponde un ese vínculo especial, a quienes les corresponde una participación particular o de *extraneus* es decir el de complicidad. A juicio de Sánchez (2002), el sujeto se encuentra vinculado al estado a través de sus bienes, situación que le confiere un status especial, que se ve infringido personalmente y con la contribución del *extraneus* o el particular.

En esta relación de ideas, los delitos contra la administración pública, socava nuestro orden constitucional, engendra corrupción y afecta de manera directa la economía de nuestro país, en detrimento de los sectores más necesitados que esperan la figura del estado en la prestación de los servicios más elementales y necesarios para la vida humana.

Con el análisis jurídico planteado por Günter Jakobs, respecto a la función del deber tanto de los intervinientes como del autor, Jakobs, precisa la autoría en la infracción del deber corresponde únicamente al sujeto cualificado o autorizado por la norma, siendo que el rol del participe no despliega los elementos objetivos y subjetivos

del cual esta premunido únicamente al sujeto que de manera particular está obligado. Jakobs es categórico al afirmar que el extraneus no tiene la posibilidad de responsabilizarse penalmente por el igual delito que el autor, porque su vinculación en calidad de intraneus lo vincula únicamente a éste con el bien jurídico tutelado. Corresponderá entonces al extraneus, ser pasible como autor del delito en la esfera de un deber general, como sujeto común y con otra calificación jurídica, en relación al sujeto obligado institucionalmente.

En este proceso evolutivo, la dogmática jurídica encuentra en Claus Roxin Günter Jakobs como sus máximos exponentes en cuanto a los sistemas de imputación penal. Sin embargo, es necesario advertir, su diferencia, radica básicamente en que el planteamiento de Claus Roxin la imputación de la autoría en razón de la competencia por organización y el dominio del hecho, respecto de Günter Jakobs, que dirige la imputación del autor en la competencia institucional y la infracción de deber.

### **2.2.3. Delitos especiales**

En la dogmática penal encontramos una clasificación denominado delitos especiales que ha decir de Armin Kaufmann, mencionada por Bacigalupo, manifiesta que la existencia de los delitos especiales es anterior a los delitos de infracción deber (pág. 36). El análisis de las infracciones especiales requiere determinar en el título de imputación penal las condiciones particulares del autor, su acción, o la manera especial de vulneración que este puede ejercer sobre el bien tutelado.

### **2.2.4 La teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico**

Esta teoría es perfeccionada por el profesor alemán Bernd Schunemann, trata de responder a la pregunta de cuál sería el cimiento material en los delitos especiales, dentro de los cuales se encuentran los delitos cometidos contra la gestión pública; para el autor, la comisión del delito en la esfera estatal, va más allá de la infracción de

un deber y por el estatus del agente activo en la entidad o por su poder de decisión tiene el dominio respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico o el deber de supervisión en razón de su cargo. Así mismo considera que en la teoría de infracción de deber, hay una limitación en la determinación de la autoría en tanto se considere delito especial, los delitos contra la función pública, dado que para determinar la infracción de “ese” deber se debe remitir a una norma extrapenal en la que están contemplados “esos” deberes, es decir, de manera funcional para activar la norma prohibitiva penal es necesario acudir a otras miles de normas extrapenales (Manual de Operaciones y Funciones, Reglamentos Administrativos, etc.), lo que en palabras del autor supone el fin del derecho penal.

El profesor Schünemann (2018), afirma que el derecho penal está suficientemente abastecido de normas prohibitivas y en lo que corresponde a los delitos especiales, se debe dirigir la atención hacia sujeto que ejerce una posibilidad de dominio decisivo en relación al daño que éste pueda causar al bien jurídico protegido, el que se hace efectivo con el dominio o supervisión de la fuente de peligro, así como el dominio de su amparo en tanto bien jurídico sensible y puesto en peligro. Desde esta propuesta, se cuestiona la teoría de infracción de deber, con los criterios, que a continuación se detallan:

- a) La teoría de infracción de deber, no permite diferenciar los deberes intrínsecos, de los deberes externos de una entidad estatal, con su mayor expresión: la corrupción.
- b) La teoría de infracción de deber no considera que la afectación individual de una obligación institucional, manifieste su perjuicio aún a la institución en su conjunto.

En tal razón, expresa el autor de la referencia, que el conjunto normativo del derecho penal, debe dirigir su sanción hacia las personas que, en razón de su deber especial, toman la decisión de afectar el bien jurídico, denominado recto funcionamiento de la administración pública. Es innegable, que los deberes especiales exigen un deber de garante, por quién de hecho ostenta el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

Aplicado a la materia de la presente investigación, y como se ha visto en reiteradas oportunidades, acaso es menos cierto, que las autoridades de mayor jerarquía son las que ostentan el poder de decisión en las contrataciones estatales o en los bienes obras y servicios que obtiene el estado, pese que mediante simulación o nombramiento real de los comités de selección, para los referidos procesos supuestamente se delegan funciones; es la autoridad jerárquicamente superior la que en realidad determina, las condiciones y el rumbo que deben establecerse en los procesos de selección o contratación estatal.

### **2.2.5 Los delitos de omisión**

#### *Delito de comisión por omisión*

Las leyes penales tienen la finalidad de criminalizar y sancionar conductas graves que afectan interés de gran valía, su aplicación debe ser concordante con los ideales de libertad que se persigue humanamente en un estado democrático de derecho. Sin embargo, históricamente se encuentra demostrado que junto con el avance económico, tecnológico, social y normativo; la organización criminal, lleva la delantera obligando a los actores del estado a un permanente cambio en los paradigmas jurídicos que se plantee, pese a que en algunos momentos esos cambios encuentren resistencia por intereses de grupo o de poder político, como usualmente atañe a los actores de la administración pública.

La imputación de la responsabilidad penal de los sujetos especialmente obligados, más aún cuando estos intervienen en la administración pública con un nivel de superioridad en la organización jerárquica institucional (llamase alcaldes, presidentes regionales o gerentes respecto a sus subordinados) que despliegan una posibilidad y manejo del poder tanto político-público como del poder económico.

Los delitos contra la administración pública en sus diferentes particularidades presentan una connotación muy especial tanto por su afectación a su correcto y normal funcionamiento como por su repercusión en nuestra sociedad.

Desde el inicio de la presente investigación hemos advertido, que cuando se orienta la persecución y desarrollo del proceso penal en la sanción punitiva de los funcionarios y de servidores públicos desde la concepción de la teoría de infracción de deber, deriva en una desviación de la realidad en lo referido a la identificación del autor y participe.

## **2.2.6 Delitos contra la administración pública.**

### **a) La Función pública**

Entendemos por función pública al conjunto de actividades que realiza el estado política y jurídicamente organizado, dirigidos a la satisfacción de prestaciones dirigidos a interés colectivos

El funcionario público está obligado a desarrollar su función entre otros, con un trato igualitario a todos los usuarios o administrados que lo requieren sin ningún tipo de distinción ni favoritismo, esto coadyuva a mantener el orden, el respeto y la confianza hacia la administración pública, además de garantizar la efectiva prestación del servicio.

La actuación del funcionario público se debe realizar sus actividades respetando valores públicos, cuidando los recursos, bienes, fondos, caudales,

partidas, presupuestos, etc.,

De conformidad con la ley 27815, ley de código de ética de la función pública, se instituye una serie de deberes exigibles al servidor público adscritos a la función pública, entre los cuales encontramos, que el actuar del servidor debe ser neutral, transparente, utilizando de manera adecuada los bienes estatales y asumiendo las responsabilidades que su cargo conlleva.

**b) El funcionario público en términos penales:**

A efectos de un análisis en el ámbito penal se considera funcionario público al sujeto atribuido de dos condiciones básicas: la existencia de un título vinculante o habilitante con la administración pública y la efectiva realización del título en la función pública.

**c) La contratación estatal**

De conformidad a la opinión N° 050-2019-DTN, emitido por la OSCE, señala que el proceso de contrataciones públicas que realizan las entidades estatales, se produce en tres momentos o fases: i. Un momento de actuaciones iniciales. ii. El momento de la selección, y iii. El momento de la realización.

## 2.3 Análisis Comparativo

**Tabla 2**

*Análisis comparativo de las categorías*

Categorías	Autor	Definición	Comentario
C1. Principio de confianza en la jurisprudencia peruana	Peláez. (2017),	El principio de confianza es un comportamiento que une a las personas, por lo que no es un rol del ciudadano controlar de manera permanente a sus semejantes, debido a la existencia del principio de confianza.	En general y de manera unánime los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República, se han inclinado por la teoría de la infracción del deber (casaciones y acuerdos plenarios), sin embargo, estos pronunciamientos ante la sociedad en general y en la lucha del estado contra la corrupción contrastados con la realidad pareciera que generan o por lo menos manifiestan un halo de impunidad, por lo que en el análisis de la autoría o complicidad en los delitos contra la administración pública, constituye determinar si el funcionario público tiene el deber de garante del bien jurídico protegido (por tanto, responsable del actuar o de la omisión de sus subordinados) o en aplicación del principio de confianza se excluye de la imputación objetiva cuando se tiene la presunción de que todo funcionario o servidor público actúa conforme a los parámetros propios de su cargo.
C2. El delito de Colusión	Vásquez (2015, pág. 151.)	El delito de colusión se refiere al convenio o contrato que celebran dos o más personas de manera subrepticia, con la finalidad de defraudar o generar un perjuicio a alguien.	
C3. Teoría de infracción de deber	Figuroa, L. (2012) pág. 9.)	En los delitos de infracción de deber, corresponde al sujeto activo cualificado denominado servidor público, sin embargo, la calidad de este "interviniente" genera cuestionamientos cuando el titular de los deberes especiales realiza la acción delictiva en coordinación, asistencia o participación de agentes particulares, que no tienen las prerrogativas otorgadas por la administración pública.	
C4. Teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico	Shunemann, 2018, pág. 103.)	Los delitos funcionariales son delitos especiales, por consiguiente, son delitos especiales de garante, por lo que resulta ser autor del delito quien tiene el dominio de protección o el dominio de supervisión de una fuente de peligro que afecte al bien jurídico.	

*Nota:* La tabla muestra las categorías propuestas en la investigación

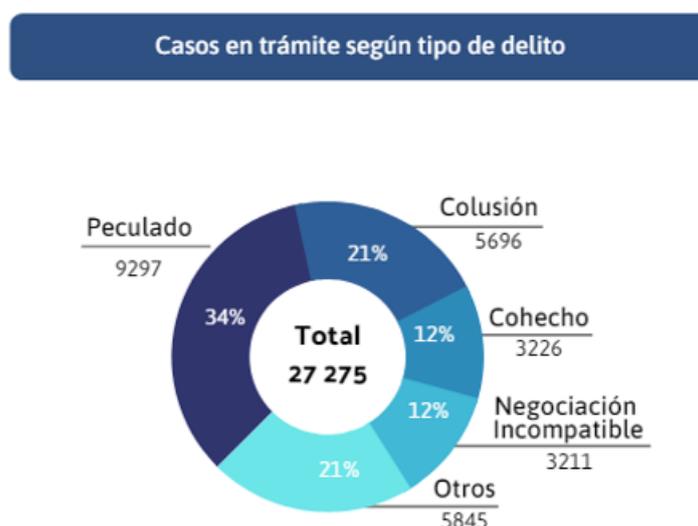
## 2.4 Análisis crítico

La corrupción que se crea en el ámbito de los servicios, que proporcionan las entidades del estado, se encuentra enraizado históricamente en nuestro país y otros del orbe latinoamericano y mundial, la intervención del ius puniendi del estado intenta modernizarse para combatirlo, sin embargo, las organizaciones criminales y las formas de cometer el delito se renuevan o adaptan con mayor prontitud, congestionando el sistema de justicia, y sobre todo afectando a la entidad a la que representa en el ejercicio propio de sus funciones que debería beneficiar a la población en general.

La lucha contra la criminalidad administrativa, se inician en las primeras actuaciones o primeros recaudos que realiza el Ministerio Público, en defensa del estado, sin embargo, la Defensoría del Pueblo (2022), ha identificado, que, en este primer estadio, se origina una gran congestión procesal y muchos de los casos terminan archivándose por falta de una cabal comprensión e identificación del título de imputación penal para el delito específico entre ellos el delito de colusión.

### Figura 1

Casos de corrupción en trámite a nivel nacional, 2017-2020



*Nota:* La figura representa los delitos registrados con mayor incidencia a nivel de denuncia fiscal en nuestro país al año 2020: el delito de colusión ocupa el segundo lugar de incidencia con un 21 % (5696 casos). Tomado de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/02/MAPAS-DE-LA-CORRUPCI%C3%93N-QUINTA-EDICI%C3%93N.pdf>

En los siguientes estadios del proceso penal, toma un tiempo bastante largo, hasta llegar a una decisión firme, en cuyo transcurso, no son pocas las dificultades a las que enfrentan los justiciables, algunas tan profundas y dogmáticas que requieren de un tratamiento y discusión de la doctrina y se regulan muchas veces por la jurisprudencia. Con relación al delito de colusión y su tratamiento del autor, es de común recibo en nuestro sistema de justicia que corresponde a un delito de infracción

de deber, sea desde la postura de Claus Roxin con la relación a la competencia institucional o desde la teoría normativa funcionalista de Günter Jakobs.

**Figura 2**

*Casos de corrupción en proceso a nivel nacional, 2017-2020*



*Nota:* La figura representa el estadio del proceso por delito funcional al año 2020: el 80% de casos se encuentra en investigación preliminar y solo un 4 % se tramita en juicio oral. Tomado de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/02/MAPAS-DE-LA-CORRUPCI%C3%93N-QUINTA-EDICI%C3%93N.pdf>

Ante esta realidad, constituye un gran desafío la modernización de las entidades del estado, no solo a nivel de eficiencia administrativa, es decir que los servicios que prestan cumplan la finalidad para lo cual fueron creados, sino también se hace exigente la eficiencia de la persecución penal de los delitos contra la administración pública.

Considerar que en las instituciones públicas hay una persona que tiene mayor poder funcional, de toma de decisión, de manejo de los presupuestos, como ministros, alcaldes, gobernadores regionales, también nos correspondería hacer pensar en la posibilidad de que el manejo económico institucional puede desviarse por acción u omisión de ese poder, hacia la esfera de agentes privados. Para Bernd Shunemann,

estos funcionarios tienen un deber especial de garante, no obstante estén facultados a delegar funciones, considerado las estructuras complejas y el trabajo diversificado de algunas entidades estatales, que ciertamente son necesarias para un óptimo funcionamiento de las mismas. En nuestro país y en aplicación del principio de confianza a nivel de procesos penales, no son pocos los casos en los que funcionarios consideran que la delegación de funciones, los exculpan de la sanción penal por el delito de colusión, como si la delegación de funciones también representaría la traslación del deber de garante encargado por ley o asumido voluntariamente como producto de haber sido electos en un proceso electoral.

La realidad nos demuestra que en los casos de colusión, el funcionario jerárquico se convierte en apariencia en el hombre de atrás, cuando no participa directamente en las adquisiciones o contrataciones estatales, si esto es así, tal vez será conveniente imputar su conducta como un delito de comisión por omisión, desde luego, cuando concurren hechos propios de su competencia o cuando la norma indique el sentido de su actuación, así como tener la posibilidad de evitar la creación del hecho lesivo lo que requiere un análisis de la imputación objetiva puntual y concreto en cada caso. Que duda cabe, que el superior jerárquico de una institución pública tiene un dominio material sobre los elementos y procedimientos de la entidad estatal, que duda cabe, que el superior jerárquico también tiene el dominio personal sobre las personas en quienes ejerce su mando, que duda cabe entonces, al menos, en este segundo plano de atribuirle el delito de comisión por omisión, cuando no ejerce sus deberes de cuidado, supervisión o vigilancia respecto a los bienes encomendados a su autoridad.

## Capítulo III

### Marco Referencial

#### 3.1 Reseña histórica

##### 3.1.1 Delito de colusión

La colusión hace referencia al contrato o convenio, que se puede realizar entre dos o más agentes de manera clandestina para ocasionar un perjuicio a través de una defraudación. Actualmente se encuentra contemplado en el artículo 384 del Código Penal vigente desde el año 1991. Este artículo sufrió su primera modificación en el año 1996 a través de la Ley 26713 (27 de diciembre del 1996), la modificación se refería a la actuación del sujeto activo en:

*“defraudar al estado o empresas del estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el estado” cambiándolo por la expresión “defrauda al estado o entidad u organismo del estado, según ley”.*

El artículo en referencia se modificó nuevamente en el año 2011, en aplicación de la ley 29703 de fecha 10 de junio del 2011, se indica que el sujeto activo...

*“que interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados defraudare patrimonialmente al estado”.*

Podemos advertir en esta evolución histórica, el cambio de la palabra “defraudación” por una acepción ampliada “defraudare patrimonialmente”, en razón de tal para establecer el delito de colusión debe asegurarse el “perjuicio exigido” lo que implica un aseguramiento de la consumación del delito. En segundo orden los otros términos que se dejaron de utilizar fueron los de “contratos”, “suministros”,

*“licitaciones”, “concurso de precios”, “subastas”, para reemplazarlas por términos de mayor amplitud referidos a las “contrataciones y negocios públicos” así, contiene una modificación sustancial, en lo referido al incremento de la pena.*

En el año 2011, mediante ley 29758 (21 de julio 2011), el artículo 384, fue nuevamente modificado, para incorporar las figuras de colusión ilegal simple y la de colusión agravada, en párrafos separados, y de lo que se desprende que la modificatoria sustancia se encuentran en los términos *“interviniendo directa o indirectamente”* así mismo se especifica los momentos de la contratación a la que afecta el delito, refiriendo *“en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes”*, esto esta referido a los procesos contractuales del estado desde el inicio hasta la culminación del mismo.

Actualmente, y mediante análisis jurisprudencial emitido en la Casación 542-2017/Lambayeque, refiere que el artículo 384 del Código Penal prevé dos tipos penales diferentes para el delito de colusión, con características de delitos autónomos y diferentes, los que se encuentran en párrafos separadas, conforme a la redacción vigente.

## **3.2 Presentación de actores**

### **3.2.1 El delito de colusión**

Concepto: Para Cabanellas (2006), la colusión es el: “Acuerdo, contrato, comprensión entre dos o más personas, hecha en forma engañosa y secreta, con objeto de engañar o perjudicar a un tercero. Todo acto o contrato hecho por colusión es nulo”.

Etimológicamente el término colusión deriva del latín *“collusio”*, esta expresión se utilizaba cuando los adversarios de un combate romano, se ponían de acuerdo antes de iniciar el mismo; esta acepción fue adquiriendo un uso jurídico para

referirse a “estar en connivencia, es decir entenderse en perjuicio de un tercero”

Para Salinas (2020), el delito de colusión es uno de infracción de deber, que en otros países cuenta con denominaciones diferentes “negociaciones incompatibles”, “fraude a la administración pública” “celebración indebida de contrataos o fraude contra el estado en contrataciones o liquidaciones”, etc.

El Código Penal peruano en el artículo 384, regula la formula legislativa siguiente:

#### **a) Tipicidad objetiva delito de colusión simple**

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

El recurso Casacional N.º 1648-2019/Moquegua, señala que la infracción penal de colusión simple, está referido a que el agente “concierte” con los interesados para defraudar al estado, entidad u organismos del estado.

#### **b) Tipicidad objetiva delito de colusión agravada**

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

El recurso Casación N.º 1648-2019/Moquegua, con relación a la colusión agravada, sostiene, que la concertación referida en la colusión agravada, importe o se efectivice en una “defraudación patrimonial” a la entidad estatal, u organismo del estado.

El concierto o acuerdo colusorio debe comprometer al funcionario o servidor público, que dada la facultad de su competencia actúa con el “extraneus”, en circunstancias clandestinas, ocultas con el propósito de evitar las pautas de una causa correcta que debe celebrar en representación del estado, en cualquier etapa de la contratación o adquisición de bienes o servicios de la entidad pública.

Para García (2020), la culminación de delito de colusión simple se efectiviza únicamente con el “acuerdo”, entiéndase clandestino, fuera de la norma administrativa, sin requerir de una ejecución concreta, es decir, sin que se haya creado un peligro concreto de lesión al estado, sin embargo, debe tomarse en cuenta la idoneidad del acuerdo para defraudar al estado, de tal manera que nos encontramos frente a lo que se denomina delito de peligro abstracto. Y con relación a la colusión agravada, el autor sostiene que lo importante es la defraudación patrimonial, es decir la afectación, la lesión o el efecto del perjuicio patrimonial al estado; considera también que el delito de colusión puede presentar la tentativa de colusión agravada, cuando el agente despliega o ejecuta el acuerdo colusorio y se encuentra latente el peligro concreto de afectación al patrimonio del estado.

### **c) Circunstancias agravantes del delito de colusión**

La Casación N.º 542-2017 Lambayeque, establece las estructuras típicas del delito de colusión, que considera que la colusión presenta dos tipos de delitos: colusión simple y colusión agravada, los que ya se encuentran en los dos primeros párrafos del tipo penal; no obstante, existen circunstancias agravantes que el

legislador, ha tomado en cuenta, para incrementar la pena cuando estas concurren, así tenemos:

*“La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:*

- 1 El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.*
- 2 La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.*
- 3 El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional”.*

#### **d) Instrumentos del delito**

El delito de colusión está relacionado con la celebración de actos jurídicos que son necesarios en las operaciones de común desarrollo de las entidades del estado para cual se vale de contratos, adquisición de suministros o bienes, actos de licitación, ofrecimiento de mejores precios que favorezcan al estado a través de concursos públicos, así como también la realización de subastas públicas. Estos contratos deben cumplir las finalidades y formalidades que las normas establecen para tales fines.

#### **e) El bien jurídico protegido**

Es de común pronunciamiento tanto jurisprudencial como doctrinal, que el delito de colusión afecta al normal, recto o correcto funcionamiento de la administración pública, que constituye el mecanismo de presencia del estado en la construcción de infraestructura, servicios, adquisición de bienes que

debería generar una mejor calidad de vida de la ciudadanía o por lo menos cubrir las más elementales necesidades de la misma.

La administración pública, desde una perspectiva amplia se refiere al conjunto de actividades desarrolladas por organismos u agentes competentes con la finalidad de satisfacer interés público, necesidades, requerimientos básicos en todas las áreas en el que despliega su acción el estado como el poder ejecutivo, poder legislativo, poder judicial, e incluso los órganos que tienen la calidad de autónomos, reconocidos constitucionalmente, cuya existencia permite que la ciudadanía interactúe de manera pacífica.

Para el cumplimiento de sus funciones el estado involucra infraestructura, presupuesto, y capital humano que debiera ser competente, etc;

El servicio público o interés colectivo se ve afectado por varios aspectos como la escasa, la poca probidad o eficiencia de los servidores, así como la corrupción en su sentido jurídico

#### **f) Sujeto pasivo**

Con relación a la identificación del sujeto activo, éste será siempre la entidad, organismo, dependencia que realiza la prestación de servicios o actividades a nombre del estado y que lo representa.

#### **3.2.2 Tipicidad Subjetiva**

En lo relacionado a la colusión simple como a la colusión agravada corresponde su comisión a título de dolo, Abanto (2003), sostiene que en este delito solo es posible el dolo directo. Por tanto, podemos afirmar que no existe la colusión en ninguna de sus modalidades cometido por culpa.

Para Salinas (2020), afirma que la formula elabora por el legislador para este delito admite la comisión activa y que no es posible la comisión por

omisión. Considera que la acepción de concertar implica de manera obligatoria un obrar activo entre los funcionarios o servidores públicos y los particulares interesados.

Es entendible la postura del letrado Salinas, dada su defensa y consideración que le da a los delitos contra la administración pública como delitos de infracción de deber, siendo este el punto de partida, siempre se arribara a la relación laboral extrapenal. Sin embargo, cuando nos encontramos en la realidad, y en una relación de funciones vertical, al mismo sentido de las estructuras empresariales como las que aparentemente funcionan o deberían funcionar los organismos de la administración pública, la omisión es posible en relación al actuar de los superiores o por la falta de su deber de cuidado, los que podrían generar la comisión del delito de colusión por su falta de actuar debido y oportuno. Teniendo en cuenta a Rojas (2002), considera que es posible la realización del delito de colusión desleal por omisión, como por ejemplo en las circunstancias en que el agente obligado, guarda silencio, evita denunciar las irregulares pudiendo o debiendo hacerlo o simplemente no hace lo debido, en estas circunstancias considera el autor, cabe la posibilidad de la concurrencia del dolo eventual.

### **Autoría y participación**

Cada delito de corrupción desde un punto de vista jurídico tiene un ámbito de protección específico, es el caso del delito de colusión cuya relación estricta, son las asignaciones presupuestarias para los fines propios del desarrollo de las poblaciones, los mismos que deben ejercerse de manera eficiente en todas las operaciones contractuales que la entidad celebra a nombre del estado con los particulares.

Con relación a la identificación del autor del delito de colusión es de recibo mayoritario, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, que este delito contra la administración pública constituye un delito de infracción de deber, como ampliamente se ha desarrollado en la presente investigación, destaca Salinas (2020), al referir que la colusión es un delito de infracción de deber “especialísimo”. Se señala que el autor es el funcionario o servidor público con una condición especial, y concurren en él las atribuciones propias de su cargo que permite adquirir, contratar servicios o bienes a favor del estado para los bienes convenientes. Identificado el autor se tiene que los terceros interesados o los intermediarios del agente público serán sus cómplices, sin precisar el grado de participación.

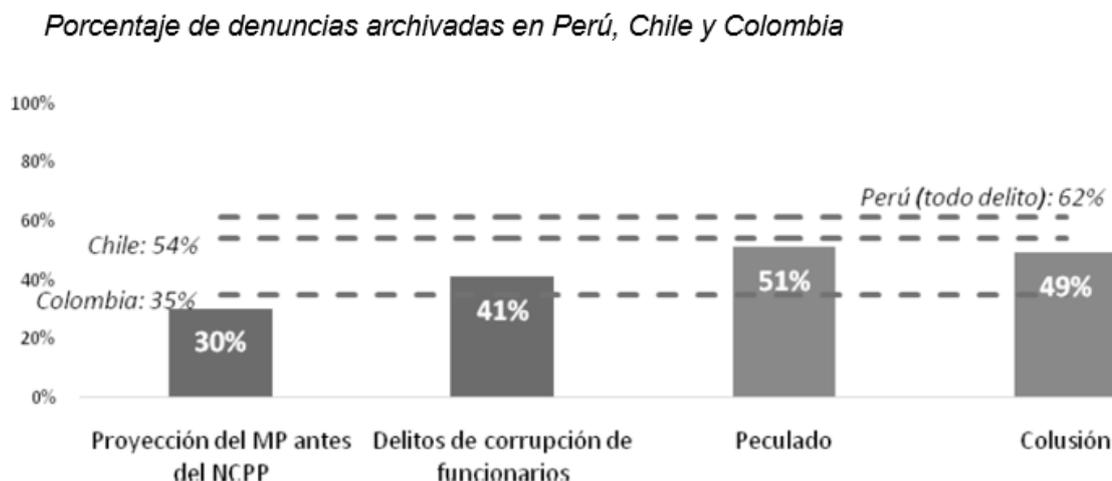
### **3.3 Diagnóstico sectorial**

#### **3.3.1. El delito de colusión y su afectación al proceso de contratación estatal**

De acuerdo a la Defensoría del Pueblo (2014), en el informe N° 168, sostiene que los delitos con mayor cantidad de denuncias a nivel del Ministerio Público lo constituyen los delitos de peculado y colusión o por ambos, sin embargo, en este primer estadio de la actividad procesal penal más de la mitad de los mismos terminan archivándose (56% para el delito de peculado, 51% para el delito de colusión y 69 % cuando se presenta en concurso para ambos delitos), según esta misma institución, una de las causas sería la poca comprensión del carácter punitivo por parte de operadores de justicia (Ministerio público), funcionarios de la administración pública e incluso la población, quienes han normalizado inconductas funcionariales propias de delitos que afectan el normal y correcto funcionamiento de las entidades del estado, siendo las entidades afectadas con mayor incidencia de delitos de peculado y colusión

los gobiernos locales distritales y provinciales (al interior del país) y en la capital la afectación de estos delitos inciden con mayor fuerza en los ministerios a diferencias de los gobiernos locales distritales y provinciales.

**Figura 3**



*Nota:* El gráfico representa los casos de denuncias por los delitos de peculado, colusión y otros, archivados en Chile (54%), Colombia (35%) y Perú (62%) al año 2014, países que comparten el modelo penal acusatorio.

### **3.3.2 El principio de confianza como criterio de exclusión de la sanción penal en funcionarios de alto nivel institucional.**

En el expediente de Casación N° 1546-2019/Piura, proceso seguido contra el alcalde de la municipalidad de Catacaos y otros por el delito de colusión, este máximo funcionario municipal busco extraerse de la responsabilidad penal atribuida, invocando la aplicación del principio de confianza, en merito a la delegación de funciones a su Gerente Municipal, para realizar actividades propias de los procesos de contratación con el estado, sin embargo, en el sexto fundamento de derecho del presente recurso extraordinario, se señala que el alcalde de la Municipalidad de Catacaos, ciertamente es la máxima autoridad o máximo dirigente institucional y con una cadena de mando por lo menos ante los funcionarios de más alto nivel, y por tanto con deberes de control, supervisión y vigilancia sobre ellos. En ese entender, se

desestimó la aplicación del principio de confianza, y por el contrario de reafirmo su deber de garante en mérito a su cargo rector ante la municipalidad de Catacaos.

En la Casación N° 694-2020/Huancavelica, se desarrolla que en el periodo edil 2008 al 2010, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Aurahuá (Huancavelica), fue absuelto junto a otro imputado por el delito contra la administración pública (peculado) en dos instancias judiciales y luego de emitirse tres sentencias, invocando la aplicación del principio de confianza, condenándose únicamente al tesorero de la municipalidad; sin embargo, tuvo que ser la Corte Suprema mediante este recurso extraordinario que devolvieron lo actuado para que otro tribunal superior asuma la causa, no sin antes delimitar que el alcalde tiene el deber de custodiar los caudales públicos establecidos bajo su administración, por consiguiente, tiene la posición de garante frente a la municipalidad que representa correspondiéndole el deber de controlar y supervisar, de conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades.

### **3.3.3 El principio de confianza desde las estructuras verticales de trabajo.**

Las organizaciones laborales empresariales e institucionales del estado, comparten la división de roles, que dinamizan su función. En palabras de Sánchez (2020), el principio de confianza no alcanza su eficacia legal cuando existe una relación de subordinación en sentido descendente, es decir, del servidor de menor a mayor rango. Lo contrario sucede en caso inverso, por cuanto la subordinación en sentido ascendente, respecto al superior cobra una vigencia legal de mayor valor, propio de la función y nivel de su cargo. Es notoria la diferencia, de la posición de autoridad que se tenga y se entiende que el que ocupa el cargo de mayor jerarquía es un sujeto con cualidades, formación académica o rasgos distintos que le permiten ocupar tal posición. La delegación en sentido descendente no exime la responsabilidad del delegante.

### **3.3.4 La contratación estatal y las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos**

El delito de colusión en sus modalidades simple y agravada se halla contemplado en el capítulo II, artículo 384 del código penal peruano y corresponde a un catálogo de delitos que pueden ser ejecutados por funcionarios o servidores públicos, mencionados de manera genérica como delitos contra la administración pública realizados por funcionarios públicos.

Los alcances del cargo público en el rubro específico de las contrataciones estatales se encuentra regulado en el texto único ordenado de la ley N° 30225, denominado Ley de contrataciones del estado, aprobado por Decreto Supremo 082-2019-EF, en razón de tal se identifica el sector o entidad del cual son responsables los mencionados funcionarios o servidores públicos, delimitando su esfera de competencia de conformidad al artículo 3, de la citada norma, a las siguientes entidades: Ministerios, instituciones que representan a los poderes del estado y los órganos constitucionalmente reconocidos como autónomos, los gobiernos regionales y locales y sus estamentos, las universidades públicas, las empresas estatales cuya dependencia corresponda a los tres niveles de gobierno, entre otros.

Con relación a la responsabilidad funcional en los actos propios en estas entidades, la norma en referencia en el artículo 8, señala, que el titular de la entidad, tiene la posición de “más alta autoridad ejecutiva y participa de acuerdo a ley en la autorización, aprobación y supervisión de los convenios de bienes, servicios y obras”. Con la posibilidad de delegar facultades, en funcionarios del siguiente nivel, cuando la ley expresamente lo permite.

En una idea similar, en cuanto a una organización gerencial, se desglosa del artículo 26 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que refiere que en lo concerniente

a la administración municipal presenta un modelo de estructura gerencial, con responsabilidades de planificación, dirección, ejecución, supervisión, control recurrente y posterior por parte de su máxima autoridad. Con relación a los gobiernos regionales los artículos 11 y 12 de la ley orgánica de Gobiernos Regionales contemplan que su órgano ejecutivo se distribuye en Gerencias Regionales en coordinación y dirección de un Gerente General.

## Capítulo IV

### Resultados y discusión

#### 4.1 Resultados

A continuación, se expondrá de manera descriptiva los resultados obtenidos en la aplicación de la técnica de la entrevista y su instrumento de acopio de información denominado guía de entrevista, el mismo que se realizó, conforme a la propuesta, con el objeto de establecer la consecuencia jurídica de la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico de las entidades del estado, como las municipalidades o gobiernos regionales e incluso ministerios, por el delito de colusión en el Perú al año 2023; la guía de entrevista que se aplicó fue una de tipo semiestructurada, es decir, que se contó con una estructura básica de la que se fue desprendiendo las otras preguntas de acuerdo al avance de la conversación, condicionado irremediablemente a la posibilidad de disponibilidad de tiempo, de los abogados y funcionarios de la administración pública, colaboradores, a quienes se visitó en cada una de sus oficinas particulares como dependencias en la ciudad de Arequipa, cuyo desempeño en la actividad es la litigación penal o en la administración pública, con relación a su experiencia o desempeño laboral de los entrevistados oscilan entre los cinco a diez años.

Con el objeto de organizar la información proporcionada en la entrevista, se procedió a reducir y codificar las ideas más importantes y pertinentes al ámbito de la presente investigación; se aplicó una entrevista semiestructurada, que contuvo doce preguntas, las mismas que al reducirse y codificarse fueron procesadas en el software Atlas.ti, versión 22, el mismo que nos permite crear redes y enraizamientos de las principales



con la investigación, ocupando una mayor muestra de su uso la palabra colusión, como materia principal en la que verso la entrevista, seguido como era razonable esperar de las palabras funcionario y delito.

**Tabla 4**

*Categoría 1: El principio de confianza y su aplicación en el delito de colusión*

Subcategoría 1: Aplicación del principio de confianza			
Subcategoría 2: Características y efectos			
Objetivo General	Pregunta	Alcance de los entrevistados	Posición del autor
OG: Determinar la consecuencia jurídica de la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión en el Perú al año 2023.	1. ¿Le parece favorable o adecuado la aplicación del principio de confianza en el juzgamiento de funcionarios públicos por el delito de colusión? ¿Por qué?	<p>i. Ocho (08) entrevistados expresaron. Si es correcta, por cuanto, las autoridades que dirigen los municipios o gobiernos regionales, no podrían avocarse a las funciones de los integrantes de su institución, por lo que es correcto que cada funcionario o servidor público sea responsable únicamente de la función que cumple.</p> <p>ii. Dos (02 entrevistados). No es favorable, todos sabemos desde la práctica del litigio, que los agentes corruptores buscan a las máximas autoridades del estado, para acordar defraudarlo, es decir la participación de un alcalde provincial, distrital, gobernador regional, está probada, sin embargo, por aplicación del principio de confianza en los delitos relacionados a las compras o contrataciones con el estado, se sanciona a los funcionarios de menor nivel, que de manera nominal cumplen una función en la entidad.</p> <p>iii. Uno (01) entrevistado responde. No es favorable, pero es necesario, el principio de confianza, como herramienta de la imputación objetiva, permite trabajar a una autoridad, con la confianza que todos sus funcionarios cumplirán con sus funciones asignadas, tal vez no sea lo mejor, pero permite que tener autoridades, en otro escenario, donde el alcalde o gobernador sea responsable por todo el actuar de su institución, ningún ciudadano, asumiría el cargo.</p> <p>iv. Uno (01) entrevistado considera. Que los famosos "diezmos" y otros actos de corrupción, son el verdadero incentivo para que algunos ciudadanos opten por postular para ser autoridades, que no es el compromiso de servicio o porque quieren mejorar sus localidades, y respecto al principio de confianza, solo genera "impunidad" porque no se castiga ejemplarmente al verdadero corrupto, que es la máxima autoridad, por ello, considero que debe pensarse en otra forma de procesar a los políticos con cargos importantes.</p>	Los entrevistados manifiestan en su mayoría, su conformidad en la manera que en la actualidad se aplica el principio de confianza, cuando se procesan casos por el delito de colusión.

	<p>2. La aplicación del principio de confianza, en el marco de la teoría de infracción de deber, resuelve los problemas para la imputación del superior jerárquico, ¿cómo autor del delito de colusión? ¿Por qué?</p>	<p>i. Ocho (08 participantes) respondieron que Si, porque se refiere a los funcionarios y servidores públicos, con un rol especial y funciones específicas, la teoría de infracción de deber, nos marca el rumbo jurídico de la sanción penal para un delito especial, que no encaja en la teoría del dominio del hecho, que corresponde a los delitos comunes.</p> <p>ii. Dos (02 participantes) expresaron que en nuestro país se aplica ciegamente la teoría de infracción de deber, y casi sin discusión, entonces si no se permite otro análisis, continuaremos aplicando lo mismo en todos los delitos contra la administración pública, porque así lo decidieron los especialistas o los legisladores, parece que todo está direccionado a salvar al que tiene el verdadero poder en la institución pública, pero que en razón del MOF o ROF le corresponde a un subordinado, quien es finalmente quien termina siendo sancionado.</p> <p>iii. Dos (02 participantes) Indican: la corrupción ha crecido mucho en las instituciones del estado desde los más pequeños hasta los más grandes, la población no ve los resultados de la lucha contra la corrupción se hace urgente, cambiar totalmente los mecanismos de imputación de los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos sin importar que sean jefes o subordinados, la corrupción no es grande ni pequeña, es corrupción y afecta al estado y toda la población.</p>	<p>Ciertamente la teoría de infracción del deber es una postura doctrina y de aceptación jurisprudencial, que orienta la imputación en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, sin embargo, los participantes concuerdan que pese a ello en nuestro país contamos con altos índices de corrupción relacionados a los contratos estatales</p>
--	---	---	--

Nota: Esta tabla muestra la reducción de datos de la entrevista realizada a 12 abogados de la ciudad de Arequipa.

### Interpretación:

Los participantes de la entrevistas de forma mayoritaria consideran que el tratamiento de la persecución penal establecido para el delito de colusión, corresponde a uno de infracción de deber, como es el pronunciamiento mayoritario de la doctrina nacional como de los pronunciamientos de la Corte Suprema de justicia sin embargo, se advierte que en la práctica del litigio, algunos de los participantes, reflexionan que el criterio del principio de confianza, si permite excluir la autoría del superior jerárquico, debido a que las normas mencionas no están diseñadas para su persecución solo por el hecho de tener mayor autoridad. También se hace evidente, que la realidad problemática de este delito, lo constituyen los intereses de empresarios dispuestos a ofrecer servicios o bienes, bajo prácticas antiguas pero vigentes, como son los denominados “diezmos” mencionado por uno de los abogados y en general

aceptado por todos, como una forma de hacer negocios con el estado normal y corriente, casi como un requisito extra norma.

**Tabla 5**

*Categoría 2: El delito de colusión*

Subcategoría 1: Definición			
Subcategoría 2: Estructura del delito			
Objetivo Específico 2	Pregunta	Alcance de los entrevistados	Posición del autor
OG: Determinar la consecuencia jurídica de la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión en el Perú al año 2023.	3. ¿Considera que la aplicación del principio de confianza afecta el principio de legalidad penal, dado que su aplicación en la teoría de infracción de deber, aplicado al delito de colusión, basa su fundamento en la infracción de una norma de carácter extrapenal? ¿Por qué?	<p>i. Nueve (09 participantes) No, por el contrario, nos permite delimitar el ámbito de competencia de cada trabajador o servidor, relacionado con el estado, dado que no todos los trabajadores tienen las mismas funciones o competencias, es necesario, identificar cual le corresponde a cada uno, para no cometer injusticias en un proceso penal, o administrativo, sin las normas que delimiten funciones no se podría procesar adecuadamente a ningún servidor público.</p> <p>ii. Uno (01 participante) Los manuales de funciones o reglamentos son totalmente necesarios, por lo menos a nivel administrativo, en todas las instituciones, permiten cumplir los roles propios de todas las entidades, no solo estatales, sino también de la actividad privada, organiza los mandos y responsabilidades, por lo que no habría problemas de legalidad, a nivel administrativo, sin embargo, debe agotarse esta vía para tener la necesidad de accionar un proceso penal.</p> <p>iii. Uno (01 participante) Expresa: Lo extrapenal serían los reglamentos o manuales o las normas de contrataciones, que determinan las funciones de los trabajadores de una entidad, y si en esos manuales y reglamentos ya prevé las sanciones a quienes los incumplen, que necesidad hay de recurrir a la vía penal. Hay hechos en los que sería suficiente una sanción de carácter administrativo.</p> <p>iv. Uno (01 participante) Señala: Parece que se confunde mucho en la práctica del litigio, a veces no hay mucha diferencia entre los motivos de la sanción administrativa con la persecución penal, porque está relacionado con las mismas personas, y los mismos hechos, y afectan a la misma entidad, entonces quizás, la norma administrativa si le quita autoridad a la persecución penal.</p>	La reglamentación laboral es muy necesaria para la buena marcha de las instituciones, tanto públicas como privadas, consideramos que ello regula, una sana convivencia; sin embargo, en materia penal, se debe considerar las afectaciones mas cuantiosas o costosas, y que no involucra únicamente el actuar de una persona, sino que de la decisión de un funcionario puede generar el perjuicio a una población y su justa aspiración de progreso.

<p>OG: Determinar la consecuencia jurídica de la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión en el Perú al año 2023.</p>	<p>4. Cualquier funcionario o servidor público, ¿puede ser autor del delito de colusión? ¿Por qué?</p>	<p>i. Once (11 participantes) refieren: Por el principio de legalidad y de acuerdo al código penal vigente, NO, únicamente le corresponde este título de imputación penal al funcionario o servidor público que, en razón de su cargo, realiza contratos de obras o servicios, o compras a favor de la entidad del estado en la que participa, esto de acuerdo a su competencia y donde se supone no tienen injerencia ni facultad legal otros servidores, aunque sean de la misma institución.</p> <p>ii. Uno (01 participante) manifiesta: Legalmente no, en muchos casos la justicia penal vive alejado de la realidad, por eso la población no confía en sus instituciones o autoridades; es práctica común en las entidades del estado que los comités de selección o sus integrantes, nombrados por sus superiores jerárquicos actúan al servicio de éste, pero cuando se descubre el delito de colusión, los superiores aducen que no son responsables en mérito a las delegaciones antes encargadas a otros funcionarios.</p>	<p>Objetivamente no es posible que cualquiera persona cometa el delito de colusión, Pero cuando nos referimos a las máximas autoridades de la dependencia, no son cualesquiera personas, es más son las importantes de esa entidad.</p>
---	--	---	---

Nota: Esta tabla muestra la reducción de datos de la entrevista realizada a 12 abogados de la ciudad de Arequipa.

### Interpretación:

Los funcionarios jerárquicos, no son personas ajenas a la entidad, en ellos recaen o deberían recaer las mayores responsabilidades, es común que los delitos de colusión estén incentivados en razón de la autoridad que tienen, es decir, más poder más posibilidad de afectar los bienes del estado.

**Tabla 6**

*Categoría 3: Teoría de infracción de deber*

<i>Subcategoría 3.1: Infracción del deber</i>			
<i>Subcategoría 3.2: Infracción del deber institucional</i>			
Objetivo Específico 1	Pregunta	Alcance de los entrevistados	Posición del autor

<p>OE1: Establecer la base teórica que fundamenta jurídicamente la aplicación del principio de confianza en el delito de colusión en el Perú.</p>	<p>5. ¿Es obligatorio que el funcionario o servidor público encargado de los procesos de contratación pública, sea un sujeto cualificado para dicho proceso? ¿Por qué?</p> <p>6. Desde un ámbito jurídico penal peruano. ¿Considera que su puede delimitar adecuadamente la imputación del extraneus y su grado de participación en el delito de colusión?</p> <p>7. De acuerdo a su experiencia ¿Cuál es la tendencia de las decisiones judiciales, en la comisión del delito de Colusión previsto en el artículo 384° del Código Penal, aplicable al superior jerárquico de la administración pública?</p> <p>8. La corrupción, ¿es consecuencia de la infracción del deber especial que ostenta el funcionario o servidor público o de la capacidad de disposición, por el dominio y vulnerabilidad del bien asignado a su cargo?</p>	<p>i. Ocho (08) entrevistados afirman que <u>si</u>, las normas administrativas que regulan las contrataciones, únicamente autorizan al titular del pliego, con la excepción que este pueda delegar funciones mediante una resolución a otras personas que se encuentren en el círculo de la autoridad y que pertenezcan a la entidad y previa calificación de sus cualidades personales y profesionales.</p> <p>ii. Tres (03 participante) Indican que, Si es obligatorio, pero en la práctica, lo que es común, que esta responsabilidad se da por cuestiones políticas, amiguismos, o prebendas o intereses.</p> <p>iii. Uno (01 participante) manifiesta que la cantidad de denuncias por mala gestión en los procesos de selección de compras u ofrecimiento de servicios, nos demuestra que los responsables de estas áreas son las menos indicadas, aparte del desconocimiento de la ley, su conducta es inmoral.</p> <p>i. Nueve (09 participantes) Expresaron que en los delitos contra la administración pública la división entre autor y cómplice es incuestionable, solo es autor quien ocupa un cargo con capacidad de cumplir una función, y son cómplices todos los que no estén en esa esfera de poder entonces no tiene importancia el grado de participación del ajeno a la función pública.</p> <p>ii. Dos (02 participantes) Destacan que es complicado, esta diferenciación en un hecho real de colusión al frente de un municipio o gobierno regional, por ejemplo, el alcalde cuando nombra un comité de selección en compras estatales, a pesar de ser el defraudador, sería extraneus, ósea ajeno, por tanto, imputado como cómplice.</p> <p>iii. Uno (01 participante) Sostiene: Si aplicamos la teoría de infracción del deber, está claro que el extraneus es la persona que no tiene funciones o relación directa con el objeto del delito.</p> <p>i. Doce (12 participantes) consideran que el título de imputación que le corresponde es el de cómplice.</p> <p>i. Doce (12 participantes) consideran que el funcionario de mayor jerarquía si tiene manejo político, y administrativo de los bienes del estado, pero que la discusión, no le corresponde al derecho penal sino al fuero político o administrativo.</p>	<p>La doctrina mayoritaria se decanta por considerar al delito de colusión dentro de los delitos de infracción de deber. Desde esta concepción el título de imputación que le corresponde al funcionario jerárquico es el de cómplice.</p> <p>Se puede advertir una discrepancia en las opiniones de los entrevistados, por un lado, consideran que la persecución penal sigue un curso aparentemente formal y correcto, sin embargo, admiten que las máximas autoridades tienen capacidad de disposición de bienes</p>
---	--	---	---

Nota: Esta tabla muestra la reducción de datos de la entrevista realizada a 12 abogados de la ciudad de Arequipa.

### Interpretación:

La evaluación personal y profesional de las personas encargadas en las contrataciones estatales deben ser las más idóneas por lo menos así rigen los principios de actuación de la ley de contrataciones, la realidad contrasta de manera

negativa por cuantos estos puestos son copados por prebendas o favoritismos políticos.

**Tabla 7**

*Categoría 4: Teoría del dominio sobre el fundamento del resultado*

Objetivo Especifico 1	Pregunta	Alcance de los entrevistados	Posición del autor
<p>OE2: Identificar los supuestos en los cuales la vulnerabilidad del bien jurídico obliga al superior jerárquico a ostentar su posición de garante frente a la administración pública.</p>	<p>9. De acuerdo a su experiencia profesional ¿Qué grado de participación le asignaría al funcionario de mayor jerarquía de una entidad estatal, que no tiene el deber extrapenal, pero ostenta un poder funcional que le permite la comisión del delito de colusión?</p> <p>10. Bern Shunemann, plantea la teoría del dominio sobre el resultado, para determinar la autoría en los delitos especiales. ¿Considera usted que la justicia peruana está preparada para aplicar la teoría sobre vulnerabilidad del bien jurídico, es decir la comisión por omisión, en el delito de colusión?</p>	<p>i. Siete (07), le corresponde por ley ser considerado en calidad de cómplice del delito así tenemos varios pronunciamientos de la Corte, participa colabora, pero no es el responsable de cumplir el deber, nombrado taxativamente en una norma.</p> <p>ii. Actualmente existe discrepancia, en función al grado de participación, comprendo <u>que</u> en los delitos de funcionarios públicos, no hay gradualidad en la participación de los extraneus, preocupa claro está el nivel de mando que tiene, sin embargo solo sería cómplice (sin gradualidad).</p> <p>iii. Es participe, porque nuestra legislación no contempla la sanción por el hecho de tener la jerarquía o rango de servidor o funcionario, lo que al derecho le interesa es su efectivo rol o su competencia o delegación en el asunto de manera directa.</p> <p>I. Sabemos que hay varias posturas o teorías, que no están reguladas en nuestros códigos, lo que los hace inaplicables.</p> <p>II. No se conoce, el contenido de la teoría que propugna la persona mencionada, de la manera que se plantea parece que se refiere a un delito del dominio del hecho.</p> <p>III. El delito de comisión por omisión no es aplicable a los funcionarios o servidores públicos. Obligaría que los alcaldes o gerentes estén avocados únicamente en el control de sus subordinados, lo considero inviable.</p> <p>IV. Los delitos de comisión por omisión no aplican a los funcionarios; tal vez, en un sentido muy amplio se podría responsabilizar a los superiores por las faltas o delitos de sus subordinados.</p>	<p>De la manera que nuestras normas han estructurado o el delito de colusión correspond e la calificación de cómplice, de acuerdo al caso concreto en que se proceda.</p>

	<p>11. ¿Considera que el nivel ético es un factor determinante para que los funcionarios o servidores públicos de mayor jerarquía funcional cometan el delito de colusión aprovechando la posición que tienen en la administración pública? ¿Por qué?</p> <p>12. ¿Considera usted que el contenido de esta tesis sería un aporte para el derecho penal peruano? ¿Por qué?</p>	<p>i. Once (11 participantes) coinciden en afirmar que No corresponde una evaluación ética, para la sanción de los delitos, lo único que se necesita es la subsunción típica del hecho, que se contempla en el código penal. Son valoraciones, que escapan al derecho.</p> <p>ii. Uno (01 participante) manifiesta que para la sanción penal no es necesario la valoración ética, sin embargo, en el ámbito administrativo exigen una cantidad de normas que obligan a los funcionarios o servidores públicos a actuar de una manera específica; precisamente en las normas que regulan las contrataciones existen principio, facultades y responsabilidades para quienes participan o deciden compras de bienes o servicios a favor del estado.</p> <p>i. Doce (12 participantes) Consideran, que sería muy conveniente continuar y concluir con el presente estudio, porque el tema que aborda es de mucha actualidad y los delitos de colusión son frecuentes tanto en la ciudad de Arequipa, como en el resto del país.</p>	
--	---	---	--

Nota: Esta tabla muestra la reducción de datos de la entrevista realizada a 12 abogados de la ciudad de Arequipa.

### Interpretación:

La teoría del domino de la vulnerabilidad de bienes jurídicos es de escaso conocimiento para los operadores de justicia, por lo menos desde el lado de los profesionales litigantes o abogados administrativos, tiene escaso desarrollo y aplicación; a nivel de análisis ético, los profesionales del derecho han preferido guardar distancia, porque es un tema que sobre pasa la esfera de los jurídico.

## 4.2 Discusión

A la finalización de la entrevista se procedió a realizar el proceso de categorización y triangulación de los datos consignados por los abogados litigantes especialistas en derecho penal, con esta información, se: a) proceso la codificación mediante la reducción de datos y generación de categorías, b) la información obtenida permitió realizar la comparación, relación y clasificación de categorías, de la cual se extrajeron las conclusiones, c) y terminadamente proceder a la interpretación y

discusión de los resultados.

En relación a la Categoría 1; el principio de confianza y su aplicación en el delito de colusión, los entrevistados consideran que la imputación objetiva a pesar de las dificultades que pueda presentar, es un herramienta necesaria para determinar e identificar la acción humana que ha creado un riesgo jurídicamente relevante y como consecuencia de tal, se ha producido un resultado que perjudica a la sociedad o las instituciones del estado; en la norma penal generalmente encontramos lo referido a la causación del resultado y es a través de la teoría de la imputación objetiva y sus herramientas como el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso o la imputación por competencia de la víctima, las que nos permiten determinar si la acción humana cuestionada es la que ha creado un peligro jurídicamente reprochable, estas afirmaciones tienen relación con lo señalado por Jakobs (2005), que manifiesta que la imputación objetiva es un instrumento delimitador del injusto de la conducta humana, cuya posibilidad de aplicación puede darse en todos los delitos comprendidos la parte especial del código penal, es decir en los delitos de resultado o de peligro, así como los delitos dolosos e imprudentes, incluso aplicarse a los delitos de acción u omisión.

El principio de confianza, es entonces, un mecanismo adecuado para distinguir a los autores y partícipes del delito, tomando como fundamento jurídico, la asignación de delitos de infracción de deber aplicables a funcionarios públicos o servidores públicos que, como tal, afectan la administración estatal, en este sentido, únicamente responder en calidad de autor el sujeto irrogado de prerrogativas especiales contemplados en un manual o reglamento o norma administrativa.

En relación a la categoría 2; que comprende la definición y estructura del delito de colusión, los entrevistados consideran que la propuesta legislativa que ha diseñado

la persecución del delito de colusión se encuentra contemplado en el artículo 384 del Código Penal, que su comprensión es fácil y es correcta, porque requiere que el sujeto activo despliegue ciertas conductas en el ámbito de competencias de servidor o funcionario público, sobre todo por la expresión “en razón de su cargo”, lo que lo diferencia de cualquier otro sujeto. Alguien diferente al aparato del estado no puede ser comprendido en la comisión de este delito, para su distinción se requiere identificar plenamente sus funciones y atribuciones que desde luego, se encuentran en cada MOF o ROF institucional que por ley contiene de manera detallada las funciones, especializaciones, exigencias e incluso sanciones aplicables a los agentes públicos; además este delito está circunscrito a un momento de la actividad económica del estado que se refiere a las etapas de la contratación o compra del estado, aquí es donde tiene presencia un tercero que ofrece sus servicios o productos, “el ajeno” a la institución, se hace parte del delito, a título de complice, su participación se expresa de manera clandestina, con una voluntad defraudatoria y corrompe con el funcionario que tiene el poder de realizar la contratación, por ello será el autor en razón de su deber de funcionario público, esto, tiene relación con lo afirmado por Guimaray y Rodríguez (2015), que expresan que en una democracia social y constitucional de derecho, el delito de colusión afecta de manera directa el correcto funcionamiento de la administración pública, de manera específica en el rol prestacional que tiene el estado para satisfacer las demandas de la población conocido como gestión pública, en sus labores tendientes a la adquisiciones de bienes servicios y recursos, con la comisión de este delito, afirman los autores se ha afectado de manera muy específica la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales propias y naturales del estado. Así mismo, la respuesta de los entrevistados guarda relación con lo establecido en el Expediente 30- 2010, en la de manera concreta señala que el

delito de colusión esta referido al concierto clandestino en cualquier etapa de la contratación administrativa o civil cuya naturaleza económica haga participe los fondos del estado.

Con relación a la discusión de la Categoría 3; Teoría de infracción de deber, los participantes se inclinaron de manera favorable y mayoritaria en señalar que es necesario una clasificación diferente en los delitos para las personas que cumplen labores específicas, en función de un rol social, que alcanza a todos; por ello, los delitos comunes están prestos al análisis de su resultado en aplicación de la teoría del domino del hecho lo que posibilita la identificación del autor, sin embargo, es comprensible que debe diferenciar a quienes interactúan en las esferas del poder político, tienen otra condición y otras posibilidades para cometer delitos, esto tiene relación con la postulado por Salinas (2020), para quien la realidad social dispuso la existencia de delitos de dominio y delitos de deber, identificación que tiene sin duda a Roxin, como su artífice. De manera similar Sánchez-Vera (2002), manifiesta que esta clasificación realizada por Roxin, identifica al autor en el sujeto público que comete el delito incumpliendo un deber especial, que claro esta no puede alcanzar a cualquier ciudadano.

En tanto la discusión de la Categoría 4; a los planteamientos de Bern Shunemann, la mayoría de participantes no tienen claro el concepto de la vulnerabilidad de bien jurídico, planteado por este autor, por lo que el análisis y discusión de la misma encuentra sus limitaciones; sin embargo, desde la experiencia jurídica de los letrados consideran que los delitos de comisión por omisión, no tendrían una aplicación efectiva en la persecución de delitos contra la administración pública, entre otros motivos, asumen esta postura porque consideran que el control político y funcional de la actividad administrativa no es competencia de los funcionarios de

mayor nivel en cada entidad y que existen órganos de control interno y procedimientos administrativos que sancionan las inconductas funcionales y por último la persecución delictual corresponde al Ministerio Público y sus órganos de apoyo; lo revelado por los entrevistados guardan serias discrepancias con nuestro marco normativo penal en el que las conductas reprochables para funcionarios públicos pueden ser acciones u omisiones (artículo 377 del código Penal), así como lo propuesto por Silva Sánchez (2004), quien sostiene, que los delitos tienen una distinción entre actos que se cometen y actos que se omiten, donde las omisiones constituyen un “dejar de hacer”, en tanto la acción corresponde a un “hacer generador de un resultado”. El delito de colusión puede ser uno de comisión por omisión, en primera instancia se lesiona un bien jurídico mediante una “acción directa” y a decir de Mir Puig (2011), en un segundo momento se produce la lesión de bienes jurídicos cuando se tiene de la posibilidad de evitar el resultado de perjuicio del bien jurídico y esto corresponde sobre todo a quienes dentro de la administración pública tienen por ley, facultad o voluntad propia una posición de garante.

## Capítulo V

### Sugerencias

#### 5.1 Conclusiones

**Primera:** El estudio del principio de confianza en el ordenamiento jurídico nacional, es un instrumento de imputación objetiva que admite la exclusión del compromiso penal de un agente, cuando se tiene la expectativa que cada individuo de una organización cumple sus funciones o roles asignados de manera eficiente, no requiriendo que su cumplimiento este supeditado al control de otros. En los delitos de colusión que involucra a sujetos de mayor nivel jerárquico en los entes del estado, busca excluirse del proceso y como la presente investigación nos ha demostrado, que, en mérito a esta invocación desde la postura de la teoría de infracción de deber, generan opiniones contradictorias e insuficientes, dado que:

- a) El derecho penal se convierte en apariencia en una extensión del derecho administrativo, al valorar la infracción del deber desde el mandamiento de una norma extrapenal.
- b) Al establecer el título de imputación del delito en el superior jerárquico de una entidad pública, no se considera la omisión creada, aparente o real, que deriva en el delito de colusión, considerando que el oficial gubernamental se encuentra en una entidad de estructura jerárquica que le impone una posición de garante, es decir que su persecución atañe únicamente al deber específico y se obvia el deber general.
- c) En el análisis de subsunción normativa del delito de colusión, con relación al superior jerárquico, no se valora que, para la materialización de su participación, se demuestre objetivamente la lesión de los bienes

estatales, por tanto, su participación siempre será a título de complice y no de autor.

**Segunda:** La colusión en nuestro país está considerada como un contravención denominada infracción de deberes institucionales, vinculado directamente a los funcionarios públicos que atienden presupuestos o patrimonios destinados a la compra o contratación de bienes, obras o servicios a favor del estado, en razón de la presente investigación se puede establecer que las bases teóricas que lo fundamentan los delitos de infracción de deber corresponden a las propuestas de los juristas alemanes Claus Roxin (funcionalismo moderado) seguido de la propuesta de Günter Jakobs (funcionalismo Radical). En función de esta base jurídica opera el principio de confianza como un instrumento adecuado para la delimitación de la responsabilidad penal del funcionario o servidor público que ejerce su rol dentro del riesgo socialmente permitido, por tanto, no será sancionado punitivamente; la punición se activará cuando el sujeto defraude la confianza depositada por el estado y la sociedad en su actuar correcto y eficiente. Los criterios desglosados en este estudio, exigen parámetros muy altos de organización y desarrollo cultural, de una sociedad (al parecer diferente de la peruana) que se desplaza armónicamente y con la confianza que cada integrante de la misma, también desplazará sus actividades de manera armónica.

**Tercera:** La modernidad del estado obligado a sus entidades a organizarse en estructuras eficientes que permitan el acceso de mejores condiciones de vida de su población, ciertamente, los actos de corrupción en las contrataciones del estado son actos repugnables y jurídicamente reprochables por su alta incidencia y reiterancia, se advierte que los fundamentos jurídicos de la persecución del delito de colusión en la actualidad están dogmáticamente vinculados a los delitos de infracción de deber,

en la que por aplicación del principio de confianza, respecto al superior de la entidad, no consideran su posición de garante o el deber de cuidado que se debe tener en la prestación de los servicios de la entidad pública.

El delito de colusión ocurre en una entidad del estado, en el ámbito de competencia de un agente que asume libremente la posición de más alta autoridad ejecutiva, independientemente de la denominación que la ley le confiera, es evidente que por su jerarquía tiene un dominio material sobre los elementos de la entidad organizada (por ejemplo, acceso a la mayor información estatal), y un poder personal (poder legal) que permite que sus subordinados se encuentren en poder de su mando. En tal razón, consideramos que el superior de una entidad es pasible de imputársele el delito de colusión a través de la comisión por omisión, por lo menos en el extremo del incumplimiento de los deberes de custodia, vigilancia y supervisión.

## 5.2 Recomendaciones

**Primera:** Respetuosamente, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República, para que, en el afán de generar predictibilidad en las decisiones de todos los órganos de justicia del país, su puedan unificar los criterios de aplicación del instrumento de imputación objetiva denominado principio de confianza cuando corresponda el juzgamiento de los delitos contra la administración pública y de manera específica cuando corresponda el juzgamiento del delito de colusión.

**Segunda:** Respetuosamente, a los magistrado y operadores de justicia de la república (Ministerio Público y Jueces) tomar en consideración que las autoridades electas o nombradas en puestos importantes ostentan cargos en estructuras de tipo empresarial o gerencial, que asumen libremente y por decisión propia, las responsabilidades de su mayor autoridad, cuyo fundamento normativo mínimo lo encontramos en:

- a) Ley N° 30225, Ley de contrataciones del estado (Decreto Supremo 082-2019-EF).

Artículo 8, ... “el titular de la entidad, tiene la posición de más alta autoridad ejecutiva y participa de acuerdo a ley en la autorización, aprobación y supervisión de las contrataciones de bienes servicios y obras”.

- b) Ley N° 27972, Ley Organica de Municipalidades.

Artículo 26, refiere que en lo concerniente a la administración municipal presenta un modelo de estructura gerencial, con responsabilidades de planificación, dirección, ejecución, supervisión, control recurrete y posterior por parte de su máxima autoridad.

- c) Ley 27867, Ley Organica de Gobiernos Regionales.

Articulos 11 y 12. Describe su estructura orgánica básica y contempla que

su órgano ejecutivo se distribuye en Gerencias Regionales en coordinación y dirección de un Gerente General.

**Tercera:** Respetuosamente, a los jueces y fiscales considerar la imputación del delito de colusión con respecto a las autoridades de mayor jerarquía a través de la comisión por omisión, cuando en la calificación de la denuncia criminal y el desarrollo del proceso se evidencian conductas que permitan acreditar el incumplimiento de los deberes de custodia, vigilancia y supervisión.

## Bibliografía

- Bacigalupo, E (1987). *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires: Hammurabi, 1987.
- Bryman, A. (2004). Investigación cualitativa sobre liderazgo: una revisión crítica pero apreciativa. *Revista Digital El liderazgo trimestral Volumen 15, Número 6*, Diciembre de 2004, páginas 729-769.
- Caballero, R (2020). Aplicación de la imputación objetiva funcionalista en los pronunciamientos penales de la Corte Suprema peruana. *Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura*, (2) 2, 120-125.
- Caro J. (2023). *Algunas consideraciones sobre el riesgo permitido en el Derecho penal. Forseti*. Revista de Derecho. Volumen 12, N° 18, Lima.
- Caro John, José Antonio. (s/f) Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber.
- Chanjan, R., Torres Pachas, D. & Gonzales Cieza, M. (2020). Claves para reconocer los principales delitos de corrupción. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Código Penal del Perú.
- Convención Interamericana contra la corrupción.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación N.º 706-2018 Madre de Dios.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación N° 694-2020 Huancavelica
- Corte Suprema de justicia de la República. RECURSO CASACIÓN N.º 1648-2019/MOQUEGUA.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente Casación N° 2587-2021/Lima Norte

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. Casación N.º 542-2017 Lambayeque

Defensoría del Pueblo (2022). Mapas de la corrupción: quinta edición. Comisiones regionales anticorrupción y datos de corrupción. Adjuntía de lucha contra la corrupción, transparencia y eficiencia del estado (febrero 2022).

Defensoría del Pueblo. (2014). Informe Defensorial N° 168. El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín. Primera edición: Lima, Perú, diciembre 2014.

Defensoría del Pueblo. (2022). <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/02/MAPAS-DE-LA-CORRUPCI%C3%93N-QUINTA-EDICI%C3%93N.pdf>

Derechos Humanos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado de: [file:///E:/Convencion\\_Interamericana\\_contra\\_la\\_corrupcion.pdf](file:///E:/Convencion_Interamericana_contra_la_corrupcion.pdf).

Expediente 30- 2010, sentencia de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima de fecha 07 de noviembre de 2012.

García, P. (2020). El delito de colusión desleal. En: AA.VV. Delitos contra la Administración Pública, Lima: Editorial Ideas, p. 188].

García, P. (2020): El delito de colusión desleal. En AA.VV.: Delitos contra la Administración Pública, Editorial Ideas, Lima, 2020, p. 167.

Hernández, R., Fernández, C., Baptista, M. (2014). Metodología de la investigación. (6ta edición) México: McGraw-Hill/Interamericana editores, S.A de C.V.

Jakobs, G. (2003). *Sobre la normatización de la dogmática jurídico - penal*. Madrid:

Jakobs, G. (2005). *El fundamento del sistema jurídico penal*, (trad. Cancio Meliá),  
Lima: Ara.

La Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción fue aprobada por el  
Gobierno del Perú, el 14 de septiembre del 2017, mediante Decreto Supremo  
092-2017-PCM.

Malegarie, J., & Fernández, P. (2016). El rol de las hipótesis en la investigación:  
entretelones en la experiencia de enseñanza-aprendizaje. V Encuentro  
Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales, Mendoza,  
Argentina.

Marín F. (agosto 2004). La corrupción: ¿Un problema de sociedad y/o político? Revista  
Frónesis v.11 n.2. Caracas.

Mir Puig, C. (2016). *Comentarios a los delitos contra la administración pública*, Instituto  
Pacífico, Lima.

Muntane, J. (2010). Introducción a la investigación básica. Revista Revisiones  
temáticas. Volumen 33. Nº 03. Mayo – junio 2010. Córdoba. España.

Muñoz, F. (2001). *Derecho penal. Parte especial*, 13ra. edición, Tirant lo Blanch,  
Valencia, 2001.

Pariona, R. (2017). *El delito de colusión*, Instituto Pacífico, Lima.

Portocarrero, J. (s/f). Delitos contra la Administración Pública. Ed. Portocarrero, s/a,  
p.146.

Prado, V. (1985). *Política criminal peruana*, Cultural Cuzco, Lima.

Procuraduría General de la República (2022). *El avance de la corrupción desde la  
perspectiva de la defensa jurídica del estado*. (Informe temático PGR gobiernos  
regionales y locales - setiembre 2022). Lima.

Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción – Ministerio de Justicia

- y Derechos Humanos (PPEDC), 2018. La corrupción en los gobiernos regionales y locales. Informe temático unidad de análisis de información setiembre 2018. Lima.
- Rojas, F. (2002). *Delitos contra la administración pública*, 3ra edición, Grijley, Lima.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. T. I.* Madrid: Civitas.
- Salinas, R. (2016): *La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios*. Problemas actuales de política criminal Anuario de Derecho Penal. 2015-2016,93-126.
- Sánchez, B. (2020). *El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas*, en *Revista de derecho penal y criminología*. Vol. 21, N° 69, Bogotá: junio del 2000, pp, 37-76.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. (2002). *Delito de infracción de deber y*
- Schünemann, B. (2009b). Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del derecho penal (trads. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo). Barcelona: Marcial Pons
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Revista de derecho de PUCP* N° 81. Lima.
- Tablante, C., & Morales Antoniazzi, M. (2018). Impacto de la corrupción en los "trascendencia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 51, N.º
- Urquiza, J. (2017). Código penal práctico: concordancias, doctrina, jurisprudencia, evolución legislativa. Tomo II. Lima, Perú. Gaceta Jurídica.
- Villavicencio, F. (2006). La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. *Revista Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional*. Universidad de Castilla La Mancha. Publicado en: ([www. cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)).
- Zamora, J. (2018). Conductas colusorias: del derecho romano a la ley 15/2007 de

defensa de la competencia. Revista Quaestio Iuris. vol. 11, nº. 02, Rio de Janeiro, Pp. 1106- 1128 DOI: 10.12957/rqi.2018.33053

## Anexo 01

### Matriz de consistencia

#### TITULO: *Aplicación del principio de confianza para determinar la imputación objetiva del superior jerárquico en el delito de colusión, 2023*

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORIAS	SUBCATEGORIAS	METODOLOGÍA
<b>Problema General</b>	<b>Objetivo General</b>	<b>Supuestos Hipotético General</b>			
¿De qué manera repercute jurídicamente la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión en el Perú al año 2023?	<b>OG.</b> Determinar la consecuencia jurídica de la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión en el Perú al año 2023	<b>SHG.</b> <i>La aplicación del principio de confianza en el juzgamiento de funcionarios de alto nivel jerárquico por el delito de colusión, desde la perspectiva de la teoría de infracción del deber, es contrario al deber de garante exigible por la mayor responsabilidad asumida, así como es contrario, al dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico encargado.</i>	<b>C1.</b> <i>Principio de confianza y su aplicación en el delito de colusión</i>  <b>C2.</b> <i>El delito de colusión</i>  <b>C3.</b> <i>Teoría de infracción de deber</i>	C1.SC1. Aplicación del principio de confianza en el delito de colusión  C1.SC2. Características y efectos  C2.SC1. Definición C2.SC2. Estructura del delito de colusión	<b>1. Método</b> Hipotético deductivo.  <b>2. Diseño</b> Fenomenológico No experimental De corte Transversal  <b>3. Nivel</b> Descriptivo correlacional.  <b>4. Participantes</b> 12 especialistas en derecho penal  <b>5. Tipo</b> Teórica, Pura o Básica
<b>Problemas Específicos</b>	<b>Objetivos Específicos</b>	<b>Supuestos Hipotéticos Específicas</b>			
1. ¿Cuál es la base teórico – jurídico que sustenta la aplicación del principio de confianza en el delito de colusión en el Perú?	<b>OE1.</b> Establecer la base teórica que fundamenta jurídicamente la aplicación del principio de confianza en el delito de colusión en el Perú.  <b>OE2.</b> Identificar los supuestos en los cuales la vulnerabilidad del bien jurídico obliga al superior jerárquico a ostentar su posición de garante frente a la administración pública.	<b>SH1.</b> Existe mayor consenso doctrinario y jurisprudencial en calificar el delito de colusión como un delito especial propio de infracción de deber, por lo que en aplicación del principio de confianza se delimita la autoría y participación de acuerdo a las funciones del servidor o funcionario público establecidas en una norma extrapenal.  <b>SH2.</b> En tanto se aplique el principio de confianza en el marco de la teoría de infracción de deber, el superior jerárquico no tiene la responsabilidad jurídica de ser garante del correcto funcionamiento de la administración pública.	<b>C4.</b> <i>Teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico.</i>	C3.SC1. Teoría de infracción de deber  C4.SC1. Teoría del dominio sobre el fundamento del resultado	<b>6. Técnica</b> Entrevista  <b>7. Instrumento</b> Ficha de entrevista  <b>8. Tratamiento de datos</b> Se someterá al análisis e interpretación la información obtenida valorando las convergencias y divergencias

## Anexo 02

### Matriz de categorización

#### TITULO: Aplicación del principio de confianza para determinar la imputación objetiva del superior jerárquico en el delito de colusión, 2023

Planteamiento del problema	Problema	Objetivos	Conceptos	Categorías	Sub Categorías	Técnica	Instrumento de evaluación
<p>En general y de manera unánime los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República, se han inclinado por la teoría de la infracción del deber (casaciones y acuerdos plenarios), sin embargo, estos pronunciamientos ante la sociedad en general y en la lucha del estado contra la corrupción contrastados con la realidad pareciera que generan o por lo menos manifiestan un halo de impunidad, por lo que en el análisis de la autoría o complicidad en los delitos contra la administración pública, constituye determinar si el funcionario público tiene el deber de garante del bien jurídico protegido (por tanto, responsable del actuar o de la omisión de sus subordinados) o en aplicación del principio de confianza se excluye de la imputación objetiva cuando se tiene la presunción de que todo funcionario o servidor público actúa conforme a los parámetros propios de su cargo.</p>	<p><b>Problema General</b> ¿De qué manera repercute jurídicamente la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión en el Perú al año 2023?</p>	<p><b>OG.</b> Determinar la consecuencia jurídica de la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión en el Perú al año 2023</p>	<p>El principio de confianza es un comportamiento que une a las personas, por lo que no es un rol del ciudadano controlar de manera permanente a sus semejantes, debido a la existencia del principio de confianza. (Peláez, 2017),</p>	<p><i>C1. Principio de confianza y su aplicación en el delito de colusión</i></p>	<p>1.1 Aplicación en la jurisprudencia</p>	Entrevista	Guía de pregunta de entrevistas
			<p>El delito de colusión se refiere al convenio o contrato que celebran dos o más personas de manera subrepticia, con la finalidad de defraudar o generar un perjuicio a alguien. (Vásquez, 2015, pág. 151.)</p>	<p><i>C2. El delito de Colusión</i></p>	<p>1.2 Características y efectos</p>		
		<p><b>Problema Especifico 1</b> ¿Cuál es la base teórico – jurídico que sustenta la aplicación del principio de confianza en el delito de colusión en el Perú?</p>	<p><b>OE1.</b> Establecer la base teórica que fundamenta jurídicamente la aplicación del principio de confianza en el delito de colusión en el Perú.</p>	<p>En los delitos de infracción de deber, corresponde al sujeto activo cualificado denominado servidor público, sin embargo, la calidad de este “interviniente” genera cuestionamientos cuando el titular de los deberes especiales realiza la acción delictiva en coordinación, asistencia o participación de agentes particulares, que no tienen las prerrogativas otorgadas por la administración pública. (Figuroa, L. 2012, pág. 9.)</p>	<p><i>C3. Teoría de infracción de deber</i></p>	<p>1.1 Definición</p> <p>1.2 Estructura del delito de Colusión</p>	
		<p><b>Problema Especifico 2</b> ¿De qué manera la vulnerabilidad del bien jurídico obliga al superior jerárquico a ostentar su posición de garante frente a la administración pública?</p>	<p><b>OE2.</b> Identificar los supuestos en los cuales la vulnerabilidad del bien jurídico obliga al superior jerárquico a ostentar su posición de garante frente a la administración pública.</p>	<p>Los delitos funcionariales son delitos especiales, por consiguiente, son delitos especiales de garante, por lo que resulta ser autor del delito quien tiene el dominio de protección o el dominio de supervisión de una fuente de peligro que afecte al bien jurídico. (Shunemann, 2018, pág. 103.)</p>	<p><i>C4. Teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico</i></p>	<p>3.1 Teoría de infracción de deber</p> <p>3.1.1 Teoría de infracción de competencia institucional</p>	
					<p>4.1 Teoría del dominio sobre el fundamento del resultado.</p>		

## Anexo 03

Instrumento de Investigación: *Guía de entrevista.*

<b>GUÍA DE ENTREVISTA</b>
<b>PRESENTACIÓN DEL INVESTIGADOR</b>
<ol style="list-style-type: none"><li>1. Presentarnos: César Rogelio Aguilar Castillo. 49 años de edad. Estudiante de Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de la Escuela de Postgrado Newman</li><li>2. La presente entrevista la realizamos con la finalidad de conocer su experiencia y opinión en el ámbito de aplicación del principio de confianza en los delitos de infracción de deber de manera específica en el delito de colusión.</li></ol>
<b>PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO</b>
<ol style="list-style-type: none"><li>3. Presentación de la investigación: <i>Aplicación del principio de confianza para determinar la imputación objetiva del superior jerárquico en el delito de colusión, 2023</i></li><li>4. Objetivo principal de la investigación: <i>Determinar la consecuencia jurídica de la aplicación del principio de confianza como instrumento de la imputación objetiva, en el enjuiciamiento del superior jerárquico por el delito de colusión en el Perú al año 2023</i></li><li>5. Solicitar al participante si autoriza el poder grabar en audio y/o tomar notas durante la entrevista.</li></ol>
<b>PREGUNTAS ENTRADA</b>
<ol style="list-style-type: none"><li>1. ¿Desde cuándo ejerce la profesión de abogado y en qué universidad estudio?</li><li>2. ¿En qué universidad y con qué mención obtuvo sus estudios de abogado/maestría/doctorado?</li><li>3. ¿Considera que el desempeño de su profesión en materia penal, le ha generado satisfacción y realización personal?</li><li>4. ¿Cómo describiría su desempeño diario en la abogacía?</li><li>5. ¿Cuáles son sus expectativas en su labor académica y profesional para los siguientes años?</li></ol>

**PREGUNTAS ESPECÍFICAS**

<p><i>Principio de confianza y su aplicación en el delito de colusión</i></p> <p><i>El delito de Colusión</i></p>	<p>Aplicación en la jurisprudencia Características y efectos</p> <p>Definición Estructura</p>	<p>Imputación Objetiva</p> <p>Concepto Bien Jurídico protegido Pena sancionadora</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ¿Le parece favorable o adecuado la aplicación del principio de confianza en el juzgamiento de funcionarios públicos por el delito de colusión? ¿Por qué?</li> <li>2. ¿La aplicación del principio de confianza, en el marco de la teoría de infracción de deber, resuelve los problemas para la imputación del superior jerárquico, como autor del delito de colusión? ¿Por qué?</li> <li>3. ¿Considera que la aplicación del principio de confianza afecta el principio de legalidad penal, dado que su aplicación en la teoría de infracción de deber, aplicado al delito de colusión, basa su fundamento en la infracción de una norma de carácter extrapenal? ¿Por qué?</li> <li>4. Cualquier funcionario o servidor público, ¿puede ser autor del delito de colusión? ¿Por qué?</li> </ol>
<p><i>Teoría de infracción de deber</i></p>	<p>Teoría de infracción de deber</p> <p>Teoría de competencia institucional</p>	<p>Postura de Claus Roxin</p> <p>Postura de Gunter Jakobs</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>5. ¿Es obligatorio que el funcionario o servidor público encargado de los procesos de contratación pública, sea un sujeto cualificado para dicho proceso? ¿Por qué?</li> <li>6. Desde un ámbito jurídico penal peruano. ¿Considera que su puede delimitar adecuadamente la imputación del extraneus y su grado de participación en el delito de colusión?</li> <li>7. De acuerdo a su experiencia ¿Cuál es la tendencia de las decisiones judiciales, en la comisión del delito de Colusión previsto en el artículo 384° del Código Penal, aplicable al superior jerárquico de la administración pública?</li> <li>8. La corrupción, ¿es consecuencia de la infracción del deber especial que ostenta el funcionario o servidor público o de la capacidad de disposición, por el dominio y vulnerabilidad del bien asignado a su cargo?</li> </ol>
<p><i>Teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico</i></p>	<p>Teoría del dominio sobre el fundamento del resultado</p>	<p>Postura de Bern Shunemann</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>9. De acuerdo a su experiencia profesional ¿Qué grado de participación le asignaría al funcionario de mayor jerarquía de una entidad estatal, que no tiene el deber extrapenal, pero ostenta un poder funcional que le permite la comisión del delito de colusión?</li> <li>10. Bern Shunemann, plantea la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado, para determinar la autoría en los delitos especiales. ¿Considera usted que la justicia peruana está preparada para aplicar la teoría sobre vulnerabilidad del bien jurídico, es decir la comisión por omisión, en el delito de colusión?</li> <li>11. ¿Considera que el nivel ético es un factor determinante para que los funcionarios o servidores públicos de mayor jerarquía funcional cometan el delito de colusión aprovechando la posición que tienen en la administración pública? ¿Por qué?</li> <li>12. ¿Considera usted que el contenido de esta tesis sería un aporte para el derecho penal peruano? ¿Por qué?</li> </ol>
<p align="center"><b>FINAL DE LA ENTREVISTA</b></p>			
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Agradecer al entrevistado por brindarnos su tiempo e historia de vida para realizar la presente investigación.</li> <li>2. Pregunte al entrevistado si podemos mantenernos en contacto si se necesita más información</li> </ol>			

## Anexo 04 Opinión de Expertos



### OPINION DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

#### 1. Datos Generales

1.1 Nombre y apellidos del Experto:	<u>MARIA DEL ROSARIO CUBAS GUTIERREZ</u>
1.2 Grado académico:	<u>MAESTRA EN DERECHO</u>
1.3 Profesión:	<u>ABOGADA</u>
1.4 Centro laboral:	<u>INDEPENDIENTE</u>
1.5 Cargo que desempeña:	<u>INDEPENDIENTE</u>
1.6 Denominación del instrumento:	<u>GUÍA DE ENTREVISTA</u>
1.7 Autor del instrumento:	<u>CESAR ROGELIO AGUILAR CASTILLO</u>
1.8 Programa de posgrado:	<u>MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL</u>

#### 2. Validación

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento				X	
SUMATORIA						
PARCIAL						
TOTAL	SUMATORIA	28				

3. Resultados de validación

3.1 Colaboración total cuantitativa: 28 Favorable  
3.2 Opinión - Un tema muy interesante y oportuno para ser estudiado en materia Paralela.

Favorable	<input checked="" type="checkbox"/>	Debe mejorar	<input type="checkbox"/>	No favorable	<input type="checkbox"/>
-----------	-------------------------------------	--------------	--------------------------	--------------	--------------------------

3.1. Observaciones:

---

---

---

---

---

Tacna, 01 de ABRIL del 2024

  
.....  
Ma. Del Rosario Cubas Gutiérrez  
ABOGADO  
C.A.A. 10152

\_\_\_\_\_  
Firma  
44655285  
Magister en Derecho

**PERÚ**

Ministerio de Educación

Superintendencia Nacional de  
Educación Superior UniversitariaDirección de Documentación e  
Información Universitaria y  
Registro de Grados y Títulos**REGISTRO NACIONAL DE GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES**

Graduado	Grado o Título	Institución
CUBAS GUTIERREZ, MARIA DEL ROSARIO DNI 44655285	<b>LICENCIADO EN RELACIONES INDUSTRIALES</b>  Fecha de diploma: 14/01/2011 Modalidad de estudios: -	UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA <i>PERU</i>
CUBAS GUTIERREZ, MARIA DEL ROSARIO DNI 44655285	<b>BACHILLER EN RELACIONES INDUSTRIALES</b>  Fecha de diploma: 29/10/2010 Modalidad de estudios: -  Fecha matricula: Sin información (***) Fecha egreso: Sin información (***)	UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA <i>PERU</i>
CUBAS GUTIERREZ, MARIA DEL ROSARIO DNI 44655285	<b>BACHILLER EN DERECHO</b>  Fecha de diploma: 13/08/15 Modalidad de estudios: PRESENCIAL  Fecha matricula: Sin información (***) Fecha egreso: Sin información (***)	UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DEL PERÚ S.A.C. <i>PERU</i>
CUBAS GUTIERREZ, MARIA DEL ROSARIO DNI 44655285	<b>ABOGADO</b>  Fecha de diploma: 27/10/16 Modalidad de estudios: PRESENCIAL	UNIVERSIDAD INCA GARCILASO DE LA VEGA ASOCIACIÓN CIVIL <i>PERU</i>
CUBAS GUTIERREZ, MARIA DEL ROSARIO DNI 44655285	<b>MAESTRO EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL</b>  Fecha de diploma: 10/11/21 Modalidad de estudios: PRESENCIAL  Fecha matricula: 08/08/2016 Fecha egreso: 21/11/2017	UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA <i>PERU</i>

## OPINION DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

### 1. Datos Generales

1.1 Nombre y apellidos del Experto: HERLINDA VERÓNICA CHOQUE ATAUCURI  
 1.2 Grado académico: MAESTRA EN DOCENCIA UNIVERSITARIA  
 1.3 Profesión: DOCENTE  
 1.4 Centro laboral: IEP INTERNACIONAL JOHANNES KEPLER  
 1.5 Cargo que desempeña: DOCENTE DE AULA  
 1.6 Denominación del instrumento: GUÍA DE ENTREVISTA

1.7 Autor del instrumento: CESAR ROGELIO AGUILAR CASTILLO  
 1.8 Programa de posgrado: MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

### 2. Validación

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión				X	
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría				X	
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados				X	
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA						
PARCIAL	SUMATORIA					
TOTAL	SUMATORIA	27				

3. Resultados de validación

3.1 Colaboración total cuantitativa: 27 FAVORABLE

3.2 Opinión - Ayudará mucho al estudio del delito de colusión.

Favorable  Debe mejorar  No favorable

3.1. Observaciones:

---

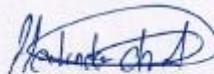
---

---

---

---

Tacna, 01 de ABRIL del 2024



Firma  
DNI 30856972  
Maestra en Docencia Universitaria

**PERÚ**

Ministerio de Educación

Superintendencia Nacional de  
Educación Superior UniversitariaDirección de Documentación e  
Información Universitaria y  
Registro de Grados y Títulos**REGISTRO NACIONAL DE GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES**

Graduado	Grado o Título	Institución
CHOQUE ATAUCURI, HERLINDA VERONICA DNI 30856972	<b>BACHILLER EN EDUCACIÓN</b>  Fecha de diploma: 28/06/18 Modalidad de estudios: SEMIPRESENCIAL  Fecha matrícula: 20/05/2011 Fecha egreso: 30/06/2012	UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA <i>PERU</i>
CHOQUE ATAUCURI, HERLINDA VERONICA DNI 30856972	<b>MAESTRA EN DOCENCIA UNIVERSITARIA</b>  Fecha de diploma: 13/02/23 Modalidad de estudios: SEMIPRESENCIAL  Fecha matrícula: 05/04/2021 Fecha egreso: 01/09/2022	UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO S.A.C. <i>PERU</i>