

PÓLEMOS

BOLETINES

MAYEÚTICA

CIVIL

MERCANTIL

PENAL

PROCESAL

LABORAL

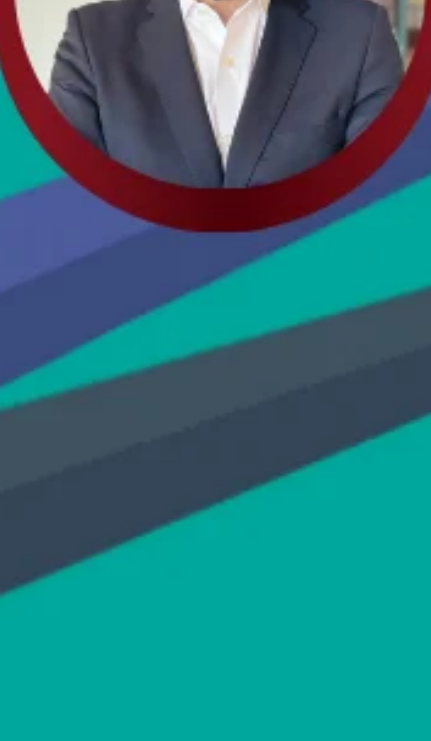
PÚBLICO

INTERDISCIPLINARIO

DERECHOS HUMANOS

EDITORIALES

GÓMEZ APAC



VOTO DISIDENTE



Inicio > Mayeutica > El principio de confianza en la administración pública: el personal de la alta dirección puede confiar en los informes técnicos y legales de sus subordinados

MAYEÚTICA > VOTO DISIDENTE

El principio de confianza en la administración pública: el personal de la alta dirección puede confiar en los informes técnicos y legales de sus subordinados

13 febrero, 2025 | 1320 vistas

Hugo R. Gómez Apac

Catedrático en la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción: el principio de confianza

La administración pública está compuesta por poderes del Estado, organismos constitucionalmente autónomos, ministerios y organismos públicos del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales, municipalidades, universidades públicas, etc. Al interior de estas entidades públicas, que son personas jurídicas de derecho público, hay una estructura jerarquizada en línea y grado que da orden al funcionamiento organizacional.

Las personas que ocupan los puestos de alta dirección, como ministros, viceministros, gobernadores, alcaldes, superintendentes, presidentes y miembros de consejos directivos, titulares de entidades, entre otros, toman decisiones —de dirección política y administrativa— que, en muchos casos, se sustentan en opiniones legales y técnicas elaboradas por órganos (de inferior jerarquía) de línea, de administración interna y desconcentrados.

En aplicación del principio de desconcentración de funciones, los órganos de inferior jerarquía están integrados por profesionales especialistas en las materias de que se trate. Así, por ejemplo, los órganos de administración interna están integrados por profesionales (abogados, economistas, ingenieros, administradores, contadores) expertos en planeamiento, presupuesto, contratación pública, recursos humanos, inversión pública, etc.

Si los especialistas en abastecimiento y logística consideran que la adquisición de un determinado bien o servicio debe estar exonerado de proceso de selección (contratación sujeta a procedimiento de selección no competitivo) por las razones que fuere (situación de emergencia o de desabastecimiento, proveedor único, servicios personalísimos, pauta publicitaria, contratación con otra entidad pública, etc.), y así lo exponen en sus respectivos informes técnicos y legales, ¿por qué ello debería ser cuestionado por un gobernador regional o alcalde que llegó a dicho puesto, no por su pericia o destreza en contratación pública, sino por su carisma y simpatía frente al electorado? Un ministro, gobernador o alcalde puede ser un politólogo, filósofo, sociólogo o historiador, o quizá alguien que a las justas terminó la educación secundaria. Un político toma decisiones políticas. No tiene que tener una maestría en gestión pública o derecho administrativo, por más recomendable que así sea.

Bajo el principio de confianza, las personas que integran los órganos de alta dirección tienen que confiar en la información, razonamiento y recomendación que le planteen sus subordinados. Ello garantiza una gestión pública eficaz y eficiente. Zapatero a sus zapatos, cada quien es responsable de aquello que conoce mejor.

El caso del señor Oscorima

Mediante Acuerdo Regional 109-2011-GRA/CR de 20 de diciembre de 2011 se declaró la emergencia de la red vial de la región Ayacucho. Ese mismo día, el presidente regional, el señor Wilfredo Oscorima Núñez (el **señor Oscorima**), firmó la Resolución Ejecutiva Regional 1409-2011-GRA-PRES para exonerar de proceso de selección (licitación pública), por la causal de emergencia, la adquisición de maquinaria y equipos.

A los pocos días, el proceso de exoneración fue observado tanto por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) como por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, los que no estaban convencidos de que realmente hubiera una situación de emergencia en la red vial de Ayacucho. El señor Oscorima no hizo caso a tales observaciones debido a que contaba con las opiniones técnicas y legales de sus subordinados que justificaban la situación de emergencia.

En primera y segunda instancia se condenó al señor Oscorima por el delito de negociación incompatible tipificado en el art. 399 del Código Penal, que sanciona con pena máxima de seis años de prisión al funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

El principio de confianza según la Corte Suprema

Mediante sentencia casatoria 23-2016-Ica del 16 de mayo de 2017, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República absolvió al señor Oscorima, entre otras razones, por aplicación del principio de confianza en los términos siguientes:

«Así, en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol puede confiar en que las demás personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas, van a desempeñarse actuando lícitamente. El principio de confianza se incardina en la esencia de la sociedad, pues sin él nadie podría interactuar si, además del deber de cumplir los parámetros de su rol, estuviera en la obligación de observar que la persona con la que se interactúa está cumpliendo cabalmente sus obligaciones.

La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como son las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día. Por ende, si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario ubicado en un nivel jerárquicamente inferior o en un nivel horizontal al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores. De ahí que se parte de una presunción: todo funcionario con el que se interactúa obra en cabal cumplimiento de sus funciones.

(...)

...Tradicionalmente se suele considerar que la máxima autoridad de una institución tiene una posición de garante que lo hace responsable por todo acto que cometan sus subordinados. En un sentido normativo, sobre la base de las consideraciones esbozadas previamente, dicha consideración es manifiestamente incorrecta.

(...)

La exigencia del deber de supervisión al titular de una institución, sin más fundamento que por ser el titular de la misma, podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución, pues dedicaría más tiempo a controlar al resto de funcionarios —incluso de muy menor rango— que a desempeñar sus propias funciones. Esta postura haría ineficaz la división del trabajo, sobre todo en órganos donde existen personas especializadas a función. Y, si la atribución de responsabilidad penal sólo se basa, sin más fundamento, en que por ser la máxima autoridad de la institución, debe responder por los actos de cualquiera de sus subordinados, entonces estaríamos ante una flagrante vulneración del principio de culpabilidad, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribe la responsabilidad objetiva.

(...)

Ahora bien, para aprobar dicha situación de emergencia mediante resolución ejecutiva regional 1409-2011-GRA-PRES, el Presidente Regional debió contar con las opiniones técnicas y legales que sustentaron el pedido, las cuales previamente pasaron por una línea de revisión. Al respecto, la Sala Penal de Apelaciones no señala que el Presidente Regional haya obviado considerar los informes especializados, sino que se supone que este tenía la obligación específica de verificar si el contenido era correcto, es decir si los informes técnicos y legales analizaban correctamente la procedencia de la situación de emergencia.

En ese sentido, debemos afirmar que los señalado resulta erróneo. La actuación del Presidente Regional, al igual que el Gerente Regional y los funcionarios que directamente no opinaron sobre la existencia técnica o legal de la situación de emergencia, se enmarca dentro del principio de confianza, pues la normatividad que regula sus ámbitos de competencia no les impone el deber de garante de poseer conocimientos técnicos y especializados que les obligue a la verificación de cada una de las acciones de sus subordinados. Exigirles que desconfiaran de los informes técnicos que les presentaron sus subordinados no es un deber que se encuentra dentro de sus funciones. Por el contrario, el Presidente Regional solo cuenta con la obligación de verificar la existencia de informes especializados que sustenten el pedido razonablemente, mas no determinar si el contenido exacto de los mismos es o no correcto. Lo contrario implicaría exigir a dicho funcionario el deber de cumplir con la función de especialistas técnicos y legales, haciendo obsoleto e impracticable el proceso de división de trabajo. Ello resulta más evidente para el caso de los puestos más altos de la estructura, quienes no se encuentran en contacto directo con los especialistas.»

Pertinente y apropiado razonamiento de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Si los subordinados del señor Oscorima, en tanto profesionales expertos en sus respectivas disciplinas, presentaron informes técnicos y legales que justificaban la causal de emergencia, ¿por qué tenía él que dudar de dichos informes? Como lo dijo la Corte Suprema, el deber del jefe de la entidad pública es verificar que los informes existan, mas no determinar si el contenido de estos documentos es correcto o incorrecto.

Por inverosímil que parezca, el 3 de julio de 2017, la procuraduría pública especializada en delitos de corrupción interpuso demanda de amparo contra los jueces penales supremos que emitieron la sentencia casatoria 23-2016-Ica.

Como dos instancias judiciales rechazaron la demanda de amparo, la procuraduría pública interpuso recurso de agravio constitucional, por lo que el asunto llegó al Tribunal Constitucional (TC).

El principio de confianza según el Tribunal Constitucional

Mediante sentencia 329/2024 (expediente 01553-2023-PA/TC) del 3 de diciembre de 2024, bajo la ponencia del magistrado Gustavo Gutiérrez Tiscé, el TC declaró infundada la demanda de amparo.

En lo que respecta al principio de confianza en la administración pública, el TC ha brindado los siguientes fundamentos:

«...En esa línea, el principio de confianza en la administración pública es una concreción del principio de culpabilidad, a la par que guarda una conexión evidente con el principio de legalidad penal contenido en el artículo 2.24 inciso d) de la Constitución, y cuyo tenor es: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

...El vocablo “nadie será procesado...” del artículo precitado aplica para cualquier individuo, lo cual naturalmente incluye a los funcionarios. Por tanto, un tipo penal como el de negociación incompatible, que sanciona el interés indebido del funcionario, en beneficio propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, requiere para su aplicación, como mínimo, que exista certeza de cuáles son los deberes de cada funcionario en el MOF y ROF de la entidad. Así, no resulta constitucionalmente posible interpretar de manera amplia, ni analógica, ni mucho menos crear jurisprudencialmente deberes funcionariales inexistentes en la normativa referida. Caso contrario, cualquier funcionario de cualquier jerarquía de cualquier institución, estaría en riesgo de una criminalización de sus funciones.

...En el caso específico de los titulares de las entidades públicas, imponerles un deber de garante que requiera una revisión pormenorizada de todos los criterios técnicos de todos sus subordinados, bajo la lógica de que tienen que hacerse responsables porque “sabían lo que pasaba al interior de sus instituciones o, por lo menos, igual debían saberlo”, es abiertamente inconstitucional. En realidad, se les juzgaría con base a un estándar divino inalcanzable; se requeriría que sean omnipotentes, omnipresentes y omniscientes. Nadie se salvaría, porque esto implicaría partir de la sospecha. Incluso, este Tribunal, en la Sentencia 03150-2017-PA/TC (*caso Domingo García Belaunde*) ya ha establecido precisamente en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado que la presunción de inocencia en su faceta administrativa implica presumir la licitud de los actos protagonizados por los postulantes en las contrataciones con el Estado. De manera más general, estableció que existe una presunción de licitud de la conducta de los ciudadanos en las contrataciones públicas (fundamento 39).

...Por otro lado, existe abundante literatura académica, así como comentarios de especialistas, que apuntan a que el temor de la intervención penal con investigaciones fiscales largas, juicios aún más largos y poca predictibilidad en las sentencias penales, inhibe a los funcionarios de tomar decisiones e implementar medidas de suma trascendencia constitucional, muchas de ellas relacionadas con deberes primordiales del Estado contemplados en el artículo 44 de la Constitución; medidas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos humanos, la seguridad, promover el bienestar y desarrollo de la población. A nivel internacional, este fenómeno se estudia bajo los rótulos de “miedo a la firma”, “burocracia defensiva”, “administración defensiva” o *chilling effect*...»

El TC no sólo ha validado la aplicación del principio de confianza en la administración pública, tal como lo hiciera la Corte Suprema en un caso de exoneración de proceso de selección y delito de negociación incompatible, sino que lo ha reforzado, lo ha potenciado. Es abiertamente inconstitucional considerar que el titular de una entidad pública, o cualquier otro superior jerárquico, sabe todo lo que sucede en su institución o en las dependencias a su cargo, o peor aún, presumir que debería saberlo.

Los jefes de las instituciones públicas, así como los demás funcionarios de alta dirección, no tienen la función ni la obligación de controlar ni de garantizar de la veracidad o exactitud de la información, razonamientos y/o recomendaciones contenidos en informes, oficios, memorandos o notas internas elaborados por sus subordinados profesionales expertos en derecho, economía, contabilidad, ingeniería, abastecimiento, logística, contratación pública, tesorería, inversión pública, recursos humanos, entre otros.

En materia de contratación pública, el titular de la entidad debe confiar en los informes técnicos y legales que le presenten los gerentes, directores y especialistas de las oficinas de asesoría jurídica, de administración, de logística, etc., para adoptar decisiones como la de exonerar de procesos de selección una determinada adquisición por la causal de emergencia, desabastecimiento, proveedor único, contratación entre entidades, servicios personalísimos, etc.

Esta sentencia del TC va a dar ánimo a los funcionarios públicos, hoy alicaídos, paralizados y con miedo a firmar. También alentará el ingreso y la reincorporación de escépticos al aparato estatal. Hay profesionales valiosos que no desean entrar o regresar a las dependencias públicas por miedo a ser denunciados por cualquier cosa. La única forma de evitar ser acusado y estar inmerso en un procedimiento disciplinario, un procedimiento por responsabilidad administrativa funcional o un proceso penal, es “no hacer nada”. No firmar resoluciones, contratos, oficios, informes ni memorandos, y si es posible, ni siquiera enviar correos electrónicos.

En estos tiempos, no tomar decisiones, hacerse al “muerto” o ser un “burócrata zombie” es la mejor estrategia para no meterse en problemas, pues haga lo que haga el funcionario o servidor público, incluso con el soporte de informes jurídicos y técnicos, internos y externos, no va a librarse del pensamiento obtuso de auditores, procuradores, fiscales y jueces que ven delito y maldad en todas partes.

Colofón

Los fundamentos de la Corte Suprema y del TC en lo concerniente al principio de confianza en la administración pública son aplicables no solo en investigaciones y procesos penales, sino también en procedimientos disciplinarios y procedimientos sancionadores por responsabilidad administrativa funcional.

El fundamento 30 de la sentencia T329/2024 del TC hace inaplicable, al menos tratándose de los titulares de las entidades públicas, el extremo del precedente administrativo de observancia obligatoria aprobado por el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República del Perú —mediante Acuerdo Plenario 02-2024-CG/TSRA-Sala Plena, publicado en el diario oficial El Peruano el 26 de marzo de 2024— que indica que el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante que impone la obligación de verificar el trabajo realizado por el subordinado, lo que no elimina su posible aplicación.

Es fácil imputar un rol de garante a todos los jefes y con ello hacerles responsables de no haber revisado y corregido los informes técnicos y legales elaborados con rigor por subordinados especialistas en su materia que exhiben orgullosos, cual medallas en el pecho, años de experiencia y cursos, diplomados, maestrías y hasta doctorados. Piénsese en el “rol de garante” de un gobernador sociólogo o de un alcalde historiador frente a la interpretación jurídica de un artículo de la Ley de Contrataciones del Estado realizada por el jefe de la oficina de asesoría jurídica que tiene diez años de experiencia y una maestría en derecho administrativo, o ante el criterio técnico del ingeniero de sistemas de la oficina de logística que recomienda los tipos de computadoras que necesita la entidad y que deben adquirirse a través de una licitación pública.

Tiene razón el TC al hablar de “miedo a la firma”, “burocracia defensiva” o “administración defensiva”. La correcta aplicación del principio de confianza en los términos señalados en la sentencia casatoria 23-2016-Ica y en la sentencia T329/2024 del TC va a relajar los nervios de los tomadores de decisiones, los que empezarán a gerenciar sin miedo, a administrar sin pánico, en el entendido de que confiarán, como tiene que ser, en la información, el razonamiento y la recomendación suministrada por sus subordinados, profesionales expertos en sus respectivas materias. ¡Es la especialización del trabajo en la gestión pública!

Si la administración pública peruana despierta de su letargo y mejora la ejecución presupuestal, se reactiva la construcción de infraestructura pública, se incrementa la inversión pública, se prestan más servicios públicos y asistenciales, entre otras medidas positivas para la población, será gracias a esta valiosa sentencia del TC.

Quito, febrero de 2025.

f X f X in

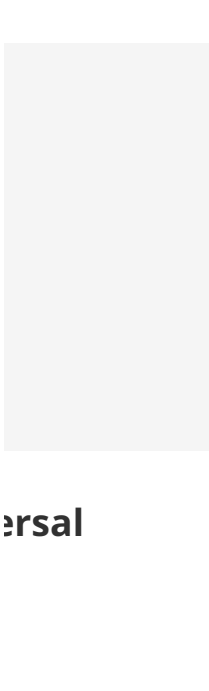
Publicación anterior

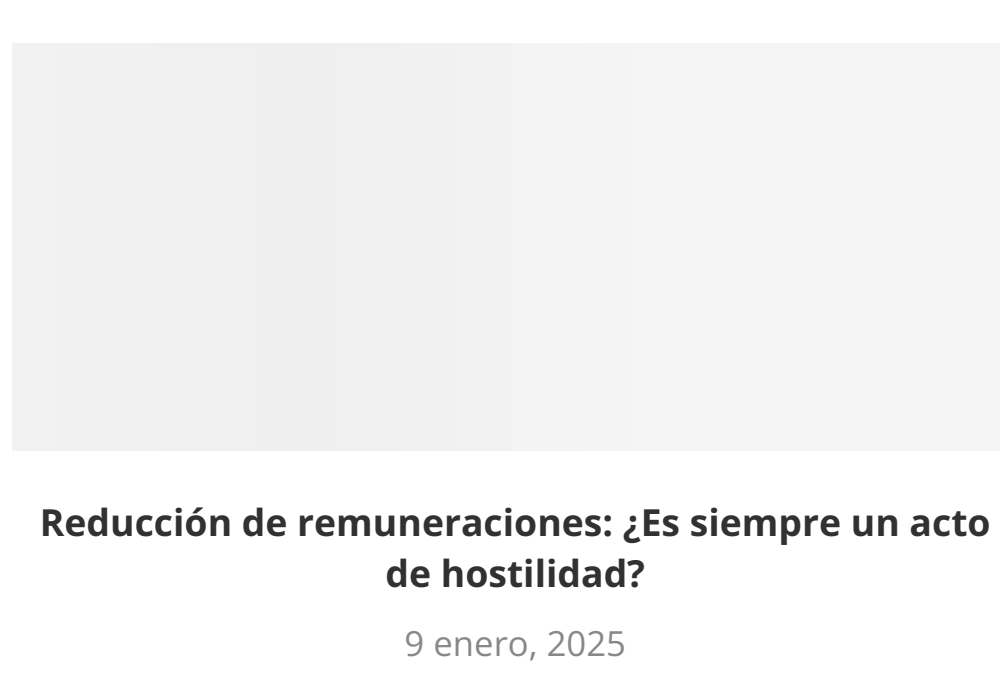
La obligación de los registros públicos de recurrir a RENIEC para evitar observaciones innecesarias

Siguiente publicación

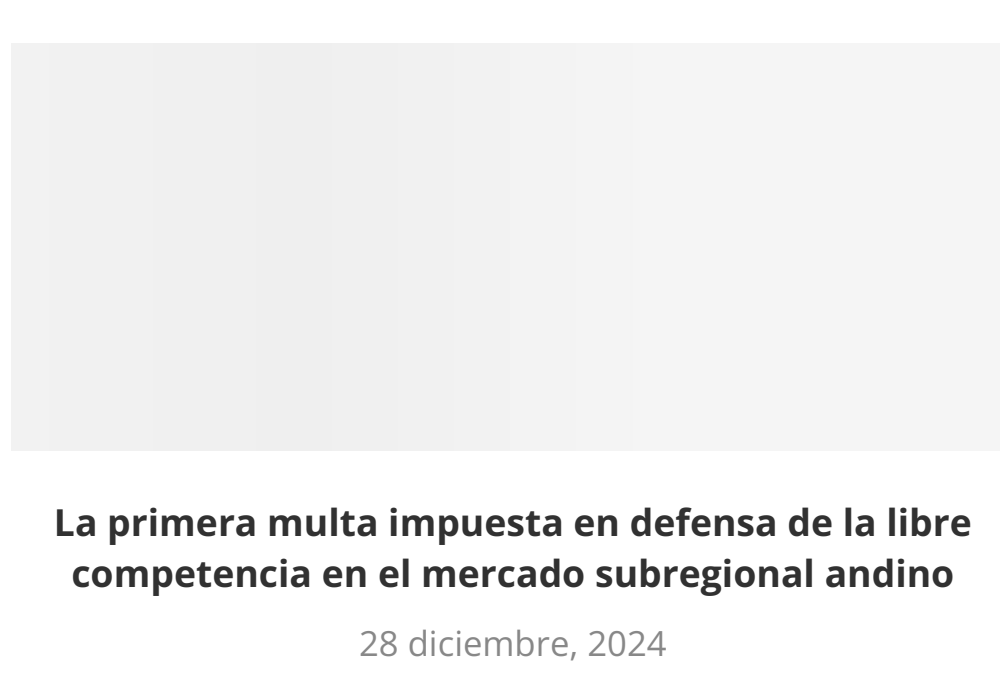
Los silencios administrativos: A propósito del tratamiento del silencio administrativo positivo y negativo en el Perú

ARTÍCULOS RELACIONADOS

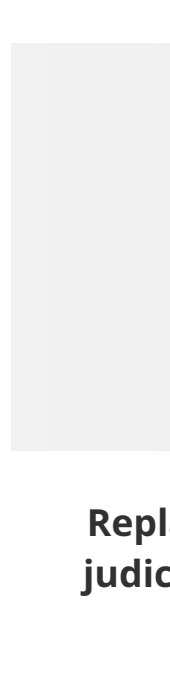
 **rsal**

 **Reducción de remuneraciones: ¿Es siempre un acto de hostilidad?**

9 enero, 2025

 **La primera multa impuesta en defensa de la libre competencia en el mercado subregional andino**

28 diciembre, 2024

 **Repl**

Judic

DEJA UN COMENTARIO

Tu comentario

Nombre*

Email*

Website

☐ Guarda mi nombre, correo electrónico y web en este navegador para la próxima vez que comente.

ENTREGAR

Si deseas publicar un artículo en Pólemos, envíanos un mensaje.

Tu nombre

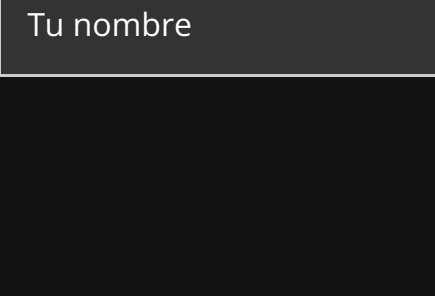
Tu correo

Seleccionar archivo

ningún archivo seleccionado

ENVIAR

DESCARGAR POLÍTICAS DE PUBLICACIÓN

 **Pólemos**
Portal Jurídico Interdisciplinario

«Pólemos» es un espacio virtual orientado al análisis de temas jurídicos y de actualidad. Nos distinguimos por tratar el Derecho desde un enfoque interdisciplinario, integrando conocimientos de distintas disciplinas para ofrecer una comprensión más integral y enriquecedora.

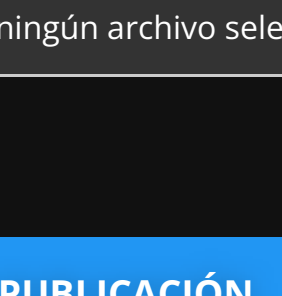
f X y d

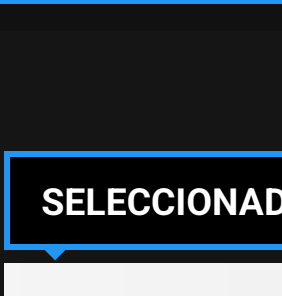
Twitter Facebook Instagram YouTube LinkedIn

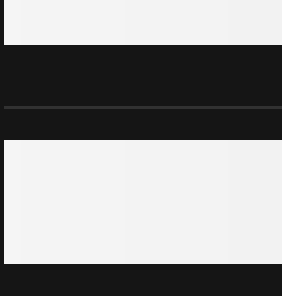
EQUIPO EDITORIAL

Directora: Alejandra Orihuela Tellería
Consejo Editorial:
Marilyn Elvira Siguras Rivera
Carlos Curotto Aristondo
Gustavo Sausa Martínez
Guadalupe Quinteros Guerra
Daira Salcedo Amador
Camila Alexandra Infante García
Jenner Adrián Fernández Paz
Mariana Isabel García Jiménez
Sarah Michelle Chumptitaz Oliva
Bryan Alexander Carrizales Quijandria

SELECCIONADO POR EDITORES

 **Inspección Laboral: De la Coerción Sancionadora a la Estrategia Preventiva**

 **Likees, filtros y vigilancia: ¿Quién protege nuestros datos personales?**

 **Reflexiones sobre la labor interpretativa de los jueces en general y del Tribunal...**

ÚLTIMOS ARTÍCULOS

Inspección Laboral: De la Coerción Sancionadora a la Estrategia Preventiva

Likees, filtros y vigilancia: ¿Quién protege nuestros datos personales?

Reflexiones sobre la labor interpretativa de los jueces en general y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en particular

La Constitución como mapa de principios y reglas